

PATRICIA PIMENTEL
DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS

PODER
FAMILIAR
E GUARDA
COMPARTILHADA

NOVOS PARADIGMAS
DO DIREITO DE FAMÍLIA

ISBN 978850263729-0

Ramos, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers

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

Bibliografia

1. Guarda de filhos 2. Guarda de filhos - Brasil 3. Guarda compartilhada de filhos 4. Guarda compartilhada de filhos - Brasil I. Título.

CDU -347.635 -347.635.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Guarda compartilhada de filhos : Direito de família 347.635

2. Guarda de filhos : Direito de família 347.635.1

Direção editorial Flávia Alves Bravin

Gerência editorial Thaís de Camargo Rodrigues

Assistência editorial Poliana Soares Albuquerque

Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e Ana Cristina Garcia
(coords.)

Arte e diagramação Lais Soriano

Revisão de provas Amélia Kassis Ward e Ana Beatriz Fraga Moreira (coords.) | Paula Brito

Conversão para E-pub Guilherme Henrique Martins Salvador

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva | Kelli Priscila Pinto | Marília Cordeiro

Capa Aero Comunicação / Danilo Zanott

Data de fechamento da edição: 20-10-2015

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Agradecimentos

Prefácio da 2ª edição

Prefácio da 1ª edição

Introdução

Capítulo 1 - A família

1.1. Aspectos gerais

1.2. Breves considerações sobre a evolução histórica da família

1.3. A atual visão eudemonista da família

1.4. A disciplina civil-constitucional da família

Capítulo 2 - O poder familiar

2.1. Definição

2.2. Características

2.3. Do exercício do poder familiar

2.4. Princípio da igualdade entre os pais

Capítulo 3 - A guarda compartilhada

3.1. A guarda

3.2. A guarda compartilhada

3.2.1. Conceito

3.2.2. A gestão colegiada

3.2.3. Requisitos da guarda compartilhada

3.2.4. Litígio e guarda compartilhada

3.2.5. Aptidão para o exercício do poder familiar e da guarda compartilhada

3.3. A guarda unilateral e as prerrogativas do não guardião

3.4. A guarda compartilhada como efeito da despatrimonialização do direito civil e valoração das relações pessoais no âmbito familiar

3.5. O direito constitucional à convivência familiar

3.6. O especial destaque para a dignidade da pessoa humana e da ética nas relações familiares

3.7. A guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança

3.8. Alimentos na guarda compartilhada

Capítulo 4 - Alienação parental

4.1. Conceito

4.2. Atos de alienação parental

4.3. Intervenção judicial e alteração da guarda

Capítulo 5 Hipóteses de inviabilidade da guarda compartilhada

Capítulo 6 As questões familiares no Novo Código de Processo Civil

Conclusão

Referências

PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS

Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Dedico a obra aos meus filhos, Maria Luisa e Carlos Eduardo, à minha enteada, Isabela, aos meus sobrinhos, Lucas e Bruno, bem como a todas as crianças e pais que prezam o convívio familiar.

Agradecimentos

Aos meus pais, José Eduardo e Eunice, por terem sempre sido presentes na minha vida.

Ao meu marido, Guilherme, e à minha enteada, Isabela, por comprovarem que a guarda compartilhada é possível, mesmo no litígio, evidenciando que os laços entre pais e filhos precisam ser alimentados pela convivência.

Às amigas Rosana Barbosa Cipriano Simão, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel e Beatrice Marinho Paulo pelo lindo trabalho na área da infância e por acreditarem em mim e nas minhas ideias.

Aos amigos do Colégio de Diretores de Escola de Ministério Público (CDEMP) pelo carinho com que sempre me trataram, renovando minha crença na importância do aperfeiçoamento institucional.

Aos amigos Analdino Rodrigues Paulino Neto e Raquel Pacheco Ribeiro de Souza, por me darem força e se dedicarem ao tema com tanta sensibilidade na defesa da convivência familiar entre pais, mães e filhos.

Aos amigos José Antônio Daltoé Cezar e Chris Newlin, por me mostrarem o caminho a seguir na proteção de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

À amiga Lúcia Iloísio, por me fazer estar atenta à questão da violência contra a mulher.

À minha irmã Flávia, aos meus familiares, à minha amiga Renata Graça Mello e aos demais amigos, por acreditarem na minha capacidade.

Aos meus filhos, Carlos Eduardo e Maria Luisa, por terem reforçado a importância da parentalidade.

Prefácio da 2ª edição

Este livro brinda os operadores do Direito com a sistematização de todo o pensamento moderno atinente à aplicação dos princípios constitucionais às dinâmicas familiares. Trata-se de uma visão prática da constitucionalização do direito civil como marco teórico bem definido para embasar soluções práticas aos inúmeros casos que batem às portas do Judiciário envolvendo litígios familiares em geral e questões de guarda/visitação/alimentos/alienação parental em especial.

Tendo em vista as mudanças socioculturais que dão base à superestrutura jurídica, passou-se a centrar as atenções na realização do homem enquanto pessoa, sujeito de direitos, seja em sede de direito público, seja em sede de direito privado.

Paulatinamente, houve uma mudança de paradigmas, deslocando-se o enfoque jurídico das relações patrimoniais para as pessoais, é dizer, foram-se incorporando no arsenal político e juridicamente organizado valores metaindividuais, de valorização do ser humano, de busca da realização da pessoa através da proteção de direitos inerentes à personalidade.

O homem (e não a propriedade) é o centro do Direito, e, nesse aspecto, todas as circunstâncias necessárias para sua realização pessoal e afirmação como ser humano são enfatizadas.

Na atualidade, a ideia de entidade familiar não está associada, necessariamente, ao casamento e nem este, ao mero objetivo de procriação ou legitimador de relações sexuais geradoras de uma filiação denominada legítima. É viável a existência de casamento sem procriação; procriação sem casamento; relações sexuais sem casamento e até mesmo procriação sem relações sexuais (em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida).

Mediante a interpretação sistemática de todas as normas constitucionais, tem-se que referida proteção é devida a todas as formas de intenção familiar (desde que presentes os requisitos legais) e enquanto subsistir o afeto e o apoio recíproco entre os membros da família. Por esse elo, os integrantes da família (seja ela constituída por pais e filhos, somente os cônjuges, um dos cônjuges e o rebento, conviventes, irmãos etc.) envidam esforços para permitir a realização de cada um como ser humano reafirmando seus respectivos direitos de personalidade. Cessado esse elemento subjetivo, não mais se justifica a

manutenção da disciplina referente à instituição familiar.

Mudam-se conceitos, paradigmas, objetivos; a família é palco de realização de seus integrantes, sede de manifestação de afetos na qual é protagonista o amor e também gerador de efeitos jurídicos.

Assume a família seu papel social enquanto sustentáculo e fonte de apoio para a realização de seus integrantes.

Para a efetivação desse novo pensamento, foram sendo incorporados nos textos legislativos regras programáticas (de conteúdo normativo) garantidoras da proteção dos direitos da personalidade, sendo certo que no direito pátrio o ápice desse movimento de positivação dos novos anseios sociais e culturais foi obtido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988.

De fato, a Constituição da República de 1988 é um grande marco na democratização e difusão da justiça social no Brasil. Referente Carta Magna positiva os famigerados direitos humanos (que em sede constitucional adotam a feição de direitos fundamentais).

Verifica-se, portanto, preocupação com a pessoa humana, surgida com as Declarações de Direitos, a partir da necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário, e mais, limitando também as relações jurídicas patrimoniais. Tutelam-se, pois, direitos inerentes ao ser humano não somente na esfera de direito público (proteção da pessoa humana contra arbitrariedades e violações praticadas pelo Estado), como também no âmbito do direito privado. Os direitos fundamentais são os direitos humanos e direitos da personalidade positivados na Constituição da República.

O princípio da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA pode ser considerado uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Encontra-se expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil como um de seus fundamentos.

Nesse contexto, até em razão da necessária tutela dos direitos de personalidade dos filhos de um casal que se separa, não é compatível com o sistema de garantia de direitos que o genitor ou a genitora passe a ser um mero visitante quinzenal, mas devem exercer em plenitude o seu múnus constitucional e existencial, como bem analisa a autora ao longo de sua exposição. Por inspiração do princípio do melhor interesse da pessoa dos filhos e proteção integral às crianças e adolescentes, parte-se da premissa de que cercear a rotina da criança em companhia de seus entes parentais pela falência da relação de conjugalidade faz transbordar para a parentalidade um fel que inaceitavelmente só vem a punir o filho.

A promulgação das recentes leis sobre guarda compartilhada e alienação parental reflete essa preocupação do legislador na absorção das novas demandas sociais e desses novos paradigmas de concretização de Justiça, seja a partir da perspectiva dos novos arranjos familiares, seja em razão do foco no superior interesse das crianças/adolescentes envolvidos nas relações familiares desfeitas, ou melhor, reorganizadas.

A autora, com a vasta experiência prática que possui, mormente na apreciação de casos concretos das Varas de Família e de Infância e Juventude em que atuou como Promotora de Justiça, faz uma análise precisa do panorama jurídico-existencial dos afetos desfeitos ou das famílias reorganizadas (pós-separação), sob a perspectiva da constitucionalização do direito civil.

Sob esse viés, verifica-se que o Código Civil deixa de ser diploma e fonte única legislativa para aceitar cotejo com Microssistemas que prestigiam a proteção dos direitos de personalidade, especialmente a dignidade do ser humano. A partir dessa premissa, analisa a autora as recentes leis concebidas no cenário jurídico na área do direito de família.

A autora, que elaborou o primeiro projeto de lei sobre guarda compartilhada no Brasil, reconhecimento que consta do site da Associação de Pais e Mães Separados (APASE)¹, com sensibilidade e acuidade jurídica, atualizou o livro publicado no ano de 2005, abordando a recente lei da guarda compartilhada no contexto dessas novas transformações do direito de família.

O pensamento exposto no livro possui a coerência jurídica e a coragem necessárias para enfrentamento de questões importantes, dentre as quais a compreensão de que a imposição da guarda compartilhada irá minorar a “enxurrada” de alegações e declaratórias incidentais de alienação parental; de que quando não há consenso, a pormenorizada especificação dos momentos de convívio parental tende a diminuir os conflitos, porquanto há uma prévia definição do convívio do filho com cada ente parental; a independência temática entre “guarda compartilhada” e “pensionamento alimentício”, dentre outros aspectos.

O direito constitucional à convivência familiar, os requisitos da guarda compartilhada, alimentos, violência doméstica, alienação parental, litígios recorrentes e mediação receberam especial cuidado, demonstrando a imprescindibilidade da leitura do livro pelos profissionais da área do direito de família.

¹ Vide www.apase.org.br/41000-projetogc.htm disponível na data de 7-1-2015.

Prefácio da 1ª edição

A família vem passando desde meados do século passado por profundas transformações, seja no que respeita à sua constituição, seja quanto à sua dissolução. Entidades familiares, rejeitadas no início do século, passaram a ser acolhidas pelo ordenamento jurídico. Alteraram-se as relações entre os cônjuges, os companheiros, os pais e os filhos, e entre os familiares. O estudo dos múltiplos aspectos dessa *nova família* tornou-se imperativo, não só para a compreensão e o adequado dimensionamento dos direitos que cabem a cada um dos seus integrantes, mas principalmente para harmonização dos interesses em confronto.

Nesse contexto em que pai e mãe têm assegurados, em igualdade de condições, seus direitos, tornou-se cada dia mais complexa a decisão sobre atribuição da guarda dos filhos, nos casos de separação. O direito dos pais em ter os filhos em sua companhia deve ser conjugado com o direito *do filho* de ser criado por seus genitores.

Esta obra trata, essencialmente, da análise de uma nova concepção de guarda de filhos no ordenamento jurídico brasileiro, relativa aos pais separados, que possibilite o convívio constante do menor com ambos os seus genitores, fator indispensável para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Concebida originalmente como dissertação para obtenção do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ, a obra revela, primordialmente, a sensibilidade da autora.

Embora jovem, a autora soube abordar o delicado tema com lucidez e maturidade. De sua experiência como Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, atuando como substituta junto a Varas de Família e titular da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital, soube colher preciosos elementos que conferiram sólida estrutura à sua obra.

Com a modificação dos papéis do homem e da mulher na sociedade moderna, o pai vem demonstrando maior interesse no convívio com o filho. Contudo, o modelo tradicionalmente adotado pelos Tribunais não acompanhou essa troca de papéis, gerando grande insatisfação para o genitor não guardião, representado, na maioria dos casos, pela figura masculina.

O ingresso da força feminina de forma intensa no mercado de trabalho acabou por atribuir à mulher o

papel de “chefe de família”, até então reservado aos homens. O homem, por sua vez, passou a estar mais disponível e interessado em exercer a paternidade, assumindo, não raro, o lugar *privativo* da mulher no cuidado e educação dos filhos. A vontade do pai de estar perto dos filhos manifesta-se não só durante o casamento, mas também, e talvez de modo mais forte, após a separação.

Pesquisas realizadas pela autora junto a psicólogos atuantes nas Varas de Família e da Infância e Juventude demonstraram que o sistema de visitas alternadas, em geral quinzenais, vem sendo criticado, principalmente quando há litúgio entre os pais. Em tal caso, o afastamento do não guardião exacerba a dificuldade no relacionamento pai-mãe-filho, acirra as disputas entre os pais, trazendo graves consequências psicológicas para as crianças.

Conforme destaca a autora, o sofrimento desses pais, privados do convívio constante com seus filhos, vem impulsionando diversos movimentos em todo o mundo na busca de soluções que proporcionem, tanto para os pais quanto para os filhos, uma aproximação frequente e direta, no caso de separação dos pais. Nesse cenário, a *guarda compartilhada* surge como solução possível.

No Brasil, vem se destacando o movimento de pais separados (APASE), na defesa da guarda compartilhada entre nós.

Constata-se que a presente obra, além de ter feição interdisciplinar e de alinhar-se com movimentos internacionais, traduz, de modo claro e preciso, a doutrina que preconiza a imperiosa necessidade de reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de direito civil, especialmente no que concerne à disciplina da família, após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Diante dos princípios estabelecidos pela Lei Maior, instaurou-se um movimento crescente de despatrimonialização do direito civil, e, conseqüentemente, do direito de família. As questões patrimoniais passaram a ter papel secundário, havendo uma valorização dos aspectos pessoais, dos sentimentos de carinho e afeto, da promoção da dignidade de cada um dos membros da família e, principalmente, da garantia de prioridade ao melhor interesse das crianças e adolescentes, reconhecidos como sujeitos de direito.

A guarda compartilhada harmoniza-se com os novos paradigmas aplicáveis ao direito de família, notadamente sob a perspectiva constitucional. Na verdade, segundo a autora, *a guarda compartilhada existe de forma implícita em nosso ordenamento jurídico, na medida em que o pátrio poder ou poder familiar dos genitores não se anula com a separação ou o divórcio, e a sua adoção vem fundamentada*

no princípio do melhor interesse da criança. Em outras palavras, a proposta encontra pleno embasamento em nosso ordenamento.

A leitura deste livro, por seus fundamentos, torna-se obrigatória para todos os que se interessam por novas soluções para um dos mais antigos problemas da família.

Dezembro de 2002.

Heloisa Helena Barboza

Introdução

A origem desta obra decorreu de dissertação apresentada na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), visando à obtenção do mestrado em Direito Civil no ano de 2002, quando se abordou o tema do poder familiar e da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro antes da promulgação das leis sobre Guarda Compartilhada. O primeiro livro foi lançado no ano de 2005.

Decorridos mais de dez anos da 1ª edição, lança-se esta 2ª edição. O tempo foi suficiente para o amadurecimento de ideias e da jurisprudência sobre o assunto.

Ressalte-se que, no período, foram publicadas duas leis sobre guarda compartilhada (anos de 2008 e 2014), uma lei sobre violência doméstica (ano de 2006) e outra sobre alienação parental (ano de 2010). O Estatuto da Criança e do Adolescente foi atualizado pelas Leis n. 12.010 em 2009 e 13.010 em 2014. O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105) foi sancionado em 2015. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, reconheceu, como entidade familiar, a união estável homoafetiva (ADPF 132-RJ, ADI 4277-DF), e, no ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 175, que oficializa a celebração do casamento civil de pessoas do mesmo sexo.

A família vem passando por profundas transformações, seja no que respeita à sua constituição, seja quanto à sua dissolução. Entidades familiares outrora rejeitadas passaram a ser acolhidas pelo ordenamento jurídico. Alteraram-se as relações entre os cônjuges, os companheiros, os pais e os filhos, e entre os familiares. O estudo dos múltiplos aspectos dessa nova família tornou-se imperativo, não só para a compreensão e o adequado dimensionamento dos direitos que cabem a cada um dos seus integrantes, mas principalmente para harmonização dos interesses em conflito.

Assim, ainda que espaço privilegiado de convivência, afeto, acolhimento e educação, *não se pode ignorar a realidade de conflitos e desentendimentos nos relacionamentos entre seus componentes. Forçoso reconhecer, destarte, que não existe a família ideal, mas sim a família real.* Não se pode ignorar a explosão de sentimentos e emoções que ultrapassam as fronteiras da razão num litúgio familiar. E, concomitantemente ao fim do relacionamento conjugal, deve-se definir divisão de patrimônio, pensão alimentícia e guarda. No meio desse turbilhão de problemas a serem resolvidos, estão seres humanos em

desenvolvimento, vulneráveis, carentes de amor e de carinho de seus pais. É a principal preocupação de todos os operadores do direito deve ser, prioritariamente, garantir os direitos de crianças e adolescentes, visto que o interesse dos filhos deve estar acima do interesse de seus pais, considerando o princípio da proteção integral e o da prioridade de seus interesses. Mas como agir para concretizar tal mandamento constitucional?

Sendo tarefa da ordem jurídica harmonizar as relações sociais intersubjetivas a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste, as questões familiares trazem uma demanda específica para análise do processo judicial tradicional. As emoções e angústias decorrentes dos litígios familiares não raro são potencializadas no processo judicial tradicional, fundamentado no conceito “perde-ganha”, maximizando demandas distintas e incessantes, contribuindo para o sofrimento e a infelicidade, o que não é objetivo da função jurisdicional.

O operador do direito deve estar atento aos mecanismos jurídico-processuais de pacificação dos conflitos familiares que envolvem o convívio familiar, considerando, nesse contexto, as leis sobre guarda compartilhada (Lei n. 13.058/2014 e Lei n. 11.698/2008), a lei da alienação parental (Lei n. 12.318/2010), as medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (como a imposição de tratamento psicológico às partes pelo Juiz), a lei da violência doméstica (Lei n. 11.340/2006) e a mediação, reconhecida e estimulada pelo Novo Código de Processo Civil, tudo à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, da prioridade do interesse das crianças, da igualdade entre os filhos, da igualdade (substancial) entre homem e mulher, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade, da impessoalidade, da eficiência, da duração razoável do processo, da tutela específica e tempestiva, do acesso à ordem jurídica justa, do princípio da boa-fé e da cooperação intersubjetiva.

As rupturas conjugais conflituosas que aportam no judiciário demonstram claramente a dificuldade dos envolvidos em lidar com suas próprias demandas, transferindo para terceiros, no caso o Estado-Juiz, decisões que caberiam ao casal. Competições e frustrações da relação conjugal (casal) são transferidas para a relação parental (pais/mães/filhos), causando sofrimento para todos os membros da família, notadamente para as crianças envolvidas, situação que causa violência psíquica e não raro física. O resgate do diálogo e a promoção do entendimento e do respeito entre os membros dessa família, que se modifica, mas permanece (a ruptura de uma relação conjugal com filhos não extingue a família, que

apenas se transforma), fazem parte da função de pacificação dos conflitos e do dever do Estado, previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, de coibir a violência doméstica.

O Poder Judiciário, que deixa de intervir quando há consenso no divórcio e inexistem filhos menores, haja vista a possibilidade de divórcio através de escritura pública lavrada em Cartório (art. 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, art. 733 do Novo Código de Processo Civil e Emenda Constitucional n. 66), ainda é o responsável pela dissolução dos vínculos familiares quando há conflitos e/ou filhos incapazes, processos nos quais a intervenção do Ministério Público se faz obrigatória.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça enfatizou a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, o que foi consagrado nos arts. 165 a 175 do Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a mediação é instrumento importante para a solução dos conflitos familiares, notadamente para a aplicação da guarda compartilhada quando não há consenso.

Assim, conquanto haja uma tendência de evitar a judicialização das demandas, existe uma pressão social por uma *intervenção judicial mais efetiva na promoção dos direitos e deveres parentais, na efetiva garantia do direito da criança ao convívio familiar sadio*.

Os princípios constitucionais da paternidade responsável (arts. 226, § 7º, e 229), da dignidade da pessoa humana (art. 226, § 7º), da prioridade dos direitos da criança (art. 227), da igualdade entre homens e mulheres (art. 226, § 5º) e da igualdade entre os filhos (art. 226, § 6º) inspiraram a legislação infraconstitucional no sentido de exigir a atuação do Estado no resgate à responsabilidade dos pais pela criação dos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) prevê que toda criança tem direito a ser criada no seio de sua família (art. 19), que o poder familiar é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe (art. 21), que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22) e que a perda e a suspensão do poder familiar *serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22* (art. 24).

O art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que são medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à 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 poder familiar.

A Lei n. 12.318/2010, chamada Lei da Alienação Parental, prevê no art. 6º que o Juiz poderá, em ação autônoma ou incidental, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal *e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado (inciso II), estipular multa ao alienador (inciso III), determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial (inciso IV), determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão (inciso V) e declarar a suspensão da autoridade parental (inciso VII)*. Foram concedidos amplos poderes ao Juiz para atuar quando verificar a prática de ato de alienação parental, respeitando os princípios de ampla defesa e contraditório.

As demandas judiciais tornam-se complexas na medida em que ao magistrado não basta dizer o direito, mas, de certa maneira, promover o direito.

Cabe ao Direito, enquanto ciência social, e, mais particularmente, ao direito de família debruçar-se sobre essa nova realidade e acompanhar a evolução da sociedade.

Constata-se que as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ano de 1990), pelas Leis da Guarda Compartilhada (anos de 2008 e 2014) e pela Lei da Alienação Parental (ano de 2010) ainda não foram incorporadas pelos operadores do direito.

Os instrumentos criados pelas novas legislações ainda causam perplexidade, questionamentos e, não raro, pouca aplicação. Por essa razão, não obstante a aprovação da Lei da Guarda Compartilhada no ano de 2008, foi necessária uma nova lei no ano de 2014, a Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, para explicitar o óbvio: *a guarda compartilhada deve ser aplicada ainda que haja litígio entre os pais*. Não haveria necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para a solução de uma demanda se houvesse consenso.

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, vem ressaltando, como relatora em diversos acórdãos, já há mais de três anos, que a inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma *potestade* inexistente por um dos pais, frisando que a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da

criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, são medidas extremas, porém necessárias².

Conforme conclui o Superior Tribunal de Justiça, é preciso um novo olhar para essas questões para que não se faça do texto legal letra morta.

O afeto é o principal enfoque no direito de família. O amor não nasce de simples laços biológicos, mas sim da convivência e do cuidado. É preciso dar oportunidade aos pais para que cuidem e criem seus filhos, fazendo florescer e fortalecer o amor entre eles.

Nesse sentido, é preciso estar atento aos novos arranjos familiares e à importância do convívio da criança com todos aqueles que contribuem para o seu bem-estar, sejam o pai e a mãe numa família tradicional, sejam os pais ou mães numa família concebida sob o viés homoafetivo, sejam os padrastos e as madrastas na família reconstruída, sejam os avós e demais parentes presentes no dia a dia do infante.

Por sua vez, o princípio do acesso à justiça, outrora concebido apenas como o direito de o jurisdicionado propor ou contestar uma ação, ganhou, em nossos dias, contornos mais amplos³. Na atualidade, o acesso à justiça deve ser entendido como o *acesso à ordem jurídica justa*, demonstrando a preocupação não com a mera possibilidade formal de ingresso perante o Poder Judiciário⁴, mas, muito além, com a realização de justiça em sentido substancial⁵.

Diante disso, emerge a indagação: o que dizer a respeito do crescente número de demandas familiares sem fim?

A guarda única ou unilateral, regra geral adotada por nossa legislação até o advento das Leis n. 11.698, de 13 de junho de 2008, e Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, não se demonstrou eficaz e satisfatória para a harmonia da família quando ambos os pais buscam continuar convivendo e participando da vida do filho, notadamente por privilegiar um deles na criação e educação da criança e afastar o não guardião do convívio.

O direito de visitas exercido em fins de semanas alternados, de 15 em 15 dias, está se tornando medida obsoleta para garantir convivência.

O não guardião, representado, na maioria dos casos, pela figura masculina, vem demonstrando maior interesse no convívio com o filho, impulsionado pela modificação dos papéis “masculino-feminino” na sociedade moderna, o que enseja grande insatisfação com o modelo tradicionalmente adotado pelos

Tribunais pátrios.

O sofrimento desses pais, privados do convívio constante de seus filhos, impulsionou diversos movimentos em todo o mundo na busca de soluções que proporcionem, tanto para os pais quanto para os filhos, uma aproximação frequente e direta. Esses movimentos formados por pais não guardiões contribuíram significativamente para a mudança da visão jurídico-legislativa em diversos países, entre os quais os Estados Unidos da América, que dispõem de legislação específica em vários Estados como Califórnia e Colorado⁶, que priorizam a adoção da guarda compartilhada no divórcio entre os genitores. A American Bar Association (órgão de disciplina e defesa dos advogados nos EUA, semelhante à nossa OAB) criou um comitê especialmente para estudar a custódia de crianças (o Child Custody Commitee)⁷.

No Brasil, o movimento de pais e mães separados (inclusive através de organizações como a “APASE”, “Pais e Mães para Sempre”, “Pai Legal”, entre outros) alcançou grande destaque no cenário nacional, com o aumento de associados e articulação com diversos setores da sociedade, contribuindo para a aprovação das Leis n. 11.698, de 13 de junho de 2008 (1ª Lei da Guarda Compartilhada), 12.318, de 26 de agosto de 2010 (Lei da Alienação Parental), e Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014 (2ª Lei da Guarda Compartilhada).

O afastamento do não guardião gera uma dificuldade no relacionamento pai-mãe-filho e acirra disputas entre os pais, trazendo graves consequências psicológicas para as crianças, notadamente quando os genitores não mantêm bom relacionamento entre si. Com o hábito de criticar um ao outro e sempre se posicionando como vítimas, os pais litigantes encontram respaldo no modelo tradicionalmente adotado por nossos Tribunais referente à guarda unilateral para privar a criança de seu direito fundamental à convivência familiar, com reflexos bastante prejudiciais ao seu crescimento harmônico e saudável. O guardião, procurando valorizar a si próprio, costuma criticar o outro genitor, incutindo na criança o sentimento de que o outro não saberia educá-la tão bem quanto ele próprio, que o não guardião não paga pensão alimentícia suficiente, que o não guardião valoriza mais a sua nova família em detrimento da criança etc. Essa postura, muito frequente no guardião único, faz nascer na criança um sentimento de que o não guardião a ama menos ou é irresponsável, e acaba por afastar ainda mais o filho do não guardião, seja por repulsa da própria criança ou até mesmo pelo desgaste emocional do não guardião, que, em razão de toda a problemática vivenciada, evita esse convívio. As críticas ao outro, por sua vez, também partem do não guardião, que, privado do convívio frequente com o filho, reclama da educação que está

sendo dada à criança pelo guardião, do tratamento que é dispensado pelo novo cônjuge ou companheiro do guardião ao infante, da sobrecarga da pensão alimentícia e dos inconvenientes gerados pelo guardião nas disputas judiciais. É bastante comum, ainda, que as partes, já muito desgastadas entre si – o guardião se sentindo sobrecarregado, e o não guardião se sentindo injustiçado pelo pouco convívio com o filho –, busquem diversos caminhos para se agredirem mutuamente, utilizando a criança como objeto e instrumento de disputa.

As intensas modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito do direito de família, notadamente com a evolução dos costumes e hábitos da sociedade, com a promulgação da Constituição da República de 1988, e aprovação das recentes leis, indicam inegável transformação da estrutura familiar a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família⁸. E essa é a ótica que deve ser dada à legislação, com especial atenção ao princípio do melhor interesse da criança e ao princípio da pacificação social, com a busca da solução de conflitos através da incorporação da guarda compartilhada como regra, além do instituto da mediação.

Há um movimento crescente de despatrimonialização do direito civil e, conseqüentemente, do direito de família, de modo que as questões patrimoniais adquirem uma função secundária, inferiorizada, sobrelevando os aspectos pessoais, os sentimentos de carinho e afeto, a promoção da dignidade de cada um dos membros da família e, principalmente, o reconhecimento da prioridade dos interesses das crianças, que passam a ser tratadas como sujeitos de direitos, protagonistas de todo o processo de sua formação educacional.

O homem e a mulher, com a Constituição Federal de 1988, adquiriram direitos e deveres iguais. Há, na atualidade, aliás, uma crescente valorização da mulher no campo profissional e uma profunda reformulação da estrutura familiar, deixando o marido de ser o chefe da sociedade conjugal não só de direito como de fato, pois a mulher, possuindo autonomia financeira própria, passa a ter independência para tomar suas próprias decisões sem a influência do marido.

O ingresso da força feminina de forma intensa no mercado de trabalho, dada a sua elevada capacidade, senso de responsabilidade e competência, acirrou a disputa profissional, e não é raro, hoje em dia, que muitas mulheres sejam verdadeiras chefes de família, em razão da ausência do marido, do desemprego ou da baixa remuneração deste. Muitas têm se mostrado flexíveis e interessadas em compartilhar os ônus da criação dos filhos com os pais destes.

O homem, por sua vez, tem se mostrado disponível e interessado em exercer a paternidade, cuidando dos filhos e participando ativamente de sua educação. A vontade de estar perto e manter esse convívio com os filhos manifesta-se não só durante o casamento, mas também após a separação. Conforme expõe a psicóloga Evani Zambon Marques da Silva, “as visitas antes concedidas para os pais que não ficavam com a guarda era a garantia mínima de um genitor para se avistar com seus filhos. Hoje, eles ‘não querem visitas, mas oportunidades iguais para criá-los’”⁹.

É imprescindível, na atualidade, a participação de uma equipe interdisciplinar, composta de assistentes sociais e psicólogos, atuando junto ao Poder Judiciário, fornecendo elementos de convicção e fundamentação para que Magistrados e Promotores de Justiça aprofundem-se nas questões familiares e realmente proporcionem Justiça para a família litigante. A superficialidade na condução dos litígios demonstra-se nefasta para a família, já que as consequências fatalmente atingirão as crianças envolvidas e raramente ouvidas.

O modelo tradicionalmente adotado por nossos Tribunais, estancando em setores diversos a guarda (sempre única ou exclusiva), o direito de visita (finais de semanas alternados para o não guardião) e os alimentos (pagos pelo não guardião e livremente administrados pelo guardião), nem sempre é satisfatório na prevenção de litígios e vem demonstrando inconvenientes, dando ensejo a diversas demandas judiciais que acabam se eternizando, em prejuízo da saúde física e mental dos agentes envolvidos. Privilegia-se um dos pais (o guardião) na criação e educação do infante (exacerbando o seu poder de decisão sobre o futuro do filho), afasta-se o não guardião do contato com a criança e traz intermináveis litígios sobre o valor da pensão alimentícia, notadamente quando o não guardião exerce suas funções laborativas no mercado informal, sem carteira assinada e com remuneração variável (o que é extremamente comum na economia brasileira).

O aumento do número dos divórcios, a diminuição do número de casamentos e a aparição das novas entidades familiares trouxeram-nos uma nova realidade, na qual o que era exceção no passado acontece com frequência: os filhos são educados e criados sem que seus pais morem juntos.

E, embora os pais sejam separados, todos sabemos a importância para o desenvolvimento harmonioso da criança, para o seu normal crescimento afetivo, que esta possa se identificar com aqueles que a amam, na formação de seu caráter, nos seus comportamentos e nas relações que mantêm com cada um deles. Conforme expõe Sérgio Eduardo Nick¹⁰, “sabemos hoje que é muito importante para a criança ter em

mente um casal de pais em quem ela possa espelhar-se”.

Esta obra se propõe a analisar os instrumentos e dispositivos constitucionais e legais disponíveis para minimizar esse conflito familiar pai-mãe-filho, através da guarda compartilhada, notadamente sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família, valorizando o convívio do infante com ambos os genitores, buscando atender ao princípio do melhor interesse da criança.

O Capítulo 1 discorre sobre a família, a sua evolução histórica e a visão atual eudemonista.

O Capítulo 2 trata do instituto do poder familiar, suas características e seu exercício.

A seguir, no Capítulo 3, será abordado o tema da guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas aplicáveis ao direito de família, notadamente sob a perspectiva constitucional.

O Capítulo 4 tratará a respeito da alienação parental e das acusações a respeito de abuso sexual, bem como das medidas judiciais aplicáveis.

O Capítulo 5 menciona as situações nas quais a guarda compartilhada se mostra inviável.

O Capítulo 6 trata a respeito das questões familiares no Novo Código de Processo Civil.

À guisa de conclusão, serão sistematizadas, de forma objetiva, as teses sustentadas ao longo da obra.

Capítulo 1 A família

1.1. Aspectos gerais

Reconhecida como a célula *mater* da sociedade, a família é fundamental para a sobrevivência da espécie humana. É a referência existencial do ser humano, caracterizando-se pela união de pessoas vinculadas por laços de afeto (real ou presumido) num contexto de conjugalidade ou parentalidade¹¹.

A família responde a necessidades humanas e sociais relevantes, uma vez que o ser humano não existe sozinho, mas em relação com outro, num complexo simbólico e simbiótico. Simbólico porque a ideia de família é importante mesmo quando se está distante, pois está presente como realidade que determina o sentido existencial das pessoas, confortando o ser humano pela simples constatação de que ele não está só, afetivamente, no universo, mas que alguém se preocupa com a sua existência. E simbiótico porque aglomera relações de reciprocidade afetiva (nem sempre equivalentes)¹².

Como organismo social, que tem o seu fundamento na natureza e nas necessidades naturais da união sexual, na procriação, no amor mútuo, na assistência, na confiança e na cooperação, que são as razões de sua existência, a família tem notável influência da religião, do costume e da moral, nos quais encontra grande parte de sua regulamentação. E antes de jurídico, a família é um fato sociológico.

A visão dessa organização familiar, de qualquer forma, deve sempre considerar o caráter nacional do direito de família, diante das especificidades de cada país, as diversas culturas, civilizações, regimes políticos, sociais e econômicos, o que repercute diretamente nas relações familiares¹³, embora as características principais da família transbordem quaisquer fronteiras, visto que inerentes à condição humana.

A família, conforme leciona Maria do Rosário Leite Cintra, em seus comentários na obra *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*¹⁴,

é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo.

O direito de família nitidamente se destaca e separa dos restantes ramos do direito privado: a sua história, o fundamento racional e social dos seus institutos, a prevalência do ponto de vista ético nas suas normas, o reconhecimento de questões emocionais e de sobrevivência, bem como a sua grande ligação com o direito público.

João Baptista Villela verifica que: “Assentados os deveres do Estado social em relação à família, reconhecida a união de fato, acolhido o divórcio e popularizada sua prática, a Constituição de 1988, mais uma vez, consagrou o óbvio e o inevitável: a Família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou de pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência”¹⁵ e de afeto, acrescenta-se.

Também assinala a professora Heloisa Helena Barboza:

Como se vê está delineado o novo perfil da família, mas a grande pergunta, aquela cuja resposta conterà o rumo a ser trilhado pelo Direito, ainda não foi respondida: Qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que a ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosas, econômicas ou políticas como outrora. Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos?¹⁶

1.2. Breves considerações sobre a evolução histórica da família

A origem da família, como instituição grupal, conforme expõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁷, é bastante controvertida, a despeito de inúmeros estudos e pesquisas investigatórias.

Consoante estudos de sociólogos, embora a família seja objeto de referência sobre aglomerados humanos que congregam certo vínculo de união, com relativa duração e sentimento de convívio em comum, há fortes indícios de que a família não tenha sido o primeiro aglomerado humano, diante da existência de certas características no grupo familiar que são consideradas inerentes a grupos mais evoluídos do que aqueles formados com base simplesmente no instinto sexual¹⁸. A sua origem remota estaria relacionada à promiscuidade sexual originária, segundo Mac Lennan e Morgan¹⁹, mas sua estrutura atual tem como referência o direito romano.

A família, no direito romano, que tanto influenciou a família ocidental, caracteriza-se por ser rigidamente patriarcal e por constituir um agrupamento que goza de relativa autonomia em relação ao Estado. O Estado Romano não interferia nas questões surgidas no seio da família.

No direito romano, a estrutura familiar era baseada num modelo essencialmente patriarcal, tendo como figura principal da família romana o *pater familias*, enfeixando em suas mãos todos os poderes necessários à boa manutenção da família.

O *pater familias* era o chefe absoluto, sacerdote incumbido de officiar a veneração dos *penates*, deuses domésticos. Como chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, tinha direitos absolutos sobre a mulher e os filhos, inclusive com direito de vida e morte sobre os últimos, decorrente do *jus vitae necisque*. O *pater familias* era titular do *jus noxae dandi*, consistente no abandono reparatório do filho em favor da vítima que houvesse sofrido prejuízo com a prática pelo filho de um ilícito privado. Podia também exercer o *jus vendendi*, que era a faculdade de alienar o filho, mediante *mancipatio* a outro *pater familias*. Subespécie do *jus vitae necisque* era o *jus exponendi*, faculdade do *pater familias* de abandonar o filho recém-nascido ao seu destino. Só o *pater familias* tinha patrimônio, exercendo a *domenica potestas*. A mulher era considerada inabilitada para os negócios da vida forense. Daí a *capitis deminutio* de que padecia, que repercutiu na família moderna²⁰.

O direito romano não chegou a conhecer o instituto da maioridade, pelo qual, no direito moderno, o filho, ao atingir uma idade determinada, desvincula-se do pátrio poder.

Com o tempo, as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos, e, a partir do século IV, com o Imperador Constantino, a concepção cristã da família passou a exercer grande influência no direito romano, prevalecendo preocupações de ordem moral.

O direito de família no Brasil sofreu grande influência do direito romano e do cristianismo, notadamente de concepções da igreja católica.

À época do início da vigência do Código Civil de 1916, afirmava-se que o matrimônio era o assento básico da família²¹, de modo que o direito deveria ocupar-se basicamente das relações familiares que compreendiam o casamento e o pátrio poder, uma vez que era sobre o casamento que repousava a própria sociedade civil, sendo que o matrimônio era indissolúvel. Conforme regra jurídica que alcançou nível constitucional a partir da Constituição de 1934²², a família legítima era constituída por meio do casamento, entendimento seguido pelas Constituições posteriores (1937²³, 1946²⁴, 1967²⁵) até a Constituição de 1988, que rompeu com a referida concepção, reconhecendo como família a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Com o decorrer dos anos, a família vem alcançando contornos ainda mais amplos, numa interpretação

extensiva da Constituição Federal²⁶.

Pelo Código Civil de 1916, a mulher, ao se casar, tornava-se relativamente incapaz, passando a ser assistida pelo marido nos atos da vida civil. Ao marido competia a chefia da sociedade conjugal, com a atribuição de estabelecer o domicílio conjugal, administrar o patrimônio familiar, neste compreendidos os bens do casal, além de reger a pessoa e os bens dos filhos menores, na medida em que detinha, com exclusividade, o pátrio poder. A estrutura jurídica da família em muito se aproximava da família romana. Os direitos concedidos à mulher casada tinham cunho protecionista e lhe atribuíam nítido caráter de inferioridade na sociedade conjugal.

As relações sem casamento eram moral, social e civilmente reprovadas, atingindo diretamente os filhos que eram classificados e conseqüentemente discriminados em função da situação jurídica dos pais. Legítimos eram os filhos concebidos na constância do casamento. Ilegítimos, os que não procediam de justas núpcias. Distinguiam-se os filhos ilegítimos em naturais, assim considerados os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial, e os espúrios, denominação que designava aqueles que descendiam de pessoas impedidas de casar, seja por parentesco, afinidade ou casamento subsistente – filhos adulterinos e incestuosos. Esses últimos não podiam nem sequer ser reconhecidos²⁷.

Tratava-se de uma família hierarquizada, chefiando o marido a mulher e os filhos, no exercício do poder marital e do pátrio poder. Os filhos, enquanto menores, *sujeitavam-se* ao pátrio poder, dispensando-lhes a lei civil proteção traduzida nos deveres inerentes ao pátrio poder. A esposa, somente em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, deixou de ser relativamente incapaz e detinha o poder doméstico, que lhe conferia um papel pequeno na sociedade familiar.

O modelo de família constituído no século XIX, que inspirou o nosso Código Civil de 1916, tinha as características, segundo leciona a professora Heloisa Helena Barboza²⁸, de nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, dominada pela figura do pai que encarnava a sua honra, dando-lhe nome, sendo seu chefe e gerente, representando o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações na estrutura familiar. E, dentre elas, a família ganhou destaque, em virtude das profundas modificações que sofreu.

Enquanto a família presente no Código Civil Brasileiro de 1916 é fundada no casamento, havendo

distinção quanto aos filhos, com característica essencialmente patrimonialista e patriarcal, a família contemporânea, fruto da evolução da sociedade e da própria legislação, agora regulada pelo Código Civil de 2002, interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, é baseada no amor, na promoção da dignidade de seus membros, com o reconhecimento de outras formas ou modelos de entidades familiares além do casamento, como as uniões estáveis e aquelas formadas pela união de qualquer dos pais e sua prole (famílias monoparentais), reconhecendo direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher.

Antes de 1988, pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, visto que a infelicidade não era motivo para a dissolução da sociedade conjugal. A dignidade dos membros da família era um dado secundário. O que, de fato, “se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a mulher”²⁹. A subordinação e o sofrimento da mulher seriam recompensados com um valor de maior importância: a manutenção do vínculo familiar.

A evolução histórica da família nos traz, assim, o afeto como centro da discussão jurídica.

Além de garantida a dignidade da pessoa humana em cada um dos membros que compõem a família, respeitando-se sua individualidade, o respeito à diversidade também se projeta. Reconhece-se um número não limitado de entidades familiares, nestas incluídas a união estável homoafetiva (Supremo Tribunal Federal – ADPF 132-RJ, ADI 4.277-DF) e a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)). Até mesmo o concubinato impuro³⁰ vem recebendo proteção do direito. Com a utilização das técnicas de reprodução assistida, exames precisos de DNA e reconhecimento da filiação socioafetiva, abre-se o caminho para a pluriparentalidade.

São novas discussões e novas perspectivas de abordagem da família que se apresentam com o decorrer dos anos. E nesse novo contexto familiar as questões referentes à conjugalidade devem ser tratadas com distinção em relação à parentalidade.

1.3. A atual visão eudemonista da família

A evolução do direito de família, com a consagração dos princípios previstos na Constituição Federal, transformou o casamento e a família em geral em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de

cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes.

Assim, o reconhecimento desse direito à felicidade individual, o princípio da dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais de todos os membros da família, inclusive o de crianças e adolescentes, desaguam no princípio da afetividade, que vem orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar.

Essa busca pela felicidade e realização pessoal é amparada pelo Direito, dando ensejo à visão eudemonista da família. Trata-se de um conceito moderno que se refere à família como espaço de busca da realização plena de seus membros, caracterizada pela comunhão de afeto recíproco, consideração e respeito mútuo entre os membros que a compõem.

Nem sempre, todavia, a família é esse espaço idealizado de afeto e harmonia. É exatamente dentro de suas próprias casas que mulheres e crianças correm o maior risco de serem “agredidas, estupradas, ameaçadas e mortas”³¹. E isso ocorre em todas as classes sociais.

Na avaliação de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti,

enquanto a violência nas ruas e o crime organizado vêm sendo temas de muitas discussões, essa violência dentro da estrutura familiar é ainda intocável, protegida sob o manto do silêncio, pelo mito de que toda família é amorosa e protetora, não sendo capaz de maltratar seus próprios membros³².

Nesse sentido, o intérprete precisa estar atento às situações de violência doméstica, nas quais a ruptura do relacionamento é inviabilizada pelo agressor, seja em razão de ameaças, perseguição ou dificuldade da própria vítima³³.

A família, como espaço de cuidado, afeto e felicidade, pressupõe a liberdade de seus membros. Nesse contexto, deve o Estado promover políticas públicas visando à segurança das pessoas contra todas as formas de agressão, violação e violência. Não se pode pensar em um mundo mais pacífico enquanto não se conseguir garantir a todos uma infância de respeito e uma vida digna junto à sua família³⁴.

Conforme assinala Basílio de Oliveira³⁵, são significativas as mudanças e transformações do conceito de família, gerando novas vertentes de organizações familiares, ocorridas nas últimas décadas, com o já mencionado reconhecimento jurídico das uniões estáveis e o incremento de famílias compostas por um único genitor (pai ou mãe) com o filho ou filhos cuja guarda assumiu (família monoparental)³⁶.

Não há, portanto, como disserta Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

como negar a existência de profundas transformações no seio da família, não somente sob o prisma externo como também, e, principalmente, levando em conta as relações internas mantidas entre os partícipes. Ora, a visão atual e consentânea com a realidade não pode olvidar que as uniões formadoras da família espelham a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, além de se fundarem em valores psíquicos e próprios do subjetivismo humano. Os sentimentos de afeição, de carinho, de respeito, de compreensão, de comunhão d'almas tomam o lugar dos elementos autoritários, tiranos, materiais, não somente nas relações entre os partícipes das uniões sexuais, como também no tocante à prole gerada, fruto de sentimentos tão nobres, dignos de reconhecimento³⁷.

Por sua vez, existe uma prevalência das relações estritamente pessoais e não econômicas sobre as patrimoniais e econômicas no âmbito da família³⁸.

Os novos paradigmas relativos à família consubstanciam-se em um fenômeno mundial, impondo a alteração da legislação de diversos países³⁹. Conforme ensina Guilherme de Oliveira, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

o Direito de Família tende a conformar-se sob a inspiração de um princípio de verdade: as prescrições jurídicas tendem a reconhecer as aspirações, as necessidades e a situação real, biológica e afectiva, dos membros da comunidade familiar. Pensando no direito matrimonial, verifica-se que a alteração mais profunda na concepção da família consiste no reconhecimento de um direito à felicidade individual conjugal⁴⁰.

A realização afetiva dos parceiros matrimoniais liberta-se do constrangimento imposto pela ideia societária da família, tida como um ente supraindividual. Na atualidade, o “bem da família” resulta do somatório do bem de cada um de seus membros, da felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um, que passa a ser “senhor e não servidor da Família”⁴¹. E não se pode esquecer, ainda, os progressos globais no sentido da dignificação da pessoa humana e da afirmação de seus direitos fundamentais.

Assim, o reconhecimento desse direito à felicidade individual, o princípio da dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais vêm inspirando o legislador e orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar.

Considerando a legitimidade e legalidade do divórcio, este não pode significar penalidade ou um fardo insuportável de ser vivenciado. A proteção da família e a preservação da dignidade da pessoa humana em cada um dos membros da família existem não só na família matrimonializada, como também na família matrimonial desfeita e nas demais formas de entidade familiar.

A criança e o adolescente, qualquer que seja a forma da família em que estejam inseridos, hão de

sentir-se protegidos, confortados, respeitados, gozando de todos os seus direitos fundamentais. Não podem ser tratados como objeto de disputa, por mero capricho, de pais ou familiares, nem vivenciar, continuamente e sem perspectiva de fim, eternos conflitos entre os pais.

Estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, devem estar presentes no processo de formação do filho, em igualdade de condições para exercerem esse *munus*, notadamente em face dos comandos constitucionais de igualdade previstos no art. 5º, I, e art. 226, § 5º. A separação dos pais não pode significar para a criança uma restrição ao seu direito à convivência familiar nem à sua integridade biopsíquica, cabendo ao Estado criar mecanismos de harmonização da família em conflito.

1.4. A disciplina civil-constitucional da família

Embora seja um documento legal, e como tal deva ser interpretado, a Constituição merece uma apreciação destacada dentro do sistema em razão do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas, quais sejam: a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político⁴².

A supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É esse princípio que confere à Carta Magna o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico. A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. O conteúdo específico significa que grande parte das disposições materialmente constitucionais foge à estrutura típica das normas dos demais ramos do direito. Há, em seu interior, normas de direito material (gerando direitos e obrigações), normas de organização e normas programáticas. A Constituição resulta do poder constituinte originário – poder político fundamental – representando um momento político na sua essência, mas jurídico no seu resultado.

A interpretação da Constituição é uma tarefa jurídica, sujeitando-se aos cânones de racionalidade, objetividade e fundamentação.

Segundo ensinamentos de Peter Häberle, em sua obra *Hermenêutica constitucional (A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição)*, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente

vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁴³. A interpretação constitucional é a um só tempo elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.

Em matéria de direito de família, a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras modificações⁴⁴, com uma nova tábua de valores a informar todo o ordenamento jurídico, a interpretação das leis pelo Poder Judiciário e novos paradigmas a serem seguidos pelo legislador.

Com a nova ordem jurídica implantada pela Constituição Federal de 1988, conforme assinala o professor Gustavo Tepedino⁴⁵, o centro da tutela constitucional deslocou-se do casamento para as relações familiares, que não mais se esgotam no casamento. A proteção da instituição familiar, como centro de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, deu lugar à tutela jurídica da família como núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros.

Efetivamente, os filhos, até 1988, não tinham vida jurídica própria, visto que o seu *status* jurídico encontrava-se atrelado à situação civil-familiar dos pais: se estes fossem casados, os filhos eram legítimos, tendo plenos direitos; se não casados os genitores, ilegítimos eram os filhos, com diferentes direitos, vedada em alguns casos (como na filiação adúltera e incestuosa) a própria aquisição do estado de filho.

Alterou-se o conceito de unidade familiar, antes considerado aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, fulcrado no liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos, com origem não só no casamento, mas em outros tipos de entidades familiares, e voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros, com a equiparação dos direitos e deveres do homem e da mulher.

Coube à Constituição de 1988 promover a plena equiparação dos filhos, desvinculando-os da situação jurídica dos pais, que passaram a ter o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de serem ou não casados.

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, consagrou uma nova tábua de valores⁴⁶. O constituinte, logo no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, consagrou o

princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo como consequência a não admissão da superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes. A família, embora tenha ampliado o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada somente na exata medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

A isonomia dos filhos, mais do que simplesmente igualar direitos patrimoniais e sucessórios, traduz uma nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento jurídico, cuja compreensão se faz indispensável para a correta exegese da normativa aplicável às relações familiares.

Afinal, até o advento da Constituição de 1988, pelas regras do Código Civil de 1916, só o marido representava a família (art. 233, I), era o responsável pelo sustento dela, administrava os bens comuns e até mesmo os particulares da mulher segundo o regime matrimonial adotado (art. 233, II), além de deter o direito de fixar o domicílio da família (art. 233, III) e a faculdade de autorizar a mulher a praticar uma série de atos da vida civil (art. 242). O marido era o “chefe” da sociedade conjugal, função que só a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) passou a exercer com a colaboração da mulher. O pátrio poder era exercido pelo marido, cabendo à mãe uma função secundária, cuidando dos filhos mas sem poder de decisão sobre o futuro deles. Em nome da “paz doméstica”, o antigo Código Civil negava, ainda, qualquer proteção ao filho adulterino, que nem sequer podia ser reconhecido, tratando os filhos de maneira desigual, dependendo da forma como foram concebidos.

A Constituição de 1988 altera o objeto da tutela jurídica no âmbito familiar, antes voltada para a máxima proteção da denominada “paz doméstica”, funcionalizando a família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e preservando-a tão somente como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.

O Estado, conforme dispõe o art. 226, § 8º, da Carta Magna, assume a responsabilidade de assegurar assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Admite-se o divórcio desvinculado do conceito de culpa (art. 226, § 6º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 66/2010, que nem sequer prevê lapso temporal de separação). Reconhece-se, ao lado do casamento, entidades familiares formadas pela união estável e pela comunidade formada

por qualquer dos pais e seus descendentes. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal passam a ser exercidos em igualdade de condições pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º). Os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

A nova tábua de valores instituída pela Constituição Federal de 1988 estabelece, assim, no âmbito familiar, novos critérios interpretativos da legislação infraconstitucional, de modo que a leitura do Código Civil de 2002 deve ser feita sob essa ótica.

Não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie um dos filhos em detrimento de outro, que vise tutelar o vínculo conjugal em sacrifício de algum dos cônjuges ou dos filhos⁴⁷ ou que estabeleça um afastamento de um dos genitores em virtude da separação conjugal ou dissolução da união estável. Tanto os direitos quanto os deveres deverão ser exercidos igualmente entre os consortes. Todos os filhos deverão ser tratados de maneira igualitária, cabendo aos genitores assisti-los e zelar por sua boa formação educacional.

Capítulo 2 O poder familiar

2.1. Definição

Despiciendo é repisar a assertiva de que o instituto do pátrio poder sofreu grande evolução ao longo da história, afastando-se de seu caráter despótico original para ganhar uma conotação protetiva e construtiva no tocante à prole.

Diante da nova dimensão adquirida pelo aludido instituto, abandonou-se a denominação tradicional “pátrio poder” ante os resquícios da *patria potestas* romana, preferindo-se substituí-la por “poder familiar”⁴⁸, expressão adotada pelo Código Civil, em 2002, ou “responsabilidade parental”, “poder parental”, “autoridade parental” ou “pátrio dever”, conforme a doutrina faz referência.

Conceituando o instituto, primeiramente convém ser transcrito o ensinamento do grande mestre civilista Clóvis Beviláqua⁴⁹ sob a ótica do Código Civil de 1916, para quem o pátrio poder é o “conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos”. A concepção é ultrapassada, visto que inspirada no conceito patriarcal, patrimonialista e discriminativo dos filhos, do antigo Código Civil.

Waldyr Grisard Filho nos traz uma excelente definição, de autoria de José Antônio de Paula Santos Neto:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar⁵⁰.

O professor Caio Mário da Silva Pereira assim define o instituto: “Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º, da Constituição”⁵¹.

O poder familiar é, assim, um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos.

Orlando Gomes, em sua obra *Direito de família*⁵², aduz que o instituto perdeu a organização despótica

inspirada no direito romano, e deixou de ser um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa do filho, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres. Essa evolução orientou-se, fundamentalmente, em três pontos: a) limitação temporal do poder; b) limitação dos direitos do pai e do seu uso; c) colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para orientá-lo e controlá-lo.

Conforme expõe Ana Carolina Brochado Teixeira⁵³,

o antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial.

Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto.

Nessa moderna concepção, a responsabilidade parental sem o concomitante contato entre pais e filhos estaria esvaziada da sua principal função de promoção do desenvolvimento da personalidade do filho com amor, carinho e participação, pois é pelo convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho⁵⁴.

A moderna visão da autoridade parental exige que os pais se façam presentes na vida de seus filhos ainda que sejam separados e haja conflito familiar entre eles. Não basta simplesmente pagar um bom numerário de pensão alimentícia e fiscalizar, ao longe, a criação e educação dada ao filho por uma terceira pessoa. É preciso convívio, interação, troca de experiências, atenção e responsabilidade por ter trazido ao mundo um ser humano que não pediu para nascer. As questões patrimoniais adquirem uma relevância secundária, sobrelevando os aspectos existenciais vinculados à dignidade da pessoa humana, o carinho e a afetuosidade cultivada no contato com os filhos⁵⁵.

Assim, a educação do filho, como uma das facetas dos deveres decorrentes do poder familiar, não consiste apenas na obrigação de zelar para que ele receba instrução escolar ou profissional. Consiste também na transmissão de valores morais e éticos. Os pais são responsáveis pela formação de seus filhos, inclusive por atos ilícitos por eles praticados. Assim, não basta a educação formal, é preciso que

o filho seja educado para viver em sociedade, aprendendo a respeitar o próximo, a agir corretamente, sendo repreendido por mau comportamento. Nenhuma criança nasce educada, sendo necessário que os pais, num esforço cotidiano, formem-lhe o caráter e lhe infundam bons princípios. Como poderá o pai ou a mãe afastado do filho contribuir na transmissão de seus valores? O exemplo dos pais desempenha um papel importante na formação psíquica do filho. A sua participação no processo educacional do filho é deveras importante, ainda que não seja perfeita. Muito mais do que bônus, a autoridade parental é um ônus, um dever jurídico imposto aos pais na criação dos filhos visando à plena formação espiritual, educacional e moral destes.

Ao contrário do que se observava no modelo original da *patria potestas* romana, no qual cabia unicamente ao *pater* o exercício da *potestas* na família, o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu texto original, já havia temperado a exclusividade da atuação paterna, dedicando um restrito espaço à mãe.

Durante o século XX, no curso da evolução legislativa que veio a modificar os contornos jurídicos da família, a dicção legal do instituto foi alterada. O alcance da igualdade entre os cônjuges, introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), aumentou a esfera de atuação materna, e, na atualidade, o poder familiar ou parental é exercido em igualdade de condições tanto pela mãe quanto pelo pai.

Essa igualdade ampla consagrada pela Constituição Federal de 1988, a partir do que pai e mãe, em idênticas condições, passaram a atuar para concretizar todos os aspectos da autoridade que lhes é conferida por força da relação paterno-filial, foi reafirmada nos dispositivos infraconstitucionais posteriores à Constituição, seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, seja o Código Civil de 2002, com as atualizações decorrentes das leis sobre guarda compartilhada (Leis n. 11.698/2008 e n. 13.058/2014). Aliás, a mãe sempre foi aquela com maior contato com os filhos e responsável direta pelos cuidados do dia a dia, encarregada por nutri-los, vesti-los e orientá-los, mas destituída, via de regra, de poderes decisórios. A igualdade de direitos operou mudanças tanto para o pai quanto para a mãe.

Os filhos, conforme leciona Luiz Edson Fachin⁵⁶, não são, nem poderiam ser, objeto da autoridade parental. Constituem um dos sujeitos da relação derivada do poder familiar, não sendo objetos nem sujeitos passivos, mas sim os destinatários do exercício dessa incumbência dos pais, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais.

O Código Civil português utiliza a expressão “responsabilidade parental”, e consagra, expressamente, o dever dos pais de velar pela segurança e saúde dos filhos, prover seu sustento e dirigir a sua educação, devendo, de acordo com a maturidade dos filhos, *levar em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida* (art. 1.878º do Código Civil português). Consigna, ainda, e de maneira expressa, que os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes (art. 1887-A).

A autoridade parental, dessa forma, traduz uma relação na qual pai e mãe dirigem seus esforços para proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades, direcionada no interesse exclusivo do filho, servindo como meio de protegê-los e educá-los.

De qualquer forma, o poder familiar é um conjunto de prerrogativas inerentes à maternidade e à paternidade que não surge com o nascimento do filho, mas com o seu registro civil. O filho não reconhecido pelo pai, na forma do art. 1.633 do Código Civil, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe.

2.2. Características

O poder familiar ou autoridade parental, conforme disserta Carlos Alberto Bittar⁵⁷, consiste em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, a orientação e a proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando com o implemento da idade⁵⁸ ou com a emancipação⁵⁹. É irrenunciável⁶⁰, inalienável e imprescritível.

É caracterizado mais como um *munus* legal do que propriamente um poder, e por isso as críticas existentes à expressão “poder familiar” pois, concomitantemente ao complexo de prerrogativas sobre a pessoa e os bens dos filhos, corresponde aos deveres de criação, educação e sustento. É função exercida no interesse dos filhos, diante da personalização operada na matéria e do reconhecimento de direitos próprios dos filhos. É missão confiada aos pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção à idade adulta, que representa mais um ônus do que privilégios, daí a expressão “pátrio dever”.

Em regra, como sistema de proteção e defesa dos filhos, o poder familiar dura por todo o período da

menoridade. Todavia, há hipóteses em que pode ser suspenso, destituído ou extinto antes da maioridade.

A suspensão é temporária e admite reintegração. Dá-se por decisão judicial⁶¹, quando o pai ou a mãe abusarem de seu poder, faltando aos seus deveres ou arruinando os bens dos filhos, assim quando o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda dois anos de prisão. A regra, determinada pelo art. 394 do Código Civil de 1916, foi mantida pelo art. 1.637 do Código Civil de 2002. Havendo motivo grave, a suspensão do poder familiar poderá ser decretada liminar ou incidentalmente, até o julgamento final da causa (art. 157 do ECA) ou nas hipóteses de alienação parental grave (art. 6º, VII, da Lei n. 12.318/2010).

A destituição é definitiva e ocorre quando um ou ambos os pais incidem em falta grave aos deveres inerentes à autoridade parental, consistente no castigo imoderado do filho⁶², abandono deste⁶³, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes⁶⁴, ou incidir reiteradamente em abuso ou falta dos deveres inerentes à autoridade parental (art. 395 do Código Civil de 1916 e 1.638 do Código Civil atual), descumprindo os deveres de sustento, guarda e educação (art. 22 do ECA). A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23 do ECA). A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha (art. 23 § 2º, do ECA, incluído pela Lei n. 12.962/2014).

A destituição do poder familiar, assim como a suspensão, só pode ser determinada por decisão judicial. O procedimento é obrigatoriamente sujeito ao Poder Judiciário, com as garantias efetivas do contraditório e ampla defesa⁶⁵, exigindo-se citação pessoal, salvo se esgotados todos os meios para sua realização (art. 158, §§ 1º e 2º, do ECA) e não for possível localizar o genitor, oportunidade na qual ocorrerá a sua citação por edital.

A suspensão ou destituição não afeta o dever de prestar alimentos ao filho, pois se trata de uma penalidade imposta ao genitor. Assim, embora não exista norma expressa a respeito⁶⁶, toda a sistemática de nosso direito indica que o dever subsiste, visto que a sanção imposta ao genitor não poderia prejudicar a criança ou o adolescente. Ainda que destituído o genitor do poder familiar, o dever de prestar alimentos somente cessa se a criança ou adolescente for adotada, substituindo-se a figura parental, ocasião na qual extinguir-se-á o poder familiar original.

A extinção decorre da morte de um dos polos da relação jurídica, da emancipação do infante, de sua adoção (nesse último caso é necessária a destituição do poder familiar dos pais biológicos, se conhecidos⁶⁷, por sentença prévia ou concomitante ao processo judicial da adoção, ou a concordância deles⁶⁸) e da maioridade⁶⁹.

A paternidade ou maternidade socioafetiva, aliada ao abandono do genitor biológico, faz nascer o legítimo interesse na ação de destituição do poder familiar para fins de adoção⁷⁰.

O poder familiar não se extingue com a separação, o divórcio ou dissolução da união estável. A autoridade parental prevalece, em igualdade de condições para ambos os pais, durante o casamento, e na família matrimonial desfeita, assim como em qualquer modelo adotado de família, sendo necessário ajuizamento de ação de destituição do poder familiar (ou expressa condenação criminal) para a retirada dessa autoridade parental.

2.3. Do exercício do poder familiar

A antiga concepção do “pátrio poder”, visto como um poder-sujeição, nas lições de Pietro Perlingieri, está em crise, porque, em uma visão de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição não mais é admitida. A relação da autoridade parental “não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”⁷¹.

Ao lado da equivalência de atuação dos genitores e da maior participação do filho, na moderna concepção democrática da família, dentro da qual a opinião dos filhos tem sido considerada por nossos Tribunais⁷², informado ainda pelos princípios constitucionais balizadores da família igualitária e eudemonista, o instituto vem assumir mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é um *munus* finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos.

Cuida-se de proporcionar à criança todos os meios necessários para sua completa formação, passando necessariamente pela instrução básica e preparação para todos os aspectos da vida, desde os mais simples aos mais complexos. Essa noção de educação consiste em participar da vida do filho, protegendo-o, dando-lhe liberdade, colocando limites em suas ações, respeitando-o e portando-se como exemplo.

O exercício irregular do poder familiar pelo pai ou pela mãe pode ensejar a aplicação da multa

prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷³, além de outras medidas⁷⁴ como a perda da guarda, prevista no art. 129, VIII, do mesmo diploma legal⁷⁵. Conforme já exposto, o poder familiar consiste em um *munus*, um poder-dever exercido em favor e no interesse do filho, que impõe aos genitores o dever de prestar-lhe assistência, respeitá-lo, zelar por sua educação e integridade física e psíquica, além de proporcionar-lhe toda a proteção possível para o mais completo desenvolvimento do infante.

Com relação à pessoa dos filhos menores, compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em (art. 1.634 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 13.058/2014):

I – dirigir-lhes a criação e educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Entre os poderes/deveres dos pais, portanto, estão: a guarda dos filhos⁷⁶, a responsabilidade sobre a educação destes, o deferir o consentimento matrimonial, cuja denegação admite o suprimento judicial, a nomeação de tutor, a representação se for o caso de absolutamente incapaz, a assistência se relativamente incapaz, a boa administração e usufruto dos bens, a responsabilidade civil por atos ilícitos praticados pelo filho⁷⁷, o dever de zelar para que o filho não seja encontrado em situação de risco⁷⁸ etc.

A autoridade parental é exercida, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe⁷⁹, cabendo a qualquer um deles recorrer ao Poder Judiciário para a solução de divergência (Código Civil, art. 1.631, parágrafo único). A separação ou o divórcio dos pais não altera a responsabilidade parental (Código Civil, art. 1.579). Conforme leciona Carlos Alberto Bittar, é de ambos o exercício, em paridade de condições, sob o controle judicial (Lei n. 8.069/90, art. 22), não se alterando as relações com os filhos em razão da separação dos pais, senão quanto ao direito de tê-los em sua companhia⁸⁰ (Código Civil, art. 1.632).

No direito argentino, conforme consta do art. 264, inc. 2º, do Código Civil, “la patria potesta pertenece

al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia”⁸¹. Nesse país, a separação ou divórcio implica, em regra, a perda de parte do poder familiar para o genitor que não exerce a guarda do filho. A separação ou divórcio acarreta, assim, a atribuição da guarda do filho a somente um dos pais, que passa a exercer a denominada “tenencia” e o exercício do poder parental, sendo o genitor contínuo, que goza do tempo principal da criança. O não guardião detém tão somente “el tiempo secundario”, e lhe assiste “el derecho de tener comunicación con su hijo y controlar su conducta y educación”⁸².

Na Argentina, de qualquer forma, é possível que haja o exercício compartilhado da autoridade parental desde que seja estabelecido entre os pais, não havendo vedação legal para a estipulação da guarda compartilhada, conforme disserta Mauricio Luis Mizrahi:

De los arts. 206, parte 2ª; 231, párr. 2º; 264, inc. 2º, y 271 del. Cód. Civil, surgiría que la ley vigente solo há previsto la guarda uniparental. Pero de lo dicho no es lícito deducir que el Código prohíba que los cónyuges divorciados “compartan” la tenencia de sus hijos, sobre todo porque no resulta indispensable una expresa norma autorizante.

De todos modos, creemos que ha perdido importancia el debate acerca de si la guarda alternada puede ser dispuesta o convenida a tenor de los preceptos del Código Civil; ello habida cuenta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3º, 1). Es decir que la cuestión se desplaza ahora a determinar en cada caso si aquella forma de tenencia preserva los intereses de los hijos, y unicamente en función de este criterio rector los tribunais estarán llamados a decidir...

Nos parece que un asunto previo a resolver es cuándo debemos interpretar que estamos ante una guarda alternada. El punto reviste importancia ante la necesidad de discernir a quién corresponde atribuir en el caso concreto el ejercicio de la patria potestad. En efecto, por el art. 264, inc. 2º, del. Cód. Civil, dicho ejercicio pertenece “al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia”. De manera que si los ex esposos han convenido – o há resuelto el tribunal – un sistema de guarda compartida, a ambos os progenitores entonces corresponderá imputar el ejercicio de la patria potestad⁸³.

Em Portugal, após a ruptura da sociedade conjugal, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos, salvo no caso de urgência manifesta, em que qualquer dos genitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível (art. 1906º, 1). O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente ou àquele com quem se encontra temporariamente, mas este não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo genitor com quem o filho reside habitualmente (1906º, 3). O Tribunal, de qualquer forma, deve promover e aceitar acordos ou tomar decisões que favoreçam amplas oportunidades de contato com ambos os progenitores e partilha de responsabilidades entre eles (art. 1906º, 7, do Código Civil português).

Na Itália, em regra, o poder parental é deferido àquele que exerce a guarda, com a garantia de que o outro genitor poderá interferir nas decisões de maior interesse para o filho (arts. 155 e 317 do Código Civil italiano). Há a possibilidade, de qualquer forma, de o Magistrado deferir a ambos os genitores o exercício do poder familiar⁸⁴.

Na França, em regra, a autoridade parental não se altera com a separação dos pais, de modo que seu exercício continuará com ambos os genitores (art. 373-2 do Código Civil francês). Todavia, este poderá ser deferido a somente um dos genitores, a critério do Juiz, no interesse da criança (art. 373-2-1 do Código Civil francês). Assim dispõe o Código Civil francês:

Art. 373-2. La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parents. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Art. 373-2-1. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale a l'un des deux parents.

Em nosso país, o divórcio dos pais, com a atribuição da guarda da criança a somente um dos genitores, não priva o genitor não guardião do exercício da autoridade parental. Este pode, juntamente com o guardião, tomar decisões sobre o futuro do filho, cabendo a qualquer deles recorrer ao Poder Judiciário na hipótese de divergência.

A titularidade e o exercício da autoridade parental, uma vez existentes na esfera jurídica, constituem regra geral. Os genitores desempenham os papéis de pais, qualificados pela autoridade, até que os filhos atinjam a maioridade civil. Qualquer modificação nessa regra de que a autoridade parental é exercido por ambos os pais configura exceção e exige pronunciamento específico⁸⁵.

O não guardião está em igualdade jurídica para o exercício do poder parental, pois está privado tão somente do contato diário com seu filho. Este, e tão somente este, é o fato que dificulta o exercício pleno da autoridade parental do não guardião, sendo o instituto da guarda compartilhada um mecanismo para o pleno exercício do poder familiar, resgatando o interesse e a autoestima do genitor não guardião para colaborar na educação de seu filho, participando ativamente de seu dia a dia.

Conforme expõe Eduardo de Oliveira Leite, a separação ou o divórcio separa marido e mulher, mas não anula os laços que vinculam os pais a seus filhos, de modo que a ruptura do casal não tem o condão

de provocar a ruptura dos laços jurídicos da filiação, que persistem imutáveis, independentemente dos acontecimentos⁸⁶.

2.4. Princípio da igualdade entre os pais

Entre um dos novos princípios consagrados expressamente pela Constituição Federal encontra-se o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, e, portanto, entre os pais, o que deve ser interpretado sob o seu prisma substancial, e não meramente formal.

Tal princípio vem estabelecido logo no início da Carta Magna, no Título referente aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, I, da CF), ao assegurar igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e também no Capítulo específico que trata da família, dispondo o art. 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Essa igualdade entre os pais deve levar em consideração as diferenças de gênero homem e mulher, notadamente no mercado de trabalho, nas diferenças físicas e questões emocionais, com vistas a promover um equilíbrio e o reconhecimento de uma igualdade substancial, com vistas à proteção, inclusive, contra a violência doméstica.

O Código Civil dispõe no art. 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Conforme leciona Luiz Edson Fachin⁸⁷, a Constituição de 1988 estabeleceu a direção diárquica da família à luz da igualdade, contrapondo-se à direção unitária consagrada pelo Código Civil de 1916.

No Código Civil de 1916, a família era matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal. O marido estabelecia o domicílio da família, coerente com a direção unitária do modelo familiar, era o chefe da sociedade conjugal, com o dever de sustento da mulher e da prole, titular do poder marital e do quase ilimitado pátrio poder. O vínculo matrimonial era indissolúvel, com a subordinação da mulher casada ao cônjuge varão, exercendo este a chefia da sociedade conjugal de maneira centralizada, com excessivos poderes definidores do pátrio poder.

A Constituição de 1988 altera o objeto da tutela jurídica no âmbito familiar, conforme já exposto, funcionalizando a família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e preservando-a tão somente como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana. Surge um novo conceito de

família, baseada na pluralidade familiar (não apenas a matrimonialização define a família), igualdade substancial (e não apenas formal), direção diárquica e de tipo eudemonista.

O vínculo matrimonial, só por si, não há de ser resguardado, senão como instrumento de desenvolvimento da personalidade dos cônjuges e dos filhos. A direção da família é exercida igualmente pelo marido e pela mulher.

O Código Civil, no art. 1.567, dispõe que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. O parágrafo único estabelece que, havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. O art. 1.568 determina que ambos os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus recursos, para o sustento da família e educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. E o art. 1.569 prevê, em consonância com o princípio constitucional de igualdade, que o domicílio do casal é escolhido por ambos os cônjuges, e não, como outrora, estabelecido pelo marido (art. 233, III, do Código Civil de 1916).

A possibilidade de acrescentar o sobrenome do outro, em tese já permitida pela igualdade de direitos estabelecida pela Constituição Federal de 1988, foi expressamente consagrada no art. 1.565, § 1º, do Código Civil.

A igualdade de direitos também está presente no exercício da responsabilidade parental, que é praticada em igualdade de condições tanto pela mãe quanto pelo pai, separados ou não.

Situações de violência doméstica, contudo, dificultam o exercício igualitário de direitos e deveres entre o homem e a mulher. A fragilidade feminina é fato incontroverso, que muitas vezes dificulta o rompimento conjugal. Bárbara Musumeci Soares ressalta fatores que dificultam a separação, como o isolamento da mulher, a violência intercalada por pedidos de perdão, a negação social ou minimização do problema pelos profissionais, o risco de assassinato, a ausência de autonomia econômica da mulher, entre outros⁸⁸.

Não basta reconhecer direitos iguais entre homens e mulheres sem criar mecanismos de efetivação.

Assim, o direito de família precisa estar atento às vulnerabilidades dos membros da família, equilibrando os papéis parentais, com enfoque na proteção contra a violência e prioridade no interesse das crianças.

Certo desequilíbrio emocional de mulheres vítimas de violência ou menor remuneração das mulheres

não pode ser fundamento para privá-las da guarda dos filhos. Mecanismos de apoio oferecidos pelo Estado e pagamento de alimentos pelo varão à ex-mulher com vistas a reequilibrar a desigualdade existente não afrontam o princípio da igualdade, que deve ser visto sob o enfoque substancial e não meramente formal.

A igualdade de direitos pressupõe que ambos os pais estejam presentes na formação do filho, tendo o legislador dado preferência à guarda compartilhada, conforme será mais adiante explanado.

Capítulo 3 A guarda compartilhada

3.1. A guarda

Esta obra focaliza a guarda decorrente das relações entre pais e filhos, inserida no direito de família, não tratando da guarda decorrente da colocação da criança em lar substituto, prevista nos arts. 33 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, como primeira abordagem, fala-se a respeito da guarda natural, que decorre do reconhecimento do filho, na forma do art. 1.612 do Código Civil. Ao efetuar a certidão de nascimento do filho, a mãe, o pai ou ambos garantem-lhe o direito ao nome, à nacionalidade, vínculos familiares e direitos daí decorrentes, bem como tornam-se titulares do poder familiar. A guarda natural é atributo decorrente do poder familiar⁸⁹, com previsão no art. 1.634, II, do Código Civil. O filho não reconhecido pelo pai, na forma do art. 1.633 do Código Civil, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe.

No modelo de família constituída pelo casamento ou pela união estável, no qual o casal divide os direitos e obrigações relativamente aos filhos, falamos em guarda comum ou conjunta, que decorre do dever conjugal de sustento, guarda e educação dos filhos (arts. 1.566, IV, e 1.724 do Código Civil).

Quando os pais não moram juntos, seja porque nunca moraram ou se separaram, usamos a terminologia “guarda unilateral” ou “guarda compartilhada” para se referir ao modelo de cuidado e responsabilidade em relação à criança ou ao adolescente.

A guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. E a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583 do Código Civil).

De maneira geral, a guarda, independentemente de ser guarda comum, unilateral ou compartilhada, conforme expõe Silvana Maria Carbonera, é

um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial⁹⁰.

Guilherme Gonçalves Strenger fornece a seguinte definição: “Guarda de filhos ou menores é o poder-

dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”⁹¹.

J. M. Leoni Lopes de Oliveira assim a define: “A guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade”⁹².

A guarda, dessa forma,

consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, marcada pela necessária convivência sob o mesmo teto, implicando, inclusive, na identidade de domicílio entre a criança e o(s) respectivo(s) titular(es)⁹³.

Outros simplesmente a definem como um conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e um menor de 18 (dezoito) anos, dimanados do fato de estar este sob o poder e companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação.

A guarda, examinada sob a perspectiva do poder familiar, é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois incumbe aos pais criar e educar os filhos, sob pena de estarem deixando o filho em abandono⁹⁴; direito no sentido de os pais participarem do crescimento dos filhos, orientá-los e educá-los, exigindo-lhes obediência, podendo retê-los no lar, conservando-os junto a si, sendo indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

Como decorrência do poder familiar, “os pais têm o direito à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal, concretizado nos cuidados e educação dos mesmos”⁹⁵.

A guarda, todavia, não é da essência do poder familiar, podendo ser deste destacada e atribuída a somente um dos genitores ou até mesmo a terceiros⁹⁶, dando ensejo à denominada guarda unilateral, única ou exclusiva.

Conforme destaca Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, há que se fazer a distinção entre guarda e companhia: “enquanto a guarda é um direito/dever, a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda”⁹⁷.

Assim, nem sempre o filho vive sob os cuidados de ambos os genitores, notadamente nas hipóteses de

divórcio, separação judicial ou separação de fato dos pais, situação na qual é comum seja adotado o sistema da guarda única ou unilateral.

Essa guarda unilateral, tradicionalmente adotada pelos Tribunais pátrios, contudo, via de regra, traz o inconveniente de afastar o outro genitor do convívio com o filho, exacerbando os poderes do guardião em relação à educação e criação do infante.

As visitas quinzenais típicas dos arranjos jurídicos relativos à guarda unilateral trazem um efeito pernicioso sobre o relacionamento pais-filhos, uma vez que propiciam um afastamento, tanto físico como emocional, devido a angústias em face dos encontros e separações, levando a um desinteresse defensivo do genitor não guardião de estabelecer contato com os filhos⁹⁸.

Leila Maria Torraca de Brito⁹⁹, professora do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Curso de Especialização em Psicologia Jurídica, citando pesquisas de diversos autores nacionais e estrangeiros, verificou que muitos pais acabam por desaparecer da vida de seus filhos por não suportarem os desentendimentos intermináveis com a ex-esposa e por não concordarem com o papel de pais eventuais a que são relegados. A maioria das crianças filhas de pais separados e sob a guarda única acaba por perceber de forma mais positiva o genitor que detém a guarda, fazendo “alianças” com ele e tendo a visão do outro como um vilão. Na realidade, “não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes e ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes”¹⁰⁰.

Diversas são as críticas ao sistema legal de imposição da guarda unilateral, e entre elas¹⁰¹ existe a contestação à primazia reconhecida à mãe em relação ao direito de ser sempre detentora legítima da guarda (o que só se justifica, de forma genérica, nos três primeiros anos de vida da criança)¹⁰², o fato de que a desigualdade entre os cônjuges foi expulsa do ordenamento jurídico, a redistribuição dos papéis familiares, com o acesso da mulher ao mercado de trabalho e o redimensionamento da paternidade numa estrutura que apenas lhe assegurava uma função secundária.

Convém ser transcrita a manifestação de uma mãe guardiã, extraída de trabalho publicado pela professora Leila Maria Torraca de Brito¹⁰³, na obra *Temas de psicologia jurídica*, em que aquela, contando com 46 anos e nível superior, assim declarou:

Quando me separei fiquei com a guarda de meus filhos, que eram pequenos, e só deixava meu ex-marido vê-los nos dias de visita

estabelecidos judicialmente. Ele sempre foi muito carinhoso com as crianças, mas eu estava com muita raiva e não o queria por perto, por isso acabei afastando o convívio das crianças com ele.

Conforme expõe Eduardo de Oliveira Leite¹⁰⁴,

talvez, de todas as mudanças sentidas, a que provoca impacto maior na questão de responsabilidade parental, a redescoberta do “amor paterno” seja a mais importante. Os “novos pais”, porque envolvidos numa paternidade mais próxima a seus filhos (e não após uma certa idade, como ocorria até recentemente), reclamam cada vez mais o seu papel nas famílias desunidas, e não se contentam com as “migalhas” que lhes são atribuídas por uma titularidade de autoridade que encontra óbices no exercício cotidiano da paternidade.

A ruptura da sociedade conjugal não precisa, necessariamente, vir acompanhada de frustração e incompatibilidade¹⁰⁵, com um dos genitores na posição de vencedor, titular da guarda única ou unilateral, com poderes *de fato* para estar permitindo e determinando como se dará a visitação do outro e prerrogativas para, representando o filho, ingressar contra o outro na Justiça para a fixação (quanto maior melhor) da pensão alimentícia e que, muitas vezes, não traduz as reais possibilidades do não guardião, dando ensejo a incidentes como a prisão civil dele¹⁰⁶. Muitos são os questionamentos, não só nacionais como estrangeiros, a respeito desse sistema. Os Estados Unidos, que contêm grande número de adeptos da guarda compartilhada, já possuem legislação expressa em vários Estados dando preferência à guarda compartilhada, sendo usuais as críticas ao sistema de guarda única. A respeito do assunto, convém ser transcrito um comentário retirado de um site jurídico americano¹⁰⁷:

Punitive financial arrangements; oftentimes unreasonable, or even impossible, child support awards which do not consider the individual needs of the families involved. Due to the aforementioned conflict of interest, family court has a vested interest in maximizing the child support award, rather than maximizing the child's access to both parents. Current laws are written in such a way that child support were an adequate replacement for a loving parent¹⁰⁸.

É uma frustração, ademais, para o genitor não guardião não poder prestar alimentos a seus filhos de maneira direta. Via de regra, o numerário da pensão alimentícia, já fixado no limite máximo do não guardião, deve ser depositado integralmente na conta corrente do guardião do menor, vedando-se ao não guardião a possibilidade de, em sua defesa na execução de alimentos, abater do total pagamentos feitos diretamente em benefício do filho¹⁰⁹.

Assim, para o não guardião, o exercício do poder familiar praticamente se resume ao pagamento da pensão alimentícia, ao direito de visita (normalmente insuficiente para garantir um bom convívio do não guardião e seu filho) e ao poder de fiscalizar a guarda exercida pelo outro (Código Civil, art. 1.583, §

5º).

Ressalte-se que o direito de visita e o poder de fiscalizar a guarda são atributos não necessariamente decorrentes da autoridade parental. O direito de visita é extensível a qualquer parente, como tios e avós (Código Civil, art. 1.589, parágrafo único), e até mesmo a terceiros não parentes que possuam vínculo afetivo com a criança¹¹⁰, como as figuras da madrasta ou do padrasto, que, muitas vezes, são considerados pelos infantes verdadeiros pais (maternidade ou paternidade socioafetiva). O poder de fiscalizar a guarda (verificando como o filho está sendo tratado e relatando à autoridade competente qualquer irregularidade) é extensivo a qualquer parente e até mesmo a terceiros, com ou sem vínculo com a criança, como na hipótese de um vizinho que denuncia maus-tratos às autoridades competentes.

Quanto ao poder de fiscalizar a guarda, antes da Lei n. 13.058/2014 não se exigia do guardião o dever de guardar as notas fiscais das despesas efetuadas com o filho, havendo uma presunção legal a seu favor de que utilizou a pensão alimentícia em benefício do filho. As prestações de contas somente tinham efeitos jurídicos práticos quando o guardião não era parente da criança ou era seu tutor.

Com a nova redação do art. 1.583, § 5º, do Código Civil, ficou expresso o direito de supervisão do não guardião, que é parte legítima para solicitar informações 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. Dessa forma, incumbe ao guardião guardar as notas fiscais, os exames médicos, receituários, boletins e relatórios escolares, bem como quaisquer documentos que digam respeito à saúde e educação dos filhos.

De qualquer forma, conquanto o não guardião não perca o poder familiar, os poderes de cada um dos genitores com a atribuição da guarda unilateral, única ou exclusiva são desiguais.

Os procedimentos jurídicos junto à família que se separa, no modelo tradicional do perde-ganha na guarda única, reforçam a disputa entre os cônjuges¹¹¹, um afastamento do não guardião, e vêm acarretando sérios desgastes emocionais aos membros dessa família¹¹², gerando sérios prejuízos para as crianças envolvidas¹¹³.

3.2. A guarda compartilhada

3.2.1. Conceito

Conforme já exposto, o grande marco legislativo da alteração da concepção da família foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, trazendo uma nova realidade axiológica na interpretação da legislação de família, rompendo drasticamente com a visão excludente, desigual e discriminatória de outrora.

Desta feita, com inovação à ordem jurídica anterior, foi estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o princípio da igualdade entre os filhos, o princípio da paternidade responsável, o princípio da prioridade dos interesses das crianças e adolescentes, o princípio do respeito à individualidade e não discriminação, entre outros.

Reconheceu-se o direito à felicidade individual nas relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa, e, ainda, houve a previsão constitucional de outras formas de entidades familiares além do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (aquelas formadas pela união de qualquer dos pais e sua prole), garantindo-se a proteção legal do Estado. Foram assegurados direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher. Casados ou não, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Dentro da perspectiva da guarda legal, compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial, colocam-se em debate, na hipótese de ausência ou ruptura da vida conjugal, as expectativas dos pais de exercerem, com a maior amplitude possível, o poder familiar e o seu desejo inerente à paternidade de criar e educar os filhos.

Assim, surgem os seguintes questionamentos: de que maneira a atribuição da guarda exclusiva a um dos genitores, quer decorrente do fim da união, matrimonializada ou não, quer de demanda que trate exclusivamente da guarda, afeta a autoridade parental do não guardião? Em que consiste exatamente a guarda compartilhada?

A expressão “guarda compartilhada” de crianças refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais¹¹⁴. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições.

Na definição do nosso Código Civil, *a guarda compartilhada significa 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 (art. 1.583), de modo que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (§ 2º).

Na definição de guarda compartilhada, encontram-se dois conceitos: a guarda jurídica compartilhada e a guarda física compartilhada.

Assim, em primeiro lugar, faremos a distinção entre *joint legal custody* (guarda jurídica compartilhada) e *joint physical custody* (guarda física ou material compartilhada), terminologia adotada pelos países de língua inglesa.

Segundo o Dr. Henry S. Gornbein¹¹⁵, jurista americano especialista na matéria, o termo *joint legal custody* refere-se à prerrogativa de “tomar decisões em conjunto”, o que significa que, mesmo em situações de divórcio, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre o futuro dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física.

Já a *joint physical custody* é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades, nas quais a criança fica praticamente a metade de seu tempo com cada um deles.

A guarda jurídica compartilhada já era reconhecida por nosso ordenamento jurídico antes mesmo da primeira lei sobre guarda compartilhada (Lei n. 11.698/2008), pois, em nosso país, a separação e o divórcio não alteram os direitos e deveres decorrentes do poder familiar (Código Civil, art. 1.579¹¹⁶).

A Lei n. 13.058/2004, de qualquer forma, alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.634 do Código Civil para instituir, expressamente, tanto a guarda jurídica compartilhada quanto a guarda física compartilhada.

O art. 1.634, que trata a respeito da autoridade parental, ganhou a expressão “qualquer que seja a situação conjugal dos pais”, ao mencionar caber a ambos o pleno exercício do poder familiar, consagrando a guarda jurídica compartilhada.

Assim, cabe a ambos os pais, independentemente do relacionamento que mantêm entre si, dirigir a criação e educação dos filhos, conceder-lhes consentimento para casarem, viajarem ao exterior, mudarem residência para outro Município, nomearem tutor, representarem ou assistirem os filhos nos atos da vida civil e exigir-lhes obediência, respeito e serviços próprios da idade. Em caso de discordância, caberá ao Poder Judiciário definir a controvérsia, na forma que já era estabelecida pelos arts. 21 do ECA e 1.631, parágrafo único, do Código Civil.

Mesmo que não haja a guarda física compartilhada, a guarda jurídica compartilhada se confunde com o pleno exercício do poder familiar. Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação (art. 1.584, § 6º, do Código Civil).

A guarda física ou material compartilhada, instituída pela Lei n. 11.698/2008, foi sedimentada no art. 1.583, § 2º, do Código Civil pela nova redação dada pela Lei n. 13.058/2014, que expressamente menciona a necessidade de que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre mãe e pai. Aplacando as controvérsias da lei anterior, a nova legislação faz menção expressa à importância do equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, a tutela da dignidade e o princípio que garante a integral proteção às crianças e adolescentes ganharam especial destaque.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito com prioridade em relação aos demais. Os seus interesses estão acima dos interesses dos pais. A responsabilidade conjunta e o carinho com o filho devem ser exercidos por ambos os genitores. Presumiu o legislador que a guarda compartilhada é a guarda que melhor atende aos interesses da criança.

Ao reconhecer o direito à felicidade individual nas relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa, assegurados direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher, o cuidado na criação dos filhos pressupõe-se dever de ambos os pais. Casados ou não, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

3.2.2. A gestão colegiada

A Carta Magna, no Título referente aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, I, da CF), garantiu igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e, no Capítulo específico que trata da família, dispôs no art. 226, § 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Conforme leciona Luiz Edson Fachin¹¹⁷, a Constituição de 1988 estabeleceu a direção *diárquica* da família à luz da igualdade, contrapondo-se à direção unitária consagrada pelo Código Civil de 1916.

Assim, ficou estabelecido no texto constitucional e corroborado pela legislação infraconstitucional posterior (art. 21 do ECA¹¹⁸ e art. 1.631, parágrafo único, do Código Civil) um *colegiado* para o exercício da autoridade parental, do qual fazem parte a mãe e o pai, sem sobreposição de um sobre o outro, assegurado o direito de recorrer ao Poder Judiciário em caso de divergência.

E, se estamos falando em igualdade entre os pais, em gestão colegiada da autoridade parental, em direito ao divórcio e à felicidade individual, não podemos retirar do pai ou mãe separado a titularidade e o exercício do poder familiar nem, principalmente, retirar do filho de pais separados a convivência e a proteção decorrente da autoridade parental de seus pais. Afinal, o amor nasce da convivência, da cumplicidade e dos cuidados do dia a dia.

A gestão colegiada do poder familiar, quando em tema pais separados, ainda causa a alguns operadores do direito muita resistência, talvez por uma visão arcaica e conservadora na qual se prioriza o direito dos pais – de ignorar o ex-consorte – em detrimento do filho, que passa a ser educado somente por um de seus pais com seu eventual novo companheiro, sob o argumento de necessária “paz doméstica”. Esse mesmo raciocínio, voltado à paz doméstica, levou muitos a defenderem a chefia centralizadora da sociedade conjugal pelo marido, ainda que houvesse o sacrifício da mulher e dos filhos, pois assim se evitariam litígios e desavenças no âmbito familiar, supostamente atendendo aos interesses dos filhos e da instituição família. Felizmente, essa visão foi superada, consagrando-se a igualdade entre o homem e a mulher no sistema jurídico brasileiro.

O exercício da responsabilidade parental é igualitário e conjunto dos pais, sejam estes um casal ou não, visto que, desde 1988, a relação existente entre os pais (se são casados ou não, se têm bom relacionamento ou não) não pode prejudicar nem minimizar os direitos dos filhos para com seus pais, tampouco restringir a relação de convivência e afeto entre eles.

A gestão ou administração colegiada não é novidade no Direito. As decisões dos nossos órgãos jurisdicionais superiores são, de uma maneira geral, produto de uma decisão colegiada. E o Júri nos Estados Unidos? Imagine-se o quão difícil há de ser um consenso entre doze integrantes. Muitas sociedades comerciais e, principalmente, fundações costumam estabelecer em seus atos constitutivos uma diretoria colegiada, na qual a administração e a gestão financeira (como assinatura de cheques) devam ser em conjunto ou pelo menos com a assinatura de mais de um membro da diretoria. Não é, portanto, nenhum absurdo jurídico que o novo direito de família tenha estabelecido, em matéria de exercício da

autoridade parental, uma direção “diárquica” do poder familiar, de modo que ambos os pais, casados ou não, juntos ou separados, devam somar-se e tolerar-se para a educação do filho, respeitando-se e concentrando os seus esforços para proporcionar bem-estar à criança.

Acresce-se, ainda, que a par do colegiado existente entre os pais o Estado, por força do princípio da proteção integral, deve intervir na relação decorrente da autoridade parental, para evitar abusos dos pais e contribuir para que os atritos sejam minimizados em prol da criança, garantindo-se a ela o direito fundamental à convivência familiar com ambos os pais, numa dupla realização, dos pais e dos filhos. O legislador, ao criar o arcabouço principiológico de garantias para a criança e o adolescente, o fez para permitir que o ser humano em momento tão peculiar de formação estivesse protegido, e convocou a família, a sociedade e o Estado a promoverem tal proteção¹¹⁹.

A primeira etapa da intervenção do Estado se dá na promoção de condições básicas de saúde para a gestante, ainda na fase pré-natal, a fim de que o ser humano em crescimento dentro do ventre materno receba os cuidados mínimos necessários.

A segunda etapa da intervenção do Estado, através de seus agentes, e neles incluído o próprio Ministério Público, deve ser garantir um registro civil no qual conste o nome da mãe e do pai para todas as crianças, conforme determina a Lei n. 8.560/92. A legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de investigação de paternidade decorre do interesse da sociedade, e desse dever do Estado, no sentido de que todas as crianças tenham pai e mãe registrados. Mais do que direito subjetivo, a criança tem uma necessidade subjetiva de proteção, justificada pelo natural impedimento de reivindicar, por si só, o respeito aos seus direitos¹²⁰.

Nas etapas seguintes, sem uma ordem preconcebida, existe o dever do Poder Público na promoção de políticas públicas de promoção da família, da paternidade responsável, no oferecimento de educação e saúde de qualidade, e criação de mecanismos de proteção da criança e do adolescente. Há interesse público na existência das Varas de Família e na intervenção do Ministério Público nos processos de divórcio e separação judicial com filhos menores, alimentos, guarda, regulamentação de visitas, visto a situação de vulnerabilidade que a ruptura da sociedade conjugal traz para os menores envolvidos, haja vista o desgaste emocional de seus pais e os conflitos familiares daí decorrentes.

Nesse contexto, é necessário ter um olhar atento dos operadores do direito para estimular o exercício do poder familiar e o exercício responsável das responsabilidades parentais. O Magistrado, ao receber

um processo judicial de divórcio e regulamentação do convívio familiar entre pais e filhos, deve focar no melhor interesse das crianças, priorizando o convívio familiar, conforme o ideal estabelecido pela Nova Lei da Guarda Compartilhada, ainda que não seja exatamente esse o pedido deduzido em Juízo¹²¹.

3.2.3. Requisitos da guarda compartilhada

São requisitos da guarda compartilhada:

- 1) maternidade ou paternidade jurídica (normalmente demonstrada com o registro civil do filho);
- 2) aptidão para o exercício do poder familiar;
- 3) vontade de exercer a guarda.

O texto legal menciona expressamente a figura do pai e da mãe, que por meio da guarda compartilhada têm responsabilidade conjunta e exercem os direitos e deveres decorrentes do poder familiar em igualdade de condições.

É pelo registro civil, pela lavratura da certidão de nascimento, como dever que decorre do poder familiar, que os pais oficializam a paternidade ou a maternidade, dando ao filho um nome e lhe garantindo diversos direitos¹²².

Conquanto o legislador tenha mencionado pai e mãe, é importante ressaltar que a guarda compartilhada também se aplica aos casais homoafetivos¹²³, podendo ser aplicada na maternidade¹²⁴ ou paternidade socioafetiva, notadamente nas hipóteses de adoção¹²⁵, ressaltando que o companheiro da mãe¹²⁶, especialmente quando a criança não tem pai registrado, exerce nítida função parental, e que outros familiares, como a tia¹²⁷ e a avó¹²⁸, também podem exercer a guarda compartilhada com os pais.

Nota-se que os pais (pai e mãe) têm preferência de exercer a guarda em relação aos avós¹²⁹, haja vista os direitos e deveres que decorrem do poder familiar. Quando a criança atinge a adolescência, os avós idosos nem sempre conseguem exercer a contento a guarda, sendo importante que os laços de afeto e autoridade dos pais sejam sedimentados durante seu crescimento. Nada impede, de qualquer forma, que seja estabelecida a guarda compartilhada entre mãe/pai e avó ou avô, ou entre uma tia e uma avó, pois a divisão das funções de cuidado em relação à criança, com divisão de tempo de convívio, muitas vezes atende ao melhor interesse da criança. Não é incomum que o exercício de atividades de trabalho dos

pais, fragilidades emocionais ou psíquicas, necessidade de representação escolar ou outras situações peculiares imponham o reconhecimento de uma guarda compartilhada no âmbito familiar mais amplo.

Por sua vez, o texto legal também menciona que é necessário que ambos os genitores estejam aptos ao exercício do poder familiar (Código Civil, art. 1.584, § 2º). Essa aptidão é presumida com a maternidade ou paternidade. Fatos que desabonem a conduta dos pais *no exercício do poder familiar* devem ser suficientemente provados. Note-se que são fatos graves que inviabilizam a parentalidade (o pleno exercício da maternidade ou paternidade), e que não dizem respeito ao litúgio dos pais entre si. É sempre relevante ressaltar a diferença entre conjugalidade e parentalidade. Bons pais ou boas mães não necessariamente são bons maridos ou boas esposas. O fracasso da relação entre o casal, ainda que um deles seja considerado culpado, não tem relevância para o estabelecimento da guarda.

O uso de drogas¹³⁰, a existência de problemas psiquiátricos graves e um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança são fatores a serem considerados para impedir a guarda compartilhada do filho.

A transmissibilidade de bons valores, o estímulo do convívio familiar com os pais, avós, irmãos e demais parentes, no respeito à figura parental do outro genitor, no cuidado e disponibilidade afetiva, num ambiente saudável, são elementos a serem considerados. É importante que os genitores tenham consciência do seu papel de educadores, de exemplo para o filho e da necessidade de estarem presentes e ainda respeitarem a convivência familiar do filho com seus demais parentes como estímulo para o afeto entre eles. Afinal, conforme já exposto, a afetividade floresce na convivência, nos cuidados do dia a dia, em ambiente de solidariedade e responsabilidade.

De qualquer forma, é bom repisar que o consenso não é requisito da guarda compartilhada¹³¹.

Conforme consta do texto legal, a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, *ou por qualquer um deles*, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar (Código Civil, art. 1.584, I). O § 2º do art. 1.584 do Código Civil, aliás, foi expresso ao mencionar que

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 filho.

Por fim, terceiro requisito é a vontade de exercer a guarda do filho. Muitos pais, em razão de horário de trabalho, da falta de moradia adequada ou reestruturação familiar, podem optar pelo não exercício da

guarda física compartilhada do filho. Assim, opta-se pela guarda unilateral do filho, estabelecendo o direito de visitas, sem prejuízo da guarda jurídica compartilhada. Mesmo nas hipóteses de guarda unilateral, o genitor que não exerce a guarda deve supervisionar os interesses dos filhos e é 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 dos filhos (Código Civil, art. 1.583, § 5º).

Estando presentes os três requisitos acima mencionados, a guarda (física) compartilhada poderá ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, considerando as necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe (Código Civil, art. 1.584, II).

A guarda (física) compartilhada não significa apenas equilibrar tempo de convívio, mas dividir responsabilidades, como buscar e levar o filho na escola, alimentá-lo, ajudar nas tarefas escolares, acompanhar a criança ao médico, dentista e atividades extracurriculares, conversar, proporcionando carinho, afeto e atenção.

A nova redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, determinada pela Lei n. 13.058/2004, que impõe a guarda compartilhada mesmo no litúgio, vem reforçar a importância do equilíbrio no exercício das funções parentais, rompendo o raciocínio de várias decisões judiciais que traziam o consenso como requisito da guarda compartilhada¹³².

A guarda física compartilhada viabiliza a guarda jurídica compartilhada, na medida em que o convívio possibilitará a educação, a escolha de atividades extracurriculares, o acompanhamento ao médico, a imposição de limites, o oferecimento de alimentos saudáveis nas refeições, a fiscalização dos estudos etc.

É expressa a preferência dada pelo legislador ao compartilhamento da guarda, cabendo ao magistrado, na audiência de conciliação, informar e mobilizar os pais em relação ao seu benefício e aplicá-la ainda que haja litúgio entre os genitores.

Conforme ressalta a Ministra Nancy Andrichi¹³³, a não aplicação da guarda por ausência de consenso faria prevalecer o exercício de um poder inexistente por um dos pais. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua

formação, do ideal psicológico de duplo referencial. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. E conclui a Ministra:

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

Assim, se a guarda compartilhada não for solicitada por ambos os pais na audiência de conciliação, o juiz os informará 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 (Código Civil, art. 1.584, § 1º).

É importante que constem das cláusulas do arranjo a respeito da guarda compartilhada:

- a) os períodos de convívio de cada um dos genitores com o filho ou filhos, de forma equilibrada entre pai e mãe, considerando a rotina da criança e o horário de trabalho dos pais;
- b) as responsabilidades de ambos os pais em relação aos alimentos, ao deslocamento do filho para a escola e atividades extracurriculares e de saúde, bem como para a residência do outro genitor;
- c) compromisso de comunicação sobre fatos relevantes a respeito de saúde e educação da criança, com especificação de telefones e e-mails de contato;
- d) compromisso de respeitar a figura parental do outro e o bem-estar da criança;
- e) a escolha, se possível, de uma residência principal;
- f) as sanções pelo descumprimento das cláusulas.

Não havendo acordo entre a mãe e o pai, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar e declarando o interesse na guarda dos filhos, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-processual ou de equipe interdisciplinar, que, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (Código Civil, art. 1.584, § 3º).

Via de regra, deve-se procurar seguir a rotina da criança na época durante a qual seus pais ainda moravam juntos, garantindo a convivência que era desfrutada no ambiente familiar. Se os pais nunca moraram juntos e o estabelecimento das regras de convivência for uma novidade, caberá às partes tentar

chegar a um consenso, seja com a ajuda da equipe interdisciplinar ou da mediação, tendo em vista os horários de trabalho e os compromissos da criança. Um estudo social com visita domiciliar na casa de ambos os pais, além do estudo psicológico com escuta de toda a família, faz-se altamente recomendável.

De qualquer forma, em sede de medida cautelar de separação de corpos¹³⁴, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre a guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz (Código Civil, art. 1.585), que, após ouvi-las, decidirá sobre os períodos de convívio, dando preferência à guarda compartilhada provisória ou à regulamentação ampla do direito de visitas¹³⁵, para fins de melhor análise da dinâmica familiar e evitando o afastamento da criança em relação a um de seus genitores.

Essa guarda compartilhada ou ampliação do direito de visitas deferida liminarmente¹³⁶ é consequência lógica da preferência dada pelo legislador à guarda compartilhada, e não comporta visitação vigiada¹³⁷, salvo em casos excepcionais de alegação de grave infração dos deveres parentais, como exposição da criança a perigo, maus-tratos e abuso sexual, ou nas situações de violência doméstica.

Nas situações de violência doméstica, conforme consta da Lei n. 11.340/2006, o juiz poderá aplicar ao agressor as medidas previstas no art. 22, entre as quais *o afastamento do lar, proibição de contato com a ofendida e seus familiares, bem como a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores*, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (art. 22, IV, da Lei n. 11.340/2006).

Nas situações de periculosidade, é indicada a visita vigiada, mas jamais o completo afastamento da criança por período longo, pois, se o genitor for inocentado, essa ausência de contato pode significar a completa rejeição do filho, sedimentando uma alienação parental¹³⁸. A figura do garantidor dessa visita pode ser um parente ou um amigo de confiança das partes¹³⁹, como também um profissional (p. ex.: psicólogo, assistente social, babá, segurança).

Assim, em situações excepcionais, a guarda compartilhada não poderá ser estabelecida de plano, dependendo de estudos psicossociais¹⁴⁰, o que não é a regra.

Com a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável, é interessante, tanto quanto possível, manter um ambiente semelhante ao qual a criança estava habituada, desde que não fosse um espaço de

violência. Assim, a permanência da criança na mesma escola é sempre recomendável. Da mesma forma, se ambos os pais eram presentes, amorosos e disponíveis para o filho, a guarda compartilhada vem atender aos anseios de bem-estar da criança ao manter o seu convívio com ambos os pais.

Esse amplo convívio com ambos os seus genitores decorrente da guarda compartilhada não impede seja estabelecida uma referência de residência principal da criança¹⁴¹. Essa residência principal será a cidade base de moradia dos filhos, na forma do art. 1.583, § 3º, do Código Civil.

A diferença de cidades, estados ou países não impede a guarda compartilhada, devendo ficar estabelecida a base de moradia dos filhos como aquela que melhor atenda aos seus interesses. O contato com o outro genitor deve ser facilitado pelos meios de comunicação como telefone, Skype e internet, cabendo ao genitor responsável pelo afastamento, via de regra, promover e financiar a convivência familiar do outro, arcando com os custos de comunicação e deslocamento¹⁴².

O fundamental, e cada caso é um caso, havendo diversas modalidades de arranjos para o exercício da guarda compartilhada, é que haja a divisão do tempo de convívio do filho de maneira equilibrada. Via de regra, em um mês de trinta dias, dos quais apenas quatro dias seriam o tempo de convívio do filho menor com o não guardião, em decorrência do tradicional direito de visita quinzenal (finais de semana alternados), há um aumento do tempo de convívio, seja na inclusão de um dia ou dois durante a semana, além dos finais de semana alternados, seja ao estabelecer três finais de semana estendidos por mês (final de semana estendido significa com início na sexta-feira e final na segunda-feira), seja com a responsabilidade diária de levar e buscar o filho na escola etc.

Muitos pais tentam morar próximos uns dos outros, facilitando o deslocamento da criança, ficando um deles responsável por levar a criança nas atividades de segunda e quarta-feiras, enquanto o outro com as atividades de terça e quinta-feiras, alternando-se os finais de semana. Enfim, cada família, considerando sua própria rotina, o horário de trabalho e o tempo disponível, deve estabelecer o convívio familiar da melhor maneira possível.

E, na hipótese de pais que residem em cidades diversas¹⁴³, pode-se adotar o criticado sistema de guarda alternada, desde que indicado pela equipe técnica¹⁴⁴, ou então ser compensado o afastamento com a estadia da criança durante as férias escolares em período integral na residência do genitor afastado, sem prejuízo da utilização das novas tecnologias para a comunicação entre pais e filhos, conforme já mencionado. Ainda que não haja guarda compartilhada, o convívio do não guardião que

reside em país diverso deve ser viabilizado para estreitar os laços de afeto¹⁴⁵.

É importante que as sanções pelo descumprimento das cláusulas do arranjo sobre guarda compartilhada sejam especificadas no momento do seu estabelecimento, tais como multa, diminuição do amplo convívio, reversão para guarda unilateral ou outra, de modo que as partes envolvidas estejam cientes das consequências pelo descumprimento.

Assim, a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor (Código Civil, art. 1.584, § 4º).

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (Código Civil, art. 1.584, § 5º).

A lei, para o exercício da guarda, dá prioridade a ambos os pais, elegendo a guarda compartilhada como o melhor modelo. Não sendo possível a guarda compartilhada entre os pais, a lei prioriza que um dos pais exerça a guarda unilateral ou, nas hipóteses de guarda de fato exercida por um dos avós, o compartilhamento com este¹⁴⁶.

Se a guarda unilateral não puder ser exercida por um dos pais, será deferida a uma terceira pessoa, preferencialmente parente da criança, e que com esta tenha relação de afinidade e afetividade. Nesse sentido, um parente, seja por laços biológicos ou por afinidade (madrasta ou padrasto por exemplo), que já conviva com a criança, e com ela tenha laços de afeto, tem preferência em relação a outro parente que nunca conviveu. Por sua vez, se nenhum dos parentes tem laços de afeto, a guarda da criança poderá ser atribuída a terceiros, como um amigo dos pais, a professora, um vizinho ou outrem com quem a criança tenha relação de afetividade.

3.2.4. Litígio e guarda compartilhada

Conforme mencionado, a conjugalidade deve ser tratada distintamente da parentalidade. A falta de amor entre os cônjuges não pode afetar ou atrapalhar os vínculos afetivos de pais e filhos nem privá-los do direito ao convívio familiar com ambos.

Segundo a concepção privatista em que se fundava o Código Civil de 1916, se os pais não praticassem

nenhum ato caracterizador de ilícito que autorizasse a suspensão ou a destituição da autoridade parental, não poderia o Estado imiscuir-se naquela relação, que era essencialmente doméstica e privada¹⁴⁷.

A família ganhou expressa tutela do Estado, e as regras familiares, hoje em dia, têm nítido caráter público. O Estado intervém para regulamentar, além do casamento, as uniões livres e a própria autoridade parental. A família “deixou de ter um regime submetido à vontade dos indivíduos”¹⁴⁸. A Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado o dever de assegurar proteção à família na pessoa de cada um dos membros que a integram, criando mecanismos para coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º).

É dever não só dos pais, mas de toda a família, da sociedade e do Estado,

assegurar à criança e, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF art. 227).

A autoridade parental é, na atualidade, mais um dever do que um poder. E cabe ao Estado intervir nessa relação, e ainda criar mecanismos de participação de ambos os pais no convívio com o filho.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente impõe que o Estado preste-lhes tutela “independente de estarem as crianças sob o abrigo da família ou expostas à dureza e crueldade das ruas.

À pessoa, em peculiar fase de desenvolvimento, é direcionada à proteção integral”¹⁴⁹.

A mera constatação jurídica de que a autoridade parental é igualitária, garantida a ambos os pais mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, não garante, por si só, a participação e efetiva convivência dos pais na vida de seus filhos. Aliás, sem convivência, a relação de afeto se enfraquece.

Os litígios familiares, acentuados pela crise econômica que se estabeleceu no país em função do desemprego, ausência de escola e saúde da qualidade, e ainda pela revolução de papéis na família, crescem gradativamente sem uma solução atual a contento dos agentes envolvidos.

Expõe Eliana Giusto¹⁵⁰, com muita sensibilidade, a problemática atual do nosso sistema, que, embora clame pela promoção da dignidade da pessoa humana, pela igualdade de direitos entre o homem e a mulher e pela paternidade responsável, tende a excluir o pai separado, amoroso e presente, do convívio com seu filho:

A igualdade de condições entre pai e mãe geralmente dá a vitória à mulher, discriminando o homem. Nestes casos, o contraditório nem se estabelece. A bem da verdade, isto fere princípio constitucional, podendo ensejar, na esfera processual, recurso até o Supremo Tribunal Federal.

Na lide forense, sabe-se que a disputa processual, que é resolvida apenas com o recurso à superior instância, no caso referido ao STF, dura vários anos. E, quando a matéria diz respeito à guarda de filhos, nestes anos em que a disputa se prolonga, eles crescem, perdendo-se o objeto da lide. Os filhos cresceram, foram cuidados e educados pela mãe, quando não pela avó ou pela babá, e todas as teorias psicológicas quanto à presença do pai na sua educação e formação de caráter, personalidade e identidade sexual se perderam no tempo. Resta, então, como um último recurso, na esfera pessoal, a terapia psicológica, que nem sempre é buscada, ou mesmo eficaz.

(...), pais presentes existem. São amorosos, responsáveis e batalhadores, mas sofrem ainda graves discriminações. E para o bem de seus filhos e de uma sociedade melhor, devem ser acolhidos pelo sistema jurídico, ao menos com igualdade em relação à mulher, quando se trata de questões de guarda.

Na verdade, tudo isso é para dizer que cuidando melhor destes assuntos, teremos como resultado uma sociedade constituída de pessoas mais equilibradas, mais sadias e mais felizes.

E a vida de todo e qualquer ser humano não se resume na busca constante da felicidade?

A dor pelo afastamento do filho é sentida pelo não guardião, independentemente de ser ele o pai ou a mãe. Ainda não há, sem a guarda compartilhada, mecanismos jurídicos seguros que garantam um bom convívio entre pais separados e seus filhos.

Compartilhar a guarda significa partilhar em conjunto a educação e criação do filho, sob os aspectos de assistência material, moral e de convivência. É a corresponsabilidade e coparticipação na vida do filho.

A guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, e sobretudo, conforme expressamente previsto no art. 1.584, § 2º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 13.058/2004, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e as dificuldades advindos da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade.

As recentes alterações legislativas no âmbito familiar ainda não foram capazes de modificar a mentalidade de grande parte da população brasileira, notadamente de operadores do direito ainda presos a critérios estabelecidos no antigo Código Civil de 1916, que tinha uma definição rígida dos papéis do homem e da mulher no âmbito familiar, e que veem, com muita resistência, a possibilidade de convivência participativa de ambos os genitores na criação do filho quando há litígio entre eles (os pais). A intervenção do Estado se faz altamente necessária e importante para amenizar esses litígios, aparando as arestas das partes em prol de um objetivo comum: o convívio, a criação e a felicidade do filho.

Por sua vez, grande relevância nos meios acadêmicos e doutrinários tem-se dado ao tema da maternidade e paternidade socioafetiva. Mães e pais afins passam a ter os direitos inerentes à autoridade paternal, com uma grande vantagem sobre o pai ou mãe não guardião: eles têm a convivência. E se é da

convivência que nasce o amor, e exercida de fato a responsabilidade parental, se não houver um mecanismo real de participação do pai ou da mãe não guardião na vida de seu filho, havendo litígios familiares com o guardião, há um forte risco de alteração da referência paterna ou materna para a criança, estimulada, muitas vezes, pelo próprio guardião em favor de seu novo consorte. A visita fixada em finais de semana alternados é um método ultrapassado de garantir um bom convívio do não guardião com seu filho.

Estabelecendo-se um corte epistemológico no sistema vigente de guarda unilateral para recepcionar a guarda compartilhada, viabiliza-se a definição de regras, no caso concreto, possibilitando um maior contato dos filhos com ambos os pais após a ruptura do casal conjugal, com uma solução, dado o rigor das normas de processo civil, na qual se torna viável, em um único processo judicial de guarda, seja garantido o convívio de ambos os pais, sem necessidade formal da existência de outro processo judicial de regulamentação de visitas, além de quebrar eventuais preconceitos e resistências para uma resposta judicial rápida em relação ao convívio do não guardião. Afinal, as regras processuais relativas ao direito à convivência familiar devem ser interpretadas com elasticidade, haja vista o princípio do melhor interesse da criança¹⁵¹.

No contexto de litígio familiar, nota-se a inter-relação existente entre as Varas de Família e as Varas da Infância e Juventude. Por conta do litígio exacerbado entre os pais em si, muitas crianças têm seus direitos ameaçados ou violados por abuso deles, ensejando a situação descrita no art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os pais, por sua vez, descumprindo os deveres inerentes à autoridade parental, poderão responder pela infração administrativa prevista no art. 249 do diploma legal mencionado.

A guarda compartilhada pode revelar, muitas vezes, um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos com igualdade de importância e de relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar dos filhos.

A previsão legislativa da guarda compartilhada reforça a importância da participação de ambos os pais na vida de seus filhos. Antes de qualquer efeito jurídico, já tem um impacto na mente dos pais envolvidos que evita o sentimento de perda, natural em processos judiciais, quando a guarda do filho é concedida ao outro.

É de todo interessante que os profissionais do direito e da equipe técnica saibam destacar a raiz do litígio: frustração pessoal com a separação, novo relacionamento afetivo do ex-parceiro, discussão quanto ao valor da pensão alimentícia¹⁵² e partilha de bens NÃO são motivos para inviabilizar a guarda compartilhada.

Aliás, a guarda compartilhada não pode ser trazida pelas partes como motivo para fomentar litígios ou reduzir o valor dos alimentos, inviabilizando a sobrevivência do grupo familiar, mas tem como fundamento a importância do convívio da criança com ambos os pais.

Conforme nos ensina Lenita Pacheco Lemos Duarte¹⁵³, por meio da aplicação de suas leis, o Direito representa uma forma de barrar a tendência do homem a fazer do outro o objeto de suas pulsões destrutivas. A Justiça tem a função de interdição, na medida em que “vem limitar e barrar o excesso do gozo, frear ou conter os impulsos, principalmente para aqueles que não conseguem fazê-los por si próprios”¹⁵⁴. A mencionada psicanalista, que defende a guarda compartilhada no litígio, tem esperança no sentido de que sejam minimizados os efeitos conhecidos de abuso do poder e a manipulação dos filhos pelo guardião único, que muitas vezes provoca o afastamento do outro e fomenta situações de alienação parental¹⁵⁵.

Assim, desde que aptos para o exercício do poder familiar, o litígio do casal não pode interferir no direito de convivência do filho com ambos seus genitores¹⁵⁶.

A participação dos pais em reuniões de conscientização a respeito do poder familiar, o encaminhamento destes para tratamento psicológico ou psiquiátrico, na forma do art. 129, III, do ECA, e o encaminhamento da família para a mediação são importantes mecanismos de auxílio quando existe litígio. A guarda compartilhada é a regra, e as desavenças e os ressentimentos dos pais devem ser trabalhados individualmente pelos ex-cônjuges na seara adequada¹⁵⁷.

3.2.5. Aptidão para o exercício do poder familiar e da guarda compartilhada

Via de regra, os pais estão aptos para o exercício do poder familiar e da guarda compartilhada.

Note-se que as decisões a respeito da guarda de filhos levam em consideração o princípio do melhor interesse da criança.

Do direito anglo-saxão vem a expressão *best interest of the child*, e podem-se destacar, de forma não

exaustiva, aspectos gerais a serem considerados quando da análise do interesse do filho para fixação da guarda: o amor e os laços afetivos entre o genitor e a criança; a habitualidade do genitor em dar à criança atenção e orientação; a saúde do genitor; o meio em que a criança vive, compreendido por lar, escola, comunidade e laços religiosos; a opinião da criança; a habilidade do genitor de respeitar a figura parental do outro para a criança e encorajar a continuidade da relação da criança com o ele.

Assim, de uma maneira geral, verificam-se as condições pessoais e características específicas dos pais, abrangendo a capacidade para satisfazer as necessidades dos filhos, o tempo que podem a eles dedicar, a saúde física e mental, o afeto demonstrado pelo filho, a ocupação profissional, a estabilidade do ambiente que cada um pode facultar aos filhos, a vontade que cada um deles manifesta de manter e incentivar a relação dos filhos com o outro genitor¹⁵⁸.

A Lei n. 13.058/2014 presumiu que, estando ambos os pais aptos ao exercício do poder familiar, a guarda compartilhada deve ser aplicada como decorrência do melhor interesse da criança.

No Brasil, conquanto o divórcio consensual sem filhos possa ser homologado perante o Cartório, sem intervenção judicial, na forma do art. 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, mantida a regra pelo art. 733 do Novo Código de Processo Civil, o divórcio consensual com filhos deve ser levado para homologação judicial (mantida a regra pelo art. 731 do Novo Código de Processo Civil).

Havendo consenso entre os pais, caberá ao Magistrado, com intervenção obrigatória do Ministério Público, homologar o acordo quanto à guarda dos filhos, na forma do art. 1.584 do Código Civil. Nessas situações, deverá estar atento à existência de cláusulas quanto aos alimentos e ao tempo de convívio de ambos os genitores com a criança, seja a guarda unilateral ou compartilhada.

Havendo acordo, presume-se que ninguém melhor que os próprios pais para conhecer a dinâmica da vida familiar e a aptidão de cada um para o exercício da guarda e o valor da prestação dos alimentos, optando pela guarda compartilhada ou pela guarda unilateral.

Na audiência de conciliação, conforme o disposto no art. 1.584, § 1º, do Código Civil, 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.

Não havendo acordo, o juiz deverá aplicar a guarda compartilhada desde que ambos os genitores estejam aptos ao seu exercício e tenham interesse no exercício da guarda.

Conforme será visto no Capítulo 5, existem situações nas quais a guarda compartilhada se demonstra

inviável por total inaptidão de um ou ambos os genitores, notadamente se estiver envolvido com drogas, praticar violência doméstica e se for incapaz de proporcionar um ambiente saudável para a criação do filho.

Via de regra, tais situações são comprovadas através do depoimento de testemunhas, registros policiais, estudos psicossociais ou quaisquer outros meios de prova.

A vontade do filho e os laços de afetividade também são fatores a ser considerados para o estabelecimento da guarda.

Nas disputas judiciais que podem implicar o afastamento do genitor, a consulta à vontade do filho está prevista pela interpretação dos arts. 45, § 2º, e 161, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que entrou em vigor pelo Decreto n. 99.710/90¹⁵⁹.

De qualquer forma, é natural que a criança se sinta constrangida e não queira optar entre um ou outro dos pais, preferindo estar com ambos. Aliás, impor a um filho essa escolha não é recomendável, pois o outro genitor pode se sentir diminuído, motivando um afastamento que não atende aos interesses da criança. Por outro lado, existem situações nas quais a vontade do filho está comprometida em razão da alienação parental.

Assim, não se deve perguntar ao filho, sobretudo menor de 12 anos, com quem ele quer morar. É uma grande responsabilidade para ele, que não tem maturidade para essa decisão e ainda pode fomentar mágoa ou ressentimento do genitor preterido. As perguntas devem ser efetuadas de forma aberta, sobre o ambiente familiar, o que gosta de fazer, como interage com os pais, como é o cuidado no dia a dia etc. Os maiores de 12 anos, por outro lado, com mais maturidade, podem expressar melhor seu ponto de vista, de modo que sua opinião deve ser levada em consideração, sobretudo nas hipóteses previstas no art. 13 da Convenção de Haia sobre o sequestro internacional de crianças¹⁶⁰.

A guarda física compartilhada, de qualquer forma, significa um respeito ao tempo do infante, na medida em que possibilita o convívio permanente dos pais com os filhos, evitando traumas pela ausência de um deles durante o período de crescimento e formação da criança.

Sem oportunidade do exercício da guarda compartilhada entre os pais, que deve ser fixada logo no início do processo judicial, para fins de avaliação da dinâmica familiar, não se pode presumir a sua inviabilidade¹⁶¹.

A guarda física compartilhada, assim, é a regra, sem prejuízo da possibilidade de ser estabelecida a guarda física unilateral, reconhecendo-se a guarda jurídica compartilhada.

Todavia, o mero reconhecimento da guarda jurídica compartilhada, como direito decorrente do poder familiar para tomar decisões a respeito da vida do filho, é pouco satisfatório para o pleno exercício do poder parental, e, notadamente, do direito fundamental da criança à convivência familiar com ambos os pais, pois não garante, por si só, o convívio paterno-materno-filial, tendo sido necessária a expressa previsão legal da guarda física ou material compartilhada (*joint physical custody*), conforme o art. 1.583, § 2º, do Código Civil, na redação dada pela Lei n. 13.058/2014, em arranjos definidos no caso concreto.

Para o exercício da guarda física compartilhada é suficiente o carinho, a disponibilidade, o amor pelos filhos, a possibilidade de dar à criança atenção e orientação, ainda que a saúde mental esteja um pouco abalada por conta da separação. Nem sempre, num primeiro momento, o(a) genitor(a) será capaz de incentivar a relação da criança com o outro, mas deve ser advertido(a) para não incidir em uma das hipóteses de alienação parental.

Embora os antigos incisos do art. 1.583, § 2º, tenham sido revogados pela nova redação dada pela Lei n. 13.058/2014, podemos afirmar ser importante, na guarda física compartilhada, estar assegurados à criança, no ambiente familiar de ambos os pais, afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar, saúde, segurança e educação.

Aliás, os pais devem zelar para que o filho frequente a escola e, sendo a adolescência época de muita rebeldia, devem ter cuidado para não serem manipulados pelos filhos, deixando-os trocar de residência ao seu bel-prazer, mas sim, dentro do contexto da guarda compartilhada, serem fixadas responsabilidades¹⁶².

Assim, é importante que haja a efetiva participação de ambos os genitores no cotidiano da criança, transmitindo ao filho menor os seus valores, possibilitando que a criança se identifique não só com os pais, mas com suas novas famílias, e novos irmãos, criando vínculos de afetividade e afinidade, com a plena inserção da criança nos novos contextos familiares.

De uma maneira geral, nos dias da convivência familiar, não cabe ao outro genitor marcar atividades extracurriculares do filho¹⁶³. Cada genitor deve estabelecer as regras e as atividades nos seus dias de convivência.

Muitos pais separados, por reconhecerem a importância do convívio do filho com ambos, já vinham adotando o sistema da guarda compartilhada, mesmo sem acordo escrito e decisão judicial.

De qualquer forma, o Poder Judiciário pode e deve estabelecer, com auxílio da equipe profissional, e após esgotadas as técnicas de solução amigável do conflito, mesmo sem acordo entre os genitores, os dias de convívio, garantindo o direito da criança à convivência familiar¹⁶⁴.

A intervenção de uma equipe interdisciplinar, formada por assistentes sociais e psicólogos, faz-se altamente útil e necessária, seja antes ou após a intervenção de um mediador, na hipótese de resistência de um dos pais, possibilitando que os arranjos atendam aos interesses da família e às peculiaridades do caso concreto, garantindo ao infante o seu bem-estar e o direito à convivência familiar.

3.3. A guarda unilateral e as prerrogativas do não guardião

É importante ressaltar que no Brasil, ao contrário do que ocorre em outros países, a guarda unilateral não retira do genitor que não a exerce o exercício do poder familiar, que permanece intacto na separação dos pais ou no divórcio¹⁶⁵. Independente da guarda física compartilhada, normalmente constituída por decisão judicial ou acordo das partes, a guarda jurídica compartilhada decorre diretamente da lei.

Ambos os genitores, mesmo separados, com um deles exercendo a guarda física exclusiva (guarda única ou unilateral) da criança, estão teoricamente em igualdade de condições para o exercício do poder familiar, que somente se altera em relação ao fato de que a criança não mais estará em tempo integral com ambos os genitores. Haverá sempre o momento em que a criança estará com somente um de seus pais, seja porque é ele o guardião, seja em razão do exercício do direito de visita do não guardião.

A autoridade parental não é retirada do genitor não guardião, que continua podendo, ao lado do guardião, tomar decisões sobre o futuro do infante.

De qualquer forma, quando se trata da guarda unilateral presume-se que a decisão do guardião é a que prevalece até que seja contestada pelo não guardião.

O guardião unilateral é geralmente quem define a escola, as atividades extrajudiciais, fica responsável pelos cuidados alimentares e de saúde, pelo deslocamento da criança de casa para a escola e da escola para casa etc.

Assim, havendo divergência, caberá ao não guardião buscar o Poder Judiciário nas hipóteses de

divergência, na forma do art. 1.631, parágrafo único, do Código Civil e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exercendo o seu direito que decorre do poder familiar.

Aliás, a titularidade e o exercício da autoridade parental, uma vez existentes na esfera jurídica, constituem regra geral, de modo que qualquer modificação nessa regra configura exceção, prevista em lei, que exige pronunciamento específico¹⁶⁶.

Dessa forma, conforme já mencionado, o poder familiar somente é retirado do genitor por descumprimento grave dos deveres inerentes ao poder parental¹⁶⁷ e dentro de um processo judicial¹⁶⁸ que lhe garanta ampla defesa e contraditório¹⁶⁹, conforme dispõem os arts. 155 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou como decorrência de sanção penal imposta por um Juiz Criminal em consequência da prática de crime cometido contra o filho (art. 92, II, do Código Penal).

Nas situações de violência doméstica, por força da medida protetiva prevista no art. 22 da Lei n. 11.340/2006, o direito de visitas poderá ser restringido ou suspenso, o que não impede a retomada gradativa do contato entre pai e filhos, desde que a aproximação não implique risco à vida da mulher ou dos próprios filhos.

Fora essas hipóteses, não há falar em perda ou suspensão do poder familiar, estando o não guardião em plena igualdade jurídica para o exercício da responsabilidade parental, visto que privado está tão somente do contato diário com seu filho¹⁷⁰.

A separação ou o divórcio separam marido e mulher, não anulando os laços que vinculam os pais a seus filhos, de modo que a ruptura do casal não abala os laços jurídicos da filiação, que persistem imutáveis¹⁷¹, na forma do art. 1.632 do Código Civil.

A *joint legal custody*, portanto, como o direito de ambos os pais tomarem as decisões sobre o futuro dos filhos, embora possa a guarda física da criança ser submetida a somente um deles, já existia no Brasil, com a contemplação expressa do nosso ordenamento jurídico, já que o não guardião continuava no exercício pleno da autoridade parental. O genitor não guardião não está privado do poder familiar e pode tomar decisões sobre o futuro de seu filho.

Dessa forma, pode o genitor não guardião, concorrente e paralelamente com o guardião, representar o filho em ações judiciais, proibir ou autorizar a participação do infante em espetáculos públicos, em novelas, em peças de teatro, ou a divulgação de sua imagem, representar perante a autoridade criminal

nos crimes de ação penal pública condicionados à representação¹⁷², oferecer queixa nos crimes de ação penal privada, não autorizar casamento ou viagens do infante para o exterior (sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para o suprimento da autorização), discordar de pedido de adoção de sua prole etc.¹⁷³, na forma do art. 1.634 do Código Civil.

O não guardião já podia ainda, em tese, interferir na escolha da escola de seu filho, do seu médico, do plano de saúde etc., o que se tornava difícil na prática ante a inexistência da previsão legal a respeito da guarda compartilhada.

A Lei n. 13.058/2014 alterou o art. 1.634 do Código Civil para incluir a expressão compete a “ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar”.

É importante ressaltar que, de acordo com a personalidade de cada genitor, embora ambos estejam no exercício pleno do poder familiar, como quando casados, é natural que um deles ceda e o outro faça prevalecer as suas escolhas. Assim, mesmo juntos ou separados, um dos genitores normalmente se impõe e faz prevalecer a sua vontade. Mesmo residindo na mesma casa, há aquele que estabelece a sua escolha quanto à escola da criança, à religião, ao plano de saúde, à atividade esportiva do filho, à alimentação etc. Ambos estão no exercício igualitário do poder familiar, cabendo a qualquer um deles recorrer à autoridade judiciária para a solução de qualquer divergência, na forma dos arts. 1.631, parágrafo único, e 1.634 do Código Civil e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Particularmente se tratando de pais separados, a discordância entre eles se acirra, e o que ocorre, na prática, é que o pai não guardião, privado do convívio constante com o filho, não tinha oportunidade para levar a criança à escola que entende adequada, aos eventos esportivos que julga saudáveis, aos médicos que reputa melhores etc. Deixava, assim, de participar de suas atividades escolares, esportivas, religiosas, passando o guardião único a exercer, no mundo fático da criança, a exclusividade aparente do poder familiar, tomando todas as decisões importantes sobre o futuro da criança sem consultar o não guardião, que se sentia num papel secundário, responsável única e exclusivamente pelo pagamento da pensão alimentícia (livremente administrada pelo genitor guardião), com um direito de visita variável caso a caso e somente regulamentado quando um ou ambos os genitores ingressavam em Juízo.

É importante frisar que sem o ingresso de uma ação judicial própria o não guardião tinha um direito genérico a visitar seu filho (com um direito correspondente deste de ser visitado), que não podia ser executado judicialmente caso houvesse proibição do guardião, sem prévia ação ordinária de

regulamentação de visitas ou homologação judicial de acordo.

Essa proibição do guardião único de permitir a visita do outro genitor ou de familiares deste, ignorando-os, com a Lei da Alienação Parental, tornou-se indício de que não exerce a contento a guarda unilateral do filho, visto que estaria dificultando o contato da criança com o outro genitor, o que pode gerar punições ao guardião¹⁷⁴ como a aplicação de multa ou a inversão da guarda unilateral¹⁷⁵.

Por sua vez, a Lei n. 13.058/2014 garantiu ao não guardião o direito/dever de supervisionar os interesses dos filhos, sendo parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e educação de seus filhos (art. 1.583, § 5º).

Qualquer estabelecimento público ou privado, aliás, é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores, independentemente de exercerem a guarda ou não, sobre os filhos destes, sob pena de aplicação de multa (art. 1.584, § 6º).

De maneira geral, se há amizade e bom convívio entre os genitores, mesmo na guarda unilateral, a criança tem a oportunidade de conviver com ambos os pais e crescer de forma sadia. A boa relação dos pais permite a interação da criança com os familiares, e, na prática, mesmo com a nomenclatura de guarda unilateral, ocorre uma verdadeira guarda compartilhada. Se há amizade, diálogo, respeito, consenso e responsabilidade dos pais, a intervenção do Poder Judiciário é despicienda.

Por essa razão, é justamente quando as partes recorrem ao Poder Judiciário de forma não consensual que se indica que algo não está bem e que será preciso um olhar cuidadoso dos operadores do direito para garantir tanto aos pais quanto aos filhos o direito à convivência familiar e o respeito aos poderes/deveres decorrentes do poder familiar.

Nesse sentido convém ser citada a professora Silvana Maria Carbonera¹⁷⁶, que assim disserta: “Não existindo consenso, o não guardião poderá recorrer ao juiz para que, em seu entender, o que é o interesse do filho seja preservado ou concretizado, utilizando todos os meios processuais disponíveis e possíveis”.

Afinal, não se pode resumir a relação de mãe, pai e filho a uma versão simplista de dois pontos: 1º) quem possui a guarda judicial define todos os aspectos da vida do infante, administrando o numerário recebido a título de pensão alimentícia; 2º) quem não possui a guarda paga pensão alimentícia e tem direito de visita (geralmente fixado em finais de semana alternados – 15 em 15 dias).

A Lei n. 13.058/2014 veio ampliar os poderes do não guardião, reconhecendo o seu direito à supervisão (Código Civil, art. 1.583, § 5º), além de enfatizar a ideia de que os direitos decorrentes do poder familiar são aplicáveis ainda que os pais não residam juntos (Código Civil, art. 1.634), reforçando a assertiva de que, independentemente da guarda física compartilhada, o nosso direito consagrou a guarda jurídica compartilhada. Mesmo que a guarda física seja unilateral, o direito de participar das decisões sobre o futuro do filho permanece.

De qualquer forma, considerando que a autoridade parental permanecia intacta com a separação ou o divórcio, a denominada guarda jurídica compartilhada, restrita ao reconhecimento de que ambos os genitores têm o direito de tomar decisões sobre o futuro da criança (*joint legal custody*), sem estabelecer expressamente o convívio contínuo do infante com ambos os pais, sempre existiu, mesmo na guarda unilateral.

A previsão legislativa explícita, de qualquer forma, foi um importante avanço na medida em que reforçou a igualdade do poder familiar, impondo àquele que convive com o filho o respeito ao outro e às suas opiniões, sepultando qualquer dúvida quanto à possibilidade de o Poder Judiciário adentrar na controvérsia existente e dirimir eventuais litígios entre os genitores, desvinculando-se da questão de quem exerce a guarda física da criança.

A guarda unilateral somente será exclusiva e desvinculada do outro genitor quando inexistente o reconhecimento da paternidade ou maternidade (por falta de registro civil, por exemplo) ou quando o poder familiar estiver suspenso ou destituído. Há presunção (relativa) de que o guardião unilateral toma decisões em favor da criança, o que pode ser contestado em juízo. De qualquer forma, qualquer acordo de guarda unilateral que exclua o outro genitor, instituindo um direito potestativo do guardião único para permitir ou não suas visitas, fere a ordem pública brasileira¹⁷⁷.

3.4. A guarda compartilhada como efeito da despatrimonialização do direito civil e valoração das relações pessoais no âmbito familiar

A Constituição de 1988 alterou radicalmente o sistema anterior, consagrando, além da isonomia dos filhos, a isonomia dos cônjuges, a tutela de núcleos familiares monoparentais (formado por um dos ascendentes com os filhos) e extramatrimoniais (não fundados no casamento).

Antes da Constituição de 1988, havia uma preocupação exagerada do legislador civil para com os

aspectos patrimoniais das relações entre os cônjuges e de filiação, manifestada nas restrições impostas à mulher, no dever do marido de sustento da família, na sucessão hereditária e nas normas reguladoras do pátrio poder.

Poder-se-ia dizer que a disciplina do Código Civil de 1916, pela qual a tutela de filhos estava vinculada à espécie de relação preexistente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consanguínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em consequência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual dos seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob o pátrio poder¹⁷⁸.

Esse era o fundamento, essencialmente patrimonialista, das regras do Código Civil de 1916 referentes à indissolubilidade do vínculo matrimonial, ao poder marital, à subordinação da mulher casada ao cônjuge varão, à chefia centralizadora da sociedade conjugal atribuída ao marido, aos excessivos poderes definidores do pátrio poder, à presunção da paternidade do marido e ao dever, correspondente do marido, de ser o provedor da família, fornecendo suporte financeiro para o sustento da mulher e dos filhos, exigindo destes respeito e obediência absoluta.

Os novos paradigmas do direito de família determinam uma valorização do aspecto afetivo e da dignidade de cada um dos membros que compõem a entidade familiar.

A “repersonalização” ou despatrimonialização do direito de família significa, basicamente, que as alterações havidas têm por escopo fazer com que o direito de família passe a girar fundamentalmente em torno de fenômenos humanos, ligados à esfera afetiva, espiritual e psicológica das pessoas envolvidas, e não de facetas de natureza predominantemente patrimonial¹⁷⁹. Fala-se, assim, em princípio da afetividade¹⁸⁰.

Notam-se grandes alterações comportamentais nas uniões conjugais, com a valorização do sentimento afetivo em detrimento da relação de poder, com um crescente incremento do número de dissolução de casamentos. Considerando que a família passa a ser vista sob prisma diverso daquele até então existente, deixando de ser um fim em si mesma para transformar-se em meio de realização e felicidade de seus membros, a manutenção do vínculo conjugal tão só nesse sentido se justifica.

Assim, chega-se à conclusão de que as uniões formais ou não, bem como a manutenção delas entre os seus partícipes,

se fulcram nos valorosos sentimentos mútuos de cada um em relação ao outro: no amor, no respeito, na afeição, na compreensão, na solidariedade, na confiança, no auxílio material e moral, na fidelidade, enfim, sentimentos que vinculam duas pessoas para a vida em comum¹⁸¹.

Prioriza-se o aspecto afetivo, sentimental, em detrimento do aspecto patrimonial. E, como consequência,

dar-se mais importância ao aspecto afetivo das relações entre os familiares é atitude que tem reflexos não só nas relações de direito de família puro, mas também nas relações de direito patrimoniais que nascem na família¹⁸².

Litígios intensos em razão de elevados valores de pensão alimentícia tendem a ser minimizados, de modo que os alimentos judiciais devem refletir os gastos essenciais do filho, deixando-se para a convivência do dia a dia o pagamento de alimentos *in natura*.

Por fim, ao focar a questão socioafetiva, não podemos estar limitados à tríade pai/mãe/filho. É preciso considerar os múltiplos arranjos familiares e o aspecto emocional no estabelecimento do convívio familiar pós-ruptura conjugal e/ou na ocasião de litígio entre os adultos. É preciso resguardar os interesses dos filhos de casais homoafetivos, que, além de exercerem a guarda compartilhada, devem contribuir para o sustento da criança¹⁸³.

Valorizando o amor e a convivência, além dos pais, o contato entre avós e netos deve ser preservado e estimulado (art. 1.589, parágrafo único, do Código Civil – Lei n. 12.398/2011), garantindo-se, ainda, direito de visitas ao padrasto e à madrasta, aos tios e às tias, bem como a outros que tenham vínculos afetivos com a criança.

3.5. O direito constitucional à convivência familiar

A guarda compartilhada decorre do direito constitucional à convivência familiar, direito fundamental e constitucionalmente assegurado e previsto no art. 227 da Carta Magna, que consiste no direito de ser criado e educado no âmbito da própria família. Há uma necessidade premente de se buscar uma inter-relação axiológica visando à unidade sistemática e à efetiva realização dos valores estabelecidos na Carta Magna diante do direito infraconstitucional¹⁸⁴.

O centro da tutela constitucional, conforme já exposto, deslocou-se do casamento para as relações familiares, dando ensejo a uma tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros.

Considerando ser a família o lugar natural onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e aprende os conceitos básicos para a vida, não se pode concebê-la sob um aspecto meramente unilateral quando ocorre a separação dos pais.

Tanto o pai quanto a mãe, querendo e podendo, devem estar presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdade de condições para exercer esse *munus*, notadamente em face dos comandos constitucionais de igualdade previstos nos arts. 5º, I, e 226, § 5º.

A separação dos pais não pode significar para a criança uma restrição ao seu direito à convivência familiar. O contato com ambos os pais é extremamente benéfico para o seu desenvolvimento.

Conforme expõe Flávio Guimarães Lauria¹⁸⁵,

durante a infância e a adolescência, o ser humano se encontra em uma fase peculiar de sua existência e as experiências que vai vivenciar ao longo desta etapa da vida terão repercussão na formação de sua estrutura psíquica. Dentre os fatos mais importantes deste momento tão peculiar estão aqueles que dizem respeito ao relacionamento da criança com seu pai e sua mãe e que terão ligação direta com o exercício das respectivas funções materna e paterna.

Há unanimidade em reconhecer que o relacionamento da criança com ambos os pais é de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento¹⁸⁶.

Tarcísio José Martins Costa aponta que o direito à convivência familiar, antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida¹⁸⁷.

Se é certo que nos primeiros meses de vida a relação mãe-bebê é única, extremamente importante para a criança, não se pode excluir a triangulação com o pai, e que representa, numa das etapas mais importantes do desenvolvimento humano, conforme estudos de Sigmund Freud, uma “interferência na relação simbiótica entre a mãe e a criança, no fenômeno identificado como ‘Complexo de Édipo’”¹⁸⁸. O pai, visto pela criança como um intruso, vai dividir o desejo materno, imprimindo a primeira limitação ao seu desejo, pelo qual a criança começa a perceber que o seu desejo depende do desejo do outro e com isso se humaniza e encontra condições de se relacionar com os outros. “O pai intruso se torna pai simbólico e, com isso, liberta o filho para que se dirija ao mundo.”¹⁸⁹ Um complexo de Édipo mal resolvido pode ser fonte de uma série de problemas psicológicos ao longo de toda a vida da pessoa.

Frisa-se que decorre do poder familiar a obrigação de estar presente no processo de desenvolvimento

do filho. Afinal, o poder familiar é um *munus*, um poder-dever, um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

Dispõe a Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) à convivência familiar.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...).

O Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

E o Código Civil:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou adolescente.

Assim, quando o genitor não detém a guarda física do filho, seja porque foi a mesma atribuída ao outro genitor ou a um terceiro (avô ou avó, tio, tia, abrigos públicos ou privados), compete-lhe o dever, inerente ao poder familiar, de visitar a criança com frequência.

Esse dever-direito de visita do genitor, que corresponde a um direito indisponível da criança, não pode ser obstaculizado pelo outro¹⁹⁰. Na hipótese de descumprimento do direito de convívio, seja pelo genitor visitante, seja pelo guardião unilateral ou na guarda compartilhada, há consequências jurídicas as mais diversas, entre as quais se destacam a aplicação de multa processual àquele que não permite a visitação até que viabilize o contato da criança com o outro (execução de obrigação de fazer)¹⁹¹, redução de prerrogativas ao detentor da guarda (Código Civil, art. 1.584, § 4º), ampliação da convivência do outro genitor, condenação do ausente a pagar indenização por danos morais causados ao filho em razão de sua omissão¹⁹², revogação da guarda daquele que não permite a visitação¹⁹³ e até

mesmo a responsabilização perante a Vara da Infância e Juventude em razão da infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente direcionada a pais, tutores e guardiães.

A guarda física compartilhada vem a ser uma ampliação do direito de visitas acrescida de deveres, em que a convivência com o filho se intensifica, impondo-se a ambos os pais um ônus no sentido de que participem ativamente do dia a dia do filho, com consequências inclusive na responsabilidade civil por eventuais atos ilícitos praticados por ele. Na realidade, deixamos de utilizar a expressão “direito de visita” para usar a terminologia constitucional “convivência familiar”. Nesse sentido, o Magistrado deve estabelecer as regras da convivência familiar e não mero “direito de visitas”.

Segundo o entendimento do professor Waldyr Grisard Filho,

a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio da menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança. Seguindo a trilha aberta pelos diplomas internacionais e pela legislação alienígena mais avançada, o Direito brasileiro igualmente elegeu o interesse do menor como fundamental para reduzir os efeitos patológicos que o impacto negativo das situações familiares conflitivas provoca na formação da criança¹⁹⁴.

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio dos pais acarretam uma série de perdas para a criança, como a natural queda do padrão de vida, litígios entre os pais, divisão de bens etc., e procuram amenizá-las, na medida em que a criança manterá o convívio com ambos os genitores. A criança se beneficia pois reconhece ter dois pais envolvidos em sua criação e educação, não se distanciando deles.

A guarda compartilhada, assim, é expressão do direito à convivência familiar e princípio do melhor interesse da criança¹⁹⁵. Além de garantir à criança o contato direto com ambos os genitores, possibilita um maior controle de sua educação, saúde, alimentação, integridade física e formação, diminuindo os riscos dos desmandos de uma das partes.

3.6. O especial destaque para a dignidade da pessoa humana e da ética nas relações familiares

A Constituição de 1988 promove a dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento e, em consequência, princípio orientador de toda interpretação da legislação infraconstitucional.

A personalidade humana se apresenta como um valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia, de modo que o que se busca é salvaguardar a pessoa humana

sob todos os aspectos.

A nova tábua de valores definida pela Constituição, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, no ápice do ordenamento jurídico, traz três traços característicos, já indicados por diversos estudiosos do assunto em matéria de direito de família: 1. a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. a despatrimonialização das relações entre os consortes e entre os pais e os filhos; 3. a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação existente entre os genitores.

O vínculo matrimonial, só por si, não há de ser resguardado, senão como instrumento de desenvolvimento da personalidade dos cônjuges e dos filhos.

A comunidade familiar, por sua vez, informada pelo preceito fundamental da dignidade da pessoa humana e pela absoluta prioridade reservada à criança e ao adolescente (art. 227 da CF), transformou-se em sociedade democrática¹⁹⁶.

A estruturação democrática que deve permear a sociedade familiar está demonstrada pelo art. 226, § 5º, da Carta Magna, que dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, pelos arts. 16, 28, § 1º, 111, V, 161, § 2º, e 168 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseguram o direito à opinião e expressão dos filhos¹⁹⁷, bem como a determinação expressa de que a autoridade parental é exercida em igualdade de condições pelos pais, princípio também consagrado no Código Civil.

O Código Civil estabeleceu, no art. 1.566, como deveres de ambos os cônjuges o *respeito e considerações mútuos*, além dos deveres tradicionais de fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos, reforçando, assim, o respeito e consideração que deve pautar a relação conjugal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

O respeito e a consideração, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda mais presentes na relação familiar, trazem a possibilidade de indenização por dano moral a ser postulada por qualquer um dos cônjuges, em face do outro, na hipótese de violação dos direitos da personalidade¹⁹⁸.

Relevantíssima é, outrossim, a tutela da pessoa humana em desenvolvimento, essência e base de nossa sociedade, fundamental para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal.

Não se pode jamais esquecer que a questão da criança foi tratada como prioridade absoluta na Constituição, sendo sua proteção dever da família, da sociedade e do Estado.

Toda criança ou adolescente tem o direito à convivência familiar (art. 19 do ECA), à liberdade, ao respeito, à dignidade como pessoa humana em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (art. 15 do ECA), assim como à liberdade de opinião e expressão, participação na vida familiar e comunitária (art. 16 do ECA), além de inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, à preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças (art. 17 do ECA), sendo dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente (art. 18 do ECA).

Conforme já exposto, a Constituição não existe apenas para limitar a atuação do Poder Público, mas é também tarefa, e, nessa medida, deve regular relações privadas e a sociedade civil.

As Varas de Família, muitas vezes palco de perseguição de um dos cônjuges em face do outro, indicam o patamar institucional para o qual os indivíduos caminham por não mais conseguirem exercer a condição de “sujeitos da própria história”. O Poder Judiciário, conforme expõe a psicóloga Evani Zambon Marques da Silva¹⁹⁹, vem ocupar a lacuna do pensar e agir dos próprios indivíduos. E observa que

a riqueza e os bens materiais, assim como os filhos, vistos muitas vezes como objetos no meio da relação conjugal interrompida, são fatores que acabam tomando uma dimensão maior do que as próprias necessidades internas das pessoas, a ponto delas precisarem continuar reprimindo não só tais necessidades como também os sentimentos para vivenciar o que é culturalmente valorizado²⁰⁰.

A reorientação paradigmática que envolve a constitucionalização do direito privado, aproveitando-se da carga valorativa e principiológica da Constituição, impõe uma releitura do direito privado a partir das novas coordenadas estabelecidas.

Todos os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, sendo que tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais são norma e ao mesmo tempo tarefa. Diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal, e neste entenda-se o Poder Executivo, ao aplicar as leis, o Poder Legislativo, ao elaborar as leis, e o Poder Judiciário, ao interpretar as leis, deve buscar a ótica da axiologia, materialidade e jurisdição constitucional, bem como a própria sociedade deve adequar-se aos novos parâmetros familiares.

Surge, assim, a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando à unidade sistemática e à efetiva realização dos valores estabelecidos na Carta Magna diante do direito infraconstitucional²⁰¹,

notadamente quanto ao direito do filho à convivência familiar, ao seu respeito e à sua dignidade, com a concretização do princípio da afetividade.

A separação dos pais, conforme já exposto, não pode significar para a criança uma restrição ao seu direito à convivência familiar. Uma grande relação de proximidade com os pais é extremamente benéfica para o seu desenvolvimento.

O comportamento ético nas relações familiares, notadamente para o bom exercício da guarda, seja esta unilateral ou compartilhada, é fundamental.

Há uma tendência de expansão, cada vez maior, das normas éticas para o mundo jurídico, principalmente no direito de família, considerando a preocupação do direito contemporâneo com a proteção da pessoa humana em sua completude. Já se fala, hoje em dia, do princípio da eticidade, dada a relevância do comportamento ético e da boa-fé nas relações jurídicas.

A tutela da dignidade humana encontra-se no vértice do nosso ordenamento jurídico, dada a sua previsão constitucional destacada, e é princípio orientador de toda a interpretação da legislação infraconstitucional. A personalidade humana é um valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações nas quais a pessoa possa se encontrar a cada dia.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, absolutos, oponíveis *erga omnes*, atípicos (não taxativos), imprescritíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e que não sofrem restrição nas relações familiares. Muito pelo contrário, a consideração e o respeito mútuo são exigíveis dos cônjuges²⁰², e companheiros²⁰³, de pais e filhos²⁰⁴, e de ex-consortes, dada a proteção constitucional prevista no art. 1º, III, e art. 5º, X, aplicáveis a qualquer pessoa humana, corroborada, em relação à família, pelo art. 226, §§ 7º e 8º, entre outros. É desnecessário discutir se há um único direito ou classificar múltiplos direitos da personalidade, pois o que se busca é salvaguardar a pessoa humana sob todos os aspectos²⁰⁵.

É comportamento esperado dos pais no campo ético que se expande para o mundo jurídico: respeitar o filho e a figura parental do outro genitor, não criar obstáculos para o acesso do outro genitor à criança, permitir o convívio do filho com os avós e demais parentes, pagar pensão alimentícia compatível com as reais possibilidades, reconhecer o filho voluntariamente, amparar, proteger e se fazer presente na vida do filho, entre outros. Percebemos, todavia, no cotidiano dos Tribunais, o constante desrespeito a essas diretrizes. A doutrina vem construindo o caminho para a proteção jurídica de tais valores, que vêm,

gradativamente, sendo amparados pela jurisprudência²⁰⁶ e legislação contemporânea, incluindo-se a guarda compartilhada como mais uma arma na defesa dessas premissas essenciais para a boa formação da criança.

Todo direito possui um elemento formal e outro axiológico, de conteúdo valorativo. Quando o elemento formal é ofendido, estamos diante de uma ilegalidade, mas, quando o fundamento axiológico é atingido, estaremos diante de um abuso do direito²⁰⁷. A omissão do afeto no exercício da autoridade parental e a criação de obstáculos para o exercício da visitação do ex-consorte são exemplos de abuso no exercício da autoridade parental, e que devem ser combatidos com mecanismos seguros. Dentro do poder geral de cautela do Magistrado existe a possibilidade de fixar multa na busca de viabilizar o direito de convívio do outro genitor. Há a possibilidade, ainda, de ser imposta a inversão da guarda em favor do genitor mais flexível e com comportamento ético mais adequado. Não se descarta, ademais, o pagamento de danos morais em razão da violação de direitos da personalidade no âmbito familiar, como a atitude de denegrir a imagem do outro genitor perante o filho, que configura ato de alienação parental. São situações existenciais que merecem proteção jurídica.

Na sociedade atual é muito comum que ambos os pais, tanto o homem quanto a mulher, busquem a realização profissional fora de casa, longe do ambiente residencial. Por certo que, se os pais são separados, e o guardião exerce funções laborativas ausentando-se de casa, permitir o convívio do filho com o genitor, avós e demais familiares durante sua ausência, na medida em que irá reforçar os vínculos de afetividade, será muito mais proveitoso para a criança do que deixá-la aos cuidados de uma babá, empregada ou em uma creche, visto que a relação estabelecida entre esses últimos é de cunho financeiro, e não afetivo. Dividir momentos de lazer, nos finais de semana, em acréscimo, será salutar para ambos. Não se justifica, portanto, a resistência a um bom convívio entre pais e filhos quando existe possibilidade e vontade dessa aproximação.

Leila Maria Torraca de Brito²⁰⁸, desmistificando a resistência existente à guarda conjunta ou compartilhada, assinala que

a criança deve se sentir em casa tanto na residência de seu pai quanto na de sua mãe, identificando cada um desses espaços como um porto seguro onde sente firmeza para ancorar suas alegrias, tristezas e dificuldades. (...) torna-se comum observarmos bebês com poucos meses de idade já levados para as creches – onde passam grande parte do dia – com suas roupas e objetos de uso diário acondicionados em mochilas. Podemos observar, assim, que já frequentam espaços físicos distintos e locais onde possuem pertences específicos. Nesse sentido, pode-se questionar: o que oferece a creche que a casa do pai não pode oferecer?

Assim, como nem todos querem viabilizar de maneira espontânea o convívio do filho com o outro genitor, é indispensável armar de mecanismos jurídicos a defesa do convívio familiar, a fim de que possa ser exigido coercitivamente, sem resistência e morosidade pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, as Leis da Guarda Compartilhada e da Alienação Parental sedimentaram diversos mecanismos, como a prerrogativa de o Poder Judiciário fixar a guarda compartilhada mesmo no litígio, a aplicação de multa, o acompanhamento psicológico ou biopsicossocial dos pais, a advertência e a inversão da guarda.

Dos pais se exige muito mais do que simplesmente criar os filhos. É necessário criá-los com amor, ética e responsabilidade, preparando-os satisfatoriamente para a vida adulta. Os problemas e as frustrações pessoais dos pais, num contexto de litígio, devem ser contidos, poupando-se os filhos dos desgastes na medida do possível. O respeito à pessoa humana do filho e a preocupação com a sua felicidade, o estímulo e zelo pelo bom convívio do filho com o outro genitor e demais familiares, a educação, o sustento, a transmissão de bons valores, enfim, são preocupações que devem estar presentes na consciência dos pais, num rol extenso, não exaustivo, que se amplia a cada dia, e que vem encontrando, nos estudiosos do direito protetivo de crianças e adolescentes, uma gama de responsabilidades outrora jamais imaginada.

3.7. A guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança tem norteado tratados e convenções humanitárias em todo o mundo. Sua origem prende-se ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria²⁰⁹. O princípio do *best interest of the child* nasceu da ideia de que o Estado pode exercer sua autoridade sobre a criança que pratica um comportamento contrário à lei, na ausência ou incapacidade dos pais de proverem sua necessária assistência²¹⁰.

O *parens patriae* seria a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica, mecanismo que autoriza o Estado a assumir as regras de orientação paternal e definir a custódia de uma criança quando ela se tornava delinquente, abandonada ou precisava de cuidados especiais que os pais biológicos não estavam em condições de oferecer.

Conforme exposto por Tânia da Silva Pereira²¹¹, são marcos da jurisprudência inglesa o caso *Finlay*

v. *Finlay*, julgado pelo Juiz Cardozo, em que ficou ressalvado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas nem mesmo tentar compor a diferença entre elas, mas sim o bem-estar da criança, que deveria sobrepor-se aos direitos de cada um dos pais, destacando-se os casos *Rex v. Delaval* e *Blisset*, julgados pelo Juiz Lord Mansfield em 1763, como os precedentes do Direito Costumeiro Inglês do princípio da primazia do interesse da criança. Em 1836 esse princípio tornou-se efetivo na Inglaterra.

Nos Estados Unidos, o princípio do *best interest* também se vinculou às atribuições do Juiz quanto ao *parens patriae*, emanando da função tradicional do Estado de guardião dos legalmente incapazes. O guardião, que tem uma relação de subordinação para com a Corte, é o delegado da *parens patriae*, sendo a própria Corte a “guardiã suprema”.

O princípio foi introduzido nos Estados Unidos²¹² em 1813, no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, no qual havia a disputa da guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge-mulher havia cometido adultério.

A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança. Naquela época, foi introduzida a doutrina da *Tender Years Doctrine*, a qual considerava que, em razão da pouca idade, a criança precisava dos cuidados da mãe, de seu carinho e atenção e, portanto, seria a pessoa ideal para exercer a guarda.

Essa doutrina proliferou-se por todo o país, passando a vigorar uma “presunção de preferência materna”, que só deixou de prevalecer no último século, a partir do qual ocorreu uma modificação na orientação da maioria dos Estados americanos, que passaram a adotar o denominado *tie breaker* – teoria segundo a qual todos os fatores devem ser igualmente considerados, prevalecendo uma aplicação neutra do princípio do melhor interesse da criança²¹³.

A preocupação de reconhecer em documentos internacionais a proteção especial para a infância já aparece na Declaração de Genebra de 1924, na qual foi declarada a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”, e em documentos posteriores, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, que destaca para a criança “o direito a cuidados e assistência especiais”, e notadamente nos específicos Tratados a respeito da Infância: a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, ratificada e integrada no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto n. 99.710/90, nos quais há referência expressa ao

princípio do melhor interesse da criança.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 menciona em seu Preâmbulo que ela é proclamada a fim de que a criança tenha uma infância feliz, e apela que os pais, entre outros, empenhem-se na observância dos direitos e liberdades dos filhos. Consta do 6º Princípio que a criança deve, tanto quanto possível, crescer sob a salvaguarda e responsabilidade dos pais e, em todo caso, numa atmosfera de afeição e segurança moral e material. Há a preocupação de que a criança de baixa idade não seja separada de sua mãe, salvo em circunstâncias excepcionais²¹⁴.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, incorporada no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto n. 99.710/90, ressalta em seu Preâmbulo que a criança deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

E, consoante previsão do art. 3º, “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (*the best interests of the child shall be a primary consideration*).

No art. 5º está a determinação de que os Estados-Partes respeitem as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas.

O art. 9º menciona que os Estados-Partes devem zelar para que a criança não seja separada dos pais e que deverá ser respeitado o direito da criança que esteja separada de um ou ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos (item 3). Ainda, consoante consta do art. 10, item 2, a criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos. É previsto, em acréscimo, que toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado-Parte com vistas à reunião da família deverá ser atendida pelos Estados-Partes de forma positiva, humanitária e rápida.

O princípio do melhor interesse da criança sempre foi o principal fundamento para decisões judiciais em matéria de guarda. Embora o direito brasileiro contivesse disposição legal que determinava a atribuição da guarda ao cônjuge inocente, a jurisprudência majoritária já fazia uma distinção entre as relações conjugais das relações parentais (de filiação), considerando que o comportamento reprovável de um dos cônjuges perante o outro não implicava o exercício reprovável da paternidade ou maternidade. Demonstrado ser melhor ao interesse dos filhos ser mantido com o cônjuge considerado culpado pela

separação, a este era atribuída a guarda dos filhos²¹⁵, com base no princípio do melhor interesse da criança, embora houvesse dispositivo expresso em favor do cônjuge inocente no art. 326 do Código Civil de 1916 e no art. 10 da Lei n. 6.515/77, que regulava o divórcio.

A nossa Constituição da República de 1988 consagrou o princípio do melhor interesse da criança de maneira mais ampla ao adotar a doutrina da proteção integral. Dispõe o art. 227 da Constituição:

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

Foi a primeira vez que uma Constituição brasileira abordou a questão da criança como prioridade absoluta, e estabeleceu, de forma incontestável, a doutrina da proteção integral²¹⁶. A proteção da criança e do adolescente foi estabelecida como prioridade, sendo dever não só da família, mas também da sociedade civil e do Estado assegurar e garantir os direitos fundamentais do infante.

A norma jurídica extraída do art. 227 da Constituição, conforme explana Flávio Guimarães Lauria²¹⁷, consagra um princípio jurídico, pois a norma em conteúdo tem elevado grau de generalidade e caráter fundante, o que implica a sua irradiação por todo o ordenamento jurídico pátrio, orientando decisões judiciais e a própria atividade legislativa.

Várias são as decisões judiciais, em matéria de guarda, anteriores ao Código Civil de 2002, que já buscavam fundamentação no princípio do melhor interesse da criança²¹⁸.

O Código Civil de 2002, em sua primeira redação, adotou o princípio do melhor interesse da criança no sentido de que a guarda seria deferida a quem revelasse melhores condições de exercê-la (antigo art. 1.584). Todavia, chegou-se à conclusão de que a disputa alternativa entre os pais para demonstrar qual deles teria melhores condições de criar e educar o filho traz desgaste familiar e somente prejudicaria a criança, não alcançando os fins propostos de atender ao seu melhor interesse.

Assim, o Código Civil foi modificado em 2008 pela Lei n. 11.698, que instituiu a guarda compartilhada no Brasil, em atenção à melhor interpretação do princípio do *best interest of the child*, uma vez que a presença de ambos os pais, numa separação cooperativa e não adversarial, beneficia a criança e melhor atende aos seus interesses.

Posteriormente, no ano de 2014, através da Lei n. 13.058/2014, o Código Civil foi novamente

modificado para incluir a possibilidade da guarda compartilhada no litúgio dos pais, esclarecer que a guarda compartilhada é a regra, além de fazer constar, expressamente, a necessidade de equilíbrio no convívio entre mãe e pai (sedimentando a guarda física compartilhada).

Note-se que um dos segmentos do universo jurídico no qual se observam profundas mudanças nos últimos tempos é, indubitavelmente, o direito de família. Tal fato se dá, essencialmente, diante do redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais, que vem desaguar nas relações familiares.

Busca-se o fundamento das relações pessoais contemporâneas nos ideais e valores de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo²¹⁹, com especial relevância para o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da afetividade.

Na medida em que um dos pais é afastado do convívio com o filho em razão do exercício da guarda única, assegurada a visitação tão somente a cada quinze dias, menos oportunidade a criança terá de receber atenção, carinho, amor e educação por parte desse genitor. Menos chances a criança terá de demonstrar a esse genitor a problemática vivenciada na escola, nas ruas e dentro de sua própria residência.

E, segunda crítica de diversos especialistas, principalmente aqueles da área de saúde mental, a interpretação de que o melhor interesse da criança se encontra através da busca alternativa de um dos pais que apresente “melhores condições” para a criação dos filhos contribui significativamente para o incremento de tensões, hostilidades, angústias e agressividade entre as partes, trazendo “repercussões nefastas à nova forma de relacionamento necessária a pais e filhos após a separação”, conforme expõe Leila Maria Torraca de Brito²²⁰. Essa pseudonecessidade de que seja “aferido” qual dos pais possui melhores condições para exercer a guarda certamente só contribui para aumentar, consideravelmente, os conflitos nas Varas de Família, além de manter a unificação das questões conjugais às parentais.

Verifica-se que é cada vez mais frequente a participação e o interesse de ambos os pais no desenvolvimento de seus filhos²²¹, desde a mais tenra idade, o que vem trazendo aos genitores homens grandes frustrações pela preferência de nossos Tribunais pela guarda unilateral e dada à mãe. A ausência de mecanismos de participação na vida do filho termina por afastar esses pais, por não suportarem o papel secundário a que são relegados. O pagamento de danos morais não compensa o amor, o carinho e a atenção que foram subtraídos do filho durante o período de sua formação.

Na grande maioria dos casos, a separação conjugal está fortemente vinculada às frustrações pessoais e

mágoas entre os cônjuges, o que não os permite enxergar os aspectos positivos do outro, trazendo a lume acusações recíprocas e desqualificações pessoais, dificultando o estabelecimento de um convívio adequado para a criação participativa dos filhos.

É necessária a criação de mecanismos que assegurem a proteção do infante, o seu direito à convivência familiar com ambos os pais, e ainda aumentem o espectro de controle da família, da sociedade e do Estado.

Leila Maria Torraca de Brito²²², autora já citada, conclui em seu artigo

que a determinação da guarda conjunta é indispensável para que as funções paterna e materna possam ser garantidas às crianças de nossa sociedade, com suportes sociais simbólicos que devem sustentar a dimensão privada da parentalidade, já que os menores de idade necessitam de pai e mãe para seu completo desenvolvimento. Políticas públicas e legislações que se preocupem em não afastar os genitores dos filhos devem ser implementadas, facilitando inclusive a estruturação de programas que auxiliem os pais no cumprimento da guarda conjunta após a separação, incentivando o convívio de pais e filhos²²³.

Afinal, apesar de estar consignado que deve prevalecer, única e exclusivamente, o interesse superior da criança, os adultos reivindicam, frequentemente, um “direito à criança”, como se esta se tratasse de um objeto, não estando motivados, muitas vezes, pela proteção do interesse desta, mas apenas pela fonte de reconhecimento social que a guarda da criança simboliza e contribuir, de alguma forma egocentricamente, para a sua realização e satisfação pessoal.

A interpretação atual do princípio do melhor interesse da criança deve considerar todos esses aspectos, notadamente a necessidade de manutenção dos vínculos familiares.

Nesse sentido, além da Lei n. 11.698/2008, foi promulgada a Lei n. 13.058/2014 para reforçar a ideia de que é a guarda compartilhada que melhor atende aos interesses de crianças, ainda que haja litígio entre os pais. Após anos de discussões, o Congresso Nacional, com a aprovação da Presidente da República, traz-nos a nova lei a fim de que a sociedade, em especial o Poder Judiciário, efetivamente aplique a guarda compartilhada, permitindo o convívio de ambos os pais com a criança.

Tal entendimento já vinha sendo reconhecido por parte da jurisprudência, sendo interessante reproduzir a íntegra da ementa do acórdão do STJ, que ressalta a guarda compartilhada como expressão do melhor interesse da criança:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda

compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.251.000/MG. Recurso Especial 2011/0084897-5. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 23-8-2011. Data da publicação: 31-8-2011).

Tal fundamentação foi reproduzida em diversos outros acórdãos por todo o país²²⁴, indicando um novo olhar do Poder Judiciário a respeito da questão.

Com o reconhecimento positivo do instituto, parece terem sido rompidas as barreiras outrora existentes, mais na área jurídica do que na psicologia, de que o convívio intenso da criança com ambos os seus genitores possa causar alguma confusão ou seja prejudicial ao seu crescimento.

Os pais litigantes devem ser advertidos da necessidade de participação de ambos na vida dos filhos, encaminhados à mediação ou a tratamento psicológico direcionado a fazê-los cooperar, a fim de que cheguem a um consenso no qual estabeleçam por si próprios os dias de convívio com o filho de modo eficiente para o exercício da parentalidade.

O princípio do melhor interesse não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos, mas, também, “implica a busca de mecanismos eficazes para fazer

valer, na prática, essas mesmas soluções”²²⁵.

Assim, as soluções para as situações de conflituosidade envolvendo crianças e adolescentes devem se adequar ao princípio do melhor interesse da criança, garantindo-se a sua prioridade sobre quaisquer outros interesses, com a inafastável necessidade de recursos a outros ramos do conhecimento como a psicologia, a pedagogia e o serviço social, para encontrar respostas vinculadas às particularidades do caso concreto, buscando assegurar sempre e de modo eficiente o direito fundamental do convívio familiar do infante com ambos os seus genitores.

A interpretação do melhor interesse da criança no Brasil deve considerar os aspectos previstos na nossa legislação, não sendo hipótese de homologar sentença estrangeira sem citação válida das partes²²⁶, possibilidade de defesa ou que não garanta um convívio mínimo entre pais e filhos.

3.8. Alimentos na guarda compartilhada

Alimentos são as prestações devidas feitas para que quem os recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física como intelectual e moral²²⁷. Constituem uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência e à conservação da vida de outrem e compreendem tudo o que é necessário para a existência dessa pessoa: vestimenta, habitação, alimentação, remédios, educação, cuidados com saúde, divertimentos etc.

Os pais, em decorrência do poder familiar, têm a obrigação legal de prestar assistência material a seus filhos, e, portanto, fornecer-lhes alimentos para que possam subsistir.

Quando os pais moram juntos e residem com seus filhos, a prestação desses alimentos faz-se de forma direta, não havendo, em regra, nenhuma interferência judicial.

Todavia, quando os pais não moram juntos, é de todo conveniente, para garantir a subsistência do filho, que haja a regulamentação judicial dessa prestação alimentícia, possibilitando que ela seja exigida judicialmente na hipótese de descaso do genitor.

Assim, ambos os genitores devem contribuir para o sustento dos filhos, na proporção de seus recursos financeiros²²⁸.

Na guarda compartilhada, o contato frequente com o filho não afasta a necessidade da regulamentação judicial dos alimentos²²⁹, evitando que a criança fique desassistida e que um dos pais empurre para o

outro o pagamento das despesas necessárias para a sua subsistência.

É importante que haja a estipulação do *quantum* que será destinado ao filho, tanto pelo pai quanto pela mãe, de acordo com as possibilidades de cada um, atribuindo a cada um deles a responsabilidade de pagá-la, assim como a prerrogativa de cobrar a prestação do outro²³⁰.

A diferença dos alimentos na guarda compartilhada é que, com a maior convivência de ambos os pais com os filhos, algumas despesas são pagas diretamente e, dependendo do acordo de convivência e da situação financeira dos pais, podem ser abatidas do montante dos valores devidos a título de alimentos²³¹, o que não exclui a necessidade de fixação dos alimentos²³² para o total das despesas dos filhos (educação, saúde, vestuário, medicamentos, transporte, livros etc.), na medida da possibilidade de cada um dos pais²³³.

Por sua vez, a concessão da guarda compartilhada não subtrai a obrigação alimentar do genitor que tem melhor situação financeira de garantir uma moradia digna, pois “o filho merece desfrutar de condição semelhante na residência de ambos”²³⁴. Afinal, grandes diferenças no padrão de vida das famílias podem ensejar a rejeição do filho ao genitor com menos recursos. A criança, ser ainda em formação, tem a tendência de se deixar seduzir por um espaço onde desfrute de melhor conforto, brinquedos, jogos eletrônicos, computador, internet, o que prejudicaria o convívio do genitor menos favorecido se não lhe for garantido um valor mínimo para sustentar a criança em sua residência.

Havendo equilíbrio nos rendimentos dos pais, pode-se estipular uma divisão equânime das despesas dos filhos. Como exemplo, um dos pais ficaria responsável pelo pagamento das mensalidades escolares e gastos com educação, incluindo uniforme, material escolar, cursos extracurriculares, e, ao outro, os gastos com saúde, como médicos, dentistas e medicamentos, arcando cada qual com os gastos de sua residência e alimentação. Também é possível que um fique responsável por gastos fixos (mensalidade escolar, plano de saúde, telefone do filho, curso de línguas) e o outro por gastos variáveis, nem sempre previsíveis de antemão.

De qualquer forma, também pode ser estabelecido um parâmetro em salários mínimos²³⁵, incluindo ainda os gastos com alimentação, vestuário e outras atividades, considerando as necessidades do filho menor e as possibilidades do genitor que os deve prestar²³⁶.

Os alimentos também poderão seguir o critério usual de 20% (vinte por cento) dos rendimentos²³⁷ de

ambos os pais em favor da criança, sendo filho único; 15% (quinze por cento) sendo duas crianças²³⁸; 10% (dez por cento) sendo três filhos, e assim por diante. O valor pode ser depositado em conta corrente e administrado por um dos pais, cabendo ao outro a possibilidade de pedir prestação de contas na hipótese de entender que o numerário não está sendo direcionado ao filho. Nesse caso, o valor dos alimentos poderá ser cobrado por qualquer um dos pais, representando ou assistindo o filho, caso entenda que o outro genitor não está cumprindo com a sua parte. Em sua defesa, o genitor executado poderá trazer aos autos notas fiscais dos gastos com a criança com o fito de comprovar a regularidade da prestação alimentícia.

Na guarda compartilhada, o Magistrado deve fixar a responsabilidade de ambos, ainda que um dos pais fique responsável por pagar os alimentos na conta corrente do outro²³⁹, pois o genitor que recebe o dinheiro deve assumir o compromisso de pagar as despesas diretas principais do filho.

Via de regra, as partes devem seguir o que ficou estabelecido judicialmente, pois os alimentos não pagos ensejam a possibilidade de execução com risco de prisão, na forma do disposto na Lei n. 5.478/68 e art. 733 do Código de Processo Civil.

Os Tribunais não têm permitido ao alimentante, caso seja sujeito passivo de uma execução de alimentos, comprovar o pagamento de forma direta ao filho, de maneira diferente da que ficou estipulada em Juízo²⁴⁰.

Caso o alimentante se sinta sobrecarregado e responsável direto pelas despesas principais do filho, é importante ingressar com ação revisional de alimentos²⁴¹, pois tais questões exigem dilação probatória e não devem ser discutidas em sede de *habeas corpus*²⁴².

Frisa-se que nem sempre a guarda compartilhada implicará a redução dos alimentos anteriormente fixados²⁴³ e que o equilíbrio na prestação dos alimentos por ambos os pais nem sempre ocorrerá, pois, infelizmente, as mulheres no Brasil ainda são malremuneradas ou têm sua vida profissional prejudicada em benefício da família, numa visão machista da sociedade, que impõe-lhes uma sobrecarga de trabalhos domésticos e pouco suporte familiar para o sucesso no mercado de trabalho.

Será preciso, assim, estar atento, numa separação ou divórcio na qual se estabeleça a guarda compartilhada, quanto à distinção entre os alimentos devidos aos filhos e os alimentos devidos à ex-mulher²⁴⁴. Os alimentos devidos à ex-mulher podem ser fixados por um período curto²⁴⁵ ou por tempo

indeterminado, considerando, sobretudo, a idade da mulher, o tempo de casamento, a contribuição para o sucesso financeiro do marido, o prejuízo à sua própria carreira profissional, entre outros fatores, que não interferem na possibilidade da guarda compartilhada.

Por fim, impõe ressaltar que é imprescindível que ambos os pais estejam participando ativamente do dia a dia do filho, de suas atividades escolares e extracurriculares, de suas idas ao médico ou dentista etc., de acordo com o arranjo de guarda compartilhada fixado, a fim de que não haja a sobrecarga de nenhum dos genitores, sob pena de quebra do sistema da guarda compartilhada, que pressupõe maturidade, confiança e responsabilidade dos genitores em relação ao filho menor, ainda que haja litúgio entre os pais em si.

Capítulo 4 Alienação parental

4.1. Conceito

O termo “alienação parental” tem origem nos estudos do psiquiatra americano Richard Gardner, nos anos de 1985, ao conceituar uma característica, nominada por ele como “síndrome da alienação parental”, percebida após vinte anos de experiência em avaliar disputas de guarda e publicar artigos sobre o tema em revistas especializadas, diante da qual a criança é programada a odiar um de seus genitores.

Gardner²⁴⁶ ressalta que a síndrome resulta de uma campanha para denegrir, sem justificativa, uma figura parental boa e amorosa, consistindo na combinação de uma lavagem cerebral para doutrinar uma criança contra essa figura parental e da consequente contribuição da criança para atingir o alvo da campanha difamatória.

Rosana Barbosa Cipriano Simão, uma das pioneiras no Brasil a trazer soluções judiciais concretas contra a prática da alienação parental, com participação efetiva na elaboração da Lei n. 12.318/2010²⁴⁷, ressalta que “o genitor alienador lança suas próprias frustrações no que se refere ao insucesso conjugal no relacionamento entre o genitor alienado e o filho comum”, e o seu objetivo é distanciar o filho do outro, exercendo abusivamente o poder parental, consciente ou inconscientemente²⁴⁸.

A Lei n. 12.318/2010 define como ato de alienação parental

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º).

Nesse sentido, a prática do ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A alienação parental não se instala repentinamente, podendo manifestar-se em variados contextos e

situações²⁴⁹, apresentando-se em diversos graus.

Analisando o dispositivo legal, vislumbramos que a alienação parental pressupõe uma conduta ativa do alienador, ainda que seja inconsciente. O alienador age de maneira a prejudicar o relacionamento da criança com um ou ambos os genitores. O elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, a vontade de praticar a alienação, não é requisito para que ela aconteça. Tanto é assim que uma das medidas a serem aplicadas pelo Magistrado, ao identificar a alienação parental, será advertir o alienador (art. 6º, I, da Lei n. 12.318/2010), conscientizando-o de seus atos.

Outra característica que se vislumbra é que, pela definição legal, o sujeito passivo da alienação parental é o genitor (um ou ambos). De qualquer forma, deve-se interpretar o genitor de maneira ampla, a incluir não somente os pais biológicos e registrais, mas também os pais socioafetivos.

O sujeito ativo da alienação parental, quem pratica a alienação, consoante definido em lei, será um dos genitores, os avós ou aquele que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

O especial fim de agir, ou seja, a finalidade da alienação parental, o objetivo do alienador é que a criança repudie o genitor ou causar prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Nota-se que a alienação parental, muito comum quando há litígios após a separação conjugal, também pode ocorrer durante o casamento ou união estável. Afinal, é a interferência promovida ou induzida por aquele que tenha a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que ela repudie um dos genitores ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Nesse sentido, é importante ressaltar que, embora espaço de afeto e proteção, a família também pode ser palco de violência e desgaste emocional.

A alienação parental é facilmente vislumbrada após a separação judicial, pois os ânimos estão mais acirrados e as partes têm mais oportunidades de promover campanhas de desqualificação e o afastamento do outro.

Todavia, ainda durante o casamento ou união estável, é possível que uma das partes promova campanha difamatória do outro genitor.

Essa campanha de desqualificação da conduta da genitora no exercício da maternidade é muito comum nas situações de violência doméstica.

Afinal, a violência doméstica não se limita a atos de agressões físicas, mas engloba também as violências psicológica e moral, que nem sempre são percebidas pelos membros da família como atos de

violência, mas trazem reflexos no desenvolvimento psicológico dos filhos.

Quando uma criança visualiza uma agressão física praticada por um dos pais contra o outro, logo identifica o agressor. A violência física é transparente para todos, tanto para a vítima quanto para os demais familiares.

A violência psicológica ou moral é subliminar e muitas vezes não é nem sequer percebida pela própria vítima, quiçá pelos filhos.

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) define como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, no art. 7º, II, a violência psicológica sendo “qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”, bem como, no art. 7º, V, a violência moral, entendida “como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

Ora, se uma criança cresce ouvindo o seu pai xingar sua mãe, ridicularizá-la, persegui-la, denegrir sua imagem, atrapalhando o exercício da maternidade, a autoridade e o respeito necessários, ocorre prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção dos vínculos entre mãe e filho, sendo não raro o repúdio do filho a essa mãe vitimizada.

Por sua vez, conforme expõe Maria Berenice Dias

muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. (...) Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual²⁵⁰.

Nota-se, assim, que os transtornos conjugais são projetados na parentalidade e um dos genitores “programa” o filho para que odeie o outro²⁵¹.

Ora, o intérprete precisa estar atento a todas essas questões, consciente de que são inúmeras as formas da prática da alienação parental.

E, conforme anteriormente mencionado, existem diversos graus de alienação, e para cada um existem medidas protetivas diversas a serem aplicadas, conforme será exposto no transcorrer do texto. Somente

aos casos mais graves, que alguns entendem como efetivos atos de alienação parental²⁵², é que se aplicam medidas mais enérgicas, conforme gradação prevista no art. 6º da Lei.

4.2. Atos de alienação parental

A alienação parental, que tem como finalidade causar prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos entre genitor(a) e filho(a), alcançando seu ápice quando a criança repudia essa figura parental, pode se manifestar de diversas formas.

Ressalta-se que é preciso identificar a alienação e avaliar o seu estágio, pois as medidas a serem aplicadas para reverter o quadro de alienação variam de acordo com o grau apresentado.

A lei traz um rol não taxativo de exemplos de atos de alienação parental, que podem ser praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

a) Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.

Esse primeiro exemplo mencionado pela lei é o mais comum. Ocorre não somente na hipótese de separação dos pais, mas pode perdurar durante a relação conjugal.

A criança é levada a crer que o(a) genitor(a) é irresponsável, tem problemas e não pode exercer a paternidade ou maternidade a contento.

Num estágio inicial, o discurso pode ser inconsciente.

A cultura machista, tão arraigada na sociedade brasileira, dá ensejo a muitos comportamentos prejudiciais ao desenvolvimento dos filhos.

Por um lado, muitas mães e familiares entendem que “pai não sabe cuidar dos filhos”. Tal visão, que parte de um *pré conceito* (preconceito), não raro dificulta o exercício da paternidade, o que se intensifica após a ruptura conjugal, prejudicando o contato entre pai e filho.

Por sua vez, também por conta da cultura machista, a mãe/mulher é muitas vezes diminuída pelo pai/marido, não raro vítima de violência psicológica e/ou moral, conforme mencionado acima. O fato de trabalhar ou discordar do marido, não tendo uma postura submissa, dá ensejo a brigas e agressões verbais do homem, com a conivência de familiares, que reprovam a conduta da mulher. A ausência da mulher em razão de seu trabalho e a não realização de tarefas domésticas, ao contrário do que ocorre

com o homem, são muitas vezes motivo de sua desqualificação pessoal. Agressões verbais muitas vezes interferem na estrutura emocional da mulher, e os filhos são levados a crer que a mãe tem problemas psíquicos que a impedem de exercer a contento a maternidade.

Nem sempre as questões são levadas ao Poder Judiciário e os próprios envolvidos na alienação parental conseguem reverter o quadro num estágio inicial.

Todavia, a campanha de desqualificação pode se tornar insuportável, alcançando proporções que inviabilizem o exercício da maternidade ou paternidade.

Complexa se torna a questão quando os ânimos estão acirrados, as partes não reconhecem a importância do outro na criação dos filhos, nem tampouco a necessidade de preservar a integridade biopsíquica destes.

Na separação judicial, novos fatos ligados à conjugalidade, como traição, novo(a) namorado(a), desapareço, insegurança, insultos, discussão ligada a alimentos ou partilha de bens, são trazidos para a criança como motivos a inviabilizar o exercício da paternidade ou maternidade.

Quando fatos graves relacionados à parentalidade são reais, é necessário prudência na abordagem com a criança.

Frise-se que se um dos pais é usuário de drogas, praticou maus-tratos²⁵³, abuso sexual, tem envolvimento com atividades ilícitas, deixa a criança desassistida, a expõe a perigo, entre outros atos que realmente inviabilizem o exercício pleno da paternidade ou maternidade, os fatos devem ser levados ao conhecimento do Juízo e não reiteradamente mencionados para a criança, que tem o direito de crescer sem ver a figura do genitor ou genitora ser constantemente denegrida.

A insistência na desqualificação do outro para a criança e a privação do contato são prejudiciais ao filho, notadamente quando nenhum fato desabonador é provado²⁵⁴.

b) Dificultar o exercício da autoridade parental.

Existem diversas formas para dificultar o exercício da autoridade parental, que devem ser aferidas caso a caso.

De maneira geral, além da campanha de desqualificação, o alienante costuma dizer para a criança ignorar as orientações do(a) genitor(a); reclama de fatos irrelevantes para a criança buscando condenar qualquer atitude do outro; reverte qualquer castigo ou limite dado pelo outro à criança com o fim de convencer a criança de que o genitor é exagerado ou chato; propositadamente oferece alimentos ou

programas que o outro reprova; cria incidentes infundados para justificar a falta de comunicação; apresenta o novo companheiro à criança como seu novo pai ou mãe; apresenta à criança o seu desagrado quando esta, de alguma forma, manifesta satisfação ou contentamento de estar com o outro genitor ou com algo a este relacionado; recorda à criança, com insistência, motivos ou fatos ocorridos pelos quais deverá ficar aborrecida com o outro genitor; faz comentários desagradáveis ou depreciativos sobre presentes ou roupas comprados pelo outro genitor; dá em dobro ou em triplo o número de presentes que a criança recebe do outro genitor etc.

c) Dificultar contato da criança ou adolescente com o genitor.

Inúmeras são também as maneiras de agir para dificultar o contato da criança ou adolescente com o genitor. Nesse sentido, pode-se citar: impedir a criança ou adolescente de telefonar para o outro; viajar e não informar o local; mentir dizendo que a criança não está quando o pai ou mãe telefona; deixar de repassar recados para a criança ou para o(a) genitor(a); impedir a criança de participar de festas da família extensa por não estarem expressamente previstas no acordo judicial; organiza diversas atividades para o dia de visitas do outro, de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inviabilizá-las; transforma a criança em espiã da vida do ex-cônjuge; danifica, destrói, esconde ou cuida mal dos presentes que o outro dá; ignora em encontros casuais quando junto com o filho a presença do outro genitor, levando a criança a também ignorá-lo; etc.

d) Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.

É o não cumprimento do acordo judicial firmado quanto à convivência e/ou visitas, seja de maneira direta, seja de maneira indireta, não somente em relação a um dos genitores, mas em favor dos avós²⁵⁵ e outros.

Na forma direta, o alienante simplesmente não cumpre o acordado, não entrega a criança ou não aparece para buscá-la (como forma de puni-la por estar com o outro), não cumprindo as obrigações estipuladas.

Na forma indireta, o alienante cria subterfúgios para não cumprir o acordo. Inventa viagens, atividades ou médicos para o final de semana estipulado para o outro; mente que a criança está doente para justificar a sua não ida; não avisa o filho que o outro está esperando; deixa a criança brincar na casa de um amigo nos dias estipulados de convivência; atrasa demasiadamente o momento acordado para o encontro ou controla excessivamente os horários da visita; troca mensagens e telefona incessantemente para o filho no

período de convivência com o outro etc.

e) Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.

Independentemente de ter ou não a guarda do filho, os pais, mesmo separados, continuam no pleno exercício do poder familiar e, por tal razão, têm o direito e o dever de acompanhar as atividades escolares, estar cientes de questões médicas, bem como saber o endereço do filho.

Aliás, o art. 1.584, § 6º, do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 13.058/2014, determina que qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Assim, quando um dos pais, sobretudo quando exerce a guarda da criança, propositadamente não avisa ao outro a respeito de reuniões escolares, festa de encerramento do ano letivo, omite o boletim escolar, submete a criança a alguma cirurgia sem prévia comunicação, muda a escola, altera o endereço, está incidindo na prática de alienação parental.

A comunicação do guardião pode ser efetivada por e-mail, por mensagem ou por telefone.

Nas situações de violência doméstica, a mudança de endereço, sem prévia comunicação, pode ser efetivada com autorização judicial, desde que haja risco para a mãe e os filhos.

f) Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.

É uma das formas mais graves de prática de alienação parental. Além de causar intenso desgaste para o acusado e seus familiares, a apresentação de falsa denúncia criminal implica a movimentação desnecessária do aparato policial e judicial, prejudicando não somente o filho, o(a) genitor(a), seus familiares e toda a sociedade.

A questão da falsa denúncia a respeito de abuso sexual é uma das mais tormentosas e cruéis, configurando o crime de denúncia caluniosa²⁵⁶.

A acusação de abuso sexual, notadamente quando o acusado é pai, traz uma mancha indelével para a sua imagem. Dentro de uma sociedade sadia, a violência sexual praticada contra crianças é considerada algo ignóbil, que merece repúdio e mecanismos sérios de proteção da vítima.

O tema é complexo uma vez que identificar a autoria e a materialidade do abuso sexual não é simples.

A criança vítima de abuso sexual pode não apresentar sintomas físicos, mas apenas psicológicos.

Somada à complexidade do tema, uma rede deficiente para a apuração do abuso sexual e esclarecimento dos fatos somente agrava a situação.

As resistências a respeito do depoimento sem dano²⁵⁷ e sobre a implantação das salas de depoimento especial²⁵⁸ atrasam a construção de uma rede coesa e interligada, pois, até a data de 2014, poucos são os Tribunais de Justiça que contam com salas de depoimento especial para escuta de crianças, além de ausentes centros de referência especializados em abuso sexual que gravem a entrevista da criança por profissional devidamente capacitado nas questões de violência e alienação parental, e contem com perícia médica, psicológica e social.

Além de uma escuta qualificada da criança, no início de seu relato sobre o assunto, por profissional habilitado, deve-se complementar a avaliação com uma análise biopsicossocial²⁵⁹, ou seja, uma avaliação biomédica realizada por um médico legista ou similar²⁶⁰, verificando se existem vestígios materiais do crime no corpo da criança, além de um estudo psicossocial com entrevista dos familiares, exame de documentos, histórico do relacionamento do casal e da separação, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança se manifesta sobre a acusação.

Ora, quanto mais profissional e rápida a abordagem da criança, maior o êxito no esclarecimento dos fatos, evitando o afastamento do investigado e a implantação das falsas memórias.

Note-se que qualquer processo judicial é desgastante, exige garantias de contraditório e ampla defesa para o acusado e convencimento do juiz quanto ao abuso sexual narrado. Não se pode condenar uma pessoa à privação de liberdade, à restrição do convívio com o filho, à mancha indelével à sua imagem e honra sem suporte probatório. Quando se trata de crimes sexuais, praticados sem a presença de qualquer testemunha, sem deixar vestígios físicos, o relato da vítima é fundamental e o aspecto psicológico na abordagem de uma criança é uma prova extremamente relevante do processo.

O profissional capacitado deve fazer perguntas abertas e não indutivas, deixando a criança confortável. Indica-se um espaço acolhedor, com apenas duas poltronas. Além da escuta gravada da criança, garantindo a transparência do procedimento, seja na entrevista prévia, seja através do depoimento especial, é indicado que a avaliação seja complementada pelo laudo pericial, com análise biopsicossocial.

Durante o período de investigação, não se pode privar o acusado do convívio com o filho, alimentando a alienação parental, mas deve-se garantir à criança ou adolescente e seu genitor uma garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (art. 4º da Lei n. 12.318/2010).

É importante que os processos judiciais não se eternizem, pois uma prestação jurisdicional célere e justa é consectário de um Estado Democrático de Direito no qual os direitos humanos são respeitados.

Nesse sentido, o art. 5º, § 3º, da Lei n. 12.318/2010 fixa o prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo pelo perito ou equipe multidisciplinar, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

g) Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

De uma maneira geral, as pessoas são livres para morar onde quiserem. Quando nascem os filhos, buscam, em geral, apoio familiar e um ambiente favorável para o deslocamento escolar da criança.

Numa separação judicial, os pais não estão proibidos de morar em local distante um do outro.

O fato de morarem próximos facilita o exercício da guarda compartilhada, mas esta também pode ser exercida quando os pais morarem em local distante, conforme já visto no Capítulo 3.

Configura-se alienação parental quando o domicílio ou residência principal da criança é transferido para local distante *sem justificativa*, dificultando a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.

É a mudança deliberada com o propósito de afastar o outro guardião e seus familiares, impedindo o convívio da criança.

Tal não ocorre se um dos genitores muda-se para o exterior para estudar por um período determinado, comprometendo-se a arcar com os custos de comunicação e da viagem da criança nas férias. Afinal, uma experiência no exterior é benéfica para a formação da criança, e os pais não podem estar privados de prosseguir com suas vidas nem ser egoístas no sentido de inviabilizar uma experiência internacional ao filho.

4.3. Intervenção judicial e alteração da guarda

A intervenção judicial nas situações de alienação parental normalmente é trazida ao Poder Judiciário pelo genitor alienado ou é percebida pelo próprio Juiz ou Ministério Público nas ações judiciais de guarda ou regulamentação de visitas.

Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público²⁶¹, as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva aproximação entre ambos, se for o caso. É importante que a questão seja apreciada, ainda que mencionada como um dos fundamentos em ações de guarda ou regulamentação de visitas, sob pena de nulidade da sentença²⁶².

Com vistas à proteção do interesse da criança, o próprio Ministério Público é parte legítima para a propositura de ação de modificação de guarda²⁶³, na forma da Lei da Alienação Parental e do art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Questionada a aptidão para o exercício do poder familiar, assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida²⁶⁴, pois os vínculos da criança com seus pais não podem ser rompidos subitamente. Aliás, retirar crianças do convívio de seu guardião, com quem têm grande vínculo de afetividade, pode gerar graves sintomas psicológicos, até mesmo físicos, por conta do sofrimento com a separação. É uma crueldade com uma criança privá-la do convívio familiar, que não se justifica a não ser em casos excepcionais de iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica, atestado por profissional devidamente habilitado.

Havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz, de ofício ou a requerimento de uma das partes ou do promotor de justiça, pode determinar a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial. Essa perícia deve ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, com aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação

contra o genitor.

O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por autorização judicial, conforme já mencionado.

A situação de alienação parental pode ser visualizada de pronto pelos profissionais do direito, sem necessidade de avaliação psicológica ou biopsicossocial.

Nesse sentido, o juiz poderá desde logo advertir o alienador, conscientizando-o de sua conduta.

De qualquer forma, a avaliação é importante não somente para diagnosticar a alienação, mas para fornecer subsídios ao magistrado visando à aplicação das medidas protetivas previstas no art. 6º da Lei n. 12.318/2010.

Assim, constatada a alienação parental, o juiz a declarará, e, de acordo com o grau de alienação, poderá aplicar as seguintes medidas, sem prejuízo da responsabilidade civil²⁶⁵ ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos:

- a) advertência;
- b) ampliação do regime de convivência familiar²⁶⁶ em favor do genitor alienado²⁶⁷;
- c) estipular multa ao alienador²⁶⁸;
- d) determinar o acompanhamento psicológico²⁶⁹ e/ou biopsicossocial, inclusive para resgatar os laços de afetividade entre a criança e o genitor alienado²⁷⁰;
- e) alterar a guarda unilateral para guarda compartilhada²⁷¹ ou sua inversão²⁷² em favor do alienado²⁷³;
- f) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, evitando sua mudança de cidade;
- g) declarar a suspensão da autoridade parental;
- h) inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Note-se que a suspensão da autoridade parental, com restrição ao convívio familiar, é hipótese excepcionalíssima, somente justificada se a criança estiver sofrendo com esse convívio e jamais para beneficiar o outro genitor, ainda que seja vítima de alienação parental. Visitas vigiadas somente se

justificam nas hipóteses de riscos de violência física ou sexual.

Conforme acima exposto, num primeiro momento, a advertência e a ampliação da convivência familiar já poderão demonstrar-se suficientes para inibir atos de alienação. A guarda compartilhada, a aplicação de multa e o encaminhamento psicológico são excelentes medidas de prevenção e reversão da alienação parental. A inversão da guarda e a suspensão da autoridade parental são medidas extremas, somente aplicáveis quando as anteriores não surtirem efeito.

Aliás, a inversão da guarda ou suspensão da autoridade parental não pode implicar anulação da convivência familiar do alienador, pois, geralmente, a criança tem laços fortes com este e pode sofrer profundamente com a situação. Qualquer forma de exclusão de um dos pais em razão da alienação parental, ou impedimento de contato, deve ser rechaçada, pois a regra é garantir a convivência familiar²⁷⁴, mesmo nas hipóteses de guarda unilateral e suspensão da autoridade parental.

As discussões sobre guarda e regulamentação de visitas devem ser propostas no foro de domicílio da criança ou adolescente, que é o foro de domicílio do guardião²⁷⁵. A alteração desse domicílio, após a propositura da ação, é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, na forma do art. 8º da Lei n. 12.318/2010.

Capítulo 5 Hipóteses de inviabilidade da guarda compartilhada

Infelizmente, nem sempre será possível a implantação da guarda compartilhada.

Em primeiro lugar, conforme já mencionado, é necessária a aptidão dos pais para o exercício do poder familiar e a vontade de exercer a guarda.

A aptidão dos pais para o exercício do poder familiar é presumida, mas admite prova em contrário.

Conforme exposto nos capítulos anteriores, o uso de drogas²⁷⁶, a existência de problemas psiquiátricos graves, um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança, a reiterada prática de alienação parental grave, maus-tratos e abuso sexual, atos comprovados de violência doméstica com agressões físicas e risco de morte são razões que inviabilizam a guarda compartilhada.

Quando se menciona um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança é aquele com ausência de afeto. Afeto é o centro do direito de família e a razão de ser da guarda compartilhada. É pelo convívio que o amor entre pais e filhos irá se fortalecer. É o amor o sentimento mais nobre e edificante do ser humano, que o prepara para a vida adulta de forma responsável e saudável. Recebendo amor/cuidado, a criança se percebe valorizada e pode internalizar bons sentimentos. Não são situações de pobreza nem em razão do litígio entre os pais que a criança perderá o seu direito à convivência familiar.

Assim, num primeiro momento, considerando que o exercício do poder familiar é presumido, não havendo indicação de situações que inviabilizem a guarda compartilhada como mencionado acima, é preciso que seja dada a oportunidade às partes para o exercício compartilhado da guarda do filho, em benefício da criança²⁷⁷.

Ainda que haja litígio dos pais entre si, seja quanto ao valor da pensão alimentícia, seja pela partilha dos bens, seja em razão da inclusão de um novo parceiro na relação, a guarda compartilhada, com o estabelecimento de dias de convívio do filho com cada um dos seus genitores, deve ser assegurada no processo judicial, preferencialmente no seu início²⁷⁸.

Considerando que cada vez mais as decisões judiciais dependem de seu cumprimento pelas partes envolvidas, a efetividade da prestação jurisdicional passa a estar diretamente relacionada à cooperação dos jurisdicionados.

A Constituição Federal de 1988, ao prever, no art. 5º, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, não reconheceu apenas formalmente o direito à prolação de uma sentença judicial, mas, substancialmente, o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional efetiva é não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. Afinal, a prestação jurisdicional, para ser efetiva, deve ser apta a se concretizar, ou seja, a alterar a realidade sensível, a alcançar os resultados práticos esperados.

A importância da mediação nos conflitos familiares, por sua vez, por envolver as partes na resolução final do conflito, ganha especial relevo nesse contexto da efetividade, tendo sido consagrada pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e abraçada pelo Novo Código de Processo Civil.

O paradigma litigioso, que se consubstancia num jogo de sobreposições de razões, impedindo a compreensão efetiva do conflito, em que se repassa a um terceiro estranho à relação (Juiz de Direito) a responsabilidade de dizer de quem é o direito, tem-se mostrado ineficaz em gerir os problemas afetivo-emocionais, que são na maioria das vezes base das demandas judicantes familiares.

A sentença judicial, apesar de solucionar formalmente a lide posta em Juízo, muitas vezes não resolve a problemática subjacente de pacificação social, fomentando uma competição entre os sujeitos envolvidos no perde-ganha dos Tribunais.

Devemos atentar para o fato de que o acesso à Justiça é gênero no qual a prestação jurisdicional e a mediação são formas de alcançá-la. A mediação, como complemento ou como alternativa ao Poder Judiciário, constitui um meio de efetivo acesso à Justiça na medida em que difunde uma cultura de paz, devolvendo às partes conflitantes a autonomia de conduzir seus impasses, visando restabelecer a comunicação entre elas, estimulando a continuidade dos vínculos pessoais, familiares ou negociais, possibilitando que o eventual acordo tenha maior probabilidade de ser cumprido espontaneamente.

A mediação compreende o conflito como algo natural, ou seja, próprio do relacionamento humano e necessário para o aprimoramento das relações. A questão é saber como gerenciá-lo de modo que as partes envolvidas no litígio saiam ganhando produtiva e eficazmente. Não raro o conflito exteriorizado não reflete o conflito real.

A mediação é um mecanismo que coloca as partes envolvidas no lugar de protagonistas, estimulando o diálogo e a discussão profunda sobre o problema, desobstruindo a comunicação entre os mediandos,

aperfeiçoando a escuta do outro. Nesse contexto, faz gerar a redescoberta de desejos e frustrações, que quando bem trabalhados pelo mediador podem levar os envolvidos a uma nova elaboração de seus conflitos internos e subsequente transformação de sentimentos e atitudes.

O principal objetivo da mediação é facilitar o diálogo, auxiliando as pessoas a exprimir suas reais necessidades, bem como esclarecer seus interesses, estabelecendo limites e possibilidades para cada um. A mediação assume um importante papel no resgate à participação das pessoas na efetiva solução de seus problemas. Por meio do diálogo, diminui-se a atribuição de culpas para se analisar a responsabilidade dos atos de cada indivíduo, que passa a questionar suas atitudes e não mais apenas as ações do outro.

Conforme será visto no capítulo seguinte, o Novo Código de Processo Civil dá especial destaque para a mediação de conflitos. Essa prática interdisciplinar tem por objetivo a construção e ampliação de um espaço de interlocução entre as pessoas, para que possam perceber e reconhecer suas diferenças, discutindo as divergências e negociando as convergências possíveis, no intuito de criar vínculos, transformar as possibilidades em ações concretas, reconhecendo a si mesmo e ao outro como protagonista de experiências e comportamentos que, transformados, os levarão ao consenso e à preservação do relacionamento, convertendo o contexto adversarial em colaborativo. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução de impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes, e um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis. Afinal, o juiz nem sempre consegue extinguir a fonte do litígio, pois existe um problema de cunho afetivo-emocional implícito.

Com vistas a esse aspecto complexo dos conflitos familiares, arraigados de emoções e sentimentos ocultos, a mediação familiar encontra sua mais adequada aplicação, pois contribui para a criação e a manutenção das relações de colaboração entre os casais divorciados com filhos preservando os laços familiares apesar da ruptura do vínculo conjugal.

A relação processual é plurissubjetiva, complexa e dinâmica, e o processo em si mesmo deve se desenrolar com respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a “justiça do seu resultado esteja assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo”²⁷⁹.

O processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Por isso, a moderna concepção da efetividade do processo impõe o adequado cumprimento das sentenças judiciais, a oportuna proteção das situações jurídicas suficientemente fundamentadas contra os riscos da demora na prestação jurisdicional (tutela da urgência ou tutela cautelar) e a tutela específica do direito material, especialmente nas questões ligadas ao direito de família, com a consagração da guarda compartilhada²⁸⁰.

Decorridos dois meses de exercício da guarda compartilhada, a situação deve ser avaliada pelas partes, pela equipe técnica, pelo promotor de justiça e pelo juiz.

Novos arranjos podem ser tentados, com o auxílio da mediação, para viabilizar a convivência pacífica, mas é preciso que o litúgio tenha fim, sob pena de causar desgaste emocional excessivo para os envolvidos.

Frustrada a tentativa de implantação da guarda compartilhada, em razão de causar sofrimento para a criança²⁸¹, caberá ao Poder Judiciário suspendê-la²⁸² e determinar a guarda unilateral, sem prejuízo de estabelecer o direito de visitas ao outro genitor²⁸³.

Não é o litúgio inicial²⁸⁴ que inviabiliza a guarda compartilhada, mas sim um litúgio permanente após sua efetivação.

A não superação do litúgio após a implantação da guarda compartilhada²⁸⁵ ou a incrementação desse litúgio durante o período da convivência familiar da criança com seu genitor não atende aos seus interesses.

Assim, importante identificar a causa e o causador do litúgio.

Nesse sentido, conforme previsto no art. 7º da Lei n. 12.318/2010, a atribuição da guarda ou sua alteração dar-se-á por *preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor* nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

O genitor mais flexível, mais amoroso com a criança, que respeita a figura parental do outro e de seus familiares, que proporciona bem-estar, segurança, saúde e educação para o filho, é aquele que deverá ser o seu guardião unilateral, após frustrada a guarda compartilhada.

Dessa forma, o genitor alienador ou que pratica atos de violência doméstica²⁸⁶, que não conseguiu

superar as próprias dificuldades após a intervenção judicial, não preenche os requisitos necessários para o exercício da guarda compartilhada.

Os processos judiciais que envolvem o direito constitucional à convivência familiar, considerando as leis da guarda compartilhada e da alienação parental, demandarão tempo relativamente superior ao dos demais para sua extinção, haja vista a tentativa de se estabelecer uma convivência pacífica entre as partes, recorrendo-se à mediação ou a encaminhamentos psicológicos, o que exige um novo olhar dos operadores do direito.

A Constituição brasileira garante um processo humanizado e garantístico, notadamente analisando os incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade de produção adequada de provas, relevando a participação de uma equipe interdisciplinar, composta de assistentes sociais e psicólogos, atuando junto ao Poder Judiciário para fornecer elementos de convicção e fundamentação para realmente proporcionar Justiça à família litigante.

Capítulo 6 As questões familiares no Novo Código de Processo Civil

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016.

A nova legislação processual traz grande inovação para o direito de família, na medida em que deu ênfase para a mediação, conforme se nota da redação dos arts. 165 a 175, pune com mais rigor o litigante de má-fé, o que pode ser verificado pela análise dos arts. 79 a 81, bem como traz dispositivos específicos a respeito das ações de família (arts. 693 a 699) e homologação de acordos (arts. 731 a 734).

É importante notar no Novo Código de Processo Civil um respeito maior à autonomia das partes e à esperança de que consigam solucionar suas diferenças por si próprias, auxiliadas por uma intervenção técnica específica.

Tal espírito é precebido logo no art. 3º, §§ 2º e 3º, ao mencionar que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Por sua vez, as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), o que traz uma perspectiva positiva para os litígios familiares, em que o tempo tem um aspecto fundamental, notadamente em relação às discussões quanto ao convívio familiar com os filhos, pois um afastamento prolongado pode sedimentar uma situação de alienação parental de difícil reversão. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), e os juízes e tribunais devem velar pela duração razoável do processo (art. 139, II) e obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão (art. 12).

Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé (art. 5º), expondo os fatos conforme a verdade (art. 77, I), cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação (art. 77, IV), evitando as manobras

procrastinatórias e acusações levianas que trazem tanto desgaste e sofrimento nas relações familiares. A ética é requisito do bom exercício da maternidade ou paternidade.

O Código de Processo Civil de 2015 pretende evitar situações de surpresa, vedando ao Juiz proferir decisões contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (arts. 9º e 10), salvo nas hipóteses de urgência (art. 9º, parágrafo único), devendo garantir, sempre, o contraditório e a ampla defesa.

Embora os direitos no âmbito da família sejam na sua maioria indisponíveis, como o direito a alimentos dos filhos menores e o direito à convivência familiar, o seu modo de exercício pode ser convencionado entre as partes.

Nesse sentido, conforme o espírito conciliador mencionado acima, os Juízes devem promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V), e os Tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165).

Aliás, o Código de Processo Civil de 2015 foi expresso ao mencionar que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694).

Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz, na forma do art. 695, ordenará a citação do réu para comparecer a uma audiência de mediação e conciliação.

Com o nítido propósito de evitar desgastes inúteis que poderiam inviabilizar um futuro acordo, o Código de Processo Civil de 2015 prevê que o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial. Essa prudência se faz recomendável e necessária, notadamente nas disputas de guarda, uma vez que, no modelo tradicional da guarda única ou unilateral, com o propósito de convencer o juízo de que o requerente tem melhores condições de exercer a guarda, a petição inicial é geralmente redigida com referências negativas a respeito do outro, criando um clima desfavorável para qualquer acordo.

A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

O juiz, a requerimento das partes, pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (art. 694, parágrafo único).

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que há vínculos entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, nem sempre percebidos por eles próprios. Assim, embora, por exemplo, a mãe reclame que a partilha dos bens não foi justa, poderá perceber que, na realidade, o que pretende é ficar no apartamento que era do casal, abrindo mão de outros bens que podem superar financeiramente em muito o referido imóvel, satisfazendo o interesse de ambos os litigantes.

A mediação, conforme expressamente mencionado na lei, tem como objetivo propiciar um espaço para que as partes restabeleçam a comunicação, identificando, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Importante frisar que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Essa confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou mediação (art. 166, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015). Esse aspecto permite que as partes possam trazer suas inquietações, refletir e esclarecer, entre si, as questões de embate para que construam um caminho de consenso.

Afinal, as rupturas conjugais conflituosas que aportam no judiciário demonstram claramente a dificuldade dos envolvidos em lidar com suas próprias demandas, transferindo para terceiros, no caso o Estado-Juiz, decisões que caberiam ao casal. Competições e frustrações da relação conjugal, do casal, são transferidas para a relação parental (pai/mãe/filho), causando sofrimento para todos da família, notadamente para as crianças envolvidas.

Não obtido o acordo, incidem, a partir de então, as regras do procedimento comum, observado o art. 335, facultando ao réu oferecer a contestação ao pedido.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 permite às partes, ainda que o acordo não tenha sido obtido num primeiro momento, fixar um calendário para a prática dos atos processuais (art. 191), bem

como estipular mudanças no procedimento judicial para ajustá-lo às especificidades da causa (art. 190), o que permite a pais e mães optar por uma tentativa da guarda compartilhada provisória, sem que estejam abdicando de outra pretensão formulada em juízo.

Sendo tarefa da ordem jurídica harmonizar as relações sociais intersubjetivas a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste, as questões familiares trazem uma demanda específica para análise do processo judicial.

As emoções e angústias decorrentes dos litígios familiares não raro são potencializadas no processo judicial fundamentado no conceito “perde-ganha”, contribuindo para sofrimento e infelicidade, o que não é objetivo da função jurisdicional.

Nesse sentido, a consciência da imposição da guarda compartilhada e o recurso à mediação podem resgatar o diálogo e a promoção do entendimento e do respeito entre os membros dessa família, que se modifica, mas permanece. Afinal, sendo a guarda compartilhada a regra, imposta mesmo no litúgio²⁸⁷, é necessário o esclarecimento dos direitos e deveres dela decorrentes e a conscientização dos envolvidos para uma postura cooperativa.

Por sua vez, sendo uma das hipóteses de inviabilidade da guarda compartilhada ou alienação parental, o magistrado, na forma do art. 699 do Código de Processo Civil de 2015, ao tomar o depoimento da criança ou adolescente, deverá estar acompanhado de especialista (art. 699 do CPC/2015), o que demonstra uma preocupação do Novo Código com a atuação profissional dos operadores na condução dos litígios.

Assim, conquanto haja uma tendência de evitar a judicialização das demandas, existe uma pressão social por uma *intervenção judicial mais efetiva na promoção dos direitos e deveres parentais, na efetiva garantia dos direitos da criança à proteção contra a violência e ao seu convívio familiar sadio*.

A Constituição Federal de 1988, ao prever, no art. 5º, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, não reconheceu apenas formalmente o direito à prolação de uma sentença judicial, mas, substancialmente, o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional efetiva é não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. Afinal, a prestação jurisdicional, para ser efetiva, deve ser apta a se concretizar, ou seja, a alterar a realidade sensível, a alcançar os resultados práticos esperados.

Dito isso, considerando-se que, cada vez mais, as decisões judiciais dependem de seu cumprimento pelas partes envolvidas, a efetividade da prestação jurisdicional passa a estar diretamente relacionada com a cooperação dos jurisdicionados. Não se mostra mais suficiente apenas declarar o direito, mas sim dar efetividade a ele.

O direito processual procura, assim, disciplinar o exercício da jurisdição por meio de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possível.

A relação processual é plurissubjetiva, complexa e dinâmica, e o processo em si mesmo deve se desenrolar com respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a “justiça do seu resultado esteja assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo”²⁸⁸.

A Constituição brasileira garante um processo humanizado e garantístico, notadamente analisando os incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade de produção adequada de provas, sendo relevante a participação de uma equipe técnica capacitada para auxiliar o magistrado nos provimentos jurisdicionais, o que foi consagrado no Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificção suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. A motivação garante o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente, demonstrando que o Juiz examinou os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes. A fundamentação do julgamento deve permitir que os jurisdicionados entendam de que modo foram avaliadas as provas produzidas. O sistema processual deve oferecer respostas às expectativas da sociedade.

Afinal, o processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Por isso, a moderna concepção da efetividade do processo impõe o adequado cumprimento das decisões judiciais com a tutela específica do direito material, especialmente nas questões ligadas ao direito de família, obrigações

de fazer e não fazer.

Conclusão

As relações entre pais e filhos, considerando a Constituição Federal de 1988, foram funcionalizadas para o amor, a proteção e o cuidado. Princípios de cunho participativo, democrático, igualitário, incluyente, de paternidade responsável, de gestão colegiada da guarda e autoridade parental, da prioridade dos interesses dos filhos, de respeito à condição especial de pessoas em desenvolvimento, com a proteção de todos os aspectos inerentes à personalidade são diretrizes a serem seguidas. A busca alternativa de um dos pais que apresente “melhores condições” para a criação dos filhos contribui para o incremento de tensões e agressividade entre as partes, prejudicando a educação participativa dos filhos.

A moderna visão da guarda e do poder familiar demonstra um avanço na concepção dos institutos, que impõem mais deveres aos pais do que poderes em relação ao filho. Exige-se que os pais se façam presentes na vida dos filhos com responsabilidades, como oportunidade para o fortalecimento dos vínculos afetivos, e com o compromisso pelo bem-estar e felicidade do filho e respeito à figura parental do outro genitor, ainda que haja litígio entre os pais em si. O direito atual apresenta um avanço na proteção da figura da pessoa humana e no respeito à sua dignidade.

A guarda compartilhada, que significa a possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os genitores, garantindo-se a estes o direito de tomar decisões quanto ao futuro dos filhos em igualdade de condições (guarda jurídica compartilhada), bem como de conviver com esses filhos de forma equilibrada (guarda física compartilhada), participando diretamente de seu crescimento e formação educacional, traduz-se na mais moderna expressão dos novos paradigmas do direito de família consagrados pelas Leis n. 11.698/2008, 12.318/2010 e 13.058/2014, em conformidade com a Constituição de 1988.

A ética nas relações familiares e no exercício da guarda compartilhada é elemento importante a ser considerado. Os pais precisam estar conscientes de suas responsabilidades como educadores e exemplo de vida para o filho, respeitando sua integridade física e psíquica, estimulando a convivência familiar do filho e a imagem do outro genitor e demais parentes. As recentes leis, no esteio da tutela da personalidade humana, da doutrina do abuso do direito e da proteção do interesse superior da criança,

forneem subsídios legais para coibir o abuso dos pais e valorizar o comportamento ético deles, que, afinal, são o primeiro e principal exemplo – maior referência na vida do filho. Através dos pais, os filhos constroem a sua personalidade e seu caráter, e se projetam para a vida, levando consigo os valores que foram plantados.

A guarda compartilhada valoriza o papel de cada um dos membros da família, permitindo seja exercido na plenitude o direito da criança e do adolescente à convivência familiar. É expressão do fenômeno da despatrimonialização do direito civil, da igualdade entre os cônjuges e da visão eudemonista da família.

A guarda compartilhada pressupõe proteção, carinho e responsabilidade dos genitores e, consoante o sistema consagrado da guarda, pode ser revogada, a qualquer tempo, quando demonstre não estar atendendo aos fins a que se destina, de proteção e garantia da convivência familiar sadia entre pais e filhos.

Referências

- ALVES, Jeovanna Malena Viana. *Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 39, 2007, dez./jan., p. 131-153.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual – 9ª série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (orgs.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos e direito de família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 31 ago. 2015.
- _____. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- _____. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- BRITO, Leila Maria Torraca de. De competências e convivências: caminhos da psicologia junto ao direito de família. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (org.). *Temas de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.
- _____. Impasses na condição da guarda e da visitação – o palco da discórdia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania – O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAN/Del Rey, 2002.
- _____. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litúgio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética,*

família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Divórcio e separação judicial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. t. I.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 74, 1994.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. A ética e os personagens do processo. *Revista Forense*, v. 358, Rio de Janeiro: Forense.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

CÉZAR, José Antonio Daltoé. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Comentários ao art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DECOMAIN, Paulo Roberto. *Declaração e investigação de paternidade: o papel do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Prefácio da obra *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime*. Lisboa: AAFDL, 1989.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: *Família e dignidade*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008*. Família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Filiação e reprodução assistida. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 515.

_____. *O companheirismo: uma espécie de família*. Dissertação de Mestrado em Direito da Cidade apresentada à Comissão de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, 1997. Publicada em 1998 pela Editora Revista dos Tribunais.

_____. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. Aspectos gerais da investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 374, jul./ago. 2004, p. 183-199.

_____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

_____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Famílias reconstituídas. Novas Relações depois das separações. Parentesco e Autoridade Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação – respeito à família e a cultura brasileira. Disponível em: <www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=1088810503>.

HURSTEL, Françoise. A função paterna, questões de teoria ou das Leis à Lei. In: ALTOÉ, Sônia (org.). *Sujeito do direito; direito e*

psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do *best interest of the child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LIMA, Taisa Maria Macena. Responsabilidade Civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária, in *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente – aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 23, abr.\maio 2004, p. 22-36.

_____. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada – uma nova solução para novos tempos. Disponível em: <www.sp.apase.org.br/index1.htm>. Acesso em: 9 ago. 2005.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito de família*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, visitação e busca e apreensão de filho*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

OLIVEIRA, Patricia Pimentel de. Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/front.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2000.

PAULO, Beatrice Marinho (coord.). *Psicologia na prática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Família: uma relação socioafetiva. In: *Psicologia na prática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48-59.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A importância da atuação extrajudicial do Ministério Público na tutela do interesse coletivo. *Boletim Informativo MP em Ação*, Rio de Janeiro, n.3, nov. 2000, p. 4.

_____. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 17, p. 9-14, 2004.

_____. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo. *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105-124.

_____. (org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo. In: SOUZA, Alexander Araujo; GOMES, Décio Alonso (coords.). *Contributos em homenagem ao professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). *Temas sobre direitos humanos em Homenagem ao professor*

Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63-80.

_____. *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I e II.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURCO, Karol. A mediação e a solução de conflitos no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 12 maio 2013.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In: ALVIM PINTO, Teresa Arruda (coord.). *Direito de Família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 1.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental. In: *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 97-121.

_____. Abuso sexual ou alienação parental: o difícil diagnóstico. In: PAULO, Beatrice Marinho (coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. 2. ed. Saraiva, 2012, p. 229-244.

_____. *Curso de direito da criança e do adolescente – aspectos teóricos e práticos* (coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Mônica Jardim. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho (coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60-69.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6. edição italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, Evani Zambon Marques da. *Paternidade ativa na separação conjugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cripriano. Soluções judiciais concretas contra a pernicioso prática da alienação parental. In: *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 15-28.

_____. A imprescindível atuação interdisciplinar para uma justiça de família, infância e juventude mais efetiva. In: PAULO, Beatrice Marinho (coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21-47.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis – violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. A tirania do guardião. In: *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 7-10.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. In: *Serviço Social e Sociedade*. n. 71: São Paulo, Cortez, setembro de 2002. p. 9-25.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 e *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 17. jan./mar. 2004.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, Paraná, 1994.

2 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.251.000/MG. Recurso Especial 2011/0084897-5. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 23-8-2011. Data da publicação: 31-8-2011).

3 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 9-13.

4 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

5 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

6 Sérgio Eduardo Nick, Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, in *A nova família: problemas e perspectivas* (Org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 140.

7 Ob. cit., p. 133.

8 Gustavo Tepedino em A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in *A nova família: problemas e perspectivas* (Org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47.

9 *Paternidade ativa na separação conjugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 8.

- [11](#) RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental, in *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 98.
- [12](#) PETRINI, João Carlos. Notas para uma Antropologia da Família, in *Temas atuais de direito e processo de família* (Coord. Cristiano Chaves de Farias). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53.
- [13](#) BARBOZA, Heloisa Helena. Família – casamento – união estável: conceitos e efeitos à luz da Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1), p. 124.
- [14](#) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. São Paulo: Malheiros, p. 84.
- [15](#) VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, 1994, p. 641.
- [16](#) BARBOZA, Heloisa Helena. Novas tendências do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* (2), 1994, p. 232.
- [17](#) *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- [18](#) DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3.
- [19](#) Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999, v. V, p. 17.
- [20](#) LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares, in *A nova família: problemas e perspectivas*.
- [21](#) BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX, in *A nova família: problemas e perspectivas* (Org. Vicente Barreto). Rio de Janeiro: Renovar, p. 87.
- [22](#) Constituição da República de 1934, art. 144.
- [23](#) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, art. 167.
- [24](#) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, art. 163.
- [25](#) Constituição do Brasil, de 1967, art. 167.
- [26](#) (...). PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DA VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA (STF. ADPF 132/RJ, julgamento em 5-5-2011).
- [27](#) Código Civil de 1916, art. 358 (revogado pela Lei n. 7.841/89): *Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos*.
- [28](#) BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil, in *O melhor interesse da*

criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, p. 109.

[29](#) ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan. 2007.

[30](#) O STF reconheceu a existência de repercussão geral em casos de rateio de pensão por morte de servidor público, na existência de concubinato impuro de longa duração (no que tange à proteção do Estado expressa no art. 226, § 3º, da Constituição Federal) (RE 669465 RG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 8-3-2012, Acórdão Eletrônico DJe-202 15-10-2012).

[31](#) SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis – violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 23.

[32](#) CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 75.

[33](#) “Intimidação, coação, ameaças, negação ou minimização do abuso, culpabilização da vítima, isolamento, dominação, controle econômico, manipulação dos filhos e abuso sexual são os elementos da ‘pedagogia da violência’, que tem como resultado as respostas de medo, depressão, culpa, passividade e baixa autoestima desenvolvidas pelas vítimas” contribuindo para o ciclo de violência que dificulta o rompimento da relação conjugal (SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis – violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 131).

[34](#) CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Ob. cit., p. 75.

[35](#) OLIVEIRA, Basílio de. *Guarda, visitação e busca e apreensão de filho*. Rio de Janeiro: Destaque, p. 74.

[36](#) Essa nova entidade familiar, denominada “família monoparental”, caracteriza-se por um dos genitores e sua descendência. É a hipótese da mãe (ou pai), por exemplo, que vive sozinha com seus filhos, haja ou não o reconhecimento da paternidade destes, seja porque sempre foi solteira, seja porque se separou judicialmente, divorciou-se ou tornou-se viúva; de um dos avós (seja materno ou paterno) e seus netos; do pai ou de uma mãe adotiva com o seu respectivo filho adotado.

[37](#) Dissertação de Mestrado “O Companheirismo” (transformada em livro), ob. cit., p. 65.

[38](#) Ressalta Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, tradução de Paolo Capitano, atualização por Paulo Roberto Benasse, p. 34, que, dentro da família, as situações pessoais podem resultar, e de fato resultam, em relações econômicas e patrimoniais, que são as que a doutrina denomina direitos familiares-patrimoniais, em contraposição aos familiares puros. Todavia, a natureza do crédito é diferente daquele que se origina de um contrato ou de um delito. Conforme expõe Roberto de Ruggiero, “é que, ainda quando as relações tenham em si um conteúdo econômico, o ordenamento opera aqui fora da sua esfera normal ‘do meu’ e ‘do teu’, visto se orientar essencialmente pela finalidade, que ultrapassa fins individuais, e querer proteger os interesses superiores da família, como organismo, e não o interesse particular do indivíduo”.

[39](#) As reformas no direito de família na França, em 1972, e em Portugal, em 1977, trouxeram grande influência para a disciplina jurídica constitucionalizada e contemporânea do Brasil.

[40](#) OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito de família*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 9.

[41](#) OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit., p. 9.

[42](#) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101.

[43](#) Ob. cit., p. 13.

[44](#) A constitucionalização do direito de família é fato recente. A Constituição de 1824 tratava somente da família imperial, e, proclamada a República, a Constituição trazia apenas um dispositivo sobre a matéria, tentando operar uma separação entre o poder da Igreja e o poder do Estado; até a Constituição de 1988, a lei fundamental da família era o Código Civil brasileiro. Em 1988, há uma guinada fundamental e a legislação infraconstitucional passa a ter validade somente se interpretada em consonância com o disposto na Constituição Federal, e, na hipótese de incompatibilidade, não há a recepção da legislação infraconstitucional (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 36-37).

[45](#) TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 349-350.

[46](#) TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 348.

[47](#) TEPEDINO, Gustavo em A disciplina civil-constitucional das relações familiares, ob. cit., p. 357.

[48](#) Há severas críticas ao termo “poder”, uma vez que o instituto tem cunho essencialmente protetivo.

[49](#) BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 363.

[50](#) GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

[51](#) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, p. 240.

[52](#) GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 389.

[53](#) TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 128.

[54](#) RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental, in *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 103.

[55](#) EMENTA: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (TAMG. Apelação Cível n. 408.550-5. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Rel. Des. Unias Silva, decisão em 1º-4-2004). “No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.”

[56](#) FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223.

[57](#) *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 245.

[58](#) Art. 1.630 do Código Civil: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

[59](#) O direito romano não chegou a conhecer o instituto da maioridade, pelo qual, no direito moderno, o filho, ao atingir uma idade determinada, desvincula-se do pátrio poder.

[60](#) Direito civil. Pátrio poder. Dever irrenunciável e indelegável. Destituição. Consentimento da mãe. Irrelevância. Hipóteses específicas. Art. 392 do Código Civil. Contraditório. Necessidade. Arrependimento posterior. Adoção. Situação de fato consolidada. Segurança jurídica. Interesses do menor. Orientação da Turma. Precedentes. Recurso parcialmente provido. I – O pátrio poder, por ser “um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoas e bens dos filhos menores” é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia. II – As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da

Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma. III – A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder” (art. 23 do mesmo diploma). IV – Na linha de precedente desta Corte, “a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese”. V – Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 158.920-SP (1997/0090947-6), 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do julgamento: 23-3-1999. DJ 24-5-1999, p. 172. RSTJ 118/313, RT 768/188).

Adoção. Pátrio poder. Destituição. Irrenunciabilidade do direito. Art. 395. C.C. não configuração. Reforma da sentença. Provimento parcial. Apelação. Ação de adoção com pedido cumulativo de destituição do pátrio poder de pai e mãe de menor. Sentença de procedência parcial das pretensões, impondo a sanção de perda do pátrio poder à mãe da criança. Inconformação dos autores, reivindicantes da adoção, e da 2ª R., a genitora da menor, ré revel, citada por edital e patrocinada em juízo pela Curadoria Especial. O pátrio poder é irrenunciável e a sua perda só se impõe judicialmente mediante prova concludente e decisiva de algum dos requisitos do art. 395 do Código Civil. Inexistente a comprovação clara sobre qualquer das condições legais, de manter-se o pátrio poder e a relação do estado de filiação natural ou consanguínea da pessoa. Não caracteriza o abandono de que fala a lei (C. Civil, art. 395, II), o fato de o pai, com o consentimento da mãe, permitir que o filho menor viva, por mais tempo, na companhia dos tios, sem que haja sofrido privações – RT 138/215. Provimento do segundo apelo e improvimento do primeiro. Reforma parcial da sentença (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 1999.001.12974. Data de registro: 27-3-2002. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Ronald Valladares. Julgado em 22-11-2001).

[61](#) Pátrio Poder. Controle jurisdicional. Suspensão. Os direitos da criança e do adolescente devem ser garantidos judicialmente, quando demonstrado qualquer risco à sua integridade física, psíquica ou moral. A submissão do pátrio poder ao controle da autoridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito e é indiscutível que para o bom exercício deste controle deve o magistrado atentar, preferencialmente, para o bem-estar da criança e do adolescente, destinatários maiores de sua decisão. Demonstrado que a entrega ao vício alcoólico e a postura violenta adotada pelo pai contra os filhos é incompatível com o exercício do pátrio poder, aplica-se-lhe a suspensão prevista no art. 394 do Código Civil e na Lei n. 8.069/90. Nega-se provimento ao recurso (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 260392-6/00 (1). Rel. Des. Almeida Melo. Data do acórdão: 14-3-2002. Data da publicação: 4-4-2002).

[62](#) Pátrio poder. Destituição. Maus-Tratos. Configuração. Adoção. Admissibilidade. Direito de família e do menor. Pátrio poder. Destituição. Adoção. Prova documental e pericial robusta no sentido de ter a genitora infligido castigos à menor, com extrema crueldade, eis que representados por queimaduras em todo o corpo, o que, inclusive, foi objeto de ação penal, com condenação da genitora por maus-tratos. Laudo médico-legal que constata ser a mãe portadora de perturbação da saúde mental, noticiada, ainda, a prática de atos de violência ao restante da prole. Hipótese expressamente elencada nos artigos 395, I, do Código Civil e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente a conduzir a procedência do pedido de destituição do pátrio poder. Estudo Social que aponta apresentar a adoção, na espécie, reais vantagens para a menor, respeitado, assim, o interesse superior da criança, além de fundar-se em motivos legítimos. Sentença mantida. Desprovimento do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.19959. Data de registro: 16-5-2001. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Maria Ines Gaspar).

[63](#) Pátrio poder. Perda. Menor abandonado pela mãe. Adoção. Interesse de menor. Art. 395. C.C. e arts. 22, 23 e 43 do Estatuto da Criança e

do Adolescente. Pátrio poder. Perda. Abandono da filha. Adoção. Longo convívio. Interesse da menor. I. O abandono, para fins de perda do pátrio poder, fica caracterizado sempre que a mãe biológica deixa de assistir à filha, deixando-a, por quase cinco anos, em companhia de terceiros sem manifestar nenhum interesse concreto pela manutenção e bem-estar da infanta. II. Para o deferimento da adoção o Juiz deve considerar, além dos laudos periciais e dos depoimentos pessoais, a situação da menor, que já convive com os requerentes desde poucos meses de idade. Interpretação dos arts. 395 do CC c/c 22, 23 e 43 do ECA. III. Apelação da mãe biológica não provida (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1999.001.17400. Data de registro: 18-4-2000, fls. 32.022-32.031. Comarca de Origem: Niterói. 12ª Câmara Cível. Unânime. Rel. Des. Bernardo Garcez. Julgado em 8-2-2000). Pátrio poder. Destituição. Abuso sexual. Comprovação. Abandono material. Estatuto da Criança e do Adolescente. C.C. Art. 395, inc. II. Recurso desprovido. Ação de destituição de pátrio poder. Abusos sexuais perpetrados por companheiro da genitora da menor. Abandono material da mesma. Incidência das disposições contidas nos artigos 24, 155 a 163 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 395, II, do Código Civil. Fatos efetivamente comprovados. Manutenção da Sentença. Recurso Improvido (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.04909. Data de registro: 31-5-2001. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte. Julgado em 20-3-2001).

Pátrio poder. Destituição. Ação proposta pelo Ministério Público. Violência moral. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito da Criança e do Adolescente. Ação de destituição do pátrio poder ajuizada pelo Ministério Público, sob o fundamento de violência psicológica e abandono moral e material. Requerimento de realização de estudo social atualizado, a ser efetivado pelo Conselho Tutelar mais próximo da família, órgão comunitário noticiador da situação de risco a que expostos os menores e com mais amplas possibilidades de atuação. Caracterização de cerceamento processual pela sentença que, apesar de reconhecer o descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação (art. 22 do ECA), deixa de examinar o pedido de diligência, em contrariedade ao disposto no art. 182, § 1º, do ECA, e na presença de circunstâncias demonstradoras de sua necessidade, ainda que a família não se encontre em entidade de abrigo. Esgotamento dos meios de efetividade do processo na busca de proteção aos direitos fundamentais da criança. Anulação da sentença para realização do estudo social. Provimento do apelo (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.04975. Data de registro: 5-12-2001. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho. Julgado em 18-9-2001).

[64](#) Pátrio poder. Destituição. Ação proposta pelo Ministério Público. Menor impúbere. Abuso sexual. Procedência parcial. Reforma da sentença. Recurso provido. Ação de destituição do pátrio poder promovida pelo Ministério Público face à comprovação de abuso sexual das filhas menores impúberes por parte do genitor e de omissão por parte da genitora, que recomendou às filhas que nada dissessem sobre o fato. Sentença que julgou o pedido parcialmente procedente, para suspender o pátrio poder, até que cada uma complete 16 (dezesesseis) anos de idade. Reforma da sentença para julgar procedente na íntegra o pedido de destituição, diante da gravidade dos fatos relatados nos autos, considerando o risco que as menores poderão correr se restabelecido o pátrio poder, justamente quando tiverem atingido a puberdade, o que poderá estimular, ainda mais, futuros abusos sexuais, com graves consequências ao desenvolvimento das menores, inclusive possibilidade de gravidez. Conhecimento e provimento da apelação do Ministério Público (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ementário: 11/2002, n. 25, 25-4-2002. Apelação Cível n. 2001.001.03152. Data de registro: 21-3-2002, fls. 40.382-40.386. Comarca de Origem: Capital. Órgão Julgador: 16ª Câmara Cível. Unânime. Rel. Des. Mario Robert Mannheimer. Julgado em 29-11-2001).

[65](#) Pátrio poder. Destituição. Requisitos. Estatuto da Criança e do Adolescente. Fundamentação da sentença. Inocorrência. Nulidade da sentença. Recurso do M.P. Recurso Provido. Direito civil. Tutela e pátrio poder. Institutos que não podem coexistir. Art. 36, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90. A destituição do pátrio poder depende de procedimento rígido, observando-se o contraditório e os requisitos da legislação

civil e da Lei n. 8.069/90, por ser medida extremamente drástica. Requisições do Ministério Público que não foram atendidas. Ausência de provas necessárias à fundamentação da sentença. Nulidade. Provimento do recurso para anular o feito desde fls. 15, baixando-se os autos para que se proceda de Direito (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.05990. Data de registro: 14-11-2001. 16ª Câmara Cível. Rel. Des. Nagib Slaibi Filho. Julgado em 21-8-2001).

[66](#) O Código Civil português tem regra expressa a respeito: “art. 1917º. A inibição do exercício das responsabilidades parentais em nenhum caso isenta os pais do dever de alimentarem o filho”.

[67](#) Adoção. Preliminar de inépcia da inicial. Rejeição. Interesse de menor. Recurso do M.P. Recurso desprovido. Sentença confirmada. Direito civil. Adoção. Desnecessidade de instaurar-se procedimento contraditório para destituir genitores desconhecidos do pátrio poder. Petição inicial regular. Rejeição da preliminar de inépcia. Pedido de adoção deferido corretamente pela sentença monocrática, atenta ao art. 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Depoimento da menor, hoje com 15 anos de idade, prestado no 2º grau de jurisdição, mostrando a necessidade de Prevalência do *decisum* recorrido. Desprovimento da apelação (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.04693. Data de registro: 13-11-2001. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes. Julgado em 25-9-2001).

[68](#) Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar”.

[69](#) Alimentos. Maioridade do Alimentando. Pátrio Poder. Família. Alimentos. A obrigação, em razão do parentesco, dentro do pátrio poder, cessa com a maioridade, é unilateral, resulta dos deveres paternos e independe do princípio da condicionalidade. Já a obrigação de prestar alimentos fora do pátrio poder é recíproca entre pais e filhos e depende do princípio da condicionalidade. Segundo o princípio da condicionalidade, o alimentado só poderá fazer jus aos alimentos se comprovar que deles necessite e se provar que o alimentante tem possibilidade de pagá-los. Cessada a menoridade, pode o filho pleitear do pai, ou de quaisquer de seus parentes, alimentos, sendo equivocado o entendimento de que tal percepção somente acaba quando completar 24 (vinte e quatro) anos. Provimento do agravo (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Rev. Direito do TJERJ*, v. 43, p. 193. Agravo de Instrumento n. 1999.002.06977. Data de registro: 16-6-2000, fls. 25.363-25.370. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Por Maioria. Des. Paulo Sergio Fabião. Julgado em 19-4-2000. Vencido o Des. Benito Ferolla).

Alimentos. Filho menor. Maioridade do alimentando. Obrigação alimentar. Cessação da obrigação. Restabelecimento de pensão alimentar. Necessidade de ação própria. Alimentos. Postulação, em face da mãe, por filhas menores, na vigência do pátrio poder. Advento da maioridade das alimentandas, no curso do processo. Automática extinção da obrigação alimentar decorrente do pátrio poder. A obrigação alimentar decorrente do pátrio poder cessa automaticamente com o advento da maioridade dos alimentandos. O advento da maioridade dos alimentandos, no entanto, não extingue a obrigação alimentar mais geral, do pai e da mãe, de prestar alimentos aos filhos e vice-versa, fora do pátrio poder, pois, a obrigação alimentar, entre parentes, dura a vida inteira. O Juiz, no entanto, não pode transformar uma ação – a de pedir alimentos dentro do pátrio poder – em outra – subordinada a princípios diferentes – a de pedir alimentos fora do pátrio poder. Assim é porque a obrigação alimentar, dentro do pátrio poder é uma, está sujeita a determinados princípios e imune a outros, como o da condicionalidade, e a obrigação alimentar fora do pátrio poder é outra, sujeita a outros princípios, inclusive ao da condicionalidade. Para obter a condenação da mãe, no pagamento de alimentos, as filhas maiores precisam fazer prova de que necessitam dos alimentos pleiteados porque não podem prover à própria manutenção, com o produto do seu trabalho. Apelação desprovida. Sentença confirmada (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro. Apelação Cível n. 1999.001.09535. Data de registro: 15-5-2000, fls. 43.151-43.157. Comarca de Origem: Volta Redonda. 4ª Câmara Cível. Unânime. Des. Wilson Marques. Julgado em 29-2-2000).

70 Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. *Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico*. Legítimo interesse. *Famílias recompostas*. Melhor interesse da criança. – O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança. – *O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico* (Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735). – *O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal*. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. – Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58). – *Com fundamento na paternidade responsável, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição*. Citando Laurent, O poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção. (Principes de Droit Civil Français, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente. – *Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança*. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadoras das destituição do poder familiar que devem estar sobejamente comprovadas são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. *Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna*. – O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança. – *Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos*

componentes de famílias redimensionadas, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. – Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA. – Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituitório, em procedimento contraditório. Recurso especial não provido (Recurso Especial n. 1106637/SP (2008/0260892-8) – T3 – 3ª Turma. STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 1º-6-2010). [g.n].

[71](#) PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 258.

[72](#) Apelação Cível – Processual civil – Ação de modificação de cláusula – Legitimidade *ad causam* – Matéria já decidida no saneador – Não impugnação – Preclusão – Caracterização – Decisão estabilizada – Preliminar rejeitada – Guarda de Filhos – Divergência de Vontades entre os Pais – Prevalência de Vontade do Menor – Convencimento da Melhor Guarda – Transferência da Guarda para o Genitor – Medida Excepcional Justificada – Sentença Correta – Apelação Conhecida e Improvida. 1. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade *ad causam* quando a matéria já foi decidida no saneador, que restou estabilizado por falta de recurso ordinário. 2. O interesse dos pais não é superior e nem pode prevalecer sobre a vontade dos filhos desde que o exame da prova dos autos leve ao magistrado o convencimento da melhor guarda. 3. Na divergência da vontade entre os pais prevalece a dos filhos menores desde que apresente razões justificando a medida excepcional. 4. Com a certeza de que a convivência social impõe a modificação da guarda, correta é a sentença que transfere, retirando-o do genitor para a genitora. 5. Conhece-se da apelação, negando-lhe provimento. Conclusão: Acorda a Egrégia Primeira Câmara Cível na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado: não conhecer da preliminar e negar provimento ao recurso à unanimidade (Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Processo n. 035940000561, Apelação Cível. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Arione Vasconcelos Ribeiro. Data do julgamento: 14-5-1996. Data leitura: 28-6-1996).

[73](#) Menor. Abuso sexual. Conselho Tutelar. Representação. Genitora. Sentença confirmada. Abuso sexual, menor de idade. As provas colhidas no curso do processo são suficientes para a condenação da genitora que foi omissa no caso. Casos em que a menor, após a instauração do processo, é pressionada pelos próprios familiares a mentir. Prevalência do parecer daqueles que tiveram contato direto com a menor. Recurso conhecido, porém, desprovido (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.11010. Data de registro: 5-4-2002. 11ª Câmara Cível. Des. João Carlos Guimarães. Julgado em 5-12-2001).

[74](#) Busca e apreensão de menor. Conselho Tutelar. Ministro evangélico. Denúncia. Abuso sexual. Pedido genérico. Inc. II Art. 286 C.P.C. Prova Testemunhal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Busca e apreensão de menor sob pátrio poder ajuizada pelo Ministério Público. Legitimação concorrente. Exegese da norma do inciso VIII do artigo 201 da Lei n. 8.069/90. A legitimação concorrente visa propiciar ao Ministério Público intervir sempre que se depare com situação que revele transgressão aos direitos e garantias de menores, para fazer cessar situação de ilicitude, ocorrida com a convivência dos pais, por ignorância, credibilidade ou outra razão qualquer, a não permitir que se iniba a atuação do *parquet*. O pedido genérico, sem determinação de todas as crianças envolvidas, tem amparo no artigo 286, II, do Código de Processo Civil. Nulidade da sentença, que não se acolhe. No mérito, apurado que as denúncias de abuso sexual e de trabalho, assim como dispersão de família tinham razão de ser, correto o acolhimento do pedido. Acolhimento do recurso no que concerne à multa, nessa parte *extra*

petita a sentença. Quanto ao mais, a sentença fez correta apuração das provas, a merecer confirmação. Provimento parcial do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.05439. Data de registro: 2-10-2000, fls. 91.446-91.455. Comarca de Origem: Capital. 4ª Câmara Cível. Unânime. Rel. Des. Celia Meliga Pessoa. Julgado em 15-8-2000).

75 Guarda de menor pelo tio. Revogação. Restabelecimento. Guarda de menor. Entrega dos pais. Estudo social. Necessidade. Guarda. Decisão que determina o retorno das crianças ao lar de seus pais, revogando a guarda deferida aos tios paternos. Pais que, anteriormente, em representação cível, por maus-tratos psicológicos infringidos às filhas, foram apenados com a medida do artigo 129, III, do ECA. Situação que recomenda a realização de estudo social para a verificação das condições necessárias ao restabelecimento do convívio familiar, não bastando a manifestação de vontade dos interessados. Provimento do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1999.001.15570. Data de registro: 22-3-2000, fls. 21.711-21.713. Comarca de Origem: Capital. 15ª Câmara Cível. Unânime. Des. Adriano Celso Guimarães. Julgado em 9-12-1999).

76 Guarda de menor. Modificação. Pais separados. Família substituta. Pátrio poder. Filho menor sob a guarda do pai. Admissibilidade. Apelação Cível. Ação Ordinária de modificação de guarda de menor. Separação dos pais que durante meia dúzia de anos viveram em concubinato. Desfeita a união, a criança foi acolhida pela tia materna, aos cuidados de quem se encontrava, por iniciativa da própria genitora. Segundo o Estudo Social, os tios dispensavam à criança todo o afeto possível, como se fossem pais substitutos. Entretanto, malgrado essa circunstância, não se pode negar ao genitor, detentor do pátrio poder, o direito de ter a criança em sua companhia, até porque reúne todas as condições para bem educá-la, conforme se infere da prova produzida. Infelizmente, a mãe, segundo a mesma prova, não reunia essas condições. Portanto, é em benefício da própria criança que a guarda seja deferida ao próprio genitor, conforme decidido em 1º grau. Desprovimento do recurso. Sentença mantida (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.00696. Data de registro: 26-10-2000, fls. 101.448-101.453. Comarca de Origem: Arraial do Cabo. 13ª Câmara Cível. Unânime. Des. Mauricio G. Oliveira. Julgado em 31-8-2000).

Guarda de menor. Suspensão do pátrio poder. Descabimento. Posse e guarda de neto. Improcedência do pedido. Guarda. Avó materna pretendendo guarda de neto. Pedido improcedente. Sentença confirmada. A análise do lastro probatório aponta a inferência de que o menor vive sob os cuidados e amor dos seus pais, que são jovens e saudáveis, e que devem continuar no exercício pleno do pátrio poder, respondendo por este dever. Afigura-se elogiável e edificante, a pretensão da avó materna, de prodigalizar mais efusivamente seu carinho para com o seu neto. Mas não há prova que juridicamente embase esse pedido. Memore-se que o artigo 33, § 2º, da Lei n. 8.069, de 13-7-1990, preceitua: “Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º ‘Omissis’. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”. Como se percebe, a hipótese que se aninha nestes autos, à luz da prova, não se ajusta ao caixilho da lei, pelo que ao apelo deve ser negado provimento (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1997.001.03756. Data de registro: 3-5-1999, fls. 31.252-31.256. Comarca de Origem: Capital. 6ª Câmara Cível. Votação: Unânime. Des. Albano Mattos Correa. Julgado em 10-11-1998).

Estatuto da Criança e do Adolescente. Guarda. Não se justifica seja deferida a guarda da criança a terceiro, apenas para que possa obter benefício da previdência do Estado, evidenciado que, em verdade, se acha sob a guarda da mãe que detém o pátrio poder. Recurso não conhecido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 94.535-RJ. Recurso Especial 1996/0026019-2. 3ª Turma. Min. Eduardo Ribeiro. Data da

decisão: 22-9-1997. *DJ* 24-11-1997, p. 61.193; LEXSTJ v. 104, p. 191).

Ação de Posse e Guarda de Menor. Benefício Previdenciário. Pátrio Poder. Improcedência do Pedido. Guarda. Art. 33 do ECA. De acordo com o dispositivo, a guarda deve ser concedida para regularizar a posse de fato, nos procedimentos de tutela e adoção ou, excepcionalmente, para atender a situações peculiares de crianças e adolescentes. O deferimento da guarda de menores que se encontram sob pátrio poder, fora das situações previstas na Lei, para fins previdenciários, desvirtua o Instituto e sobrecarrega a Previdência Social, que é financiada por todos. Sentença correta. Apelação desprovida (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1999.001.13823. Data de registro: 28-4-2000, fls. 35.872-35.873. Comarca de Origem: Capital. 16ª Câmara Cível. Unânime. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. Julgado em 29-2-2000).

Estatuto da Criança e do Adolescente. Posse e guarda de neto. Benefício previdenciário. Improcedência do pedido. Estatuto da Criança e do Adolescente. Guarda. Postulação de avô em relação a seu neto. Fatos denunciadores de inadequação da hipótese à previsão da lei. Improcedência do pedido. Sentença confirmada. Quando o menor vive com os seus pais, que são saudáveis e aptos para o trabalho, em clima de amor e carinho, a sua guarda não deve ser atribuída ao avô, ainda que este ajude na sustentação do neto. O pedido de guarda de neto, com o primacial objetivo de abiscoitar efeitos previdenciários, não merece o apoio da lei, embora respeitáveis vozes destoem desse pensar. A colocação em família substituta, mediante guarda – artigo 28, da Lei n. 8.069, de 13-7-90 (ECA) – só excepcionalmente deve ser acolhida, quando se oferece o caso de abandono, de destituição do pátrio poder e de situações de gritante gravidade, em hipóteses modeladas pelos fatos e autorizada nos termos do § 2º, do artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traça a orientação, nestes termos: “Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação, para a prática de atos determinados (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1998.001.00171. Data de registro: 15-3-1999, fls. 15.843-15.847. Comarca de Origem: Capital. 6ª Câmara Cível. Votação: Unânime. Des. Albano Mattos Correa. Julgado em 20-10-1998).

Guarda provisória de menor. Menor sob a guarda dos avós. Preclusão. Transferência. Filho menor sob a guarda do pai. Concessão do benefício processual civil. Agravo de Instrumento. Guarda provisória de menor. Anterior decisão, que restou preclusa, concedendo ao pai o direito de guarda. Menor, de quatro anos que, longe dos pais, vivia em companhia dos avós. Conveniência de sua permanência, ainda que provisória, junto ao pai e à irmã até que se aprecie o mérito da separação ajuizada. Agravo a que se nega provimento. I – Apesar da dureza que se traduz a retirada de um filho do convívio materno, revela-se justa a decisão judicial que determina a reunião de ambos os irmãos, até que se decida o mérito da ação de separação ajuizada, mesmo porque o menor já não se encontrava sob os cuidados maternos. Entre o pai e os avós, cabe ao pai o direito de guarda, resultando em benefício o convívio fraterno e na cidade onde se encontra a própria genitora; II – Retirar o menor do convívio paterno, afastando-o da irmã e devolvê-lo aos avós maternos, em cidade distante, é decisão que não se compagina com a melhor justiça e com os preceitos que regem a legislação menorista; III – Agravo a que se nega provimento (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2000.002.08826. Data de registro: 18-12-2000. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Ademir Pimentel. Julgado em 31-10-2000).

Direito de Família. Pedido de guarda e responsabilidade de menor impúbere, por tia-avó, com confessado propósito dela, senhora propecta, sem herdeiros ou sucessores quanto aos benefícios de sua aposentadoria como funcionária pública inativada, em amparar a criança que se acha sob o pátrio poder dos pais de sangue, e na companhia destes residindo. O objetivo nobre não pode servir de pódio à burla da lei, mormente criando encargos para o erário ou instituições públicas previdenciárias. Decisão correta e apelo desprovido (Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1995.001.07062. Data de registro: 11-4-1996. 1ª Câmara Cível. Des. Ellis Hermydio Figueira. Julgado em 19-12-1995).

Direito Civil. Efeitos e obrigações do parentesco consanguíneo. Estatuto Menoril e o instituto da guarda, em parceria com a tutela e adoção. Incomportabilidade quando o fim visado, tão só, é de anteparo previdenciário. O instituto da guarda, assim como o da tutela e adoção, acha-se inserido no conceito da denominada “família substituta” (art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente), cuidando-se de pessoa estranha e integrar o seio de uma família, o que não se coaduna com o parentesco consanguíneo, tanto mais quando a criança posta no vértice do anteparo se acha sob o pátrio poder da mãe, desimportando que o pai não cumpra com o seu natural e inabdicável dever, batendo-se em retirada, sem ser chamado à razão, e a mãe e filha buscando abrigo e dependência na arca do progenitor. O dever de assistência e anteparo econômico é recíproco em qualquer linha, obedecidos os graus, quer se trate de descendente ou ascendente (arts. 396-399), uns na falta dos outros, no sustentáculo de seu alto sentido social e moral, ainda que se lhe adite uma pitada de sal. Nessa linha de raciocínio, tem a neta, por direito próprio do parentesco, em face do avô, todo direito assistencial na falta dos seus genitores ou diante da impossibilidade material dos mesmos ao cumprimento dos deveres da criação. Não há de se cogitar de guarda sem responsabilidade, nem de guarda de uma criança sob o legítimo pátrio poder. Apelo desprovido (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1996.001.02566. Data de registro: 25-7-1996. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira. Julgado em 4-6-1996).

[77](#) A responsabilidade civil existe, de acordo com o art. 932, I, do Código Civil, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

[78](#) Era comum, na 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, nos idos de 2000 a 2003, com a coordenação do Juiz então Titular, Dr. Siro Darlan de Oliveira, a convocação de ambos os pais, independentemente do fato de morarem juntos ou não, para assistirem palestras e serem advertidos da responsabilidade de zelar pela integridade e formação dos filhos quando estes são encontrados em situação de risco, e isso inclui, além de estarem em locais inadequados à faixa etária, estarem fazendo uso de cigarros ou bebidas alcoólicas, cuja venda é proibida para menores de idade.

[79](#) Dispõe o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução de divergência”.

[80](#) BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*, p. 247.

[81](#) MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 420.

[82](#) Ob. cit., p. 397.

[83](#) Ob. cit., p. 419-420.

[84](#) TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 17. jan./mar. 2004, p. 33-49.

[85](#) CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 79.

[86](#) LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192.

[87](#) FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

[88](#) SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis – violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 149.

[89](#) Filho menor. Posse e guarda. Pátrio poder. Art. 384, inc. II, C.C. Guarda e posse de filho menor – Detém a mãe a guarda e posse do filho, por força do pátrio poder, decorrência do disposto no artigo 384, inciso II, do Cód. Civil. Equívoco na afirmação de que sua posse é de fato, quando é, indubitavelmente de direito, independentemente de provimento sentencial. Decisão confirmada (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.12748. Data de registro: 17-4-2001. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Jair Pontes de Almeida. Julgado em 6-3-2001).

[90](#) CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 47.

[91](#) STRENGER, Guilherme Gonçalves. *A guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 32.

[92](#) OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 53.

[93](#) LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 62.

[94](#) Adoção. Pátrio Poder. Destituição. Abandono material. Recurso provido. Adoção. Destituição do pátrio poder. A alegação do genitor natural de que abandonou o filho porque a mãe o impedia de vê-lo não é argumento que justifique o abandono, porque há meios judiciais para se evitar tal situação. Ademais, a incerteza dele quanto a permanecer com o pátrio poder, ora aceitando ver-se destituído dele, ora arrependendo-se, demonstra que o réu não tem o menor interesse pelo filho e, nestas questões, o interesse maior é o da criança que, no caso, é cuidado desde os três meses pelo marido da mãe natural e sequer conhece o pai. Toda a sua relação afetiva é com o pai adotivo. Neste passo, dá-se provimento ao recurso para se admitir a adoção e destituir-se o pai do pátrio poder (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.13715. Data de registro: 4-6-2001. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Gustavo Kuhl Leite. Julgado em 19-12-2000).

[95](#) CARBONERA, Silvana Maria, ob. cit., p. 75.

[96](#) Guarda de menor. Criança criada pelos avós maternos. Reconhecido pelas instâncias ordinárias ser melhor para o menor permanecer na companhia dos avós maternos, com quem sempre viveu e a quem foi concedida a guarda depois da morte prematura da mãe, não cabe rever a matéria em recurso especial, seja porque se trata de matéria de fato, seja porque estão preservados os interesses da criança. Recurso não conhecido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 280.228-PB (2000/0099383-2) 4ª Turma. Unânime. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data da decisão: 28-11-2000. DJ 12-2-2001, p. 125).

[97](#) MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

[98](#) NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, in *A nova família: problemas e perspectivas*, p. 131.

[99](#) BRITO, Leila Maria Torraca de. De competências e convivências: caminhos da psicologia junto ao direito de família, in *Temas de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 175-177.

[100](#) RIVAS, Maria Fernanda. El visitante, una nueva mirada al padre en los casos de familia. *Encuentros*, Argentina, nov. 1995, v. 4, p. 29.

[101](#) SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 86.

[102](#) Agravo. Busca e apreensão de menor. Guarda provisória. Constatado o clima de hostilidade existente entre o casal separando, e apresentando a mãe razoáveis condições, a ela deve ser deferida a guarda provisória, mormente tratando-se de criança de tenra idade (um ano e cinco meses). Desproveram. Unânime (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70003221413. Comarca de

Origem: São Leopoldo. 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 14-11-2001).

[103](#) Professora do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Curso de Especialização em Psicologia Jurídica, UERJ, em seu texto *Competências e convivências: caminhos da psicologia junto ao direito de família*, in *Temas de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 171.

[104](#) LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, p. 253.

[105](#) LEITE, Eduardo de Oliveira. Prefácio da obra *Guarda compartilhada*, de Waldyr Grisard Filho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[106](#) Alimentos. Execução. Prisão civil. Dívida pretérita de alimentos. Agravo de Instrumento. Agravo provido. Agravo de instrumento alimentos – Execução decretação da prisão civil do alimentante – decisão que decretou a prisão civil do agravante pelo prazo de 30 dias, em razão de débito de prestações alimentícias pretéritas. Agravo visando a reforma parcial da decisão para que a prisão decretada abranja apenas as três últimas parcelas vencidas, de acordo com o entendimento dominante no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a prisão civil por dívida alimentícia tem por pressuposto a atualidade do débito, devendo a constrição limitar-se ao adimplemento das três últimas mensalidades anteriores ao pedido de execução. Ademais, na hipótese em exame, os menores estiveram durante certo período sob a guarda do pai e de seus familiares, enquanto a genitora foi viver no Japão. Provimento do recurso para restringir a decretação da prisão ao adimplemento das três últimas parcelas vencidas (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2000.002.07140. Data de registro: 12-12-2000. 18ª Câmara Cível. Unânime. Des. Cassia Medeiros. Julgado em 7-11-2000).

[107](#) Comentário retirado do site www.custodyreform.com, que trata das reformas das leis de custódia de crianças nos Estados Unidos, acessado dia 4-1-2002.

[108](#) “Ajustes financeiros com caráter punitivo, muitas vezes exacerbados, ou até mesmo impossíveis, traduzem pensões alimentícias que não correspondem às necessidades da família envolvida. Devido aos conflitos de interesses, as Cortes de Família possuem um obscuro interesse em maximizar a pensão alimentícia do que maximizar o acesso da criança a ambos os pais. O direito corrente é feito de maneira de que a pensão alimentícia seja um adequado substituto ao amor dos pais” (tradução livre).

[109](#) Alimentos (Prestação). Execução. Compensação. No STJ há precedentes pela não compensação da dívida alimentar: REsp-25.730 e RHC-5.890, *DJs* de 1-3-93 e 4-8-97. De acordo com a opinião do Relator, admite-se a compensação em caso excepcional (enriquecimento sem causa da parte do beneficiário). 2. Caso em que não era lícito admitir-se a compensação, à míngua da excepcionalidade. 3. Recurso especial conhecido e provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 20.2179-GO (1999/0006882-3). 3ª Turma. Rel. Min. Nilson Naves. Data da decisão: 10-12-1999. *DJ* 8-5-2000, p. 90; JSTJ 17/2.620; RSTJ 141/361).

Agravo. Execução de Alimentos. Compensação. A pretensão do agravante de obter a compensação das despesas efetuadas com a educação, alimentação e vestuário do agravado, não tem respaldo legal, posto que os alimentos são incompensáveis. Yussef Said Cahali, invocando Carvalho de Mendonça, assevera que essa exclusão de compensação é, na verdade, uma exceção característica, pois que no fundo, elas (as dívidas de alimentos) são sempre dívidas de dinheiro. Sua natureza especial, porém, exige o pagamento efetivo, em mãos do credor; são prestações urgentes, um direito personalíssimo do alimentando (*Dos Alimentos*, p. 88, 1ª edição, RT). Por outro lado, o artigo 1.015, inciso II, do Código Civil, prevê que “as diferenças de causa nas dívidas não impedem a compensação, exceto: II – se uma se originar de alimentos.” Recurso conhecido e improvido (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo: 2000.002.07688. Data de registro: 9-11-2000. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Claudio de Mello Tavares. Julgado em 14-9-2000).

Família. Ação declaratória quanto à prescrição, exoneração e substituição de pensão alimentícia. Procedência parcial do pedido. Compensação indevida. Desoneração a exigir ação própria. A guarda da filha concedida à mãe, não retira o pátrio poder do pai que, assim, não pode pretender compensar o pagamento de mensalidades escolares nas prestações de pensão alimentícia, entendendo-se tal atitude como mera liberalidade. Somente através da ação própria, de modificação de cláusula do acordo celebrado quando homologada da separação consensual, o varão pode postular exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1999.001.16048. Data de registro: 25-2-2000. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Jose Affonso Rondeau. Julgado em 18-1-2000).

[110](#) Menor – Direito de visita – Concessão a outros parentes que não os pais e pessoas estranhas ao parentesco – Admissibilidade, em casos especiais, ainda que inexistente expressa previsão legal – Necessidade apenas de que o interesse sentimental e moral do menor esteja a indicar o deferimento (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RT 675/97).

[111](#) “A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz. Não existe a devida preocupação dos responsáveis com as consequências de suas decisões. Não que o comportamento se constitua em desleixo, mas porque os conflitos, com envolvimento de questões familiares, raramente podem ser resolvidos a contento de todos os envolvidos, sem uma intervenção criteriosa” (SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 18).

[112](#) Menor – Guarda paterna – Pretendida mudança em favor da genitora – Inadmissibilidade – Comprovação das boas condições de vida dos menores, sendo inclusive, o réu merecedor de elogios – Hipótese em que, ademais, há notícias de desequilíbrios nervosos e tentativa de suicídio da autora – Prevalência do interesse dos filhos – Recurso não provido (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 140.149-1. Rel. Des. Godofredo Mauro, 21-8-91).

Guarda de menor. Filho menor sob a guarda do pai. Interesse de menor. Genitora. Regulamentação de visitas. Visita monitorada. Provimento parcial. Guarda de filho de tenra idade requerida pela mãe sob alegação de que teria sido expulsa do lar e impedida de levar o menor em sua companhia. Permanência da criança com o pai parece ser a solução mais adequada para o momento. Negar a visitação da mãe ao filho significará um vazio emocional para o menor. Fixado um regime de visitação da mãe, a criança tenderá a melhorar o seu desenvolvimento emocional e contribuirá para restabelecer os vínculos entre mãe e filho. Concessão da visitação na forma apontada ante o precário estado mental da apelante. Afastada a litigância de má-fé, dá-se provimento parcial ao apelo (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.18707. Data de registro: 22-3-2002. 17ª Câmara Cível. Des. Raul Celso Lins e Silva. Julgado em 12-12-2001).

[113](#) NICK, Sérgio Educarado. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, in *A nova família*, p. 133.

[114](#) NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, in *A nova família*, p. 135.

[115](#) Apud Sérgio Eduardo Nick, ob. cit., p. 135.

[116](#) Art. 1.579 do Código Civil: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

[117](#) FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

[118](#) Dispõe o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade

judiciária competente para a solução de divergência”.

[119](#) GOMES, Roberto de Almeida Borges. Aspectos gerais da investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral, in *Temas atuais de direito e processo de família*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 470.

[120](#) Nesse sentido, interessantes os projetos “Pai Presente” do CNJ e “Em nome do pai” do Ministério Público do Rio de Janeiro.

[121](#) Apelação Cível. Direito de família. Guarda. Ação de inversão c/c pedido de exoneração de alimentos. Alegação de negligência materna não demonstrada. Ausência de justificativa para a modificação da guarda. Necessidade de ampliação da visitação paterna. Sentença que estabelece a guarda compartilhada entre os genitores, fixando os horários de convivência do autor. Apelo da ré pela nulidade da sentença, alegando julgamento *ultra petita*, e, no mérito, pelo retorno ao antigo regime de visitação. Inconformismo que não prospera. 1 Princípio da supremacia do interesse do menor que autoriza o magistrado a regulamentar o direito de visitas de acordo com os parâmetros do caso concreto, ainda que de forma diversa da vontade externada por um ou por ambos os genitores. 2 Pedido de guarda que possui natureza aberta, podendo o juízo decidir dentre todos os institutos jurídicos previstos aquele que melhor se coaduna com o caso concreto, o que vai da improcedência do pedido até a inversão da guarda em favor do genitor que a pleiteia. Preliminar que se rejeita. 3 Estudo psicossocial que indica a necessidade de ampliação do regime de visitação paterna, atestando ainda a plena capacidade do genitor de ter a menor consigo durante os dias determinados. 4 Alegação de animosidade entre os genitores que não justifica a restrição do convívio, especialmente quando a sentença bem resolveu a questão dos conflitos, determinando que o genitor busque e devolva a criança diretamente no estabelecimento de ensino. 5 Recurso a que se nega provimento para manter a sentença combatida (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0044613-59.2012.8.19.0203 – Apelação. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito. Julgamento: 14-4-2015. Décima Sexta Câmara Cível).

[122](#) MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, ob. cit., p. 139.

[123](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. CASAL HOMOAFETIVO. ALTERAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA A FIM DE ATENDER O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS MANTIDOS. A guarda deve atender, essencialmente, ao interesse do menor, devendo permanecer o *status quo* quando não há motivos para alteração. *Quantum* alimentar fixado de maneira adequada, em respeito ao binômio necessidades-possibilidades. Situação que recomenda o arbitramento de alimentos provisórios com moderação e em atenção ao que consta nos autos, até que, com as provas que ainda serão produzidas, reste melhor visualizada a real situação financeira do alimentante e as necessidades do alimentando. Ademais, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar os alimentos no valor fixado. Agravo de instrumento desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70062288584. Sétima Câmara Cível. Rel. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 17-12-2014).

[124](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA AJUIZADA PELO GENITOR. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA DA COMPANHEIRA DA MÃE BIOLÓGICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. 1 – Ação de guarda compartilhada c/c regulamentação de convivência ajuizada pelo genitor (pai biológico). Irresignação da parte ré (mãe biológica) em face do indeferimento do pedido de inclusão no polo passivo de sua companheira (mãe socioafetiva). 2 – Relevância da paternidade/maternidade socioafetiva e sua preponderância à biológica, como fruto das relações sociais civis contemporâneas e ao novo conceito de família, consagrando o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, a que deu destaque a Carta Social de 1988. 3 – Consoante a norma do art. 1.593 do CC/02, o parentesco pode ser natural ou civil, caso resulte de consanguinidade “ou de outra origem”, abrangendo esta última a paternidade socioafetiva, que encontra abrigo no art. 227, § 6º, da CFRB/88. 4 – Menor concebido através de inseminação artificial com o

material genético do Autor e da Ré, ambos homossexuais. 5 – À época da inseminação a ré já vivia em união estável há alguns anos com sua companheira, fato que o próprio Agravado reconhece e está comprovado por escritura pública. 6 – Inegável o interesse da companheira na ação de guarda proposta pelo genitor (art. 1.854, inciso I, do Código Civil). 7 – Mera ausência de vínculo biológico não tem o condão de afastar o direito da mãe socioafetiva de exercer a defesa de seus interesses. 8 – Decisão que surtirá efeitos tanto para a mãe biológica como para a socioafetiva. Litisconsórcio passivo necessário (art. 47, do CPC) em razão da natureza da relação jurídica em tela, considerando que a mãe socioafetiva, à toda evidência, será afetada em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional na ação de guarda ajuizada pelo genitor. 9 – Harmonização da estrutura familiar criada pelas partes constituída de um pai e duas mães, predominando tanto os laços biológicos como os afetivos. 10 – Solução que tutela com mais amplitude os direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor. 11 – Reforma da decisão. 12 – Provimento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0054488-46.2013.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Rel. Des. Teresa Castro Neves. Julgamento: 30-4-2014. Sexta Câmara Cível).

[125](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO COM GUARDA COMPARTILHADA E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. INSURGÊNCIA DA PARTE AGRAVANTE CONTRA DECISÃO QUE DEIXOU DE RECEBER O RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. CERTIDÃO CARTORÁRIA INDICANDO A INTEMPESTIVIDADE DO APELO, NA FORMA DO ART. 198, II, DO ECA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ NO SENTIDO DE QUE ALUDIDO PRAZO APLICA-SE SOMENTE AOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PREVISTOS NOS ARTS. 152 A 197 DO ECA. – As partes mantiveram união homoafetiva pelo período aproximado de cinco anos e, após um ano de relacionamento, decidiram conjuntamente a concepção de um filho, sendo a agravada a mãe biológica. – Em contestação, a requerida informa que concorda expressamente com o pleito apresentado por sua ex-companheira no sentido da adoção de K.G.M.C., especialmente por existir filiação socioafetiva. – De fato, não se está diante de nenhum dos procedimentos especiais previsto nos arts. 152 a 197 do ECA. Ao contrário, cuida-se de demanda que tramita pelo rito ordinário, razão por que incide o prazo geral previsto no art. 508 do Código de Processo Civil. Provimento do recurso por decisão monocrática (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0049775-91.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Flavia Romano de Rezende. Julgamento: 1º-10-2014. Décima Sétima Câmara Cível).

[126](#) Menor – Guarda compartilhada – Pedido efetuado pelo companheiro da genitora da criança – Estudo social conclusivo ao benefício e à estabilidade familiar proporcionais à infante – Improcedência afastada – Recurso provido (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com revisão 5303814200. 5ª Câmara de Direito Privado. Rel. Antonio Dimas Cruz Carneiro – 14-5-2008).

[127](#) APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA REQUERIDA PELA TIA PATERNA COM A CONCORDÂNCIA DOS GENITORES. GENITORES QUE REALIZAM TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. TIA QUE JÁ EXERCE A GUARDA COMPARTILHADA. SITUAÇÃO FÁTICA QUE REVELA O BEM-ESTAR DA MENOR COMO CIRCUNSTÂNCIA PREEXISTENTE AO PEDIDO DE GUARDA. TIA QUE SE RESPONSABILIZOU, DESDE O NASCIMENTO DO MENOR, PELO SUSTENTO MATERIAL, EDUCAÇÃO E EQUILÍBRIO EMOCIONAL DO SOBRINHO, A QUEM CONSIDERA COMO FILHO E QUE A CHAMA DE MÃE. ESTUDO SOCIAL E PROVA TESTEMUNHAL QUE DEMONSTRAM A EXISTÊNCIA DE FORTE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE A CRIANÇA, OS GENITORES E A TIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE REFORMA. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE EFEITO MERAMENTE PREVIDENCIÁRIO. RECURSO QUE SE DÁ PROVIMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0144420-96.2011.8.19.0038 – Apelação. Des. Plínio Pinto C. Filho. Julgamento: 6-5-2014. Décima Quarta Câmara Cível).

[128](#) Agravo de Instrumento. Direito de família. Guarda provisória requerida pela avó materna, em razão do falecimento da mãe dos menores. Decisão agravada indeferitória do pedido de guarda, por necessidade de dilação probatória. Alegação recursal de que o pai é domiciliado em Brasília, e que os menores têm mais afinidade com a avó. Decisão reformada. Preponderância do melhor interesse do menor. 1. No direito de família, a guarda é certamente um dos temas mais tormentosos para o juiz, dada a dificuldade natural de mensurar as relações de afetividade e afinidade entre os parentes. É sempre mais indicado que os impasses sejam resolvidos consensualmente entre os familiares, em comunhão de esforços, visando essencialmente o bem-estar dos menores. 2. Nos termos do art. 1.583, parágrafo 1º, do Código Civil, a guarda compartilhada consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres entre do pai e da mãe, ou a alguém que os substitua, notadamente alguém que revele compatibilidade com a natureza da medida, observando-se o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (art. 1.584, parágrafo quinto, do Código Civil). 3. *In casu*, a solução mais adequada, por ora, é manter os menores com a avó materna, mas estabelecendo-se a guarda compartilhada e ampla visitação do pai, para fortalecimento gradual dos vínculos familiares. 4. Provimento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0020366-70.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Luciano Rinaldi. Julgamento: 27-8-2014. Sétima Câmara Cível).

[129](#) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA. DISPUTA ENTRE A GENITORA E A AVÓ PATERNA DAS MENORES. PREVALÊNCIA DOS PRECÍPUOS INTERESSES DAS INFANTES. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. As crianças necessitam de um referencial seguro para viver e se desenvolver e seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro. A julgar pelos elementos constantes nos autos, especialmente os posteriores estudo social e laudo psicológico, a genitora apresenta plenas condições de exercer o poder familiar e, especificamente, a guarda das meninas, medida recomendada para a preservação da integridade emocional das infantes, as quais, enquanto permaneceram sob a guarda da avó, apresentaram fortes indícios de desenvolvimento da chamada síndrome da alienação parental. Não se verificam razões plausíveis para que seja operada reforma na sentença, cuja solução é a que melhor atende ao interesse das infantes, preservando-lhes a segurança e o bem-estar físico e emocional, inclusive no que pertine à restrição do exercício do direito de visitas pela avó, condicionado à submissão a tratamento psicológico. APELO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 70059431171. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 26-11-2014).

[130](#) APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA E REDUÇÃO DE ALIMENTOS PELO GENITOR. I – Não procede o pedido de guarda compartilhada, porquanto o genitor não possui condições para exercer o compartilhamento. É usuário de drogas e não adere ao tratamento proposto. II – A verba alimentar deve ser fixada na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, o que significa dizer, por outras palavras, que os alimentos devem ser fixados observando-se ao binômio necessidade-possibilidade. No caso, sopesado o binômio alimentar, bem equacionados os alimentos. RECURSO DESPROVIDO (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70062424791. Sétima Câmara Cível. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 17-12-2014).

[131](#) Apelação Cível. Ação de modificação de guarda. Autora que busca alterar o sistema de guarda da sua filha que foi estabelecida em acordo, homologado em juízo, com o réu. Sentença que acolhe parcialmente o pedido determinando que a guarda será compartilhada e fixando regras sobre o lapso de tempo em que a menor ficará com cada um de seus genitores. Apelo de ambas as partes. Sentença que deve ser mantida, eis que observou o melhor interesse da menor de ter a sua guarda exercida de forma compartilhada por ambos os pais. Guarda compartilhada que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 11.698/08 e que é a regra, de acordo com o exposto no art. 1.584, § 2º, do CC. Não serve de empecilho para o estabelecimento da guarda compartilhada a falta de consenso entre os genitores, isso para que se

prestígio o maior interesse da criança de não ser privada da convivência com ambos os genitores. A possibilidade de se estabelecer regras sobre o lapso de tempo em que a menor ficará com cada genitor também não desfigura a guarda compartilhada. Estudo Social e Laudo Psicológico que dão conta do interesse da criança de manter a sua rotina, apenas tendo mais tempo com a mãe. Sentença que foi razoável, posto que diminuiu a convivência com o pai, do período de dois dias na semana para um dia e o outro dia alternado. Inexistência de ofensa ao princípio da igualdade entre os pais, eis que se observou o princípio do melhor interesse da criança. Ausência de prejuízo a menor, pois caberá ao genitor que estiver com a criança realizar a orientação educacional, inclusive, no que se refere às tarefas escolares. Primeiro apelo a que se dá parcial provimento apenas para determinar a realização de acompanhamento psicológico da menor e dos genitores, mediante profissional a ser indicado pelo juízo. Segundo recurso a que se nega provimento (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [0245534-92.2011.8.19.0001](#) – Apelação. Des. Carlos Jose Martins Gomes. Julgamento: 24-6-2014. Décima Sexta Câmara Cível).

[132](#) GUARDA. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantida a infante sob a guarda paterna, onde já se encontra e vem sendo bem cuidada. 2. É o interesse da criança que deve ser protegido e privilegiado. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas no caso, diante dos conflitos, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70062393152. Sétima Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 17-12-2014).

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

[134](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Separação de Corpos, com pedido de afastamento do lar, c/c Guarda. Decisão que defere o pedido de liminar, determinando o afastamento do cônjuge varão do imóvel que servia de residência ao casal e à filha comum. Fixação da

guarda compartilhada, com o estabelecimento da guarda física com a genitora e a regulamentação da visita paterna. Quadro que recomenda o prestígio da decisão de primeiro grau, em que se dispôs sobre a permanência da menor sob os cuidados maternos. Desprovemento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0020116-37.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Cesar Felipe Cury. Julgamento: 20-8-2014. Décima Primeira Câmara Cível).

[135](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA CUMULADA COM REGRAS DE CONVIVÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REGULAMENTAÇÃO DA VISITAÇÃO. Não se mostra teratológica, nem contrária à lei ou a evidente provas dos autos, decisão que concede ao pai, antecipadamente, a visitação a filha de dez anos de idade, em fins de semana alternados e às quartas-feiras, após a saída do colégio, bem assim, que estende e regulariza a convivência também em dias de feriados, aniversários e férias escolares da menor, configurando-se como injustificada a resistência da genitora, que não apresentou concretas razões para sua insurreição. Recurso conhecido, que se nega seguimento, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0004490-75.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Ricardo Couto. Julgamento: 2-5-2014. Sétima Câmara Cível).

[136](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – DECISÃO QUE AMPLIOU DIREITO DE VISITAÇÃO DO GENITOR – AUSÊNCIA DE CARÁTER TERATOLÓGICO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. 1. Insurge-se o agravante contra decisão, que nos autos da ação de regulamentação de visitas, ampliou os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida para estabelecer o convívio do agravado com a menor, semanalmente, alternando-se sábados e domingos, das 10h às 17h. 2. Direito fundamental de toda criança e adolescente manter o convívio com a família, principalmente com a figura dos genitores, para que tenha um desenvolvimento saudável, uma vez que se funda na necessidade de cultivar afeto e firmar vínculos familiares. 3. Convívio familiar que é uma garantia prevista na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente e tem como objetivo atender ao melhor interesse do menor. 4. De fato, em regra, é salutar para as crianças o convívio regular com os pais, sendo rechaçado pelo Judiciário o afastamento injustificado desde convívio, a fim de se evitar a chamada “alienação parental”. 5. Parecer Ministerial favorável à manutenção do *decisum*. 6. Neste sentido, e considerando inexistir caráter teratológico à concessão deferida em primeira instância, mantenho a decisão recorrida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0034031-56.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgamento: 7-10-2014. Vigésima Segunda Câmara Cível).

[137](#) Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo. Direito de família. Ação de guarda compartilhada c/c regulamentação de visitas proposta pelo pai. Decisão interlocutória de deferimento liminar da guarda compartilhada da criança estabelecendo horário de visitação. Inconformismo da genitora. Entendimento desta Relatora quanto à admissibilidade do agravo na sua forma instrumental em virtude da manutenção da decisão agravada poder ser considerada como circunstância capaz de causar à parte lesão grave e de difícil reparação. Artigo 522, do CPC, modificado pela Lei n. 11.187/2005. Quanto ao mérito, esta Relatora compartilha com o entendimento adotado pelo Douto Juízo Singular que deferiu o pedido de antecipação de tutela requerido pelo agravado. Não se olvide que o interesse da menor deve preponderar sobre o interesse particular dos seus genitores, bem como primar pela sua proteção integral, na forma do artigo 227 da Constituição Federal, dos artigos 1.574, parágrafo único, 1.586 e 1.612 do Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. Aliás, como bem ressaltou o Ilustre Procurador de Justiça, a decisão recorrida fixou um maior convívio da criança com sua genitora, sendo medida que melhor se amolda ao interesse da menor, ante a sua tenra idade, não deixando de manter a participação efetiva do pai, sendo certo que ambos exercerão conjuntamente a guarda jurídica de sua filha. Neste passo, a Lei n. 12.318/2010, artigo 6º, prevê a utilização de instrumentos para inibir ou

atenuar seus efeitos de qualquer conduta que dificulte a convivência da criança ou adolescente com algum dos genitores (alienação parental). Ademais, também não deve prosperar a alegação de necessidade de acompanhamento de babá durante a visitação do genitor à menor, vez que inexistem provas de sua inabilidade como pai no convívio com a criança a justificar a presença de terceira pessoa durante a visitação. Com efeito, o julgado guerreado deu a adequada solução à controvérsia apresentada nos autos originários, pois sua decisão considerou a necessidade latente da menor de possuir uma rotina estável e saudável aos cuidados de sua genitora, sem, contudo, deixar de prestigiar o convívio paterno. Por outro lado, em que pese à alegação da Agravante no sentido da inexistência de uma relação harmônica entre as partes, tal fato não constitui, por si só, óbice ao deferimento do instituto da guarda compartilhada,

como se infere do disposto no artigo 1.584, § 2º, do Código Civil. Incidência da súmula n. 59 do TJERJ. Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos. Acolhimento integral do Parecer do Ilustre Procurador de Justiça. Precedentes do TJERJ. Agravo de instrumento cujas razões se mostram manifestamente improcedentes e em confronto com a jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal de Justiça. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, na forma do artigo 557, *caput*, do CPC (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0056258-74.2013.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Rel. Des. Conceicao Mousnier. Julgamento: 11-9-2014. Vigésima Câmara Cível).

[138](#) Art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental).

[139](#) É sempre melhor um parente ou amigo, que pode estabelecer laços de afetividade e confiança com a criança, do que um terceiro.

[140](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DECISÃO QUE EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FIXOU A GUARDA COMPARTILHADA. RECURSO DA GENITORA PRETENDENDO A REFORMA DA DECISÃO. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA, APÓS A OITIVA DAS PARTES E DO ADOLESCENTE EM QUESTÃO. NOTÍCIAS NOS AUTOS DE FATOS QUE INDICAM A IMPRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, DECORRENTE DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL, CONSUBSTANCIADA NA NORMA CONTIDA NO ART. 227, DA CR/88 E CRISTALIZADO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, LEI 8.069/90, SENDO DE RIGOR QUE, EM DEMANDAS QUE ENVOLVAM OS INTERESSES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, O APLICADOR DO DIREITO DEVE BUSCAR A SOLUÇÃO QUE PROPORCIONE MAIOR BENEFÍCIO AO INFAN-

TE. APLICAÇÃO DA SÚMULA n. 59 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0042709-60.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Jaime Dias Pinheiro Filho. Julgamento: 30-9-2014. Décima Segunda Câmara Cível).

[141](#) APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DE GUARDA DE FILHO MENOR. PRIORIDADE DO INTERESSE DO ADOLESCENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. A guarda de filho menor deve levar em conta não a conveniência dos pais, mas o interesse e bem-estar da criança ou do adolescente, desprezando-se a disputa travada entre seus genitores. 2. Considerando tudo o que dos autos consta, verifica-se que a guarda compartilhada dos pais em relação ao menor V., com a fixação de sua residência com o pai, atende ao princípio do melhor interesse do adolescente, eis que leva em conta a sua vontade manifestada no estudo social realizado. 3. Desprovimento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0013313-34.2011.8.19.0003 – Apelação. Des. Leticia Sardas. Julgamento: 2-7-2014. Vigésima Câmara Cível).

[142](#) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUPRIMENTO JUDICIAL PARA MORADIA NO EXTERIOR. ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO FAVORÁVEIS A AMBOS OS GENITORES. VINDA DA CRIANÇA AO BRASIL NO PERÍODO ESTABELECIDO PARA CONVIVER COM O PAI. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA QUE RECOMENDA SUA PERMANÊNCIA COM A GENITORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Inviável a guarda compartilhada da filha do casal, hoje com sete anos incompletos, por ter sua genitora fixado residência nos Estados Unidos, onde constituiu novo núcleo familiar. Pretensão da genitora de suprir a autorização paterna para residência da criança no exterior, vindo ao Brasil em períodos estipulados para convivência com o genitor. Avaliação psicológica e de estudo social das partes restando demonstrado que ambos os genitores possuem condições de criar a menor, sendo destacado o estreito vínculo afetivo que tem com a mãe. Melhor interesse da menor que recomenda sua permanência com a genitora, assegurando-lhe uma convivência saudável. Assegura-se o direito do genitor de visitação à filha menor sendo, indiscutivelmente, inerente ao poder familiar estabelecido no art. 1.630 do Código Civil e, no caso, estando a filha com um dos genitores implica necessariamente, no reconhecimento ao outro do direito de visitá-la, devendo a infante regressar ao Brasil, às expensas da mãe, nos períodos estabelecidos, a fim de conviver com o genitor. Os honorários advocatícios devem ser estabelecidos em conformidade com o disposto no art. 20, § 3º, suas alíneas e § 4º do CPC, impondo-se sua majoração. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0007089-10.2012.8.19.0209 – Apelação. Des. Elisabete Filizzola. Julgamento: 6-8-2014. Segunda Câmara Cível).

[143](#) Civil. Família. Separação Judicial. Guarda dos Filhos enquanto Tramita a Ação. Mudança de Domicílio. *Habeas Corpus*. 1. Enquanto tramita a ação de separação judicial, é possível, desde logo, entregar à mãe a guarda provisória dos filhos. 2. Desde que a mãe diga para onde vai, pode ela fixar novo domicílio, levando os filhos, em qualquer parte do território nacional. Direito constitucional de locomoção. 3. Ordem deferida para suspender a determinação de retorno dos filhos, ora pacientes, à cidade de residência do pai, mantendo, por conseguinte, a guarda provisória com a mãe na cidade onde se encontra (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 7.670-BA (1998/0045852-2). 5ª Turma. Rel. Min. Edson Vidigal. Data da decisão: 6-10-1998. Unânime. DJ 3-11-1998, p. 181; LEXSTJ 115/40; RMP 11/488; RSTJ 114/328).

Modificação de Cláusula do Acordo. Guarda de Menor. Residência no Exterior. Tutela Antecipada. Indeferimento. Agravo de Instrumento. Provimento Parcial. Agravo de Instrumento. Decisão que indefere antecipação de tutela em ação de modificação de cláusula. Pretensão do agravante a ser autorizado judicialmente para levar em sua companhia filho adolescente para com ele residir no Canadá, juntamente com a atual companheira e filhos da mesma. Propósito de fixação de domicílio no exterior. Indeferimento pelo juízo monocrático. O fato de o agravante passar a residir em outro país impõe ao juízo certas cautelas, que devem ser consideradas, após ouvir-se organismo competente, que haja feito levantamento da efetiva situação de fato, e conclua sobre a conveniência ou não do deferimento da pretensão. No caso concreto foi realizada diligência através do Serviço Social deste Tribunal, a qual concluiu que a pretensão manifestada pelo agravante busca o bem-estar do menor com sua permanência transitória naquele país. Provimento, em parte, do recurso, invertendo-se transitoriamente a guarda do menor em favor do agravante (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2001.002.01332. Data de registro: 5-12-2001. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Gerson Arraes. Julgado em: 23-10-2001).

[144](#) O laudo pericial, elaborado por psicólogos e assistentes sociais, por aprofundar-se no caso concreto, pode concluir ser este o sistema mais adequado, notadamente quando o litígio e o sofrimento da família são profundos em razão do afastamento da criança, notadamente quando o guardião muda-se para longe.

[145](#) APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E VISITAÇÃO. GENITOR QUE RESIDE NO EXTERIOR. GUARDA COMPARTILHADA QUE NÃO SE REVELA POSSÍVEL NO PRESENTE CASO, TENDO EM VISTA O LOCAL DE RESIDÊNCIA

DO PAI, BEM COMO AUSENTE, *IN CASU*, A CONVIVÊNCIA PACÍFICA ENTRE OS GENITORES, PRESSUPOSTO LÓGICO DA GUARDA COMPARTILHADA, CONSIDERANDO-SE QUE AS DECISÕES MAIS IMPORTANTES SOBRE A CRIAÇÃO DOS FILHOS DEVERÃO SER TOMADAS EM CONJUNTO. GUARDA DA CRIANÇA QUE DEVERÁ SER EXERCIDA PELA MÃE. TODAVIA, O CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS COMPROVA A ALIENAÇÃO PARENTAL, NOS TERMOS DA LEI 12.318/2010, POR PARTE DA GENITORA. ADEMAIS, A FIM DE SE PRESERVAR A VISITAÇÃO PATERNA, E CONSIDERANDO QUE AS CONCLUSÕES DA PERÍCIA DÃO CONTA DE QUE A CONVIVÊNCIA DO FILHO COM O PAI É UMA NECESSIDADE QUE NÃO PODE SER ADIADA, DEVENDO SER URGENTEMENTE INICIADA A SUA AMPLIAÇÃO, BEM COMO INEXISTINDO QUALQUER CONTRAINDICAÇÃO À VIAGEM DA CRIANÇA AOS ESTADOS UNIDOS, ONDE O PAI RESIDE E TRABALHA LEGALMENTE COMO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO, PARA ESTAR COM ELE DURANTE AS FÉRIAS, MANTÉM-SE A AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM ÀQUELE PAÍS DURANTE AS FÉRIAS DA CRIANÇA, OBSERVADA A LIMITAÇÃO TEMPORAL ORA IMPOSTA, BEM COMO A NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DO INFANTE. ADEQUAÇÃO DO PERÍODO DE VISITAÇÃO NATALINA PELO PAI. QUANTO AO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO A QUE A GENITORA DEVERÁ SE SUBMETER NÃO SE TRATA DE PUNIÇÃO, MAS SIM DE MEDIDA A COLABORAR COM A RECUPERAÇÃO E O EQUILÍBRIO PSICOLÓGICO DE SEU FILHO, NÃO HAVENDO RAZÕES PARA O SEU AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0195500-84.2009.8.19.0001 – Apelação. Des. Guaraci de Campos Vianna. Julgamento: 7-10-2014. Décima Nona Câmara Cível).

[146](#) DIREITO DE FAMÍLIA – GUARDA – MÃE EM LOCAL INCERTO – USUÁRIA DE DROGAS – GUARDA DE FATO DA AVÓ – PAI QUE RESIDE JUNTO – GUARDA COMPARTILHADA QUE SE DEMONSTRA RECOMENDADA. A regra é que se mantenha a guarda com um dos genitores. Comprovado porém que a avó materna já mantém a guarda de fato, criando, educando e ficando com as netas durante todo o dia, e que o seu filho, pai das crianças, contra quem nada se apurou, com ela também mora, chegando porém somente à noite, revela-se prudente deferir a ambos a guarda compartilhada, solução que irá criar uma diretriz comum para a educação das crianças, pois sabe-se que sempre haverá diferenças, importantes ou não, quanto à disciplina e demais hábitos da rotina das crianças, mesmo entre a avó paterna e o pai. Se é a avó que os cria, que está ao seu lado diuturnamente, na rotina e nas dificuldades do dia a dia, deverá ter meios legais para enfrentar as dificuldades diárias e rotineiras, seja perante terceiros, seja perante a escola ou em qualquer situação imprevista que surja nesse mister, o que recomenda, neste caso especial, a guarda compartilhada entre o pai e a avó paterna das crianças (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo 1.0702.11.039713-1/001 – Apelação Cível. Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de julgamento: 29-7-2014. Data da publicação: 6-8-2014).

[147](#) SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120.

[148](#) FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44. Embora assinala o autor que, não obstante a publicização, o conjunto de princípios e regras que dizem respeito à família ainda se enquadra no direito privado, caso se queira manter essa distinção entre direito público e direito privado (p. 45).

[149](#) SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 138.

[150](#) GIUSTO, Eliana. Guarda de filhos quando os homens também são discriminados. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 3, out.-nov-dez. 99. p. 67-71.

[151](#) Apelação Cível. Ação de guarda e regulamentação de visita ajuizada pelo apelado contra a apelante. Sentença de procedência do pedido inicial, estabelecendo a guarda compartilhada e fixando regime de visitação quinzenal, deixando de condenar a ré ao pagamento das custas judiciais, tendo em vista a ausência de oposição ao pedido. Apelo da ré, alegando que a sentença teria incorrido em julgamento *ultra petita* (sic) ao estabelecer regime de visitação que não teria sido requerido pelo autor. Autor que emendou a inicial para requerer a fixação do regime de visitação. Respeitado o princípio da congruência. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso, destacando a maior elasticidade dos julgados em matéria de guarda, em vista do princípio do melhor interesse da criança. Ação de regulamentação de visitas ajuizada pela apelante após ter sido citada na presente. Visitação quinzenal fixada em termos que podem ser considerados “padrão”. Correta a sentença recorrida. Precedentes ilustrativos. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: [0049693-91.2013.8.19.0001](#) – Apelação. Des. Patricia Serra Vieira. Julgamento: 28-1-2014. Décima Câmara Cível).

[152](#) AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS. FILHA MENOR. PEDIDO DE REDUÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS GENITORES. DESCABIMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Cabe a ambos os genitores a obrigação de prover o sustento dos filhos menores, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade, e, enquanto a mãe, que é guardiã presta o sustento *in natura*, cabe ao pai, não guardião, prestar alimentos *in pecunia*. 3. O valor dos alimentos deve ser suficiente para atender o sustento da filha, mas dentro das condições econômicas do genitor, não merecendo reparo a fixação em percentual sobre os ganhos deste, que se mostra afeiçoada ao binômio possibilidade e necessidade. 4. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 5. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à filha desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que a infante perca seus referenciais de moradia. 6. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a filha, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível n. 70062745229. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 17-12-2014).

[153](#) DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69-70.

[154](#) DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda de filhos na família em litígio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 70.

[155](#) DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *ob. cit.*, p. 234.

[156](#) Apelação Cível. Ação de modificação de guarda. Autora que busca alterar o sistema de guarda da sua filha que foi estabelecida em acordo, homologado em juízo, com o réu. Sentença que acolhe parcialmente o pedido determinando que a guarda será compartilhada e fixando regras sobre o lapso de tempo em que a menor ficará com cada um de seus genitores. Apelo de ambas as partes. Sentença que deve ser mantida, eis que observou o melhor interesse da menor de ter a sua guarda exercida de forma compartilhada por ambos os pais. Guarda compartilhada que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 11.698/08 e que é a regra, de acordo com o exposto no art. 1.584, § 2º, do CC. Não serve de empecilho para o estabelecimento da guarda compartilhada a falta de consenso entre os genitores, isso para que se prestigie o maior interesse da criança de não ser privada da convivência com ambos os genitores. A possibilidade de se estabelecer regras sobre o lapso de tempo em que a menor ficará com cada genitor também não desfigura a guarda compartilhada. Estudo Social e Laudo

Psicológico que dão conta do interesse da criança de manter a sua rotina, apenas tendo mais tempo com a mãe. Sentença que foi razoável, posto que diminuiu a convivência com o pai, do período de dois dias na semana para um dia e o outro dia alternado. Inexistência de ofensa ao princípio da igualdade entre os pais, eis que se observou o princípio do melhor interesse da criança. Ausência de prejuízo a menor, pois caberá ao genitor que estiver com a criança realizar a orientação educacional, inclusive, no que se refere às tarefas escolares. Primeiro apelo a que se dá parcial provimento apenas para determinar a realização de acompanhamento psicológico da menor e dos genitores, mediante profissional a ser indicado pelo juízo. Segundo recurso a que se nega provimento (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [0245534-92.2011.8.19.0001](#) – Apelação. Des. Carlos José Martins Gomes. Julgamento: 24-6-2014. Décima Sexta Câmara Cível).

[157](#) Apelação cível. Direito de Família. Guarda compartilhada de filhas menores. Desistência do pedido de autorização formulado pela mãe para manutenção das filhas no ao exterior. Prosseguimento do feito no que tange à guarda. Responsabilização conjunta dos genitores no exercício dos direitos e deveres, à inteligência do § 1º do art. 1.583 CC. Compartilhamento. Direito fundamental à convivência dos pais com os filhos. Princípio do melhor interesse da criança. Estudo social que demonstra o afeto que as filhas têm por ambos os genitores, não apontando qualquer fator que afaste a possibilidade da guarda compartilhada. Guarda compartilhada, que assegura o melhor interesse da criança. Dificuldade de consenso em relação à educação e à mútua convivência com os filhos decorrente de desavenças e eventuais ressentimentos do ex-casal que deve ser trabalhada individualmente pelos ex-cônjuges, na seara adequada. Apelo desprovido (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0045003-53.2012.8.19.0001 – Apelação. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia. Julgamento: 7-4-2015. Quinta Câmara Cível).

[158](#) CARBONERA, Silvana Maria, ob. cit., p. 128.

[159](#) “Art. 12. 1. Os Estados-Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem (...)”.

[160](#) DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTADOS. BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES. GUARDA COMPARTILHADA. OCORRÊNCIA DE RETENÇÃO ILÍCITA DOS FILHOS POR UM DOS GENITORES. PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL. JUÍZO NATURAL COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE A GUARDA. PRESENÇA DE HIPÓTESE EXCEPCIONAL. CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO PARA OS MAIORES DE 16 ANOS. IRMÃ COM 17 ANOS E IRMÃO COM 15 ANOS E MEIO. CESSADOS OS EFEITOS DA CONVENÇÃO EM RELAÇÃO À IRMÃ. REPATRIAMENTO ISOLADO APENAS DO IRMÃO MAIS JOVEM. PROVIDÊNCIA MEREDEDORA DE BOM SENSO E PRUDÊNCIA. OITIVA DO ADOLESCENTE QUANTO AO DESEJO DE RETORNO AO PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL. NECESSIDADE. 1. No caso, os menores, portadores de dupla cidadania, tinham residência habitual na Irlanda, sob a guarda compartilhada da mãe (cidadã brasileira) e do pai (cidadão irlandês). Em viagem ao Brasil, a mãe reteve as crianças neste país, informando ao seu então esposo que ela e os filhos não mais retornariam à Irlanda. 2. Nos termos do art. 3º da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, o “sequestro internacional” diz respeito ao deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local que não o de sua residência habitual. 3. O escopo da Convenção não se volta a debater o direito de guarda da criança, mas, sim, a assegurar o retorno da criança ao país de residência habitual, o qual é o juízo natural competente para julgar a guarda. 4. A presunção de retorno da criança não é absoluta, mas o ônus da prova da existência de exceção que justifique a permanência do menor incumbe à pessoa física, à instituição ou ao organismo que se opuser ao seu retorno. Ademais, uma vez provada a existência de exceção, o julgador ou a autoridade tem a

discricionariedade de formar seu convencimento no sentido do retorno ou da permanência da criança. 5. A partir de uma interpretação técnico-jurídica, se o Brasil aderiu e ratificou formalmente a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, deverá cumpri-la de boa-fé, respeitadas, obviamente, eventuais exceções. 6. A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças não mais opera seus efeitos quando a criança completa dezesseis anos, nos termos do art. 4º do referido documento. 7. No caso, a Convenção cessou seus efeitos em face da jovem de 17 anos; porém, ainda opera seus efeitos no tocante ao jovem de 15 anos. Hipótese em que se adota o entendimento segundo o qual repatriar a apenas o irmão, enquanto a irmã permanecerá no Brasil, soa prejudicial ao melhor interesse daquele, pois, não bastasse a alienação reprovável promovida pela sequestradora, o menor seria submetido também ao distanciamento geográfico da irmã. Em observância ao bom senso e à prudência, a oitiva do jovem de 15 anos sobre eventual desejo de retornar ao país de residência habitual e a avaliação pericial de suas condições psicológicas são medidas que se impõem. Recurso especial conhecido em parte e, nesta, provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1196954/ES Recurso Especial 2010/0100918-0. Min. Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 25-2-2014. Data da publicação: *DJe* 13-3-2014).

[161](#) Agravo de Instrumento – DIREITO DE FAMÍLIA – MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENOR – MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO PARCIAL – GUARDA COMPARTILHADA – Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos – Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a receber a guarda do filho, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, ao possibilitar acompanhamento escolar mais intenso e o tratamento de saúde necessário, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv [1.0702.14.001707-1/001](#). [0268791-15.2014.8.13.0000](#) (1). Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. 4ª Câmara Cível. *DJ* 28-8-2014. Data da publicação: 3-9-2014).

[162](#) MENOR – Guarda – Busca e apreensão de menores – Sentença de improcedência, concedida a guarda à genitora – Caso em que ambos os genitores têm condições de permanecer com os menores – Possibilidade de a mudança constante de residência implicar em eventual chantagem por parte dos adolescentes em relação aos pais – Relevância do fato mencionado nos autos, referente à decisão de um dos jovens de não frequentar a escola – Enquanto o pai tenta obrigá-lo, há indícios razoáveis de que a mãe não o faria, mostrando-se flexível – Situação que apenas favorece o interesse subalterno dos jovens, não aquele garantido constitucionalmente – Necessária a intervenção do magistrado para definir a guarda compartilhada (Lei Federal n. 11.698/08) e evitar a alienação parental – Imposição da guarda compartilhada, no mais breve espaço de tempo, fixando o domicílio dos filhos e com estipulações sobre a responsabilidade dos pais – Recurso provido, com determinações (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 990105068251. Itu – 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Caetano Lagrasta Neto – 4-5-2011. Votação Maioria de votos com voto declarado – Voto n.: 22519).

[163](#) MENOR – Guarda – Ação de modificação de guarda e regulamentação de visitas – Guarda dos menores com a mãe que está consolidada desde a data da sentença – Menor com idade superior a 12 (doze) anos – Prevalência da vontade dos mesmos na escolha de ficar com este ou aquele genitor, cujos interesses devem ser respeitados, porque são os que estão em jogo e não o capricho dos pais – Regime de visita – Permanência do estipulado na sentença, vedada atividades extracurriculares ou esporte ou ensino de línguas estrangeiras nas quartas-feiras, dia da visita do autor – Guarda assistida – Descabimento – Partes que poderão futuramente, se for o caso, acolher a guarda compartilhada quando o processo voltar à origem, por petição conjunta – Apelo da ré desprovido e dado parcial provimento ao apelo do autor, com observação (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão 4535034000. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. José Aguiar Pupo

[164](#) Apelação Cível. Ação de regulamentação de visita e guarda compartilhada. Rito ordinário. Sentença que julga improcedente o pedido de guarda compartilhada e parcialmente procedente a regulamentação de visitas. Recurso de ambas as partes. Parte ré que faz jus à gratuidade de justiça, ante as provas que constam dos autos. Motivos alegados pela ré que não servem de empecilho para que o pai tenha contato com o seu filho. Cuidados com a criança que podem ser exercidos pelo pai durante a visitação. Ausência de qualquer prova nos autos que indiquem que o autor sofre de qualquer problema que o impeça de exercer a visita. Dois Pareceres Psicossociais e um Laudo Psicológico que são no sentido de que o autor está apto a estar com o seu filho. Necessidade de se modificar a sentença para especificar as regras da visitação a fim de se tentar evitar o desgaste entre as partes, da seguinte forma: “nos sábados e domingos e nas datas especificadas na sentença o pai ficará com o filho, o horário será das 10 horas às 20 horas; os feriados (Nacional, Estadual ou Municipal) não discriminados na sentença serão alternados entre o pai e a genitora (em determinado feriado a criança ficará com um dos pais, então, no próximo, independentemente qual seja o menor ficará com o outro); nas férias escolares do meio do ano, o pai ficará com a criança na primeira metade nos anos pares, a partir dos três anos de idade; nas férias escolares de final de ano o menor passará com o pai a primeira metade nos anos ímpares e a segunda metade dos pares, a partir dos três anos de idade, obedecendo-se o horário estabelecido para os feriados; no dia do aniversário do pai e do irmão (filho do autor com a sua atual companheira), independentemente de ser ano par ou ímpar, o menor ficará com o pai após o horário escolar até às 20 horas ou, quando não estiver na escola, das 17 horas às 20 horas. Apelos a que se dá parcial provimento (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [1028318-82.2011.8.19.0002](#) – Apelação. Des. Carlos José Martins Gomes. Julgamento: 15-7-2014. Décima Sexta Câmara Cível).

[165](#) Direito civil. Pátrio poder. Guarda. Permuta de imóveis mediante alvará. Não audiência do pai separado. Anulação do ato jurídico. Recurso não conhecido. I – Não tendo o pai, judicialmente separado, sido ouvido quanto à conveniência da permuta envolvendo imóveis de seus filhos menores, mesmo estando estes sob a guarda da mãe, viciado se apresenta o ato jurídico, praticado em ofensa ao instituto do pátrio poder. II – A legislação que rege o pátrio poder recebeu consideráveis alterações em face do Estatuto da Criança e do Adolescente e, especialmente, do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, agasalhado na Constituição vigente (Superior Tribunal de Justiça. REsp 7659/SP [1991/0001312-9]. Data do julgamento: 16-4-1991. DJ 20-5-1991, p. 6.536. 4ª Turma. Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira. Unânime).

[166](#) CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 79.

[167](#) Ação de destituição do pátrio poder. Inexistência de prova dos fatos imputados ao réu, de conduta desabonadora em relação à enteada, bem como improcedente é a alegação de abandono intelectual e material da filha do casal visto que a ela presta alimentos. Improcedência do pedido de destituição do pátrio poder, ante a ausência de prova dos fatos alegados. Tanto mais que indispensável para a menor é o convívio do pai, que apenas deve ser impedido ante a comprovação expressa do prejuízo que a ela possa causar (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.08491. Data de registro: 13-11-2000. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Maria Augusta Vaz. Julgado em: 26-9-2000).

Ação de posse e guarda de menor. Filho menor sob a guarda do pai. Pátrio poder. Destituição. Direito de visita a filho. Visita monitorada. Recurso desprovido. Direito de família. Ação de inversão de posse e guarda cumulada com destituição de pátrio poder. A destituição do pátrio poder é medida de extrema gravidade, que somente se justifica em casos excepcionais ante a prova indubitosa de fatos que possam prejudicar os filhos, física ou moralmente. Confirmação da sentença que com base no relatório de estudo social e no laudo psicológico, julgou improcedente o pedido de destituição de pátrio poder e procedente o pedido de inversão de posse e guarda, a fim de que os menores permaneçam na companhia do pai, sob cuja guarda de fato já se encontram, autorizando a mãe a visitar os menores na presença do pai ou de

outra pessoa por ele indicada. Desprovisamento do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.06710. Data de registro: 28-11-2001. 18ª Câmara Cível. Des. Cassia Medeiros. Julgado em: 6-11-2001).

[168](#) Pátrio Poder. Destituição. Requisitos. Estatuto da Criança e do Adolescente. Fundamentação da sentença. Inocorrência. Nulidade da sentença. Recurso do M.P. Recurso provido. Direito civil. Tutela e pátrio poder. Institutos que não podem coexistir. Art. 36, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90. A destituição do pátrio poder depende de procedimento rígido, observando-se o contraditório e os requisitos da legislação civil e da Lei n. 8.069/90, por ser medida extremamente drástica. Requisições do Ministério Público que não foram atendidas. Ausência de provas necessárias à fundamentação da sentença. Nulidade. Provimento do recurso para anular o feito desde fls. 15, baixando-se os autos para que se proceda de Direito (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2001.001.05990. Data de registro: 14-11-2001. 16ª Câmara Cível. Des. Nagib Slaibi Filho. Julgado em: 21-8-2001).

[169](#) Direito de família. Posse e guarda de menor impúbere, aos primeiros dias de nascido pelo pai confiado a terceiro, retirando-o dos braços maternos, jovens solteiros e desataviados os concebentes da criança. Mandado de segurança objurgatório à medida liminar deferida, com galas de procedimento autônomo, ensejando o retorno da criança ao aconchego da mãe, recolhida esta à casa paterna. Legalidade do procedimento da autoridade judiciária, positivamente cauta. É regra jurídica inscrita no capítulo do direito de família, ao abrigo da disciplina “do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos”, competir aos pais dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda (art. 384, II, CC), princípios imanentes ao próprio direito natural, o qual se observa até entre os animais irracionais. A perda desse direito-dever só ocorre em casos excepcionais, como sanção prevista nos arts. 394-395, do vetusto Diploma Civil, assim mesmo mediante o processo legal. Ausência de direito tutelável pelo remédio heroico a indicar improsperação do reclamo mandamental (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança n. 1994.004.00704. Data de registro: 21-7-1995. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira. Julgado em: 11-4-1995).

[170](#) Direito de visita a filho. Frustração de acordo sobre guarda e visita de filhos. Direito à guarda de filho. Revogação. Possibilidade da medida. Descumprimento de determinação judicial. Cumprimento de obrigação de visitação, estabelecido em acordo homologado judicialmente. Direito-dever do pai em conviver com os filhos. Óbices criados pela mãe que tem a guarda dos menores. Igualdade de condições no exercício do pátrio poder e obrigação de cumprir as determinações judiciais – artigos 21 e 22 do ECA. Possibilidade de revogação da guarda na hipótese de violação dos direitos superiores da criança. Provimento parcial do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2000.002.03450. Data de registro: 4-9-2000, fls. 36.191/36.196. Comarca de Origem: Capital. 5ª Câmara Cível. Unânime. Des. Roberto Wider. Julgado em: 27-6-2000).

[171](#) LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, p. 192.

[172](#) Processual Penal. Representação. Crime contra os costumes. Admite-se a representação formulada por pessoa que, de qualquer forma, seja responsável pelo menor, ainda que momentaneamente. A finalidade da representação não é acautelar os interesses do réu em ficar impune, mas os da ofendida e de sua família, que podem preferir o silêncio ao *estrepitus judicii* (RTJ 61/343). Recurso Especial conhecido e provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 120.698-DF (1997/0012473-8). 5ª Turma. Rel. Min. José Dantas. Data da decisão: 21-10-1997. Unânime. DJ 24-11-1997, p. 61.264. RSTJ 105/400).

[173](#) “Não existe nenhuma relação entre o direito-dever de administrar os bens do menor e o fato de tê-lo, ou não, sob sua guarda. Não é preciso ser guardião para ser administrador. Ora, é do pátrio poder que deriva a função administrativa, e não da guarda” (SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 151).

[174](#) Art. 6º da Lei n. 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental).

[175](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. REVERSÃO DA GUARDA DA FILHA MENOR EM FAVOR DO GENITOR. MANUTENÇÃO. Caso em que, diante da constatação de que a genitora estava criando obstáculos à convivência paterno-filial e que seu comportamento sugere a ocorrência de alienação parental, restou revertida a guarda da infante em favor do genitor, arranjo que se estabeleceu há dez meses, razão por que deve ser mantido, não havendo sequer notícia de que possa estar submetida a qualquer situação de risco. Agravo de Instrumento DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 70062402672. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 18-12-2014).

[176](#) CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, p. 89.

[177](#) HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIVÓRCIO. ARTS. 5º E 6º DA RES. N. 9/2005 DO STJ. REQUISITOS LEGAIS DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. CLÁUSULA ATINENTE À GUARDA E VISITAS. OFENSA À ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL. 1. Mostra-se cabível a homologação de sentença estrangeira desde que observados os requisitos previstos no art. 5º da Res. n. 9/2005 do STJ, e não configurada nenhuma das hipóteses trazidas no art. 6º do mesmo regramento. 2. No caso, busca-se homologar sentença estrangeira de divórcio, guarda e alimentos, proferida pelo Juízo de Primeira Instância da Vara de Sucessões e Família, Divisão de Barnstable, Estados Unidos da América, a qual julgou procedente o pedido, concedendo o divórcio e atribuindo a guarda de forma exclusiva à requerente, com direito de visitas a critério da postulante. 3. No que diz respeito à guarda e ao direito de visitas, verifica-se que a dita cláusula ofende ordem pública e bons costumes, por conferir à genitora verdadeiro direito potestativo, não condizente com o sistema constitucional e legal, o qual entende que tais direitos devem ser vistos sob o prisma do melhor interesse do menor. Deve-se, pois, garantir à criança ou adolescente a ampla convivência familiar, salvo exceções de comprovados malefícios no contato com genitor(a). 4. Pedido de homologação parcialmente deferido (STF, Sec 10411 / EX Sentença Estrangeira Contestada 2014/0005609-1, Min. Og Fernandes, CE – Corte Especial, Data do julgamento 5-11-2014).

[178](#) TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, in *Temas de direito civil*, p. 392-393.

[179](#) ALVIM PINTO, Teresa Arruda. Apresentação, in *Direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*, coord. Teresa Arruda Alvim Pinto, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 2.

[180](#) Interessante reproduzir parcialmente o brilhante voto proferido pelo Desembargador Unias Silva do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no processo de Apelação n. 408.550-5, julgado em 1º-4-2004: “No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional”.

[181](#) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. Dissertação de Mestrado em Direito da Cidade, UERJ, Faculdade de Direito, junho de 1997, p. 5.

[182](#) ALVIM PINTO, Teresa Arruda. Ob. cit., p. 3.

[183](#) Agravo de Instrumento. GUARDA DE MENOR. CASAL HOMOAFETIVO. ALTERAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA A FIM DE ATENDER O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS MANTIDOS. A guarda deve atender, essencialmente, ao interesse do menor, devendo permanecer o *status quo* quando não há motivos para alteração. *Quantum* alimentar fixado de maneira adequada, em respeito ao binômio necessidades-possibilidades. Situação que recomenda o arbitramento de alimentos provisórios com moderação e em atenção ao que consta nos autos, até que, com as provas que ainda serão produzidas, reste melhor visualizada a real situação financeira do alimentante e as necessidades do alimentando. Ademais, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar os alimentos no valor fixado. Agravo de instrumento desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70062288584. Sétima Câmara Cível. Rel. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em: 17-12-2014).

[184](#) SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

[185](#) *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 57.

[186](#) Guarda de Menor. Alimentos. Direito de Visita a Filho. Provimento Parcial. Guarda Compartilhada. Cuidados. Menor, nascido aos 23-12-98, não mais necessita dos cuidados especiais, inerentes aos de poucos meses de vida. Visita. Imprescindível, nos primeiros anos de vida do filho, a presença do pai, por meio de visitas regulares, ensejando-lhe estabilidade e delineamento satisfatório da personalidade, nada justificando contato rápido que não possibilita mínimo de convivência. Agravo provido parcialmente (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2000.002.06792. Data de registro: 10-10-2000, fls. 45.787-45.796. Comarca de Origem: Niterói. 16ª Câmara Cível. Unânime. Rel. Des. Ely Barbosa. Julgado em: 8-8-2000).

[187](#) COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

[188](#) Apud Flávio Guimarães Lauria, citando Sigmund Freud, *Standard Edition of the Complete Works*, ob. cit., p. 58.

[189](#) SAPUCAIA, Madalena Ramirez. *Função paterna na era da inseminação artificial*. Monografia pela Faculdade de Direito da UERJ (trabalho não publicado), cap. V. A Autora ressalta, ainda, que quando a criança é o único objeto do desejo da mãe, sem intermediação, acaba ocorrendo uma relação patológica.

[190](#) Regulamentação de visitas – Agravo de Instrumento – Diante da possibilidade de resultar lesão e de difícil reparação aos filhos do casal, provisoriamente se estabelece que as visitas venham ser feitas em fins de semana alternados até a efetiva entrega da atividade jurisdicional, ocasião em que deverá solucionar de forma definitiva o direito de visitas nos finais de ano; férias escolares; feriados; dias dos pais e das mães e assim sucessivamente – Direito de visitas é sagrado – Interesse dos menores deve prevalecer acima dos interesses dos próprios pais – Genitores têm direitos idênticos a serem resguardados por dispositivos constitucionais – Recurso parcialmente provido (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 130.245-4 – Santos. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Júlio Vidal – 17-11-00 – v.u.).

Modificação de cláusulas de visitas – Indeferimento de oitiva de testemunhas por atraso da patrona – Necessidade de busca da verdade real – Admissibilidade – Recurso provido. Versando a ação sobre o direito do genitor em visitar seus filhos, a verdade real deveria tentar ser obtida por todos os meios possíveis. É necessário se aferir o que é melhor para os menores. E, para isso, se deve desdobrar o magistrado (Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 26.049-4 – Santo André. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Benini Cabral – 21-5-97 – v.u.).

Separação judicial – Decisão que, cautelarmente, condiciona o exercício do direito de visitas aos filhos à devolução de carro à mulher – Inadmissibilidade – Desproporcionalidade dos direitos em confronto – Visitas que se realizam também em benefício dos menores – Legitimidade de ordens a autoridade policiais para apreensão do automóvel – Agravo provido parcialmente (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 100.117-4 – Marília. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Mauricio Vidigal – 27-4-99 – v.u.).

[191](#) Flávio Guimarães Lauria defende a aplicação de multa (execução de obrigação de fazer) contra o guardião que dificulta a visita e indenização por danos morais contra o genitor não guardião quando omissivo. Vide obra citada “A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Melhor Interesse da Criança”.

[192](#) INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Processo n. 408.550-5. Rel. Des. Unias Silva. Data do acórdão: 1º-4-2004).

[193](#) Guarda de filho. Comportamento das partes. Caso de perda da guarda pela mãe, pois ela usa de artifícios ilegítimos e, de jeito nenhum, permite que o pai, sequer veja o filho. Deram provimento (12FLS.) (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70000587964, Comarca de origem: Porto Alegre. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 15-6-2000).

[194](#) GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 138.

[195](#) União estável – Dissolução – Guarda do menor – Na espécie, a guarda compartilhada é a que se apresenta como a solução que melhor atende ao interesse superior do menor, ao menos enquanto não sejam seus pais trazidos à compreensão do que realmente é o interesse deste, garantindo-lhe convivência, formação e sobrevivência sadias e das quais não venham amanhã a se envergonhar ou, o que seria pior, acabem por impedir-lhe um desenvolvimento adequado – Recurso parcialmente provido neste aspecto (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 58115445. São Carlos – 8ª Câmara de Direito Privado. Relator Caetano Lagrasta Neto – 22-10-2008. Voto n.: 16824).

[196](#) Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, p. 394.

[197](#) Medida cautelar. Posse e guarda. Separação judicial consensual. Filho menor sob a guarda do pai. Acordo entre ex-cônjuges. Mudança de domicílio da mãe. Interesse de menor. Recurso provido. Ação cautelar de posse e guarda de filhos menores. Casal separado consensualmente, ficando os filhos menores na posse e guarda do pai, pelo prazo de 12 meses, conforme acordo. Mudança de domicílio da mãe, da cidade de Niterói, onde sempre viveram e estudam os filhos, para a cidade de Curitiba, no Paraná. Relatórios sociais e psicológicos favoráveis ao genitor dos menores, que manifestaram o desejo de não irem para Curitiba, distante 13 horas de viagem de ônibus, da cidade de Niterói. Interesse em considerar a manifestação de vontade dos menores, até o julgamento da causa. Provimento do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ementário: 13/2002, n. 15, 9-5-2002. Agravo de Instrumento n. 2001.002.01994. Data de registro: 10-4-2002, fls. 20.121-20.125. Comarca de Origem: Niterói. 6ª Câmara Cível. Unânime. Rel. Des. Marianna Pereira Nunes. Julgado em: 18-12-2001).

Pátrio poder. Suspensão do pátrio poder. Guarda de menor. Posse e guarda de neto. Medida cautelar inominada. Ação cautelar inominada. Suspensão do pátrio poder e guarda de menor. Procedência. O descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode justificar a decretação judicial da suspensão do pátrio poder. Em se tratando de adolescente, que

já apresenta um alto grau de discernimento, seu pronunciamento perante o magistrado no sentido de pretender continuar sob a guarda do seu avô, é peça importante no deslinde da questão, porque vem ao encontro da recomendação feita nos vários estudos sociais contidos nos autos sobre a conveniência da suspensão do pátrio poder. Recurso a que se nega provimento (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ementário: 4/1998, n. 25, 26-2-1998. Processo Conselho da Magistratura n. 1997.029.00418. Data de registro: 10-11-1997. Comarca de Origem: Niterói. Conselho da Magistratura. Unânime. Des. Afrânio Sayão. Julgado em: 1º-10-1997).

Guarda de menor. Tutela antecipada. Filho menor sob a guarda do pai. Agravo de Instrumento. Recurso desprovido. Guarda de menor. Litígio entre os pais. Oitiva da filha do casal em segredo de Justiça, sem redução do depoimento a termo. Cabimento, para preservação das relações pais e filhos. Adiantamento de tutela. Conveniência, ante a dramática situação que representa a convivência da criança com a genitora viciada em drogas (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Rev. Direito do TJERJ*, v. 31, p. 176. Agravo de Instrumento n. 1996.002.01383. Data de registro: 22-10-1996, fls. 8.783-8.786. 7ª Câmara Cível. Unânime. Des. Aurea Pimentel Pereira. Julgado em: 27-8-1996).

Posse e guarda. Filho menor. Transferência. Maus-tratos. Disputa entre genitores. Escolha pelo menor. Posse e guarda de filha menor. Criança que anteriormente vivia em companhia de sua genitora, que comprovadamente a espancava e expunha a contacto com o amante que não a respeitava. Relatório social concordante com os reais anseios da menina que claramente prefere a companhia paterna. Sentença de primeiro grau mantido. No mesmo sentido e do mesmo Relator a Apelação Cível n. 7.625/95, julgada e registrada na mesma data (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1995.001.07624. Data de registro: 20-5-1996, fls. 19.191-19.196. 7ª Câmara Cível. Unânime. Des. Aurea Pimentel Pereira. Julgado em: 19-3-1996).

[198](#) Artigo publicado na internet, site www.neofito.com.br: Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra, por Patricia Pimentel de Oliveira.

[199](#) *Paternidade ativa na separação conjugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 4.

[200](#) SILVA, Evani Zambon Marques da. Ob. cit., p. 5.

[201](#) SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 25.

[202](#) Código Civil de 2002:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

(...)

V – respeito e consideração mútuos.

[203](#) Código Civil de 2002, art. 1.724.

[204](#) Constituição Federal, art. 229. Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 15 a 18. Estatuto do Idoso, art. 10.

[205](#) Gustavo Tepedino em A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23.

[206](#) GUARDA DE FILHO. Comportamento das partes. Caso de perda da guarda pela mãe, pois ela usa de artifícios ilegítimos e, de jeito nenhum, permite que o pai, sequer veja o filho. Deram provimento. (12FLS.) (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70000587964, Comarca de origem: Porto Alegre. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 15-6-2000).

[207](#) SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 113.

[208](#) Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio, in *Afeto, ética, família e o novo Código Civil* (coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 361-363.

[209](#) PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, in *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar* (coordenação: Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1.

[210](#) LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do *best interest of the child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis, in *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar* (coordenação Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 411.

[211](#) PEREIRA, Tânia da Silva. Ob. cit., p. 2-3.

[212](#) GRIFFITH, Daniel B. The Best Interests Standard: a comparison of the state's *parens patriae* authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients, in *Issues in Law and Medicine* – apud Tânia da Silva Pereira, ob. cit., p. 3.

[213](#) Ver Tânia da Silva Pereira, ob. cit., p. 3.

[214](#) Recurso Especial. GUARDA DE FILHO. PRECEDENTE DA CORTE. 1. Na linha de precedente da Corte, o art. 10 da Lei n. 6.515/1977, comporta temperamento considerando o interesse dos filhos, os quais, menores, salvo comprovada inconveniência, apurada pelas instâncias ordinárias, diante de circunstâncias concretas, merecem o aconchego da guarda materna. 2. Recurso Especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça. REsp 64254/RO; Recurso Especial (1995/0019569-0). Terceira Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data da decisão: 25-2-1997. Unânime. DJ 9-6-1997 p. 25533).

[215](#) SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA DO FILHO. MULHER CULPADA. ART. 10 DA LEI 6.515/77. A mulher culpada pela separação do casal pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar (art. 13) (Superior Tribunal de Justiça. REsp 9389/SP; Recurso Especial (1991/0005481-0). Quarta Turma. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data da decisão: 23-8-1994. Unânime. DJ 10-10-1994, p. 27174).

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA – GUARDA DO FILHO – CONCESSÃO À MÃE, EMBORA CULPADA PELA SEPARAÇÃO – ADMISSIBILIDADE – SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES E ÀS NECESSIDADES DA CRIANÇA. Embora a esposa tenha sido a culpada pela separação do casal, nada obsta que a ela seja deferida a guarda do filho, se esta for a melhor solução para atender ao interesse e às necessidades do menor. Recurso a que se nega provimento (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 000.257.532-2/00 – Comarca de Belo Horizonte. Rel. Exmo. Sr. Des. Kildare Carvalho. Acórdão (Segredo de Justiça).

[216](#) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. São Paulo: Malheiros, p. 11.

[217](#) LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35.

[218](#) DIVÓRCIO. FILHO MENOR. POSSE E GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. INTERESSE DE MENOR. Direito de Família. Posse e guarda de filhos, ainda sob o pátrio poder, de pais divorciados e ressentidos. Subsistência do interesse dos menores, precipuamente quando estes, dotados de discernimento, manifestam suas vontades. Não há regra absoluta para tais conflitos, e dentro de um universo de circunstâncias há de ser confiado ao prudente arbítrio do Julgador, sopesando a realidade palpante da vida em seus imprevistos desdobramentos, de modo que cada hipótese é um caso distinto, segundo suas peculiaridades. Ainda recentemente, em julgado memorável na

liderança do Min. Marco Aurélio, proclamou a Suprema Corte que “as paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente...” (RTJ 144/233). Apelo desprovido (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Número do Processo: 1994.001.04629. Data de registro: 30-8-1995. Folhas: 20944/20948. Comarca de Origem: Capital. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Votação: Unânime. Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira. Julgado em: 20-6-1995).

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DISPUTA PELA GUARDA DOS DOIS FILHOS DO EX-CASAL. PROVAS. Para proceder-se a alteração da guarda que é exercida faticamente pela mãe, há necessidade de prova segura de que o pai tem melhores condições do que ela, que é acusada de conduta desonrosa que pode colocar em risco a integridade e formação moral dos filhos. Improvadas as alegações e se ambos os pais se apresentam como pessoas igualmente idôneas e aptas para assumir a guarda e responsabilidade sobre seus filhos menores, preferível manter-se a situação já consolidada há dois anos, desde a ruptura da entidade familiar, em que os filhos seguiram sob os cuidados maternos, sem que nada em seu prejuízo tenha sido apurado em decorrência disso. Apelo provido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70003803236. Segunda Câmara Especial Cível. Rel. Des. Ney Wiedemann Neto. Julgado em: 26-3-2002).

GUARDA DE MENOR. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA DE FILHO MENOR DO PAI PARA A MÃE. RESIDÊNCIA NO EXTERIOR. INTERESSE DE MENOR. Guarda de menor impúbere. Tanto quanto o pai, possui a mãe a titularidade do pátrio-poder e, assim, é ela parte legítima para pleitear a alteração da cláusula que, em separação consensual, se avençou. Se o pai deixou o Brasil para residir nos Estados Unidos, entregando a filha aos cuidados da sogra, atende aos interesses da menor, que no caso devem prevalecer, a inversão do direito de guarda, do genitor para a genitora, constatando-se, diante da prova produzida, sua perfeita integração no círculo familiar. Relacionamento adequado da menor com os parentes do pai e da mãe. Desprovemento da apelação. Confirmação da sentença que julgou procedente o pedido, formulado pela mãe, de inversão da guarda, a ela se deferindo esse “munus” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Partes: SEGREDO DE JUSTIÇA. Tipo da Ação: Apelação Cível Número do Processo: 1997.001.07144. Data de registro: 13-2-1998. Folhas: 2644/2647. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Votação: Unânime. Des. Humberto de Mendonça Manes. Julgado em: 16-12-1997).

BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR. DEFERIMENTO À AVÓ. GENITORA DOENÇA MENTAL INTERESSE DE MENOR. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Agravo de instrumento contra decisão que determinou a busca e apreensão de menor, com quase 3 anos de idade, para ser entregue à guarda provisória da avó materna. Pai do menor omissivo, tendo pouquíssimo contato com o filho, e mãe portadora de doença mental, controlada com o uso de medicação adequada e com acompanhamento psicoterapêutico continuado – Prevalência no caso, dos interesses do menor, em detrimento de quaisquer outros – Desprovemento do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento. Número do Processo: 2001.002.03290. Data de registro: 18-4-2002. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Marianna Pereira Nunes. Julgado em: 18-12-2001).

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. GUARDA DE MENOR. ALTERAÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS. DEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Medida Cautelar Inominada para modificar a guarda do menor. Medida concedida no sentido de inverter a guarda em favor do genitor diante do lastro probatório juntado aos autos. Reunião das melhores condições em benefício do menor por parte do pai. Recurso não provido. Decisão confirmada (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento. Número do Processo: 2001.002.02646. Data de registro:

21-11-2001. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Carpena Amorim. Julgado em: 25-9-2001).

PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELA GENITORA – INTERESSE DOS MENORES – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. Merece confirmação a sentença que manteve os filhos em companhia do pai, a quem foi deferida a guarda, por ter levado em conta a opinião dos filhos e por não ter a mãe provado reunir as condições necessárias para assegurar-lhes bem-estar e educação (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 241983-6/00 (1). Rel. Des. Aluizio Quintão. Data do acórdão: 21-3-2002. Data da publicação: 23-4-2002).

[219](#) GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida, in *Problemas de direito civil constitucional* (coordenado pelo prof. Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 515.

[220](#) BRITO, Leila Maria Torraca de. Impasses na condição da guarda e da visitação – o palco da discórdia, in *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*, coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 433-447.

[221](#) APELAÇÃO CÍVEL. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE COMPARTILHADA PARA UNILATERAL. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA CONCEDIDA AO DEMANDADO NA SENTENÇA. INVIABILIDADE. 1. A insurgência foi interposta dentro do prazo legal, incidindo na hipótese a Ordem de Serviço n. 03/2014 da Presidência do TJRS, que prorrogou para o dia seguinte os prazos que se venceram em dias de jogos da Copa do Mundo. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 2. A avaliação social realizada na instrução revela que o arranjo atual, de compartilhamento da guarda, estabelecido há mais de quatro anos, está sendo benéfico à infante, que tem sua rotina preservada e convive adequadamente com os genitores, não se justificando a pretendida alteração da guarda para unilateral, em favor da genitora. 3. O genitor demonstrou fazer jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, postulado em contestação, sendo improcedente o pedido de revogação da concessão efetivada na sentença. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível n. 70061830410. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 11-12-2014).

[222](#) Ob. cit., p. 446.

[223](#) Idem, ibidem.

[224](#) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Recurso Especial. (...) 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que

possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 1428596/RS. Recurso Especial. 2013/0376172-9. Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador Terceira Turma. Data do julgamento: 3-6-2014. Data da publicação: *DJe* 25-6-2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE FAMÍLIA – MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENOR – MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO PARCIAL – GUARDA COMPARTILHADA – Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos – Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a receber a guarda do filho, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, ao possibilitar acompanhamento escolar mais intenso e o tratamento de saúde necessário, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV n. 1.0702.14.001707-1/001. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. Data de julgamento: 28-8-2014. Data da publicação: 3-9-2014).

[225](#) LAURIA, Flávio Guimarães, ob. cit., p. 37.

[226](#) CONSTITUCIONAL. SENTENÇA DE DIVÓRCIO NO EXTERIOR QUE DEFERE GUARDA COMPARTILHADA. POSTERIOR ALTERAÇÃO QUE DEFERE GUARDA EXCLUSIVAMENTE AO REQUERENTE, DECISÃO ESTA QUE PRETENDE HOMOLOGAR. PROCESSO COM PEDIDO IDÊNTICO – ANTERIOR – QUE CONCEDEU A GUARDA DO MENOR NA VARA DE FAMÍLIA E INFÂNCIA E JUVENTUDE NA COMARCA DE PETRÓPOLIS/RJ PARA A REQUERIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DA CITAÇÃO VÁLIDA DA MESMA NA AÇÃO PROPOSTA PELO REQUERENTE NO JUÍZO ESTRANGEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA, SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA NACIONAL. PRECEDENTES. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA (Supremo Tribunal Federal. SEC 7218/EU – Estados Unidos da América. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento: 24-9-2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *DJ* 6-2-2004. Ement vol – 02138-04 pp 00838. RTJ vol. 00191-03 pp 00879).

[227](#) CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

[228](#) Pensão alimentícia. Obrigação de prestar alimentos é conjunta dos pais quando exercem atividades remuneradas e deve ser suportada por cada um na proporção de suas possibilidades, atendidas as necessidades dos filhos menores. Não incidência sobre as parcelas que constituem verbas de caráter não salarial, de natureza indenizatória, compensatória. As contribuições previdenciárias (PREVI) e assistencial (CASSI) não devem integrar o cálculo da pensão alimentícia por se tratarem de descontos pagos pelo alimentante, que beneficia os alimentados. Parcial provimento do recurso (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1998.001.10122. Data de registro: 23-3-1999, fls. 18.516-18518. Comarca de Origem: Niterói. 14ª Câmara Cível. Unânime. Des. Rudi Loewenkron. Julgado em: 25-11-1998).

Alimentos. Obrigação decorrente de parentesco. Valor do pensionamento. Igualdade de contribuição dos pais. Não conhecimento do recurso adesivo e parcial provimento do apelo para reduzir a pensão. Deixando o recurso adesivo de vir acompanhado do devido preparo, dá-se a deserção a impedir o seu conhecimento. Como cabe aos pais a manutenção das necessidades do seu filho, na fixação da pensão mensal devem ser consideradas as possibilidades de ambos, de modo que, mostrando-se excessiva a estabelecida pelo juiz do primeiro grau de jurisdição sua redução se impõe (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2000.001.10808. Data de registro: 15-12-2000. 5ª Câmara Cível. Des. José Affonso Rondeau. Julgado em: 14-11-2000).

[229](#) Alimentos. Modificação de cláusula. Percentual não estipulado no acordo. Necessidade de fixação dos valores devidos pelo genitor. Os

alimentos são a forma pela qual se garante a subsistência daquele que se encontra impossibilitado de fazê-lo por vontade própria. A obrigação alimentar dos pais resulta de uma contrapartida do poder familiar e não se altera mesmo diante da precariedade da condição econômico-financeira daqueles. Estes, ainda que possuam poucos recursos, não se isentam da responsabilidade de prestar alimentos, devendo ambos, como no caso, arcar na medida de suas possibilidades para a manutenção da prole. Todavia, é imperioso dizer que a obrigação de prestar alimentos é proporcional às necessidades do alimentando e à capacidade econômica de quem os presta. O Código Civil, conforme o art. 1.699, permite a redução, a majoração ou, até mesmo, a exoneração dos alimentos fixados, desde que ocorra mudança significativa na situação econômica de quem os supre ou de quem os recebe. Para tanto, porém, é necessária a produção de prova irrefutável e convincente da alteração patrimonial de uma ou de ambas as partes. Na hipótese vertente, a modificação da cláusula alimentar se fazia imperiosa, considerando que no acordo celebrado pelos genitores da recorrida não se mencionaram valores, tendo sido consignado apenas que ambos arcariam com a manutenção da filha, cuja guarda seria compartilhada. De fato, conforme salientado pela magistrada sentenciante, a incerteza quanto ao valor dos alimentos acarreta grande dificuldade para a organização administrativo-financeira da apelada, mostrando-se imperiosa a fixação de uma quantia capaz de atender suas necessidades, respeitando-se as condições financeiras do recorrente. Assim, correta a sentença ao fixar a prestação alimentícia em valor equivalente cinco salários mínimos mensais, pois bem respeitou as necessidades próprias da idade em que se encontra a apelada, tais como gastos com estudo e saúde, observando também a obrigação da genitora, conforme o acordo homologado por ocasião da separação. Recurso a que se nega seguimento (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [0029772-75.2011.8.19.0209](#) – Apelação. Des. Mario Assis Goncalves. Julgamento: 11-8-2014. Terceira Câmara Cível).

[230](#) APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. ALIMENTOS. OFERTA. TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PAGAMENTO *IN PECUNIA*. REDEFINIÇÃO DO *QUANTUM*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Sobrevindo a dissolução do vínculo conjugal, deve-se regulamentar a guarda dos filhos, sempre observando o melhor interesse dos menores. II. A guarda deve, sempre que possível, ser compartilhada, pois os pais, conquanto separados e vivendo em lares diferentes, continuam sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos (Lei n. 11.698, de 2008). III. Deve-se preservar a situação familiar já concretizada quando não há motivos relevantes para determinar a guarda exclusivamente à genitora; IV. Conquanto a guarda seja compartilhada, os alimentos devem ser fixados observando-se os mesmos princípios e regras do dever de sustento dos pais aos filhos. V. A fixação dos alimentos deve atender ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade. VI. Como o pai já contribui com os alimentos *in natura*, pois os filhos com ele residem, porquanto, é nessa morada onde se alimentam, tomam banho, descansam e dormem, é prudente que os alimentos *in pecunia* sejam, de fato, devidos pela genitora em valor a ser depositado diretamente na conta corrente do pai. VII. Sopesando a ausência de provas dos eventuais proventos da Alimentante e o dever de ambos os pais de prestar alimentos à prole, aliados ao fato de que o genitor dispõe de condição econômica mais favorecida que a mãe dos menores, a definição dos alimentos em 20% (vinte por cento) do salário mínimo vigente atende, por ora, ao trinômio possibilidade/necessidade/proporcionalidade. VIII. As decisões sobre alimentos não estão sujeitas à coisa julgada material, podendo ser redefinidas sempre que houver alteração nas condições do obrigado a prestá-los, ou nas necessidades dos alimentados (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 1.0024.11.200079-9/001. Apelação cível. Rel. Des. Washington Ferreira. Data de julgamento: 20-8-2013. Data da publicação: 23-8-2013).

[231](#) APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE ALIMENTOS – VALOR ARBITRADO MODIFICADO – GUARDA COMPARTILHADA – PRIMEIRO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E SEGUNDO DESPROVIDO. – O valor dos alimentos deve ser modificado, considerando que a criança fica dois dias da semana com o pai, conforme restou demonstrado. – Dessa forma, deve ser minorado o valor da

obrigação alimentícia arbitrada, sendo provido em parte o primeiro recurso e desprovido o segundo – V.v. EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE ALIMENTOS. VALOR ARBITRADO. NECESSIDADE DO CREDOR E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO DEVEDOR. DESEQUILÍBRIO NÃO CONFIGURADO. RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. O valor dos alimentos é arbitrado na proporção da necessidade do credor e da possibilidade do devedor. 2. Atendido o binômio, confirma-se o arbitramento. 3. Apelações cíveis conhecidas e não providas, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial. (Desembargador Caetano Levi Lopes) (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 1.0024.11.193231-5/003. Rel. Des.Caetano Levi Lopes. Data do julgamento: 12-11-2013. Data da publicação: 26-11-2013).

[232](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO CONSENSUALMENTE AJUIZADA. DETERMINAÇÃO DE REVISÃO DA CLÁUSULA QUE TRATA DA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS ÀS FILHAS OU DAQUELA QUE TRATA DO ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. Inexiste incompatibilidade entre o estabelecimento da guarda compartilhada e a estipulação de alimentos a serem alcançados por um dos genitores, sendo desnecessária a revisão de cláusulas do acordo entabulado respeitantes a essas questões, objetivando as partes a homologação. Agravo de Instrumento Provido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70061238838. Oitava Câmara Cível. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 20-11-2014).

[233](#) APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE ALIMENTOS – VALOR ARBITRADO MODIFICADO – GUARDA COMPARTILHADA – PRIMEIRO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E SEGUNDO DESPROVIDO. – O valor dos alimentos deve ser modificado, considerando que a criança fica dois dias da semana com o pai, conforme restou demonstrado. – Dessa forma, deve ser minorado o valor da obrigação alimentícia arbitrada, sendo provido em parte o primeiro recurso e desprovido o segundo – V.v. EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE ALIMENTOS. VALOR ARBITRADO. NECESSIDADE DO CREDOR E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO DEVEDOR. DESEQUILÍBRIO NÃO CONFIGURADO. RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. O valor dos alimentos é arbitrado na proporção da necessidade do credor e da possibilidade do devedor. 2. Atendido o binômio, confirma-se o arbitramento. 3. Apelações cíveis conhecidas e não providas, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 1.0024.11.193231-5/003. Rel. Des. Caetano Levi Lopes. Data do julgamento: 12-11-2013. Data da publicação: 26-11-2013).

[234](#) DIAS, Maria Berenice. Quem pariu que embale! Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 28 dez. 2014.

[235](#) Alimentos. Modificação de cláusula. Percentual não estipulado no acordo. Necessidade de fixação dos valores devidos pelo genitor. Os alimentos são a forma pela qual se garante a subsistência daquele que se encontra impossibilitado de fazê-lo por vontade própria. A obrigação alimentar dos pais resulta de uma contrapartida do poder familiar e não se altera mesmo diante da precariedade da condição econômico-financeira daqueles. Estes, ainda que possuam poucos recursos, não se isentam da responsabilidade de prestar alimentos, devendo ambos, como no caso, arcar na medida de suas possibilidades para a manutenção da prole. Todavia, é imperioso dizer que a obrigação de prestar alimentos é proporcionalmente às necessidades do alimentando e à capacidade econômica de quem os presta. O Código Civil, conforme o art. 1.699, permite a redução, a majoração ou, até mesmo, a exoneração dos alimentos fixados, desde que ocorra mudança significativa na situação econômica de quem os supre ou de quem os recebe. Para tanto, porém, é necessária a produção de prova irrefutável e convincente da alteração patrimonial de uma ou de ambas as partes. Na hipótese vertente, a modificação da cláusula alimentar se fazia imperiosa, considerando que no acordo celebrado pelos genitores da recorrida não se mencionaram valores, tendo sido consignado apenas que ambos arcariam com a manutenção da filha, cuja guarda seria compartilhada. De fato, conforme salientado pela magistrada sentenciante, a incerteza

quanto ao valor dos alimentos acarreta grande dificuldade para a organização administrativo-financeira da apelada, mostrando-se imperiosa a fixação de uma quantia capaz de atender suas necessidades, respeitando-se as condições financeiras do recorrente. Assim, correta a sentença ao fixar a prestação alimentícia em valor equivalente cinco salários mínimos mensais, pois bem respeitou as necessidades próprias da idade em que se encontra a apelada, tais como gastos com estudo e saúde, observando também a obrigação da genitora, conforme o acordo homologado por ocasião da separação. Recurso a que se nega seguimento (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [0029772-75.2011.8.19.0209](#) – Apelação. Des. Mario Assis Gonçalves. Julgamento: 11-8-2014. Terceira Câmara Cível).

[236](#) Alimentos. Modificação de cláusula. Percentual não estipulado no acordo. Necessidade de fixação dos valores devidos pelo genitor. Os alimentos são a forma pela qual se garante a subsistência daquele que se encontra impossibilitado de fazê-lo por vontade própria. A obrigação alimentar dos pais resulta de uma contrapartida do poder familiar e não se altera mesmo diante da precariedade da condição econômico-financeira daqueles. Estes, ainda que possuam poucos recursos, não se isentam da responsabilidade de prestar alimentos, devendo ambos, como no caso, arcar na medida de suas possibilidades para a manutenção da prole. Todavia, é imperioso dizer que a obrigação de prestar alimentos é proporcional às necessidades do alimentando e à capacidade econômica de quem os presta. O Código Civil, conforme o art. 1.699, permite a redução, a majoração ou, até mesmo, a exoneração dos alimentos fixados, desde que ocorra mudança significativa na situação econômica de quem os supre ou de quem os recebe. Para tanto, porém, é necessária a produção de prova irrefutável e convincente da alteração patrimonial de uma ou de ambas as partes. Na hipótese vertente, a modificação da cláusula alimentar se fazia imperiosa, considerando que no acordo celebrado pelos genitores da recorrida não se mencionaram valores, tendo sido consignado apenas que ambos arcariam com a manutenção da filha, cuja guarda seria compartilhada. De fato, conforme salientado pela magistrada sentenciante, a incerteza quanto ao valor dos alimentos acarreta grande dificuldade para a organização administrativo-financeira da apelada, mostrando-se imperiosa a fixação de uma quantia capaz de atender suas necessidades, respeitando-se as condições financeiras do recorrente. Assim, correta a sentença ao fixar a prestação alimentícia em valor equivalente a cinco salários mínimos mensais, pois bem respeitou as necessidades próprias da idade em que se encontra a apelada, tais como gastos com estudo e saúde, observando também a obrigação da genitora, conforme o acordo homologado por ocasião da separação. Recurso a que se nega seguimento (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [0029772-75.2011.8.19.0209](#) – Apelação. Des. Mario Assis Gonçalves. Julgamento: 11-8-2014. Terceira Câmara Cível).

[237](#) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS EM 20% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO AUTOR EM FAVOR DE SEU FILHO. PRETENSÃO DO AGRAVANTE DE COMPENSAÇÃO EM RAZÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. NÃO ACOLHIMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 58 DESTE TRIBUNAL. A obrigação dos pais em prestar alimentos aos filhos é corolário indispensável ao exercício do poder familiar. Incumbe-lhes, assim, dirigir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, I, do Código Civil). No entanto, os alimentos serão fixados levando-se em conta a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Provisórios fixados corretamente pela decisão. Incidência, na espécie, da Súmula n. 58 da Jurisprudência Predominante deste Tribunal. O fato de existir guarda compartilhada do menor não exclui do agravante a sua obrigação alimentar para com o mesmo, desde que esteja de acordo com o binômio necessidade e possibilidade. Os gastos efetivamente realizados por ambos os genitores serão apreciados no decorrer da instrução processual a fim de melhor adequar a necessidade alimentar do agravado com os ganhos do agravante. Recurso manifestamente improcedente. Seguimento negado (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0052883-31.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Lindolpho Morais Marinho. Julgamento: 8-10-2014. Décima Sexta Câmara Cível).

[238](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. PROVISÓRIOS FIXADOS EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS, POSTERIORMENTE ALTERADOS PARA 30% DOS VENCIMENTOS DO ALIMENTANTE. INCONFORMISMO DO OBRIGADO. Agravante que, em juízo de cognição sumária, não comprovou a alegada incapacidade econômica, pois, apesar de afirmar possuir a guarda compartilhada dos filhos, não apresenta comprovante do alegado. Não comprovação da mesma forma de que não possui condições de arcar com o pensionamento fixado, já que afirma efetuar pagamento superior ao fixado, de forma *in natura*. Valor que se afigura fixado de forma moderada para duas crianças. Necessidade de maior dilação probatória com observância do contraditório e ampla defesa. Precedentes deste e. Tribunal. Recurso a que se nega seguimento, na forma do art. 557, *caput*, do CPC (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0028099-87.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo. Julgamento: 2-12-2014).

[239](#) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS EM 20% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO AUTOR EM FAVOR DE SEU FILHO. PRETENSÃO DO AGRAVANTE DE COMPENSAÇÃO EM RAZÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. NÃO ACOLHIMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 58 DESTE TRIBUNAL. A obrigação dos pais em prestar alimentos aos filhos é corolário indispensável ao exercício do poder familiar. Incumbe-lhes, assim, dirigir-lhes a criação e a educação (art. 1.634, I, do Código Civil). No entanto, os alimentos serão fixados levando-se em conta a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Provisórios fixados corretamente pela decisão. Incidência, na espécie, da Súmula n. 58 da Jurisprudência Predominante deste Tribunal. O fato de existir guarda compartilhada do menor não exclui do agravante a sua obrigação alimentar para com o mesmo, desde que esteja de acordo com o binômio necessidade e possibilidade. Os gastos efetivamente realizados por ambos os genitores serão apreciados no decorrer da instrução processual a fim de melhor adequar a necessidade alimentar do agravado com os ganhos do agravante. Recurso manifestamente improcedente. Seguimento negado (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0052883-31.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Lindolpho Morais Marinho. Julgamento: 8-10-2014. Décima Sexta Câmara Cível).

[240](#) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EMBARGOS A EXECUÇÃO. PAGAMENTO *IN NATURA*. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que fixada a prestação alimentícia, incumbe ao devedor cumprir a obrigação na forma determinada pela sentença, não sendo possível compensar os alimentos arbitrados em pecúnia com parcelas pagas *in natura*. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.257.779/MG. Agravo Regimental no Recurso Especial. 2011/0095834-8. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Data do julgamento: 4-11-2014. Data da publicação: *DJe* 12-11-2014).

[241](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA PELO GENITOR EM FACE DA FILHA MENOR. DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* DEFERINDO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA REDUZIR OS ALIMENTOS DE TRÊS PARA UM E MEIO SALÁRIOS MÍNIMOS, MANTENDO OS DEMAIS VALORES RELATIVOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE DA RÉ. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RÉ. *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS* CONFIGURADOS. NÃO PROVIMENTO DO Agravo de Instrumento. Ação revisional de alimentos ajuizada pelo genitor em face da filha menor. Decisão do juízo *a quo* deferindo a antecipação de tutela para reduzir os alimentos de três para um e meio salários mínimos, mantendo as demais obrigações relativas à educação, plano de saúde e atividades extracurriculares. Agravo de instrumento interposto pela ré, requerendo a reforma da decisão. O Código de Processo Civil dispõe que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar,

total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273). Depreende-se que a plausibilidade do direito perseguido pelo agravado (*fumus boni iuris*) residiria no fato de que, além do pensionamento reduzido provisoriamente para 1,5 salários mínimos, o alimentante está obrigado a arcar com as mensalidades escolares, curso de inglês, plano de saúde e atividades extracurriculares da menor, mesmo permanecendo com a guarda da menor semanalmente, de terça-feira até quinta-feira, respeitado o horário escolar, e de sexta-feira até às 21:00 horas de domingo, o que configura praticamente uma guarda compartilhada. Já o *periculum in mora* se consubstanciaria na existência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a teor do art. 273, I, do CPC, caso indeferida a antecipação da tutela requerida, ante o risco que sofre o autor de não conseguir honrar com os alimentos anteriormente acordados na ação de divórcio consensual, face à superveniência da modificação nas suas possibilidades. Há que se ressaltar que a obrigação alimentar não é exclusiva do agravado, mormente levando-se em consideração a ampla visitação, sendo também da genitora que, apesar de prestar alimentos *in natura*, deve também arcar com parte da subsistência da alimentada, conforme o art. 1.703 do Código Civil. É cediço que a análise das alegações de ambas as partes não cabe nesta estrita sede de Agravo de Instrumento, sendo patente a necessidade de dilação probatória na ação principal, não se podendo, nos limites deste recurso, pretender substituir a atividade jurisdicional de primeiro grau devidamente prestada, sob pena de subversão do devido processo legal. Aquela é a instância adequada para a apreciação liminar e superficial da lide, porquanto em contato direto com os elementos probatórios e em melhores condições para tal exame. A concessão ou o indeferimento de liminar se insere no âmbito de conhecimento que a lei confere ao julgador monocrático, de modo que a sua reforma só se justifica se teratológica a decisão, ou manifestamente contrária à prova dos autos ou à lei. Inteligência da súmula 59 do TJERJ. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Agravo de Instrumento AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0043108-89.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Juarez Folhes. Julgamento: 8-10-2014. Décima Quarta Câmara Cível).

[242](#) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. INADIMPLÊNCIA DO DÉBITO ALIMENTAR. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA N. 309/STJ. REGULARIDADE DA ORDEM DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO *WRIT*. 1. O débito recente, para fins de aplicação do art. 733 do CPC, compreende as prestações vencidas nos três meses anteriores à propositura da execução, incluídas as que se vencerem no decorrer do referido processo, conforme dispõe a Súmula n. 309/STJ. 2. No caso em exame, o decreto de prisão não se refere a parcelas pretéritas, mas as que se venceram no curso do processo. 3. As questões relativas à eventual dificuldade enfrentada pelo devedor de alimentos para o adimplemento da obrigação e à ausência de necessidade premente por parte da credora dos alimentos devem ser discutidas nos autos da ação revisional de alimentos, tendo em vista a impossibilidade de dilação probatória no âmbito do *habeas corpus*. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (Superior Tribunal de Justiça. Processo AgRg no HC 302217/SE. Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. 2014/0212466-0. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Data do julgamento: 2-10-2014. Data da publicação/Fonte: *DJe* 10-10-2014).

[243](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO CONSENSUALMENTE AJUIZADA. DETERMINAÇÃO DE REVISÃO DA CLÁUSULA QUE TRATA DA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS ÀS FILHAS OU DAQUELA QUE TRATA DO ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. DESNECESSIDADE.... Ver íntegra da ementa AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. Inexiste incompatibilidade entre o

estabelecimento da guarda compartilhada e a estipulação de alimentos a serem alcançados por um dos genitores, sendo desnecessária a revisão de cláusulas do acordo entabulado respeitantes a essas questões, objetivando as partes a homologação. Agravo de Instrumento PROVIDO (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70061238838. Oitava Câmara Cível. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 20-11-2014).

[244](#) RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. SENTENÇA EM REVISIONAL EXONERATÓRIA QUANTO ÀS FILHAS MAIORES. PENSÃO DEVIDA À EX-MULHER. MATÉRIA DE FATO COMPLEXA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não cabe a execução, pelo rito do art. 733 do CPC, de prestações alimentícias posteriores à data da citação, na hipótese de ter sido julgada procedente a ação revisional. 2. Ação revisional julgada improcedente em relação à ex-mulher. Prestações cobradas vencidas no curso da execução. Súmula n. 309/STJ. Legalidade do decreto de prisão quanto a esta parte da dívida alimentar. 3. Não é o *habeas corpus* a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor dos alimentos e o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes. 4. Recurso ordinário parcialmente provido (Superior Tribunal de Justiça. RHC 31922/PA. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. 2012/0004868-7. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Data do julgamento: 16-5-2013. Data da publicação/Fonte: *DJe* 24-5-2013).

[245](#) Apelação cível. Exoneração de alimentos. Divórcio consensual anterior. Alegação do cônjuge varão de redução das possibilidades financeiras, por ter assumido o compromisso de pagar sozinho as despesas do filho, apesar de existir guarda compartilhada e ter assumido várias dívidas, não devendo a obrigação alimentar a sua ex-mulher subsistir, diante do lapso de tempo da prestação da obrigação, por se tratar de mulher jovem e saudável. Sentença de procedência do pedido, ao fundamento de que a pensão alimentícia objetiva assegurar ao ex-cônjuge tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, sendo o pagamento perpétuo possível em situações excepcionais, quando há incapacidade permanente ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho, o que não se aplica à hipótese, por demonstrado que a ré, ora apelante, está inserida no mercado de trabalho, sendo mulher jovem, que por mérito e esforço próprio pode ascender e melhorar sua condição financeira, tendo o autor arcado com o pagamento da pensão por mais de três anos, tempo suficiente para que a alimentanda revertesse a condição desfavorável, sendo desnecessária a comprovação da alteração do binômio necessidade/possibilidade, quando a pensão não for fixada por prazo certo, não tendo a apelante comprovado o alegado quadro de depressão. Documentos trazidos aos autos que comprovam não ter a apelante envidado qualquer esforço para obter qualquer melhoria em sua condição financeira, mas, ao contrário, uma intensa vida social. Sentença em conformidade com a jurisprudência do STJ. Sentença mantida (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso [0482238-23.2011.8.19.0001](#) – Apelação. Des. Nanci Mahfuz. Julgamento: 7-2-2014. Décima Segunda Câmara Cível).

[246](#) GARDNER, Richard. Parental Alienation Syndrome: past, present and future. International Conference on the Parental Alienation Syndrome. Frankfurt/Main, Germany: October 18-19, 2002. Disponível em: <http://www.rgardner.com/refs/ar22.html>>. Acesso em: 13 set. 2007.

[247](#) Vide <www.apase.org.br>.

[248](#) SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções judiciais concretas contra a pernicioso prática da alienação parental, in *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 15.

[249](#) Síndrome da alienação parental: a perspectiva do serviço social, in *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 83.

[250](#) Maria Berenice Dias no Prefácio da obra *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 12.

[251](#) Rosana Barbosa Cipriano Simão in Soluções judiciais concretas contra a pernicioso prática da alienação parental, in *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 15.

[252](#) APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL QUE OBJETIVA O RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA GENITORA. AÇÃO PRINCIPAL ONDE O PAI REQUER A GUARDA DO FILHO COMUM, MENOR IMPÚBERE. SENTENÇA QUE, BASEADA EM ESTUDOS PSICOSSOCIAIS REALIZADOS NOS AUTOS, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. DESPROVIMENTO DO RECURSO. – Segundo a Lei 12.318/2010, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. – Muito embora os genitores demonstrem travar relação conflituosa, não se vislumbraram atos de gravidade a ponto de configurar a prática de alienação parental, uma vez que minuciosos estudos psicológicos concluíram pela preservação dos laços afetivos entre o filho e ambos os pais. – Para a configuração da alienação, revela-se insuficiente a mera tentativa ou intenção de afastamento do outro, mas se torna necessário que os atos conduzam ao visível resultado de aniquilamento da convivência harmoniosa do menor com um dos genitores (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0185123-83.2011.8.19.0001 – Apelação. Des. Eduardo de Azevedo Paiva. Julgamento: 26-11-2014. Décima Oitava Câmara Cível).

[253](#) Família. Guarda de criança de 6 anos. Situação de risco. Deferimento em favor do pai. Hematomas no braço direito da criança registrados pelo Conselho Tutelar. Alegada agressão praticada pela mãe. Criança que, atualmente, está matriculada em instituição de ensino próxima à residência do genitor. Descabida mais uma alteração abrupta na rotina do infante. Síndrome de alienação parental que, por ora, não ficou caracterizada. Alegação de incompetência absoluta. Matéria não apreciada pelo juiz de primeiro grau. Impossibilidade de conhecimento por este Tribunal, sob pena de caracterizar supressão de instância. Prevalência do interesse do menor. Impossibilidade de, nesta fase inicial do processo, o Tribunal interferir em temas que demandam produção de provas durante a instrução na primeira instância. Incidência da Súmula 58 do TJ-RJ. Agravo de instrumento desprovido (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0049715-21.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgamento: 10-12-2014. Décima Câmara Cível).

[254](#) APELAÇÃO CÍVEL. ORDINÁRIA. FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. MENOR, ATUALMENTE, COM 5

(CINCO) ANOS DE IDADE. DEMANDA MOVIDA PELO GENITOR EM FACE DA MÃE, ALEGANDO A PRÁTICA DE ÓBICES E IMPEDIMENTOS, PELA RÉ, PARA SUA CONVIVÊNCIA COM O INFANTE. PROVA PERICIAL CONSUBSTANCIADA EM ESTUDO PSICOLÓGICO, CUJA CONCLUSÃO APONTA PARA A OCORRÊNCIA DE ATOS DE ALIJAMENTO PATERNO, CONFIGURADORES DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA GENITORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, DEFERINDO O CONVÍVIO DO DEMANDANTE COM O FILHO, COM PERNOITE A PARTIR DO QUARTO MÊS. RECURSO DEFENSIVO QUE REEDITA ALEGAÇÕES DE MAUS-TRATOS E RISCO À SAÚDE DO MENOR APÓS A PRIMEIRA VISITAÇÃO DO PAI. DETERMINAÇÃO PELO JUÍZO DA REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIOPSICOLÓGICO COM OS PAIS E COM O MENOR. LAUDO TÉCNICO ELABORADO QUE RATIFICA A POSTURA NOCIVA E INADEQUADA DA DETENTORA DA GUARDA, CONTRIBUINDO PARA A DEFORMIDADE PSICOEMOCIONAL DA CRIANÇA EM RELAÇÃO À FIGURA PATERNA, SOBRETUDO TRATANDO-SE DE MENOR DO SEXO MASCULINO. QUADRO FÁTICO A RETRATAR HIPÓTESE DE “SEQUESTRO PSICOLÓGICO”, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS DESCONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR (ART. 333, II, DO CPC). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. CONHECIMENTO E NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO APELO (ART. 557, CAPUT, DO CPC) (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0002382-54.2011.8.19.0008 – Apelação. Des. Mauro Dickstein. Julgamento: 11-11-2014. Décima Sexta Câmara Cível).

[255](#) Apelação Cível. Declaratória de alienação parental com pedido de destituição do poder familiar. Avó paterna que invoca estar ocorrendo alienação parental pelo fato de a mãe de seu neto estar colocando embaraços para o cumprimento de acordo de visitação homologado em outro feito. Sentença que, de acordo com parecer do Ministério Público, indeferiu a inicial, entendendo que o pedido deveria ser formulado naquela ação. Eventual alienação que decorreria da tentativa de descumprimento das regras de visitação estabelecidas no acordo entabulado entre as partes na ação de visitação. Matéria, como um todo, que deve ser apreciada pelo Juízo que homologou o referido acordo, inclusive com a eventual declaração de “alienação parental”. Ausência de nulidade na sentença que, assim, deve ser mantida. Desprovimento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0003824-89.2012.8.19.0050 – Apelação. Des. Gilberto Dutra Moreira. Julgamento: 3-12-2014. Décima Câmara Cível).

[256](#) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA E VISITAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. MANUTENÇÃO DA GUARDA DA MENOR COM A GENITORA. INCONFORMISMO DA GENITORA RÉ, ORA APELANTE, COM OS TERMOS E CONDIÇÕES DA VISITAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PROVA INEQUÍVOCA A JUSTIFICAR A SUSPENSÃO, AINDA QUE PROVISÓRIA, DA VISITAÇÃO. ALEGAÇÃO PELA APELANTE DE PRÁTICA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PERPETRADA PELO GENITOR PAI, ORA APELADO, CONTRA A FILHA MENOR. ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO POLICIAL INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO VISLUMBROU JUSTA CAUSA PARA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INDÍCIO DE PRÁTICA DE CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA PELA APELANTE. EXTRAÇÃO DE CÓPIAS DO REFERIDO PROCEDIMENTO, COM A CONSEQUENTE REMESSA À DELEGACIA POLICIAL LOCAL, PARA APURAÇÃO DOS FATOS. DESAPARECIMENTO DA GENITORA, ORA APELANTE, BEM COMO DA MENOR. INVESTIGAÇÃO DE CRIME DE SUBTRAÇÃO DE MENOR. DESCUMPRIMENTO DOS TERMOS E CONDIÇÕES DA VISITAÇÃO FIXADOS EM SENTENÇA. INVERSÃO DA GUARDA EM FAVOR DO PAI, ORA APELADO. FORTES INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. INVIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA ESPECIAL. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.

DESPROVIMENTO DO RECURSO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0021010-36.2012.8.19.0209 – Apelação. Des. André Andrade. Julgamento: 5-11-2014. Sétima Câmara Cível).

[257](#) Mecanismo desenvolvido no Rio Grande do Sul pelo então Magistrado José Antonio Daltoé Cezar (atualmente Desembargador), que preconiza uma oitiva da criança de forma resguardada, em sala diversa da sala de audiência, acompanhada por um profissional de psicologia ou serviço social, devidamente capacitado para perguntas abertas e não indutivas, que busca esclarecer os fatos e depois repassar perguntas do juiz e advogados através de ponto eletrônico, com vistas a evitar a exposição da criança a perguntas inapropriadas, e que fica registrada no processo judicial através de gravação em CD. Vide CÉZAR, José Antonio Daltoé. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[258](#) Recomendação 33/2010 do CNJ.

[259](#) Art. 5º, § 1º, da Lei n. 12.318/2010.

[260](#) Nos Estados Unidos a avaliação física da criança é realizada em grande número por enfermeiros treinados, que fotografam as lesões, se houver.

[261](#) APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO ALTERNATIVO DE AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS DO PAI À FILHA. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PERPETRADA PELA MÃE-GUARDIÃ. PROVA TESTEMUNHAL. OITIVA DAS PERITAS PSICÓLOGAS E ASSISTENTES SOCIAIS. NECESSIDADE. AGRAVO RETIDO. PROVIMENTO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO À FASE INSTRUTÓRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE DE INCAPAZ. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA. INOBSERVÂNCIA. PRIMEIRO RECURSO PROVIDO. DEMAIS RECURSOS PREJUDICADOS. I. Considerando que se está diante dos interesses de uma criança hoje com oito anos de idade, vítima de disputa acirrada, conflitos e discórdias travadas por seus pais desde o seu nascimento, as questões levantadas pelo Agravante, em especial, a alegada alienação parental, devem ser dirimidas, por meio de provas contundentes, dentre elas, a testemunhal e oitiva de psicólogas e assistentes sociais que acompanham o caso concreto. II. A prova testemunhal e diligências requeridas conduziram a uma decisão, seja em relação ao pedido de guarda compartilhada, seja quanto ao pedido de ampliação do direito de visita, mais adequada à realidade das partes e, principalmente, visando ao melhor interesse da criança. III. Compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse de incapaz. IV. Tendo sido mitigada a oportunidade do Ministério Público de se manifestar acerca do mérito dos pedidos iniciais de guarda compartilhada ou ampliação de visitas do pai à filha, a declaração de nulidade do processo é medida que se impõe, à luz do art. 84 do CPC (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: Apelação Cível: 1.0024.07.800689-7/003. Rel. Des. Washington Ferreira. Data de julgamento: 26-3-2013. Data da publicação: 5-4-2013).

[262](#) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE OS PAIS. FILHO MENOR. ALIENAÇÃO PARENTAL NÃO ANALISADA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA QUE SE ACOLHE. Verificado que à parte autora não foi oportunizada a dilação probatória quanto à alegação de alienação parental, imperativa a desconstituição da sentença para reabrir a instrução do processo. RECURSO DO AUTOR QUE SE DÁ PROVIMENTO. PREJUDICADO O APELO DA PARTE RÉ (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0003764-19.2010.8.19.0008 – Apelação. Des. Carlos Azeredo de Araujo. Julgamento: 2-12-2014. Nona Câmara Cível).

[263](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FILHA MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA MATERNA. ALTERAÇÃO DAS VISITAS DO GENITOR. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO

PARENTAL PERPETRADA PELA MÃE. A manutenção das visitas na forma estabelecida visa, primordialmente, à saúde física e mental da menina, devendo permanecer o *status quo* para melhor analisar os fatos, aguardando-se regular instrução do feito. Agravo de instrumento desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70062038427. Sétima Câmara Cível. Rel. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em: 26-11-2014).

[264](#) AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. DISPUTA ENTRE OS PAIS. ACUSAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PEDIDOS DE REVERSÃO DA GUARDA E DE SUSPENSÃO DAS VISITAS ATÉ CONCLUSÃO DOS LAUDOS PSICOSSOCIAIS. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. O principal interesse a ser preservado é o da criança, que tem direito de ter uma vida digna e ser amada e respeitada tanto pelo pai, como pela mãe, não podendo ser transformada em um troféu a ser conquistado, em meio a uma disputa insana, com requintes de deslealdade. 3. Se genitora exerce a guarda da criança, que lhe foi assegurada provisoriamente e não há razão para ser alterada, então cabe ao genitor o direito de também conviver com a sua filha, pois ambos, por igual, devem exercer o poder familiar, isto é, acompanhar o desenvolvimento físico e emocional da filha. 4. A visitação deve ser exercida com zelo e responsabilidade e deve proporcionar para a filha momentos de lazer, afetividade e descontração, permitindo uma convivência saudável entre a filha e o genitor não guardião, não havendo razão alguma para que sejam suspensas. 5. Caso os estudos periciais apontem comportamento lesivo para a criança, seja de parte da genitora, seja de parte do genitor, providências enérgicas poderão ser adotadas, que passam tanto a suspensão das visitas como também a reversão da guarda, pois a criança deverá ser protegida e ter sua integridade física e emocional preservada. Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70062641675. Sétima Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26-11-2014).

[265](#) CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA INTENTADA NO JUÍZO DE FAMÍLIA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA UMA DAS VARAS CÍVEIS. PLEITO DE CUNHO INDENIZATÓRIO FUNDAMENTADO NA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ATENÇÃO À NORMATIVA INSERTA NO ARTIGO 85, I, ALÍNEA A, DO CODJERJ (CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO). O JUÍZO DE FAMÍLIA É COMPETENTE PARA PROCESSAR NÃO SÓ AS CAUSAS RELATIVAS AO ESTADO CIVIL, MAS TAMBÉM AS OUTRAS AÇÕES FUNDADAS EM DIREITOS E DEVERES DE UM CÔNJUGE EM RELAÇÃO AO OUTRO E DOS PAIS PARA COM OS FILHOS E DESTES PARA COM AQUELES. ENUNCIADO N. 274 DA SÚMULA DESTE TRIBUNAL. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DA CAPITAL (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0047488-58.2014.8.19.0000 – Conflito de Competência. Des. Guaraci de Campos Vianna. Julgamento: 25-11-2014. Décima Nona Câmara Cível).

[266](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – DECISÃO QUE AMPLIOU DIREITO DE VISITAÇÃO DO GENITOR – AUSÊNCIA DE CARÁTER TERATOLÓGICO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. 1. Insurge-se o agravante contra decisão, que nos autos da ação de regulamentação de visitas, ampliou os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida para estabelecer o convívio do agravado com a menor, semanalmente, alternando-se sábados e domingos, das 10h às 17h. 2. Direito fundamental de toda criança e adolescente manter o convívio com a família, principalmente com a figura dos genitores, para que tenha um desenvolvimento saudável, uma vez que se funda na necessidade de cultivar afeto e firmar vínculos familiares. 3. Convívio familiar que é uma garantia prevista na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente e

tem como objetivo atender ao melhor interesse do menor. 4. De fato, em regra, é salutar para as crianças o convívio regular com os pais, sendo rechaçado pelo Judiciário o afastamento injustificado desde convívio, a fim de se evitar a chamada “alienação parental”. 5. Parecer Ministerial favorável à manutenção do *decisum*. 6. Neste sentido, e considerando inexistir caráter teratológico à concessão deferida em primeira instância, mantenho a decisão recorrida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0034031-56.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Marcelo Lima Buhatem. Julgamento: 7-10-2014. Vigésima Segunda Câmara Cível).

[267](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNAS. DECLARATÓRIA DE PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Corretas as decisões agravadas que “chamaram o feito à ordem” e determinaram o restabelecimento gradual da visitação paterna. Com a vinda da avaliação social, realizada por ocasião da primeira visitação paterna, resta atendida a exigência dos anteriores agravos de instrumento, que determinavam a realização de avaliação psicossocial para retomada da visitação. Ademais, deve ser valorizada a impressão pessoal do juiz de primeira instância, que está em contato com as partes, e, principalmente, considerado o fato de que não há prova das acusações maternas, de prática de abuso sexual pelo pai. NEGARAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento n. 70062255237. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. José Pedro de Oliveira Eckert. Julgado em: 11-12-2014).

[268](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA E VISITAÇÃO, EM FASE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE INVERTEU A GUARDA DA MENOR, FIXOU MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIÁRIA E DETERMINOU A BUSCA E APREENSÃO DA MENOR. ALEGAÇÃO DE ABUSO SEXUAL PERPETRADO PELO GENITOR, ORA AGRAVADO. DENÚNCIAS QUE SE REPETIRAM AO LONGO DO PROCESSO PRINCIPAL E QUE FORAM AFASTADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. INEXISTÊNCIA DE JUSTO MOTIVO PARA O DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA. AGRAVANTE QUE DESAPARECEU COM A MENOR. DECISÕES QUE SE REVELAM ADEQUADAS. MULTA FIXADA PROPORCIONALMENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0032508-09.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. André Andrade. Julgamento: 22-10-2014. Sétima Câmara Cível).

[269](#) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. GUARDA MATERNA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS EM FÉRIAS E FERIADOS. ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO DE ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO PELA GENITORA NO CREAS. I – Inexiste cerceamento de defesa. A avaliação psicológica alcançou o objetivo proposto, ainda que não satisfatório à genitora, não existindo razão para ensejar outra perícia, mormente quando já constatado que a menor se encontra emocionalmente fragilizada com a situação que está vivenciando. II – As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois em regra, são prejudiciais à criança, que tem modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhe transtornos de ordem emocional. Mantida a guarda materna, por ora. II – A regulamentação de visitas materializa o direito dos filhos de conviver com o genitor não guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem afetar as rotinas de vida dos infantes. No caso, possível a ampliação das visitas. Regulamentação em férias e feriados. III – Manutenção de acompanhamento psicológico da demandada no CREAS. IV – Reconhecida a prática de alienação parental, e continuada a conduta alienante da genitora, cabe a aplicação do art. 6º, inciso III, da Lei 12.318/10. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS (Apelação Cível n. 70062154182. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 26-11-2014).

[270](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA TRATAMENTO PSICOLÓGICO VISANDO RESTABELECEER VÍNCULO AFETIVO ENTRE PAI E FILHA. MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AO DOS PAIS. 1. A Constituição da República, no seu art. 227, e o ECA, no seu art. 19, asseguram o direito da criança ao convívio familiar. Compete a ambos os pais o exercício do poder familiar, que consiste no sustento, guarda e educação, em aspecto amplo, dos menores, a fim de protegê-los e proporcioná-los o melhor desenvolvimento possível, tanto no campo afetivo, como social e familiar, visto que isso é elemento fundamental no desenvolvimento da personalidade da criança. 2. Agravado pretende estabelecer o convívio familiar com a filha adolescente, que o repele. Genitor ajuizou ação para regulamentação de visitas há alguns anos, quando a filha era pequena, mas foi obstado por força de acusação de abuso sexual, que não foi comprovado. 3. A lei faculta ao juízo tomar medidas para repelir a prática de atos de alienação parental de forma incidental (art. 6º, *caput*, da Lei 12.318/2010). 4. Juízo *a quo* concluiu pela prática de ato de alienação parental, por isso determinou acompanhamento psicológico da menor com o objeto de restabelecer o vínculo afetivo entre pai e filha, com fulcro no art. 6º, inciso IV, da Lei 12.318/2010. Síndrome da alienação parental consiste na utilização, por um dos genitores, do filho como instrumento de vingança em relação ao outro, implantando falsas memórias no filho. 5. Tratamento psicológico é medida de caráter terapêutico necessária para combater os efeitos nefastos da alienação parental e garantir a incolumidade psíquica e desenvolvimento da menor. 6. Decisão mantida. 7. Desprovisionamento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: [0011808-12.2014.8.19.0000](#) – Agravo de Instrumento. Des. Teresa Castro Neves. Julgamento: 1º-10-2014. Sexta Câmara Cível).

[271](#) UNIÃO ESTÁVEL – DISSOLUÇÃO – GUARDA DO MENOR – Na espécie, a guarda compartilhada é a que se apresenta como a solução que melhor atende ao interesse superior do menor, ao menos enquanto não sejam seus pais trazidos à compreensão do que realmente é o interesse deste, garantindo-lhe convivência, formação e sobrevivência sadias e das quais não venham amanhã a se envergonhar ou, o que seria pior, acabem por impedir-lhe um desenvolvimento adequado – Recurso parcialmente provido neste aspecto (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 58115445. São Carlos. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Caetano Lagrasta Neto – 22-10-2008. Voto n. 16824).

[272](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. LIMINAR. CABIMENTO. Caso no qual restaram bem provados, através dos relatos das Conselheiras Tutelares e Assistentes sociais da Comarca de origem, dando conta da postura agressiva do genitor até então guardião. Ainda, há indicativos de atos de alienação parental praticados pelo pai, com a colocação de todo o tipo de óbice à visitação materna, e inclusive ameaças à integridade física dos envolvidos. Restou bem demonstrado, por igual, que a genitora tem condições de exercer a guarda dos filhos. Na hipótese, a reversão da guarda em prol da genitora é a solução mais adequada ao contexto do caso. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento n. 70061812608. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. José Pedro de Oliveira Eckert. Julgado em: 11-12-2014).

[273](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. REVERSÃO DA GUARDA DA FILHA MENOR EM FAVOR DO GENITOR. MANUTENÇÃO. Caso em que, diante da constatação de que a genitora estava criando obstáculos à convivência paterno-filial e que seu comportamento sugere a ocorrência de alienação parental, restou revertida a guarda da infante em favor do genitor, arranjo que se estabeleceu há dez meses, razão por que deve ser mantido, não havendo sequer notícia de que possa estar submetida a qualquer situação de risco. Agravo de Instrumento DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 70062402672. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 18-12-2014).

[274](#) AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. DISPUTA ENTRE OS PAIS. ACUSAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PEDIDOS DE REVERSÃO DA GUARDA E DE SUSPENSÃO DAS VISITAS

ATÉ CONCLUSÃO DOS LAUDOS PSICOSSOCIAIS. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. O principal interesse a ser preservado é o da criança, que tem direito de ter uma vida digna e ser amada e respeitada tanto pelo pai, como pela mãe, não podendo ser transformada em um troféu a ser conquistado, em meio a uma disputa insana, com requintes de deslealdade. 3. Se genitora exerce a guarda da criança, que lhe foi assegurada provisoriamente e não há razão para ser alterada, então cabe ao genitor o direito de também conviver

com a sua filha, pois ambos, por igual, devem exercer o poder familiar, isto é, acompanhar o desenvolvimento físico e emocional da filha. 4. A visitação deve ser exercida com zelo e responsabilidade e deve proporcionar para a filha momentos de lazer, afetividade e descontração, permitindo uma convivência saudável entre a filha e o genitor não guardião, não havendo razão alguma para que sejam suspensas. 5. Caso os estudos periciais apontem comportamento lesivo para a criança, seja de parte da genitora, seja de parte do genitor, providências enérgicas poderão ser adotadas, que passam tanto a suspensão das visitas como também a reversão da guarda, pois a criança deverá ser protegida e ter sua integridade física e emocional preservada. Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70062641675. Sétima Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26-11-2014).

[275](#) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AÇÃO PROPOSTA ONDE O DETENTOR DA GUARDA NÃO MAIS TEM DOMICÍLIO. ENVIO DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. 1. Consoante se verifica das informações prestadas pelos Juízos suscitados, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do Código de Processo Civil. 2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositura da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, lá deveria ter se dado, consoante entenderam os Juízos suscitados. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetivada a citação. Incidência do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Os conflitos de competência apontados pelo embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia Corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o feito, o que não ocorre nos autos. 4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se subsumindo a irresignação em análise a alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece ressonância a insurgência em questão. 5. Embargos de declaração rejeitados (Superior Tribunal de Justiça. EDcl no CC 108689/PE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2009/0214953-5. Rel. Min. Raul Araújo. S2 – Segunda Seção. Data do julgamento: 10-11-2010. *DJe* 18-11-2010).

[276](#) APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA E REDUÇÃO DE ALIMENTOS PELO GENITOR. I – Não procede o pedido de guarda compartilhada, porquanto o genitor não possui condições para exercer o compartilhamento. É usuário de drogas e não adere ao tratamento proposto. II – A verba alimentar deve ser fixada na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, o que significa dizer, por outras palavras, que os alimentos devem ser fixados observando-se ao binômio necessidade-possibilidade. No caso, sopesado o binômio alimentar, bem equacionados os alimentos. RECURSO DESPROVIDO (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70062424791. Sétima Câmara Cível. Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 17-12-2014).

AGRAVO. INVERSÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DECISÃO QUE REGULAMENTOU PROVISORIAMENTE A VISITAÇÃO PATERNA EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS, NO MUNICÍPIO ONDE RESIDE O MENOR, SEM PERNOITE E SOMENTE AOS DOMINGOS. MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE. SÚMULA 59 TJRJ. PRECEDENTES DA CORTE. Como cediço, a guarda provisória, como medida liminar, se insere no poder discricionário do julgador monocrático, que só merece interferência da instância revisora quando se tratar de decisão teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos, o que não ocorreu na hipótese. A decisão impugnada teve por escopo salvaguardar o direito do adolescente envolvido, considerando a vontade dele próprio manifestada em audiência e a existência de relatos de violência doméstica contra a genitora e contra o menor. Assim, até que sejam produzidas as provas pertinentes, com exame mais apurado da situação fática envolvida, no resguardo da supremacia do interesse do adolescente, deve ser mantida a visitação na forma estabelecida, pelos mesmos fundamentos adotados pelo

magistrado de primeira instância. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO NOS TERMOS DO ART. 557 DO CPC (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 0059554-70.2014.8.19.0000 – Agravo de Instrumento. Des. Ferdinando do Nascimento. Julgamento: 18-8-2015. Décima Nona Câmara Cível).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. LIMINAR. CABIMENTO. Caso no qual restaram bem provados, através dos relatos das Conselheiras Tutelares e Assistentes sociais da Comarca de origem, dando conta da postura agressiva do genitor até então guardião. Ainda, há indicativos de atos de alienação parental praticados pelo pai, com a colocação de todo o tipo de óbice à visitação materna, e inclusive ameaças à integridade física dos envolvidos. Restou bem demonstrado, por igual, que a genitora tem condições de exercer a guarda dos filhos. Na hipótese, a reversão da guarda em prol da genitora é a solução mais adequada ao contexto do caso. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento n. 70061812608. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. José Pedro de Oliveira Eckert. Julgado em: 11-12-2014).

[277](#) APELAÇÃO CÍVEL. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE COMPARTILHADA PARA UNILATERAL. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA CONCEDIDA AO DEMANDADO NA SENTENÇA. INVIABILIDADE. 1. A insurgência foi interposta dentro do prazo legal, incidindo na hipótese a Ordem de Serviço n. 03/2014 da Presidência do TJRS, que prorrogou para o dia seguinte os prazos que se venceram em dias de jogos da Copa do Mundo. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 2. A avaliação social realizada na instrução revela que o arranjo atual, de compartilhamento da guarda, estabelecido há mais de quatro anos, está sendo benéfico à infante, que tem sua rotina preservada e convive adequadamente com os genitores, não se justificando a pretendida alteração da guarda para unilateral, em favor da genitora. 3. O genitor demonstrou fazer jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, postulado em contestação, sendo improcedente o pedido de revogação da concessão efetivada na sentença. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO

DESPROVIDA (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70061830410. Oitava Câmara Cível. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 11-12-2014).

278 AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE FAMÍLIA – MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENOR – MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO PARCIAL – GUARDA COMPARTILHADA – Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos – Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a receber a guarda do filho, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, ao possibilitar acompanhamento escolar mais intenso e o tratamento de saúde necessário, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV n. 1.0702.14.001707-1/001. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. Data de julgamento: 28-8-2014. Data da publicação: 3-9-2014).

279 GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

280 AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA – FILHO MENOR – GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS GENITORES – PEDIDO LIMINAR DE ATRIBUIÇÃO DA GUARDA EXCLUSIVA À MÃE – INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO GRAVE E EMERGENCIAL – MANUTENÇÃO DO “STATUS QUO” – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Na definição da guarda, ainda que em caráter liminar, o julgador deve levar em consideração os princípios do melhor interesse da criança, da parentalidade responsável e da proteção integral, observando as peculiaridades do caso concreto. 2. Ausência de provas, ou indícios, da ocorrência de situação grave e emergencial a justificar a modificação liminar da guarda da criança, exercida por ambos os genitores, por acordo celebrado há nove meses. 3. Manutenção do infante sob a guarda compartilhada dos genitores, até que se apure no processo de origem as melhores condições para o seu pleno desenvolvimento. 4. Recurso não provido (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento CV n. 1.0525.13.018132-0/001 – Comarca de Pouso Alegre – Agravante(s): S.A.F.R. – Agravado(a)(s): R.F.R. Rel. Des. Aurea Brasil. Data de julgamento: 7-8-2014. Data da publicação: 13-8-2014).

281 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM ALIMENTOS, GUARDA E PARTILHA DE BENS. REDUÇÃO DO QUANTUM ALIMENTAR. DESCABIMENTO. Em ação que envolve pedido de alimentos, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor pleiteado. Para a redução de tal verba, é necessário comprovar a impossibilidade de arcar com o montante estabelecido. PEDIDO DE DEFERIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. INTERESSE DA CRIANÇA. A guarda deve atender, primordialmente, ao interesse do menor, o qual demonstrou sofrimento quando do exercício da guarda compartilhada, devendo ser mantida a guarda com a genitora. Apelação cível desprovida (Apelação Cível n. 70062260252. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em: 17-12-2014).

282 Menor – Guarda – Suspensão da guarda compartilhada – Estado do litígio incompatível com o instituto – Necessidade de regulamentação das visitas em lugar neutro – Recurso parcialmente provido, com observação (Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 5640164100. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Caetano Lagrasta Neto – 29-7-2009).

283 Agravo de Instrumento. FAMÍLIA. ESTABELECIAMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA DA FILHA MENOR. INVIABILIDADE. AMPLIAÇÃO DO HORÁRIO DE VISITAÇÃO. CABIMENTO. 1. Os elementos informativos carreados ao instrumento, especialmente o parecer social elaborado a partir de entrevistas com os genitores, são suficientes a revelar a inexistência de um

perfeito entendimento entre eles, o que é necessário ao estabelecimento do compartilhamento do encargo da filha menor, que por ora deve continuar sendo exercido unilateralmente pela genitora. 2. Viável, no entanto, a fim de fortalecer os vínculos afetivos saudáveis entre pai e filha, ampliar o horário da visita a ser realizada aos sábados alternados, sem prejuízo da visita na quarta-feira que antecede o final de semana que a menina permanecerá com a genitora. Agravo de Instrumento PARCIALMENTE PROVIDO (Agravo de Instrumento n. 70061595971. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 20-11-2014).

[284](#) GUARDA. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantida a infante sob a guarda paterna, onde já se encontra e vem sendo bem cuidada. 2. É o interesse da criança que deve ser protegido e privilegiado. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas no caso, diante dos conflitos, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70062393152, Sétima Câmara Cível. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 17-12-2014).

[285](#) Menor – Guarda – Fixação provisória de guarda compartilhada – Pretensão de preservar a menor dos constantes conflitos vivenciados a cada contato dos pais na retirada e entrega para visitação, até amedrontar-se maiores elementos sobre o genitor que melhor tem condições de atender aos interesses da criança – Inadequação da medida à situação vivenciada nos autos – Disputa acirrada pela guarda, na qual os contendores demonstram completa falta de comprometimento com os requisitos necessários para a implementação da medida – Atitudes imaturas e egoísticas das partes que não autorizam a alternância imposta – Menor de tenra idade que estaria a experimentar maiores prejuízos com a solução emprestada, ainda que provisoriamente – Inexistência de circunstâncias que justifiquem a alteração da guarda exercida pela mãe – Maus-tratos não comprovados – Necessidade de conscientização dos pais a priorizar as necessidades da infante – Exposição da menor à situação de risco de comprometimento emocional e psíquico, que reclamam a imposição da medida protetiva prevista no artigo 129, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso provido, com observação e imposição de medida protetiva (Tribunal de Justiça de São Paulo. Guaratinguetá. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. José Percival Albano Nogueira Júnior – 12-5-2011 – Votação: Unânime – Voto n. 12605).

[286](#) Agravo de Instrumento. ALTERAÇÃO DE GUARDA. LIMINAR. CABIMENTO. Caso no qual restaram bem provados, através dos relatos das Conselheiras Tutelares e Assistentes sociais da Comarca de origem, dando conta da postura agressiva do genitor até então guardião. Ainda, há indicativos de atos de alienação parental praticados pelo pai, com a colocação de todo o tipo de óbice à visitação materna, e inclusive ameaças à integridade física dos envolvidos. Restou bem demonstrado, por igual, que a genitora tem condições de exercer a guarda dos filhos. Na hipótese, a reversão da guarda em prol da genitora é a solução mais adequada ao contexto do caso. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento n. 70061812608. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Rel. José Pedro de Oliveira Eckert. Julgado em: 11-12-2014).

[287](#) AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE FAMÍLIA – MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENOR – MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DEFERIMENTO PARCIAL – GUARDA COMPARTILHADA – Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos – Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a receber a guarda do filho, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, ao possibilitar acompanhamento escolar mais intenso e o tratamento de saúde necessário, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv [1.0702.14.001707-1/001](#). [0268791-15.2014.8.13.0000 \(1\)](#)). Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. 4ª Câmara Cível. DJ 28-8-2014. Data da publicação: 3-9-2014).

[288](#) GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm. Acesso em: 25 jun. 2012.