

A Lei 13.058/2014 e a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda compartilhada do filho frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Ana Paula Motta COSTA*

Rodrigo Freitas PAIXÃO**

RESUMO: O presente artigo pretende analisar e questionar a possibilidade dada aos genitores pelo artigo 1.584, inciso II, §2º da Lei 13.058/2014 de optar por não exercer a guarda compartilhada dos filhos. Para atingir este objetivo, analisa-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como os institutos do poder familiar e da guarda, expondo sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, conceitos, semelhanças e diferenças, além da sua realidade fática, frente aos objetivos do legislador com a Lei. 13.058/2014.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos de crianças e adolescentes; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; poder familiar; guarda; guarda compartilhada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; – 3. Poder familiar e guarda de filhos; – 3.1. A evolução do poder familiar e da guarda de filhos no ordenamento jurídico brasileiro; – 3.2. Poder familiar; – 3.3. Guarda de filhos; – 3.4. Semelhanças e diferenças entre os institutos do poder familiar e da guarda; – 3.5. A realidade fática brasileira e a intensão do Legislador com a Lei 13.058/2014; – 4. Conclusões.

TITLE: *Law n. 13.058/2014 and the Possibility of One Parent Opting Not to Exercise the Joint Custody of the Child in the Light of the Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent*

ABSTRACT: *The paper intends to analyze and question the possibilities given to the parents by article 1.584, item II, § 2, of Law 13.058/2014 to opt not to exercise the joint custody of the children. In order to achieve this goal, this paper analyses the principle of the best interest of the child and adolescent, as well as the institutes of parental authority and custody, exposing its evolution in the Brazilian legal system, concepts, similarities and differences, as well as its factual reality, within the objectives searched by the legislator of the Law. 13.058/2014.*

KEYWORDS: *Human rights of children and adolescents; principle of the best interest of the child and adolescent; parental authority; custody; joint custody.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Principle of the best interest of the child and adolescent; – 3. Parental authority and custody of children; – 3.1. The evolution of parental authority and child custody in the Brazilian legal system; – 3.2. Parental authority; – 3.3. Child custody; – 3.4. Similarities and differences between the institutes of parental authority and child custody; – 3.5. The Brazilian factual reality and the intensification of the legislator with the Law 13.058 / 2014; – 4. Conclusions.*

* Graduada em Direito pela PUC/RS, Bacharel em Ciências Sociais pela UNISINOS (1990), Pós-graduada em Educação pela UFRGS, Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS e Doutora em Direito pela PUC/RS. Advogada, professora do programa de Pós-graduação - Mestrado - da Faculdade de Direito da UFRGS e do Centro Universitário Ritter dos Reis.

** Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Especialista em direito civil com ênfase em família e sucessões pela Faculdade IDC. Mestrando em Direitos Humanos pela UniRitter com bolsa institucional. Advogado.

1. Introdução

A guarda compartilhada surgiu com o objetivo de minimizar os efeitos negativos que as dissoluções das uniões afetivas trazem às relações entre pais e filhos, sendo, inicialmente, uma forma alternativa ao modelo tradicional da guarda unilateral, quando o genitor não guardião tinha pouco contato e quase nenhuma participação nas decisões relativas à criação e educação dos filhos, os quais ficavam restritas aquele que detinha sua guarda.

Com o objetivo de alterar esta realidade, a Lei nº 11.698/2008 introduziu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro e, posteriormente, a Lei nº 13.058/2014 tornou-a regra, modalidade principal. Segundo o artigo 1.584, inciso II, §2º da nova Lei, a modalidade unilateral somente será aplicada em duas hipóteses: quando um dos genitores não estiver apto a exercer o poder familiar, ou quando um deles não quiser a guarda compartilhada do filho para si.

Essa alteração veio para ratificar a intenção do legislador com a lei anterior e para acabar, ou ao menos abrandar, a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de imposição da guarda compartilhada em ambientes litigiosos, em que não há consenso entre genitores. Esta modificação legislativa também se fundou no entendimento de que a guarda compartilhada é a modalidade que mais bem atende o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, diferentemente da forma unilateral, permite que ambos os genitores participem de maneira ativa e concreta na criação e educação dos filhos, minimizando os efeitos do final da relação entre os pais.

Ora, se a guarda compartilhada é a forma que mais bem atende o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e se a nova legislação impõe sua aplicação mesmo quando os genitores disputam a guarda unilateral, ou quando um busca a guarda compartilhada e o outro a unilateral, por que permitir, nos termos do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil, que a modalidade unilateral seja aplicada, quando um dos genitores não quiser a guarda compartilhada do filho para si? Quais as consequências fáticas e legais para os pais e filhos quando um deles abre mão da guarda? Podem os genitores dispor da guarda dos filhos?

Para responder a esses questionamentos, analisa-se neste artigo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como os institutos do poder familiar e da

guarda, expondo sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, conceitos, semelhanças e diferenças, bem como a realidade fática brasileira destes institutos e os objetivos do legislador com a Lei 13.058/2014.

2. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nasceu do instituto do *parens patriae*, originário do direito inglês que concede ao Estado (anteriormente ao Chanceler e antes dele à Coroa) autoridade para agir em favor daqueles juridicamente limitados e sem a capacidade de reger seus interesses. O instituto do *parens patriae* também é utilizado pelo direito norte-americano com ênfase especial na guarda de crianças e adolescentes, onde é atribuído poder de decisão ao Estado que, por sua vez, delega às Cortes a tarefa de fiscalizar os guardiões de modo a garantir que atuem sempre com base no *best interest* dos seus protegidos.¹

Este princípio foi incluído na Declaração Internacional dos Direitos das Crianças de 1959 e nas legislações de menores e era aplicado sob o enfoque da doutrina da situação irregular, cujo conceito era diferente do adotado pela doutrina da proteção integral. Esta realidade permitiu injustiças, pois “possibilitava a prevalência da visão dos adultos sobre o que seria o melhor interesse daquele que, em tais circunstâncias estariam em situação irregular”.²

A doutrina da situação irregular e sua legislação de menores³ tinham como enfoque dar legitimidade à atuação indiscriminada do Estado sobre os “menores em situação irregular” e restringia-se, na absoluta maioria das vezes, à mera institucionalização.⁴

Francismar Lameza, refere que esta ideia equivocada sobre a tutela dos direitos das crianças e adolescentes era oriunda do poder exercido pelas camadas mais influentes da sociedade, que faziam com que o Estado passasse a realizar o abrigamento sob o argumento de estar agindo em proteção dos interesses da população infanto-juvenil.⁵

¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 44-43

² COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 152-153.

³ No Brasil, a matéria era regulada pelo Código de Menores (Lei 6.697/79) que considerava em “situação irregular” as crianças e os adolescentes que estivessem privados “de condições essenciais à sua subsistência” (artigo 2º, I da Lei 6.697/79) por ação, omissão ou ausência dos pais, bem como por serem autores de infração penal.

⁴ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129.

⁵ LAMENZA, Francismar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado*. Barueri: Minha Editora, 2011. p. 6.

Ou seja, com base em uma visão distorcida, o Estado determinava a colocação das crianças e adolescentes “em situação irregular” nas casas de acolhimento, sob o argumento de que ali eles estariam mais bem atendidos do que na companhia das suas famílias que não tinham condições econômicas de atender suas necessidades.

Marta de Toledo Machado destaca que a classificação dada aos diferentes grupos de crianças e adolescentes pela doutrina da situação irregular e a confusão conceitual entre eles foram os grandes responsáveis pela infração de direitos fundamentais da população infanto-juvenil na época.

Segundo a autora, essa doutrina que fundamentava os diplomas legais da época considerava em “situação irregular” tanto as crianças e adolescentes carentes como as crianças e adolescentes delinquentes, denominando-os de “menores”. Os carentes eram aqueles cuja família, em função da sua condição econômica, não conseguia atender minimamente suas necessidades básicas, ao passo que os delinquentes eram aqueles que, além da precária condição familiar, cometiam crimes. A autora ressalta que, apesar da diferença, todos eram vistos e tratados como delinquentes e colocados em instituições, sob a justificativa da proteção dos seus direitos, quando, na verdade, estavam ali para que não cometessem novos crimes ou, preventivamente, para não se tornarem jovens meliantes.⁶

Assim, as crianças carentes/delinquentes – “menores em situação irregular” – não eram consideradas iguais aos filhos das famílias com melhores condições econômicas – “crianças em situação regular” – e, por isso, possuíam legislação própria, aplicada por instâncias judiciais criadas exclusivamente para este fim e onde lhes eram retiradas “todas as garantias dos autores de crime, inimputáveis em razão da idade, aos quais se passou a negar os mais elementares direitos humanos, como a reserva legal, o contraditório e a ampla defesa, sob o falacioso argumento de que, quando o Estado, mediante a Justiça de Menores, privava-os de liberdade porque cometeram fato típico penalmente, estava sendo adotada uma medida de natureza protetiva e não repressiva”.⁷

⁶ MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003. p. 29-32.

⁷ MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003. p. 47-48.

A doutrina jurídica da proteção integral veio justamente para acabar com os equívocos conceituais e procedimentais da doutrina da situação irregular. Tal doutrina está embasada na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças⁸ (norma internacional, que torna positivos direitos humanos de crianças e adolescentes), na Constituição Federal (prevê em seus artigos 227 e 228 direitos fundamentais de crianças e adolescentes) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90). Os pilares da doutrina da proteção integral são os princípios da prioridade absoluta⁹ e do melhor interesse da criança e do adolescente. Esta doutrina fez com que o público infanto-juvenil deixasse de ser classificado como “menores em situação irregular” ou “crianças em situação regular”, adotando-se a concepção de que todas as crianças, de distintas camadas sociais, estão em processo de desenvolvimento e são sujeitos de direitos subjetivos cuja proteção e efetivação são prioritários em relação aos demais cidadãos, de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, perfazendo um sistema de proteção.¹⁰

Em coerência com o conceito de proteção, diverso do sustentado pela doutrina da situação irregular, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi inserido no art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, segundo o qual: “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”.¹¹

Embora sirva como norte para todas as ações do Poder Público, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, o princípio em comento recebe maior destaque nas disputas judiciais sobre a guarda e fixação do direito de convivência, onde, por vezes, o amor cede lugar ao ódio. É referenciado para que os genitores separem conjugalidade de parentalidade e

⁸ Realizada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil e inserida integralmente no sistema normativo por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

⁹Embora não seja relevante para a resolução do problema objeto deste artigo, em função da sua importância na doutrina da proteção integral, pertinente fazer uma breve exposição. O princípio da prioridade absoluta está disposto no artigo 227 da Constituição Federal e artigos 4º e 100, parágrafo único, inciso II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente e, segundo Andrea Rodrigues Amin, visa a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, por meio da prevalência, tanto na esfera pública como na privada, frente aos direitos dos adultos e do Estado (AMIN, Andréa Rodrigues. In: ANDRADE, Kátia Regina Andrade Maciel (Coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62). Em função disso, está menos ligada à discussão jurídica sobre a guarda e mais à primazia que deve ser dada pelo Estado às políticas sociais públicas visando a proteção e efetivação dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

¹⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. In: ANDRADE, Kátia Regina Andrade Maciel (Coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50.

¹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 06/01/2017

não utilizem os filhos como “moeda de troca”.¹² Independentemente da judicialização do conflito ou da ruptura da relação afetiva, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve servir como direção para o exercício do poder familiar e da guarda pelos pais, pois, segundo o autor, ele “contém em seu bojo o princípio da paternidade responsável”.¹³

Com relação à aplicação pelo Poder Judiciário, Sergio Luiz Kreuz destaca que este princípio “serve como um importante elemento de solução de conflitos em relação à criança, buscando-se sempre o que lhe for mais favorável ao seu desenvolvimento”, devendo ser entendido “como norma, como imperativo, para a concretização de todos os direitos assegurados às crianças e adolescentes”.¹⁴ O autor alerta que, em face do seu “conteúdo amplo e indeterminado, certamente, nem sempre será fácil de, no caso concreto, desvelar o alcance e em que realmente consiste”, destacando a importância da atuação de uma equipe multidisciplinar para que a decisão do juiz não se atenha apenas a questões jurídicas.¹⁵

Trata-se, portanto, de um princípio de aplicação cogente em função da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança pelo Decreto nº 99.710/90 e de natureza especial, como os princípios gerais de direito, devendo ser considerado elemento acessório na utilização da norma. Na sua aplicação, os operadores do direito devem sempre fazer a análise atenta de cada caso e com base em uma interpretação sistemática das normas constitucionais e legais que tratam do direito infanto-juvenil.¹⁶

Sob uma perspectiva interpretativa diferente, Miguel Cillero Buñol classifica o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como um “princípio jurídico garantidor”, pois “as crianças têm o direito de que, antes de ser tomada qualquer medida a seu respeito, sejam adotadas aquelas que protejam seus direitos e não as que os infrinjam”. O autor prossegue destacado que este princípio, como todos os demais, é oriundo de uma legislação e, portanto, sua efetivação deve ocorrer por meio da satisfação dos direitos positivados, mas não com base em algo que esteja além da lei,

¹² PEREIRA, Rodrigo da Silva. *Princípio fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154-155.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Silva. *Princípio fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150.

¹⁴ KREUZ, Sérgio Luiz. *O direito a convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 74

¹⁵ KREUZ, Sérgio Luiz. *O direito a convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25, 44 e 48.

sob pena de se retornar à absoluta discricionariedade da autoridade administrativa e/ou judicial que, destaca-se, imperava na doutrina da situação irregular.¹⁷

Flávio Guimarães Lauria acrescenta o que denomina de “aspecto adjetivo” do princípio em estudo. Segundo o autor, para o respeito total ao princípio do melhor interesse, não basta que a decisão seja proferida com base nele, é preciso que, na prática, seu cumprimento seja efetivado de forma a preservar o interesse das crianças e adolescentes envolvidos,¹⁸ pois sua aplicação também deve ser dar no âmbito do processo civil.

A doutrina e a jurisprudência divergem com relação ao *status* legal atribuído aos tratados internacionais. O entendimento majoritário¹⁹ é de que as regras e princípios neles contidos, mesmo quando integrados ao sistema normativo brasileiro na forma do artigo 5º, §2º da Constituição Federal,²⁰ possuem o mesmo valor das normas constitucionais.

Em contrapartida, ao julgar o RE 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento que apenas os tratados albergados pelo Brasil nos termos do artigo 5º, §3º da Carta Magna²¹ possuem *status* de norma constitucional. Todos os demais, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 45/2004, que não tenham sido aprovados na forma prevista no artigo 5º, §3º da Constituição Federal possuem força de norma supralegal, ou seja, estão abaixo da Carta Magna e acima das leis ordinárias.

Embora a discussão seja de extrema relevância e pertinência, pois diz respeito ao *status* legal das regras e princípios estabelecidos pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o entendimento do Supremo Tribunal Federal coloca o artigo 3.1 do Decreto nº 99.710/90 acima das normas do Código Civil. Tal fato, somado às regras gerais de hermenêutica e interpretação condicionam a aplicação do artigo 1.584, inciso II, § 2º

¹⁷ BUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da convenção internacional sobre os direitos das crianças. In: BELOFF, Mary; MÉNDEZ, Emilio Garcia (Org.). *Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)*. Blumenau: EDIFURB, 2001. p. 101-105.

¹⁸ LAURIA, Flavio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 62.

¹⁹ Este entendimento é sustentado por autores como Valério de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. vol. IV. p. 50-70) e Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. Saraiva: 2006.p. 51-77).

²⁰ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²¹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

do Código Civil à observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tanto em função da sua posição hierárquica legal superior referida, como por ser um mandamento de otimização que, na concepção de Robert Alexy, ordenam que o seu conteúdo “seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.²²

Assim, na perspectiva de que “a liberdade dos adultos no exercício das suas funções está limitada à efetivação de direitos, os quais constituem, em última instância, o interesse de crianças e adolescentes”,²³ o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com natureza de direito humanos, previsto expressamente em Convenção internacional da qual o Brasil é signatário, orienta as ações e decisões dos operadores do direito ao aplicar as normas aos casos concretos, bem como a maneira como os pais devem dirigir a educação e criação dos filhos, ou seja, a forma como exercem a guarda e o poder familiar.

3. Poder familiar e guarda de filhos

Pontes de Miranda já chamava a atenção para a “pouca cultura jurídica” na distinção entre “pátrio poder e guarda”,²⁴ situação que permanece até hoje. Guilherme Gonçalves Strenger alerta para a pouca literatura sobre a guarda de filho no Brasil e a “falha sistêmica em consideráveis prejuízos para o exercício decisório dos Judiciários ou até mesmo para uma boa apreensão lógica desses direitos”,²⁵

A compreensão da diferença destes institutos é essencial para refletir sobre a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda do filho, deixando-a sob o encargo exclusivo do outro.

3.1. A evolução do poder familiar e da guarda de filhos no ordenamento jurídico brasileiro

²² A distinção entre regras e princípios é a base da sua teoria sobre direitos fundamentais de Robert Alexy e o marco para estabelecer os limites e as possibilidades da racionalidade dos direitos fundamentais. Segundo o autor, regras e princípios inserem-se no conceito de norma, porque representam um dever ser e sua diferenciação é “uma distinção entre duas espécies de normas”. Considera os princípios “mandamentos de otimização”, que podem ser “satisfeitos em graus variados”, e as regras “normas que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, concluindo que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 2. triag. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p. 85-91).

²³ COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 153.

²⁴ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*. atual. por ALVES, Wilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001. p. 148.

²⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ editora, 2006. p. 9.

Desde o Código Civil de 1916, os institutos da guarda de filhos²⁶ e do poder familiar sofreram significativas alterações relacionadas às modificações sociais e culturais, bem como aos avanços da doutrina e da legislação internacional na área de proteção dos direitos humanos, recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, legislação especial e pelo Código Civil de 2002.

No Código Civil de 1916 (já com a alteração dada pela *Lei 4.121/62*), na constância do casamento, o denominado pátrio poder era exercido pelo homem “com a colaboração da mulher” (artigo 380), permanecendo inalterado em caso de desquite (artigo 381), quando a guarda dos filhos era fixada com base na vontade das partes (artigo 325) ou, havendo divergência, na culpa ou no sexo dos pais (artigo 326 §1º).²⁷ O juiz ainda poderia determinar que a guarda fosse concedida a outros familiares (artigo 326 §2º), ou de forma diversa da acordada pelos genitores (artigo 327).

A Lei nº 6.515/77 manteve inalteradas as disposições quanto ao pátrio poder, mas, com relação à guarda, revogou os artigos 325 e 326 do Código Civil, preservando o respeito à vontade dos cônjuges (artigo 4º), bem como a culpa e o sexo dos pais como fatores determinantes para a concessão da guarda (artigo 10, *caput* e §1º). Acrescentou-se, no entanto, a questão fática (com quem o filho estivesse residindo caso os genitores estiverem separados de fato há mais de 1 ano – artigo 11) e as hipóteses de doença grave de um dos cônjuges (artigo 12). A Lei ainda preservou o poder discricionário do juiz de estabelecer a guarda de forma diversa da acordada pelos pais (artigo 13).

Criado sob a égide da doutrina da proteção integral, com especial atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e da nova ordem constitucional, o Código Civil de 2002 trouxe modificações significativas nos institutos do pátrio poder e da guarda. Nos termos dos artigos 5º, inciso I, 227, § 6º e 229 da Carta Magna, acabou com a distinção entre filhos legítimos e não legítimos, rompendo a ideia do direito romano do *pater familias* e da *patria potestas* (autoridade concedida ao homem sobre os filhos e a esposa).

²⁶ O presente estudo trabalha apenas a guarda dos filhos e não a guarda de crianças e adolescentes concedida à parentes ou a terceiros

²⁷ Segundo a redação do artigo 326, §1º do Código Civil de 1916, a guarda dos filhos seria atribuída ao cônjuge inocente ou, se ambos fossem culpados pelo fim do casamento, à genitora.

O pátrio poder foi substituindo pelo poder familiar²⁸ fazendo com que a mulher deixe de ocupar um lugar secundário na hierarquia da organização familiar, igualando-se ao homem no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres. Legalmente, a família deixa de ser vista como uma entidade econômica mantida em razão do poder – do pátrio poder –, torna-se eudemonista, unindo-se e se mantendo unida pelo afeto e pela solidariedade, tendo como objetivo o melhor desenvolvimento dos seus membros.²⁹

Ainda com relação ao poder familiar, o Código Civil de 2002, em face do disposto no artigo 229 da Constituição Federal (princípio da igualdade parental), estabeleceu que esse seria exercido de forma conjunta e igualitária pelos genitores (artigos 1.630 e 1.631), destacando que as dissoluções das sociedades conjugais “não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (artigo 1.632), determinação que foi reforçada nos artigos 1.634 *caput* e 1.636.

No que tange à guarda de filhos, em atenção ao artigo 5º, inciso I da Carta Magna (princípios da igualdade de gênero) e à doutrina da proteção integral, a Lei Civil de 2002 trouxe modificações significativas, mantendo a autonomia da vontade dos genitores em caso de consenso (artigo 1.583) e sendo estabelecido que, havendo divergência, a guarda do filho seria atribuída ao genitor que “revelar melhores condições para exercê-la” (artigo 1.584, *caput*). O Código também preservou a autoridade do magistrado de estabelecer a guarda de forma diversa da acordada entre os genitores, ou concedê-la para outra pessoa, preferencialmente um familiar, capacitado para esta função (artigo 1.584, parágrafo único), quando verificar que a escolha dos genitores não atende ao princípio do melhor interesse dos filhos, ou que nenhum deles têm condições de ser o guardião.

Posteriormente, a Lei nº 11.698/08, atribuiu nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 e introduziu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, preferindo-a em relação à modalidade unilateral e estabelecendo que aquela deveria ser estabelecida “sempre que possível” (artigos 1.583 e 1.584). Para estipular a espécie de guarda, portanto, o juiz levaria em consideração “as necessidades específicas

²⁸ Embora o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente falem em “poder familiar” esta denominação é criticada por diversos doutrinadores como Marcos Alves da Silva, Ana Carolina Brochado, Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, Flávio Tartuce entre outros que fundamentam estar a expressão “poder” ainda muito ligada à autoridade absoluta do *pater familias*, preferindo o termo “autoridade parental” por ser mais condizente com a natureza de um direito e dever (neste caso com relação aos filhos) deste instituto.

²⁹ SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45-58.

do filho”. No caso da guarda unilateral, a Lei reproduziu a previsão original do Código Civil de 2002, dispôs que ela deveria ser concedida ao genitor que tivesse melhores condições de exercê-la, relacionou os fatores a serem considerados pelo magistrado (artigo 1.583 §2º e incisos) e manteve o direito de visitar e ter os filhos em companhia (artigo 1.589), reforçando, no artigo 1.583, §3º, o dever de “supervisionar os interesses dos filhos”.

Quanto ao poder familiar, a Lei preservou a imutabilidade e a redação dos artigos 1.630 e 1.632 do Código Civil de 2002, sendo acrescida, no entanto, a disposição do artigo 1.583, § 1º que estabelece que a guarda compartilhada configura “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”, entendimento reforçado na sequência pelo artigo 1.584, inciso II, §1º que fala em “similitude de deveres e direitos atribuídos” dos pais em relação aos filhos na guarda compartilhada.

Atualmente, a Lei nº 13.058/14, que também alterou os dispositivos do Código Civil de 2002 (artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634), estabeleceu a guarda compartilhada como regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, prevendo no artigo 1.584, inciso II, §2º os dois únicos casos em que ela não será aplicada pelo juiz: quando um dos genitores não estiver apto a exercer o poder familiar, ou quando um deles “declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Em todas as demais hipóteses, mesmo sem o consenso dos pais, a Lei dispõe que o juiz deverá estabelecer a guarda compartilhada. Nos casos da guarda unilateral, a legislação manteve a obrigação da Lei anterior do genitor não guardião de “supervisionar os interesses dos filhos” e o direito de tê-lo em sua companhia e guarda (artigo 1.583 §5º e 1.589). Quanto ao poder familiar, reforçou sua imutabilidade disposta nos artigos 1.630 e 1.631, referindo no artigo 1.634 que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (...)”.

Nestes termos, verifica-se que o Código Civil de 2002 atualmente alberga apenas duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada, cujos conceitos serão devidamente trabalhados no transcorrer deste estudo. Mais ainda, com a redação dada pela Lei 13.058/14, ao menos do ponto de vista legal, a legislação civil estabelece, de forma clara e incisiva, que a guarda dos filhos será sempre a compartilhada, salvo se um dos genitores não estiver apto a exercer o poder familiar ou não quiser a guarda para si, hipóteses onde será estabelecida a forma unilateral.

A faculdade, prevista pelo legislador, a um dos genitores de não querer a guarda compartilhada do filho e concedê-la exclusivamente ao outro, parece ir na contramão de toda a evolução legal exposta e da própria intenção da lei de restringir o deferimento da guarda unilateral. Esta hipótese retoma o antigo pensamento de que cabe exclusivamente à mãe exercer os direitos e deveres decorrentes da guarda,³⁰ o que não se coaduna com nova concepção de família, tampouco com as normas constitucionais que versam sobre a igualdade de gênero (artigo 5º, I) e a obrigação conjunta dos genitores de cuidar e educar os filhos (artigo 229). Esta possibilidade de escolha dada pela lei, aparentemente, também retrocede em relação à doutrina da proteção integral, em especial ao princípio do melhor interesse da criança, uma vez que, em regra, é preferível para os filhos que ambos os pais sejam presentes nas suas vidas e participem conjuntamente da sua criação e educação, o que fica prejudicado quando um deles opta por não ser o guardião.

3.2. Poder familiar

O poder familiar vige durante a menoridade dos filhos, que pode ser abreviada em face da emancipação e configura uma determinação de ordem pública, um dever dos pais para com os filhos, exercido de forma conjunta por aqueles, ou unilateral na falta ou impossibilidade de um deles. Tem base e foco constitucionais, devendo ser desempenhado sob a ótica do melhor interesse da prole, cuja vulnerabilidade e dependência compõem a natureza jurídica deste instituto.³¹ Antes da Constituição Federal, Edgar de Moura Bittencourt³² já destacava que, “no balanceamento dos direitos e deveres do pátrio poder, há sempre que prevalecer o interesse dos filhos”.

O poder familiar decorre da parentalidade e não da conjugalidade e, portanto, conforme já referido, legalmente, não sofre qualquer alteração em decorrência do final da relação afetiva dos genitores, permanecendo hígidos todos os direitos e deveres dele decorrentes dos pais em relação aos filhos. Estes direitos e deveres estão previstos nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal, artigo 22 Estatuto da Criança e do Adolescente e nos artigos 1.634 e incisos e 1.689, ambos do Código Civil.

³⁰ Salvo raras exceções, o que se verifica na prática forense são pais optando por não exercer a guarda dos filhos, restringindo sua função parental ao fornecimento de pensão alimentícia e a uma convivência semanal e em finais de semana alternados.

³¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 675-683.

³² BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: EUD, 1981. p. 24.

Quando a guarda é concedida apenas a um dos genitores em função do término da relação, surge para o outro os direitos de companhia e visita, bem como o de participar das decisões importantes que dizem respeito ao filho, podendo recorrer ao juiz quando houver um descordo insuperável. Este direito de visita e companhia não é absoluto, pois deve ser exercido conforme o interesse do filho e com base na vontade dos genitores.³³

O conteúdo do poder familiar se divide em dois setores: quanto à pessoa e quando aos bens dos filhos³⁴. O primeiro está disposto nos incisos do artigo 1.634 do Código Civil e diz respeito à criação, educação, indicação de tutor por testamento, exigir respeito e obediência, bem como permissões e representação em função da incapacidade civil. O segundo refere-se à administração e usufruto do patrimônio dos filhos pelos pais e está regrado pelos artigos 1.689 a 1.693 do Código Civil.

Conrado Paulino da Rosa adverte que estes deveres dos pais relativos à pessoa dos filhos não se restringem a assistir, criar e educá-los, “se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes”.³⁵ A intensidade do exercício do poder familiar diminui na medida em que o filho desenvolve sua capacidade de escolha, ou seja, quando se tornam menos vulneráveis e dependentes dos pais.³⁶

O poder familiar é um direito/dever indisponível, irrenunciável, inalienável e imprescritível, pois aos pais é defeso optar por não exercê-lo, não pode ser transferido para terceiros, tampouco perde a validade quando não desempenhado,³⁷ pois, caso contrário, estar-se-ia permitindo os pais eximirem-se de dever imposto pelo Estado.³⁸ Esta irrenunciabilidade está diretamente ligada à proximidade com os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, pois estes direitos geram um dever fundamental aos pais que, por sua natureza, não pode ser renunciado.³⁹

³³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298-299.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 620.

³⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 308.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298-299.

³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituição de direito civil*. 14. ed. rev. e atual. por PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 423.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. De acordo com a Lei n. 12.847/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.419.

³⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 310.

Ainda quanto à irrenunciabilidade do poder familiar, Arnaldo Rizzardo preleciona que, em função deste *munus* público, cabe ao Estado fiscalizar seu exercício, pois “a ordem social e o desenvolvimento sadio de um povo dependem em muito do perfeito encaminhamento daqueles que, por não terem atingido a maturidade do corpo e do espírito, necessitam da assistência e da tutela de seus responsáveis”.⁴⁰

Há uma exceção à irrenunciabilidade, prevista no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ocorre quando os próprios pais requerem em juízo a colocação do filho em família substituta, ou seja, em adoção. Contudo, o deferimento depende de sentença que será proferida somente após a devida análise do caso concreto. Nesta hipótese, o poder familiar é extinto e, em função da adoção, o *munus* público dele decorrente é transferido para os pais adotivos.

Como regra, o poder familiar somente pode ser extinto ou suspenso por meio do procedimento judicial disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e, subsidiariamente, na forma do artigo 152, as do Código de Processo Civil. O Estatuto também expõe em seu artigo 23 que a inexistência ou escassez de recursos materiais não implica na suspensão ou destituição do poder familiar.

Os casos de extinção são apenas aqueles descritos no artigo 1.635 incisos I a V do Código Civil, não se admitindo qualquer outra forma⁴¹. De acordo com este dispositivo de lei, o poder familiar é passível de extinção em função: (I) da morte dos pais ou do filho; (II) da emancipação, (III) pela maioridade civil; (IV) adoção ou; (V) por decisão judicial determinando a destituição do poder familiar na forma do artigo 1.638 do mesmo diploma legal, qual seja: aplicar castigo imoderado ao filho; deixá-lo em situação de abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; ou cometer reiteradamente as faltas que conduziram à suspensão do poder familiar. Diferentemente das primeiras hipóteses que decorrem de fatos naturais ou de pleno direito, a destituição do poder familiar visa muito mais atender os interesses dos filhos do que punir os pais.⁴²

O Estatuto da Criança e do Adolescente também dispõe sobre a destituição, destacando, em seu artigo 23, §2º, que perde o poder familiar aquele genitor(a) condenado por “crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha”, bem como

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 616.

⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302.

⁴² RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. V.6. p. 368.

aquele(a) que, nos termos do artigo 24, descumprir injustificadamente os deveres e obrigações disposta no artigo 22 do Estatuto, quais sejam: não observância dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22 (sustento, guarda, educação e cumprimento de decisões judiciais no interesse dos filhos).

A suspensão do poder familiar também depende de decisão judicial e está prevista no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 1.637 do Código Civil. De acordo com Paulo Lôbo, as hipóteses deste artigo de lei (abuso de autoridade, faltas aos deveres inerentes ao poder familiar, ruína dos bens dos filhos e condenação por sentença irrecorrível por crime cuja pena seja superior a 2 anos de prisão) não excluem outras, cujas faltas “decorram da natureza do poder familiar”, bastando apenas um ato grave para justificar a suspensão. Diferentemente do que ocorre com a extinção, a suspensão pode ser parcial (apenas para alguns atos como ter o filho em sua companhia) ou total, havendo ainda a possibilidade de revisão e revogação judicial quando ficar constatado a superação dos fatores que a justificaram.⁴³

Portanto, em regra, analisando-se o conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado na doutrina da proteção integral, o poder familiar tem caráter de permanência, só sendo extinto ou suspenso em circunstâncias naturais, ou quando seu exercício estiver trazendo prejuízos ao desenvolvimento integral das crianças e adolescentes.

3.3. Guarda de filhos

Reitere-se que a guarda estudada no presente artigo é aquela exercida pelos pais em função do poder familiar e não a guarda desempenhada por familiares ou pessoas em situação de família substituta.

Assim como o poder familiar, a guarda extingue-se com a emancipação ou a maioridade civil dos filhos e sua existência está condicionada à permanência do poder familiar por ao menos um dos genitores. Quando nenhum dos pais pode exercê-lo em função da suspensão, destituição ou morte, o instituto da guarda cede lugar ao da tutela que será exercida na forma disposta nos artigos 1.728 a 1.766 do Código Civil.

Diferentemente do que ocorre com o poder familiar no artigo 1.634 e incisos, o Código Civil não esclarece em seus dispositivos em que consiste a guarda dos filhos para os

⁴³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 304.

genitores durante a constância da vida comum, tampouco quais as modificações, se efetivamente existentes, quando, em função do término da relação, for estabelecida a guarda unilateral. Estabelece somente, nos artigos 1.583, §5º e 1.589 do Código Civil⁴⁴, que esta modalidade dá direito ao genitor não guardião de visitar os filhos, tê-los sob sua companhia e a supervisionar os interesses deles.

Certamente em função dos esforços dos operadores do direito e demais profissionais envolvidos com crianças e adolescentes, que resultaram nas Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, toda a definição do Código Civil dá-se sobre a guarda compartilhada, pouco dispendo sobre os direitos e deveres dos genitores oriundos da guarda, tanto durante a relação como com o fim desta, nos casos em que ficar estabelecida a guarda unilateral do filho.

Talvez esta falta de definição legal tenha ocorrido justamente em decorrência da dificuldade de conceituação e de se especificar quais são os direitos e deveres do genitor guardião e do não guardião. Waldyr Grisard Filho observa ser muito difícil aprimorar um único conceito sobre guarda de filhos⁴⁵, entendimento que é compartilhado por outros autores como Edgar de Moura Bittencourt⁴⁶ e Guilherme Gonçalves Strenger.⁴⁷ Silvana Maria Carbonera⁴⁸ refere que a conceituação da guarda de filhos “é tarefa na qual não se logra total êxito”, pois envolvem vários aspectos que levam à imprecisão conceitual.

Após compilar as considerações de outros autores, Silvana Maria Carbonera conceitua guarda como sendo 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

⁴⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(...)

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

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.

⁴⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.64-65.

⁴⁶ BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: EUD, 1981. p. 1

⁴⁷ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ editora, 2006. p. 20.

⁴⁸ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p.42.

proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”.⁴⁹

A guarda é um direito dos pais, pois a eles é garantida a participação no crescimento, orientação e educação dos filhos, bem como que esses lhes prestem obediência, podendo retê-los no lar, porque são civilmente responsáveis pelos atos deles.⁵⁰ Também é um dever, uma vez que cabe aos genitores criar e educar sua prole, o que, como destaca Flávio Guimarães Lauria, abrange proporcionar “ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades marcada pela necessária convivência sob o mesmo teto”.⁵¹

Ou seja, ser guardião é muito mais do que poder exercer prerrogativas de direito em função ter o filho sob seu teto, sob sua posse, configura uma responsabilidade e um comprometimento de respeitar, proteger e efetivar os todos os direitos fundamentais garantidos por lei à criança e adolescente.⁵²

Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão incluem no instituto da guarda o afeto, a participação e a atenção psicológica aos filhos. Segundo eles, “guardar é, antes de tudo amar; estar presente, na medida do possível, comparecer a atos e festividades escolares e religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, cultura, esporte, política”.⁵³

Apesar desta amplitude conceitual, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz no *caput* do seu artigo 33 uma conceituação que, salvo a parte final, pode ser utilizada como referência legal à guarda exercida pelos genitores, pois engloba de forma ampla os conceitos acima referidos. Dispõe o Estatuto: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

⁴⁹ CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p.47-48.

⁵⁰ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65-66

⁵¹ LAURIA, Flavio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 62.

⁵² AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. 2. ed. 2. reimpre. São Paulo: Atlas, 2010. p.81.

⁵³ LAGRASTA NETO, Fernando, TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96-97.

Durante o casamento ou a união estável não há maiores dificuldades de conceituação, pois, conforme ensina José Fernando Simão, a guarda fica “subsumida ao poder familiar que se exerce conjuntamente por ambos os pais de forma dual e compartilhada”.⁵⁴

Assim como ocorre com o poder familiar, a guarda deve ser sempre exercida com base no melhor interesse dos filhos, princípio norteador de todas as ações que tratam de criança e adolescentes desenvolvidas neste trabalho. Em suma, os genitores devem levar em consideração o que é preferível para os filhos e não para eles, permeando suas ações sempre de forma a proporcionar as melhores condições possíveis⁵⁵ para o adequado desenvolvimento físico, moral, social e intelectual da sua prole.

Havendo a ruptura da relação conjugal, aplicam-se as regras contidas no ordenamento jurídico para determinar judicialmente a modalidade da guarda que, conforme já referido neste estudo, em função da alteração dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil decorrente da Lei nº 13.058/14, pode ser a compartilhada ou a unilateral. A primeira é a regra e deve ser aplicada mesmo diante de litígio e da falta de consenso entre as partes⁵⁶. A segunda é a exceção e apenas será estabelecida se um dos genitores não tiver condições de exercer o poder familiar ou não quiser a guarda do filho para si.

O artigo 1.583, § 1º do Código Civil define a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, acrescentando no §2º que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Rolf Madaleno destaca que nesta modalidade “os pais devem tomar decisões harmoniosas para que os filhos não se lembrem da separação, sendo deles exigida a

⁵⁴ SIMÃO, José Fernando. *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>. Acesso em 05/01/2017

⁵⁵ Condições possíveis, pois o exercício da guarda deve estar de acordo com a condição econômica, disponibilidade de tempo e condição intelectual dos pais. Não se pode exigir que os genitores sempre coloquem os filhos nas melhores escolas ou sejam tratados pelos profissionais mais renomados. É defeso determinar que os pais deixem de trabalhar para ficar mais tempo com seus filhos. Também não é razoável obrigar uma pessoa de baixa instrução, que cresceu sem o adequado amparo familiar, a dar aos filhos a mesma educação e cuidado proporcionados por outra que se desenvolveu em uma condição mais favorável. Fazendo uma analogia ao binômio alimentar (necessidade/possibilidade), deve haver um equilíbrio entre as necessidades dos filhos e as possibilidades dos pais – materiais, físicas e intelectuais – de supri-las.

⁵⁶ O litígio se caracteriza pelo alto grau de animosidade, falta de diálogo e consequente dificuldade de se convergir. A falta de consenso pode ocorrer quanto um dos genitores quiser a guarda unilateral e o outro a compartilhada ou quando ambos quieram a guarda unilateral dos filhos para si.

doação do tempo para cuidados básicos e complementares e perfeita aceitação do gerenciamento dúplice, o que recomenda delegar poderes, aceitar sugestões e, principalmente, quando necessário, ratificar medidas indicadas pelo ex-cônjuge ou sugerir outras melhores e que possam ser endossadas sem desenvolvimento de crises”.⁵⁷ Waldyr Grisar Filho complementa, referindo ser a guarda compartilhada “um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”.⁵⁸

Já a guarda unilateral, na definição de Conrado Paulino da Rosa, é aquela atribuída a apenas um dos genitores que passa a ter “não apenas a custódia física do filho, mas o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole”.⁵⁹ Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, com base na imutabilidade do poder familiar, pondera que o genitor não guardião também pode tomar as decisões relativas à sua prole, destacando que na guarda unilateral “presume-se que a decisão do guardião é a que prevalece”, cabendo ao não guardião, em caso de divergência, buscar o Poder Judiciário para solucionar o impasse.⁶⁰

Com a guarda unilateral, surge em favor do genitor não guardião, e também da prole, a regulamentação da convivência, bem como, nos termos do artigo 1.583, §5º, a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, deveres de cuidado material, atenção e afeto que objetivam evitar o abandono material e moral pelo genitor não guardião.⁶¹

Na guarda unilateral, a presunção da responsabilidade civil pelos atos dos filhos deixa de ser de ambos os genitores e passa a ser apenas do guardião, pois o dever de vigilância não é mais de ambos os pais, recaindo sobre o guardião que passa a ter a presunção da responsabilidade.⁶² Contudo, a responsabilização exclusiva não significa a perda do poder familiar pelo não guardião, pois a responsabilidade civil decorre da obrigação de vigiar que é oriunda do dever de guarda⁶³ e cujos reflexos não dizem

⁵⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 348-349.

⁵⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.131.

⁵⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 341

⁶⁰ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 105-106.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. De acordo com a Lei n. 12.847/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.294.

⁶² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 310.

⁶³ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. 2. ed. 2. reimpre. São Paulo: Atlas, 2010. p.89.

respeito apenas à obrigação de indenizar terceiros, mas também de responder exclusivamente por eventual excesso ou negligência sua que causar alguma espécie de dano ao filho.

3.4. Semelhanças e diferenças entre os institutos do poder familiar e da guarda

Apensar da semelhança entre poder familiar e guarda de filhos, especialmente durante a constância da relação dos genitores e na modalidade da guarda compartilhada, eles não se confundem. Mário Aguiar Moura esclarece que, “a guarda não é da essência do pátrio poder, mas apenas de sua natureza. Trata-se, por sinal, de elemento do pátrio poder mais comumente destacável”.⁶⁴ Como observa Flavio Guimarães Lauria, esta separação existe, pois é possível “que uma pessoa detenha a guarda sem ser titular do pátrio poder e que seja titular do pátrio poder sem deter a guarda”.⁶⁵⁻⁶⁶

Uma das diferenças básicas diz respeito às prerrogativas do guardião e de quem tem o poder familiar. Contudo, esta diferenciação somente faz sentido quando ambos os genitores não detêm a guarda dos filhos – matéria que não é objeto do presente estudo –, pois todos os direitos decorrentes da guarda que estão ligados à pessoa do filho também integram o poder familiar.⁶⁷ Este, por sua vez, abrange outras prerrogativas relacionadas a permissões, nomeação de tutor por testamento e administração e usufruto do patrimônio dos filhos que os genitores possuem e não são conferidas aos guardiões.

Poder familiar é um instituto que atribui aos genitores direitos e obrigações mais genéricas e amplas, dentre elas a de ter os filhos sob a sua guarda, relacionadas à educação, sustento, permissão, patrimônio e representação civil. Por sua vez, a guarda impõe prerrogativas e deveres mais específicos e estritos, ligados à assistência moral, educacional e ao cuidado, não tendo o genitor, na condição de mero guardião, por exemplo, o dever de sustento do filho ou o direito de administrar e usufruir seus bens, obrigações e prerrogativas oriundas do poder familiar e não da guarda.

⁶⁴ MOURA, Mário Aguiar. *Guarda de filho menor*. In: *Ajuris*, n. 19. Porto Alegre, jul. 1980. p. 17.

⁶⁵ LAURIA, Flavio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 64-65.

⁶⁶ Embora a obra do autor tenha sido escrita antes da legislação pátria substituir a expressão pátrio poder pelo poder familiar, seus ensinamentos sobre o pátrio poder quanto ao ponto se aplicam perfeitamente ao poder familiar e sua relevância se sobrepõe à mudança de denominação.

⁶⁷ Os direitos decorrentes da guarda são o de opor a terceiros, reter os filhos no lar e exigir que lhes prestem obediência, também concedidos aos genitores durante o exercício do poder familiar na forma do artigo 1.634, VIII e IX do Código Civil.

Nestes termos, embora sejam institutos distintos e que, portanto, não se confundem, durante a manutenção da relação afetiva entre os genitores, por não haver o destacamento da guarda, que fica inserida dentro do poder familiar, não há sentido em fazer-se uma diferenciação. Esta constatação também se aplica à guarda compartilhada, pois, mesmo com o fim da relação afetiva e da coabitação, os pais mantêm em iguais condições os mesmos direitos e deveres da guarda, ou seja, diante da imutabilidade do poder familiar, ambos os institutos permanecem unidos como se o casal ainda estivesse junto.

Tal igualdade não se repete na guarda unilateral, onde um dos genitores, o guardião, permanece com a integralidade dos direitos e obrigações decorrentes da guarda e do poder familiar, enquanto que o outro (não guardião) continua apenas as prerrogativas e deveres do poder familiar, o que, de certo modo, acaba reduzindo a proteção aos filhos, pois somente se poderá exigir do genitor guardião o cumprimento dos deveres relativos à guarda, ficando o não guardião isento desta responsabilidade. Na forma do artigo 1.584, inciso II, §2º, esta situação pode dar-se pela incapacidade do genitor ou por sua mera deliberação de vontade perante o juiz, faculdade dada pela legislação civil que, diferentemente do que ocorre com o poder familiar, torna o instituto da guarda um dever/direito disponível.

3.5. A realidade fática brasileira e os objetivos do legislador com a Lei 13.058/2014

As disposições legais e conceituais acima referidas não refletem a realidade fática brasileira quanto ao exercício do poder familiar e da guarda dos filhos pelos genitores. Por uma questão de costume social e jurídico, pois também se reflete na prática do Poder Judiciário e na dos operadores do direito, o término das relações não traduz a mesma equidade legal. Conforme destacado pela Ministra Nancy Andrighi, “embora cedo que a separação ou divórcio não fragilizavam, legalmente, o exercício do Poder Familiar, na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa”.⁶⁸ Eduardo de Oliveira Leite acrescenta que, apesar da imutabilidade legal do poder familiar, na guarda unilateral, “os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais”, pois o genitor guardião é quem exerce exclusivamente as prerrogativas deste poder, cabendo ao outro

⁶⁸ BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1251000 / MG, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 ago. 2011. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

apenas o direito de visita e fiscalização.⁶⁹ Marcos Alves da Silva chama a atenção para a “perda, de fato, de parcela significativa da autoridade parental” proporcionada pela guarda unilateral.⁷⁰

Ou seja, não obstante a igualdade prevista no ordenamento jurídico, o genitor guardião é quem acaba exercendo quase que exclusivamente o poder familiar, cabendo ao outro apenas a convivência esporádica com os filhos, com pouca, ou nenhuma, participação na criação e na tomada de decisões relativas a eles.

A Lei nº 11.698/08 veio justamente para alterar este quadro fático e buscar dar maior efetivação à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Como bem observado por Gustavo Tepedino, embora a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro não traga qualquer alteração legal em função da imutabilidade do poder familiar, “contribui para a recuperação de uma apreciação ética das relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício conjunto da autoridade parental”.⁷¹ Waldyr Grisard Filho também refere esta Lei como um “instrumento pedagógico para infirmar o senso comum vigente e desenvolver o efetivo exercício do poder familiar a ambos os genitores”.⁷²

Contudo, a Lei nº 11.698/08 não alcançou os efeitos jurídicos e práticos desejados, pois os Tribunais, salvo algumas exceções, passaram a não aplicar a guarda compartilhada nos casos litigiosos por entender, ao interpretar o termo “sempre que possível” do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil (introduzido pela referida Lei), que a guarda compartilhada não poderia ser imposta em um ambiente litigiosos onde os genitores não fossem capazes de estabelecer um diálogo referente às questões ligadas a criação e educação dos filho, sob pena de acirrar o conflito e causar ainda mais prejuízos à prole. Em face disso, as Cortes acabaram por limitar a guarda compartilhada apenas aos casos de dissoluções consensuais. Ou seja, apesar da introdução da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, levando-se em consideração que o dissenso está presente em todas as demandas litigiosas, a situação familiar fática após o término das relações conjugais permaneceu a mesma, com o guardião unilateral sendo o único a exercer o

⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mãe solteiros de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.213

⁷⁰ SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 66-67.

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Anais do IV congresso brasileiro de direito de família*: afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 321.

⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.202.

poder familiar, restando ao outro genitor apenas o direito de fiscalizar a atividade do guardião e conviver com o filho.

Essa posição jurisprudencial recebeu muitas críticas, pois, conforme destacou Waldyr Grisard Filho, por ser a guarda compartilhada a modalidade que melhor atende ao interesse dos filhos, não poderia ser condicionada ao consenso dos pais, sob pena de tornar o instituto sem efetividade, premiando aquele genitor que busca o litígio para ter para si a guarda unilateral⁷³. Ao decidir pela imposição da guarda compartilhada, Ministra Nancy Andrighi compartilhou esse entendimento acrescentando que sua aplicação, mesmo em ambiente litigioso, “é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta”.⁷⁴

Consoante a justificação contida no Projeto de Lei (nº 1.009-B/2011), a Lei 13.058/14 veio para estabelecer a guarda compartilhada como a regra no ordenamento jurídico brasileiro e para que os interesses dos genitores não se sobrepujassem aos dos filhos. Segundo o Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, autor do projeto:⁷⁵

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

(...)

Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre que os genitores se relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade.

Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da

⁷³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 7.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.198.

⁷⁴ BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1251000 / MG, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 ago. 2011. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

⁷⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 1.009-B-2011. Disponível em:< <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1015895.pdf>>. Acesso em 04 de set. 2016.

guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada.

Esta justificação mostra a intensão do legislador de afastar a obscuridade do texto da lei anterior e estabelecer a guarda compartilhada como regra em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Parece que objetivo foi atingido, pois em função da nova redação do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil, apesar de algumas críticas doutrinárias que não serão objeto do presente artigo⁷⁶, os Tribunais de Justiça passaram a impor a guarda compartilhada mesmo contra a vontade de um ou de ambos os genitores, estabelecendo a guarda unilateral apenas nas duas hipóteses legais: quando um dos pais não estiver apto a exercer o poder familiar, ou quando um deles não quiser a guarda compartilhada do filho para si.

Quanto à primeira hipótese legal não há qualquer dúvida, pois um genitor que não tem condições de exercer os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, por óbvio, não está apto a ser o guardião do seu filho. Contudo, Waldyr Grisar Filho adverte que teria sido melhor a Lei estabelecer esta primeira exceção apenas para os casos de impossibilidade do genitor exercer a guarda compartilhada, pois a inaptidão para exercer o poder familiar é ampla e suas hipóteses, previstas nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, são sobremaneira graves considerando que o objetivo da Lei é tão somente afastar a imposição da guarda compartilhada.⁷⁷

A problemática, objeto do presente estudo e que dá ensejo aos questionamentos feitos na introdução,⁷⁸ está na segunda hipótese, pois dar a um dos genitores a escolha de não exercer a guarda compartilhada parece ir na contramão da intenção legislativa e do esforço dos doutrinadores e juristas no sentido de que, em prol do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ambos os pais devem zelar conjuntamente pelo bem-estar da sua prole, participando ativamente da sua criação e educação.

⁷⁶ Autores como Flávio Tartuce, Giselle Câmara Groeninga e Rolf Madaleno, consideram que a Lei 13.058/2016 é pior que a anterior, pois, na verdade, ao tratar da divisão do tempo, acaba por impor uma guarda alternada, cuja modalidade é muito criticada, pois os filhos ficam intercalando o seu tempo e residência com ambos os genitores, fazendo com que percam referenciais que são fundamentais para o seu melhor desenvolvimento.

⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.225.

⁷⁸ Por que permitir, nos termos do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil, que a modalidade unilateral seja aplicada quando um dos genitores não quiser a guarda compartilhada do filho para si? Quais as consequências fáticas e legais para os pais e filhos quando um deles abre mão da guarda? Podem os genitores dispor da guarda dos filhos?

4. Conclusões

Foi exposto no presente estudo que, embora possuam muitas semelhanças, os institutos do poder familiar e da guarda não se confundem, tanto em função deste poder ser destacado daquele, como pelo fato do titular do poder familiar ter prerrogativas que não são dadas àqueles que possuem apenas a guarda de crianças e adolescentes.⁷⁹

Entretanto, conforme igualmente trabalhado, na constância da relação afetiva entre os genitores ou na guarda compartilhada, não há sentido fazer a diferenciação destes institutos, porque não existe o destacamento da guarda, fazendo com que os pais mantenham em iguais condições os mesmos direitos e deveres decorrentes do poder familiar e da guarda.

As incertezas surgem quando a guarda dos filhos é separada do poder familiar e atribuída apenas a um dos genitores, momento em que surge a necessidade de se estabelecer quais os direitos e obrigações do genitor guardião e do não guardião. O Código Civil trata especificamente do tema ao referir que cabe a ambos os pais o exercício do poder familiar independentemente da situação conjugal, tendo aquele que não exerce a guarda o direito de conviver com o filho e tê-lo em sua companhia e a obrigação de supervisionar da prole.

Ou seja, ao optar por não ter a guarda unilateral ou compartilhada, embora mantenha as prerrogativas do poder familiar quanto ao patrimônio dos filhos, permissões e nomeação de tutor por testamento, o dever do genitor não guardião decorrente do poder familiar de criar e educar sua prole se restringe, em última análise e nos termos da Legislação Civil, a pagar pensão alimentícia, ter os filhos em sua companhia nos dias de visitas e supervisionar o exercício da guarda pelo outro genitor, pois, conforme destacado neste estudo, as obrigações decorrentes do poder familiar relativas à criação e educação estão umbilicalmente ligadas ao instituto da guarda e, conseqüentemente, são afetadas quando o genitor escolhe não exercê-la.

Poder-se-ia sustentar que, em função da imutabilidade do poder familiar, seria possível exigir que o papel do não guardião não se limitasse à fiscalização, pagamento de

⁷⁹ Essa observação se aplica ao caso em que a guarda dos filhos não é atribuída aos genitores ou quando um não exerce o poder familiar em função da suspensão ou extinção. Portanto, não vale para as hipóteses onde os genitores, embora não detenham a guarda do filho, mantêm hígido o seu poder familiar.

alimentos e realização de visitas em finais de semana alternados. Embora não se questione a possibilidade do exercício pleno pelo não guardião de todos os direitos e deveres atribuídos ao poder familiar, a prática demonstra ser impossível, ou muito difícil, que os genitores consigam cumprir de maneira adequada e satisfatória o direito/dever de criar e educar os filhos sem exercer integralmente as prerrogativas e obrigações decorrentes da guarda, pois este instituto é o meio pelo qual os pais conseguem participar de forma efetiva na criação e formação dos filhos, passando-lhes valores morais, conhecendo sua intimidade, acompanhando de perto seu crescimento, compartilhado as alegrias, tristezas e angústias, auxiliando-os a desenvolver suas potencialidades de modo a prepara-los para a vida adulta. Foi justamente em função dessas características que a guarda compartilhada tronou-se regra no ordenamento jurídico brasileiro

Quanto ao ponto, pertinente trazer à baila as conclusões de Marcos Alves da Silva. Segundo o autor, o exercício da guarda “importa numa sobreposição em relação à quase totalidade dos atributos caracterizadores da autoridade parental propriamente dita”, motivo pelo qual a atribuição da guarda a apenas um genitor implica na “perda *de fato* da autoridade parental” do outro.⁸⁰

Exposto isso, responde-se as duas primeiras perguntas formuladas no início deste estudo: *por que se permite, na forma do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil, que a modalidade unilateral seja aplicada quando um dos genitores não quiser a guarda compartilhada do filho para si?* Por que, diferentemente do poder familiar que decorre da parentalidade e constitui um *munus* público com previsão constitucional, a guarda dos filhos é disponível, podendo os pais, se assim desejarem, mediante homologação judicial e sem prejuízo ao poder familiar, ao menos teoricamente,⁸¹ concordar que ela seja exercida apenas por um dos genitores em função da dissolução da sociedade conjugal.

Quais as consequências fáticas e legais para os pais e filhos quando um deles abre mão da guarda? Ao optar por não ter a guarda, seja por impossibilidade ou mera falta de vontade, o genitor não guardião fica obrigado apenas a fiscalizar o exercício da guarda pelo guardião, conviver e pagar alimentos ao o filho. Este, por sua vez, perde o contato frequente com genitor e, conseqüentemente, a participação efetiva dele na sua criação e formação.

⁸⁰ SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64-65.

⁸¹ Na prática o pleno exercício do poder familiar é afetado.

A última pergunta – *podem os genitores dispor da guarda dos filhos?* – é a hipótese central deste trabalho e conduz à interpretação do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil que, como visto, deve passar necessariamente pela análise do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que é o fundamento para a disposição legal,⁸² interpretação e aplicação das normas.

De pronto, chega-se a primeira conclusão: antes de homologar a opção de um dos genitores de abrir mão da guarda compartilhada concedendo-a unilateralmente ao outro, o magistrado deve, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, dar prevalência ao direito do filho de ter ambos os pais como seus guardiões (diretamente ligado aos direitos fundamentais à educação e convivência familiar dispostos no artigo 227 da Constituição Federal⁸³) em detrimento ao direito dos pais de optar por exercer a guarda. Posteriormente, com base no mesmo princípio, o juiz deve verificar, no caso concreto, qual o modelo de guarda é o mais adequado para o filho, a compartilhada ou a unilateral.

Tanto pelo fato do princípio do melhor interesse ser um mandamento de otimização,⁸⁴ como por respeito à hierarquia legal (seja ele equiparado a norma constitucional ou supralegal), o aplicador da lei não pode ignorar o direito dos filhos de ter ambos os pais como seus guardiões. Pelas mesmas razões e com base no princípio do melhor interesse,⁸⁵ o julgador não pode presumir que o desinteresse de um dos genitores de ser o guardião o conduz sempre à conclusão de que impor a guarda compartilhada e, conseqüentemente, exigir do genitor maior participação na criação e educação da prole seria mais prejudicial do que homologar sua vontade e conceder a guarda unilateral ao outro pai.

⁸² Com relação à atividade legislativa, pertinente lembrar que toda a fundamentação do projeto da Lei 13.058/2014, que introduziu o artigo 1.584, inciso II, §2º no Código Civil se baseou na defesa do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ou seja, a Lei tem uma base principiológica correta, especialmente quando estabelece, na primeira parte do artigo em questão, a guarda compartilhada como regra, pois, *prima facie*, parece ser a medida que atende melhor os interesses da prole por minimizar os efeitos negativos decorrentes do fim da relação afetiva. Contudo, esta adequação não foi repetida na parte final do dispositivo de lei em análise que, de forma contraditória, concede aos genitores a faculdade de assumir ou não os encargos decorrentes da guarda.

⁸³ A ligação do direito do filho de ter ambos os pais como seus guardiões com o direito fundamental à educação decorre da já destacada relação entre guarda e poder familiar e na constatação de que, ao optar por não exercer a guarda do filho, o genitor está substituindo o direito/dever de educar pelo direito/dever de “supervisionar os interesses da prole. Já a ligação com o direito fundamental à convivência familiar reside no fato da guarda compartilhada possibilitar uma convivência mais equilibrada do filho com o genitor não guardião e não apenas em finais de semana alternados, período insuficiente para respeitar de forma este direito constitucional.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 2. triag. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90-91.

⁸⁵ É incontroverso que o artigo 3.1 do Decreto nº 99.710/90 é uma norma-princípio e, independentemente da discussão sobre se ela tem valor de norma constitucional ou apenas supralegal, está hierarquicamente acima do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil.

A inafastabilidade desta interpretação principiológica conduz a outra constatação: por possuir “conteúdo amplo e indeterminado” cuja correta aplicação da lei envolve conhecimentos não jurídicos, antes de homologar a opção de um dos genitores de não exercer a guarda compartilhada dos filhos, o magistrado deve fazer uma análise minuciosa do caso concreto com indispensável auxílio de uma equipe multidisciplinar.⁸⁶ O juiz deve ter a mesma atenção de quando, sob a égide da redação original do *caput* do artigo 1.584 do Código Civil e, posteriormente, do artigo 1.583, § 2º dada pela Lei 11.698/2208, decidia quais dos genitores tinha melhores condições de exercer a guarda unilateral dos filhos.

Em face disso, não se pode falar em inconstitucionalidade do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil, pois dependendo do caso, a opção de um dos genitores de não querer exercer a guarda compartilhada do filho pode ser a que melhor respeite o princípio do melhor interesse. A homologação judicial da vontade de um dos genitores não impede que, em função do “aspecto adjetivo”⁸⁷ deste princípio e por se tratar de uma relação continuada, a decisão seja reavaliada se a prática demonstrar que ela pode não ter sido a mais acertada.

Ou seja, embora o artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil não possa ser considerado inconstitucional, deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, técnica de interpretação por meio da qual, segundo ensina Ana Paula Oliveira Ávila, o intérprete, em face do princípio do *dubio pro norma*, busca um juízo intermediário de valor para preservar ao máximo a forma original da lei.⁸⁸

Cláudio Ari Mello adverte que, embora esta técnica possa ser utilizada como instrumento de ativismo judicial e conseqüente infração ao princípio da separação dos poderes por possibilitar que o intérprete dê à norma um entendimento completamente diverso do original,⁸⁹ a hipótese aqui aventada não incorre neste risco, pois, na linha do que já foi exposto, a justificativa contida no Projeto de Lei nº 1.009-B/2011 que deu origem à Lei 13.058/2014 e tornou a guarda compartilhada de filhos a regra no

⁸⁶ KREUZ, Sérgio Luiz. *O direito a convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73

⁸⁷ LAURIA, Flavio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 62.

⁸⁸ AVILA, Ana Paula Oliveira. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e a Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. In Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 – N. 2, Mai-Ago 2015. p. 605.

⁸⁹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 223.

ordenamento jurídico brasileiro girou em torno da aplicação e respeito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nestes termos, responde-se o último questionamento deste artigo: *podem os genitores dispor da guarda dos filhos?* Sim, desde que, após minuciosa análise do caso feita com o auxílio de equipe multidisciplinar, ficar provado que esta opção é a que melhor atende ao princípio do melhor interesse do filho. Se a prova dos autos mostrar que o melhor para a criança é a guarda compartilhada, ou, em outras palavras, que a opção do “optante” vai de encontro ao princípio do melhor interesse, o magistrado deverá impô-la, da mesma forma como faria se ambos os genitores quisessem a guarda unilateral do filho, ou quando um estivesse pleiteando a compartilhada e o outro a unilateral.

civilistica.com

Recebido em: 27.04.2017
Aprovado em:
05.07.2017 (1º parecer)
25.07.2017 (2º parecer)

Como citar: COSTA, Ana Paula Motta; PAIXÃO, Rodrigo Freitas. A Lei 13.058/2014 e a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda compartilhada do filho frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-lei-e-a-possibilidade-de-um-dos-genitores/>>. Data de acesso.