

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin

José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

Apresentação

O I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), dos dias 23 de junho à 1 de julho de 2020, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas relacionados ao direito de família.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho direito de família e das sucessões linha II, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Susan Naiany Diniz Guedes e Tereza Cristina Monteiro Mafra, apresentaram o trabalho intitulado como: “União poliafetivas: uma análise do provimento do conselho nacional de justiça à luz dos direitos fundamentais.” O artigo teve como escopo analisar o desenvolvimento da família ao longo dos anos, a fim de verificar se a interpretação contemporânea do instituto abrangeria as uniões poliafetivas e se haveria a necessidade de uma regulamentação jurídica de tais uniões. Essa modalidade de relacionamento é uma realidade social e a ausência de proteção legal pode gerar diversos problemas. Pretendeu-se demonstrar, mediante a metodologia dogmática, os impactos e a eficácia da decisão do Conselho Nacional de Justiça que proibiu os Cartórios de Notas de lavrarem escrituras públicas de uniões poliafetivas à luz dos direitos fundamentais.

Em “O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental”, artigo desenvolvido pelos autores Fábria De Oliveira Rodrigues Maruco e Lino Rampazzo, foi levantada a análise pormenorizada do tema abandono digital, fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo ressalta a importância das medidas de

proteção elencadas nos dispositivos legais e, em especial a Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente além de decisões mais recentes dos Tribunais para a concretização da proteção.

Já as autoras Alessandra Castro Diniz Portela e Gisele Albuquerque Morais, abordaram a temática da prisão civil por débito alimentar, questionando se ela seria um instrumento realmente eficaz. As autoras analisaram ainda a eficácia da prisão civil por débito alimentar, em um estudo comparado, verificando que outros países preveem fundos para o pagamento do débito alimentar e outras políticas públicas para conscientização da população. Assim, concluíram que o cenário brasileiro clama por inovação política e legislativa a fim de conscientização da população e melhor alcance da finalidade dos alimentos.

Posteriormente os autores Miryã Bregonci da Cunha Braz e Augusto Passamani Bufulin apresentaram o artigo: “Aspectos jurídicos sobre a controvertida multa nas ações tardias de inventário.” Demonstraram que segundo as legislações estaduais, o requerimento do inventário após o prazo estabelecido por lei enseja multa aplicável sobre o imposto de transmissão. Entretanto, é possível notar no nosso ordenamento jurídico diversos prazos para a abertura do inventário, inclusive no Código Civil e no de Processo Civil. Examinaram também as disposições legais acerca da abertura do inventário, bem como analisaram se há prazo mínimo a ser observado para que os estados-federativos passem a exigir multa pelo requerimento tardio de inventário.

Na ordem de apresentação, Raphael Rego Borges Ribeiro apresentou o artigo: “O fenômeno de "despatrimonialização e repersonalização" da sucessão testamentária e o testamento ético.” Nesta pesquisa, investigou-se o fenômeno de despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária. À luz da metodologia civil-constitucional, o autor observou que o testamento deve necessariamente passar por um processo de “filtragem constitucional”, que se manifesta de dois modos: na funcionalização das disposições testamentárias patrimoniais à promoção de interesses existenciais; e na abertura da sucessão testamentária para as cláusulas extrapatrimoniais. Compreendeu-se que ainda há muito a avançar, em âmbito doutrinário e legislativo, no tratamento da matéria. Por fim, o autor concluiu que o testamento ético é um instrumento compatível com o nosso ordenamento e que potencialmente traz interesses existenciais para o centro da sucessão testamentária.

Em seguida, Rodrigo Feracine Alvares, Olavo Figueiredo Cardoso Junior , Francisco José Turra, apresentaram o artigo: “Liquidação de quotas sociais de sociedade simples por morte de sócio: é necessário o inventário e a partilha das quotas ou basta a alteração do contrato social?” O trabalho visou demonstrar a necessidade de proceder ao inventário e à partilha

das quotas do sócio falecido de sociedade simples, não bastando a mera alteração do contrato social. Com isso, pretendeu-se contribuir com o avanço doutrinário, jurisprudencial e prático do tema em comento, de modo a espancar eventuais dúvidas ainda existentes.

Em, “A guarda compartilhada sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, de autoria de Fernanda Heloisa Macedo Soares, buscou-se estudar a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro sob ótica do melhor interesse da criança. O objetivo geral da autora foi aprofundar conhecimento acerca da eficácia da guarda compartilhada no que diz respeito aos cuidados que se deve ter com a criança. O trabalho trouxe na sua redação, capítulos que tratam dos sujeitos de direito, relação entre poder familiar, guarda compartilhada e o melhor interesse da criança. Nos resultados obtidos, deixou claro que ao ser aplicada a guarda compartilhada prima-se pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Em seguida, os autores Artenira da Silva e Silva e João Simões Teixeira apresentaram o artigo, “As uniões poliafetivas e a adoção no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.” A pesquisa abordou primeiramente, a evolução do conceito de família no âmbito do ordenamento jurídico pátrio e em seguida, analisou a caracterização e a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas. A possibilidade jurídica de que tais famílias recorram aos métodos adotivos, considerando-se os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais conduzem à aceitação de múltiplas formas de família, incluindo a poliafetiva, com a garantia de todos os direitos inerentes à formação de um agrupamento familiar.

Já em, “Era uma vez um contrato de coparentalidade...”, os autores Laira Carone Rachid Domith e Brenner Duque Belozi trataram acerca da interseção entre o Direito Contratual e o Direito de Família, que evidenciou a possibilidade de coexistência ou não de conjugalidade e parentalidade/coparentalidade numa família, discute a eficácia dos contratos de coparentalidade. Os autores concluíram sobre a produção de seus efeitos jurídicos quando, apesar do pactuado, a conjugalidade for apurada entre as partes. Adentraram, portanto, no âmbito do Princípio da Afetividade enquanto norteador do Direito de Família na atualidade.

Seguindo a ordem, Dyhelle Christina Campos Mendes apresentou o trabalho “A utilização da mediação na busca pela guarda compartilhada: uma análise de sua contribuição em prol do melhor interesse dos filhos e na prática da justiça consensual”, cuja pesquisa debruçou-se na mediação de meio alternativo de resolução de conflitos pautado na busca pela redução de litígios impostos ao Poder Judiciário, enquadrando-se como justiça consensual. Assim, a

autora buscou o restabelecimento do diálogo, o protagonismo das partes, bem como a manutenção das relações interpessoais, tornando-se de suma relevância no direito das famílias.

Em, “A família como prática democrática: um diálogo com o pensamento de Karl Popper”, Aldy Mello de Araújo Filho, analisou a dimensão evolutiva do sentido de família ao longo da história, à luz das premissas interpretativas dos conceitos de sociedade fechada e aberta, elaborados por Karl Popper. Foi abordado os diplomas legislativos que precederam a transição democrática da família operada pela Constituição Federal brasileira de 1988. Investigam-se os desafios que o reconhecimento de novas configurações familiares impõe à democratização da família no cenário nacional.

Por fim, a última apresentação foi do trabalho desenvolvido por Denis Carvalho. O autor realizou a pesquisa demonstrando a evolução histórica dos direitos dos indivíduos, focando nas garantias legais direcionadas as crianças começando pelo âmbito internacional até chegar enfim no âmbito nacional, demonstrando as garantias de proteção desses indivíduos vulneráveis. Porém, por meio dos meios legais de proteção das crianças, surge a hipótese de revogação de lei de alienação parental, a qual foi criada para garantir maiores proteções contra aqueles que deviam justamente protegê-las de todo o mal. Mas afinal, revogando referida lei, não seria um retrocesso na legislação?

A partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o direito de família o espaço ao qual os núcleos familiares então inseridos, especialmente ao que diz respeito a evolução dos fenômenos sociais e do direito, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dr. José Sebastião de Oliveira (UNICESUMAR/PR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE GUARD SHARED FROM THE OPINION OF THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Fernanda Heloisa Macedo Soares

Resumo

O trabalho estuda a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro sob ótica do melhor interesse da criança. O objetivo geral é aprofundar conhecimento acerca da eficácia da guarda compartilhada no que diz respeito aos cuidados que se deve ter com a criança. O trabalho trouxe na sua redação, capítulos que tratam dos sujeitos de direito, relação entre poder familiar, guarda compartilhada e o melhor interesse da criança. Nos resultados obtidos, deixou claro que ao ser aplicada a guarda compartilhada prima-se pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, Poder familiar, Melhor interesse da criança

Abstract/Resumen/Résumé

The work studies shared custody in the Brazilian legal system from the perspective of the child's best interest. The general objective is to deepen knowledge about the effectiveness of shared custody with regard to the care that should be taken with the child. The work brought in its writing, chapters that deal with subjects of law, the relationship between family power, shared custody and the best interest of the child. In the results obtained, he made it clear that when shared custody is applied, the best interests of children and adolescents are emphasized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Shared custody, Family power, The child's best interest

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, houve grande evolução dos direitos humanos, com a criação de leis que respeitam a individualidade e a dignidade pessoas da humana. Com tantos avanços nessa área, é possível perceber uma maior preocupação com as crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos, devem ter seus direitos preservados. Por sermenor, a responsabilidade por sua segurança, saúde, educação, lazer e todas as suas necessidades cabem aos pais e ao Estado, para que elas sejam protegidas e amparadas em suas necessidades, mesmo em situações que possam causar transtornos, como por exemplo, a separação dos pais. Assim, preservar os menores é fundamental para que se assegure uma formação de indivíduos saudáveis física, e principalmente, emocionalmente.

O Direito de Família resguarda a relação entre pais e filhos, assim preservando direitos e obrigações inerentes nesse instituto denominado família, logo preserva essa relação e, principalmente, prima pelo melhor interesse da criança.

O objetivo desse artigo é verificar o instituto da guarda compartilhada como principal meio de garantir o melhor interesse das crianças e adolescentes, posto que é a guarda que deve ser utilizado como regra pelos magistrados.

A delimitação do tema neste trabalho teve como embasamento as responsabilidades e cuidados referentes aos filhos, tanto pelo pai, como pela mãe na condição em conservar uma relação continua e assídua para ambos.

A partir disso a problematização que embasa essa pesquisa se deu da seguinte maneira: A guarda compartilhada pode ser um dos instrumentos garantidor do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Diante disso, o presente trabalho irá iniciar tratando da instituição família como a mais antiga instituição social e, assim, advém dos primórdios da humanidade, pois todas as pessoas nascem incluídas nela.

A família é um fenômeno social presente em todas as sociedades e um dos primeiros ambientes de socialização do indivíduo, pois atua como mediadora principal dos padrões, modelos e influências culturais. Pode-se dizer que ela se define em um conjunto de normas, práticas e valores que tem seu lugar, seu tempo e uma história.

Posteriormente será analisado o poder familiar e como o mesmo foi desenvolvido ao longo do tempo, pois se trata, somente, do poder exercido pelos pais sobre os filhos, mas que foi alterado para melhor garantir os direitos das crianças e adolescente, primando por um desenvolvimento físico e psíquico adequado.

Diante disso, será feita uma explanação sobre o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, e se o mesmo cumpre sua real função quando da aplicabilidade da guarda compartilhada.

1. CRIANÇAS E ADOLESCENTES: SUJEITOS DE DIREITO E PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO

A preocupação com os direitos das crianças e dos adolescentes é assunto que se apresenta como de grande relevância, sobretudo ao considerar que são esses sujeitos que irão participar ativamente do futuro da sociedade. Na atualidade, são vários os direitos específicos das crianças e dos adolescentes, entretanto, esse cenário nem sempre existiu, e vem se transformando ao longo dos tempos. Nessa linha, o presente tópico desta pesquisa se volta para a análise do desenvolvimento dos direitos das crianças e adolescentes que, segundo o ordenamento jurídico vigente, são carecedores de uma proteção integral, conforme será demonstrado.

É preciso ter em mente que a construção e evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes advêm do desenvolvimento dos Direitos Humanos, que possui como base fundamental a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cumpre destacar as seguintes considerações de Silva (2013, p. 151):

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.

Das explanações desse autor pode-se entender que o desenvolvimento das sociedades, a partir da noção de propriedade, passou a classificar os sujeitos de modo a distingui-los. Isso significa que daí por diante o conceito de igualdade entre as pessoas se encontrava prejudicado, ou seja, distinções entre as pessoas eram criadas para definir quais os direitos a cada uma seria inerente bem como a limitação dos mesmos.

Dessa forma, os Direitos Humanos vieram a inserir a concepção de dignidade da pessoa humana de modo a contemplar direitos a todos que participam da família humana. Tal assertiva coaduna com o disposto no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que

considera “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Porém, isso não aconteceu de forma instantânea na História, mas a partir de lutas e ações sociais, conforme alude Piovesan (2013, p.181-182):

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquim Herrera Flores, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. No mesmo sentido, Celso Lafer, lembrando DanièleLochak, realça que os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.

Como se nota, os direitos humanos são resultado de conflitos sociais que buscam introduzir a ideia de dignidade da pessoa humana como fator inerente a todos as pessoas. Ademais, tais direitos, que são destinados a todos pertencentes a ‘família humana’, não foram criados por bondade dos soberanos, ou mesmo são estáticos, mas resultam de um combate histórico pela implantação da ideia de igualdade e se consubstanciam conforme o princípio da dignidade da pessoa humana enseja.

Princípio da dignidade da pessoa humana um valor moral, ético, também espiritual indispensável e invulnerável de valores que devem ser respeitados pela sociedade, tendo o ser humano o direito á autodeterminação e á liberdade na condução da própria vida, devendo ser protegido pelo Direito e suas normas, uma garantia atribuída ao indivíduo como medida de reconhecimento da própria essência e condição de ser humano.

Nesse sentido, cumpre destacar a seguinte concepção de dignidade da pessoa humana apresentada por Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 143-144):

Com efeito, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem indica que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito”. Nesse sentido, como leciona Pe. Laércio Dias de Moura, a noção de dignidade humana está atrelada à concepção de que “cada ser humano tem, pois, um lugar na sociedade humana. Um lugar que lhe é garantido pelo direito, que é a força organizadora da sociedade. Como sujeito de direitos ele não pode ser excluído da sociedade e como sujeito de obrigações ele não pode prescindir de sua pertinência à sociedade, na qual, é chamado a exercer um papel positivo”.

De acordo com tais apontamentos, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como um princípio que nasce do entendimento de que é do ser humano que surge a sociedade. Nessa perspectiva, da dignidade da pessoa humana surgem direitos e obrigações que são

vinculados a todas as pessoas, sem distinção, considerando, inclusive, que cada indivíduo ocupa um lugar na sociedade a ser exercido positivamente.

Em assim sendo, tanto o Estado como a sociedade devem se atentar ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo quanto à liberdade e igualdade. Martins (2012, p. 72) afirma sobre a dignidade da pessoa humana já à luz das disposições da Constituição Federal de 1988:

Passa-se, a partir do texto de 1988, a ter consciência constitucional de que a prioridade do Estado (política, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões, como fonte de inspiração e fim último. Mas não o ser humano abstrato do Direito, dos Códigos e das Leis, e sim, o ser humano concreto, da vida real. Destarte, deixa-se de lado uma visão patrimonialista das relações políticas, econômicas e sociais para conceber o Estado, e o sistema jurídico que ele estabelece a partir destas relações como estrutura voltada ao bem estar e desenvolvimento do ser humano. Assim, a pessoa humana passa a ser concebida como centro do universo jurídico e prioridade justificante do Direito.

Entende-se sobre tais considerações que da dignidade da pessoa humana surge a necessidade da criação de um sistema jurídico que seja suficientemente capaz de materializar os direitos dos indivíduos compreendendo-os como a inspiração e o fim último do Estado. Dessa concepção compreende que o Estado não só deve prever direitos, mas protegê-los, assegurá-los, e quando necessário, interferir, de modo a buscar o bem-estar e o desenvolvimento do ser humano.

Nessa linha, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada em qualquer âmbito que se possa encontrar a pessoa, conforme estabelece o Artigo 11 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi promulgado no Estado brasileiro pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, da seguinte forma:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. **Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.**
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas (grifo nosso).

Da leitura do dispositivo apresentado entende-se que a ideia de dignidade da pessoa humana existe, inclusive, dentro do próprio ambiente familiar. Isso significa que todas as pessoas, independente de características pessoais, como idade ou sexo, e circunstâncias nas quais se encontra, merecem respeito à sua dignidade. Não obstante, esse direito deve ser

resguardado, inclusive com respaldo legal, visando sempre o bem-estar e o saudável desenvolvimento de todos.

Com efeito, essa proteção abrange as crianças e adolescentes, que também são alvos de tratados internacionais que tratam especificamente desses sujeitos, como a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1959, adotada pela Assembleia das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil. De acordo com esse documento, “a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços” e “que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento”

Tem-se ainda a Convenção sobre os Direitos da Criança, também elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Ressaltam-se os seguintes pontos previstos nessa Convenção:

[...]

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

[...]

Nota-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança, que inclusive, segundo a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) “é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal” e tendo sido “ratificado por 193 países”, compreende que o crescimento e desenvolvimento das crianças e adolescentes, de forma de se garanta o seu bem-estar e em ambiente harmonioso é essencial para que os mesmo possam assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade. Com a implantação de valores, como o de respeito, enseja-se que as crianças devam crescer em ambientes de felicidade, amor e compreensão, sobretudo no seio da família.

Por certo, as crianças e os adolescentes devem ser considerados como pessoas em desenvolvimento, ou seja, que se caracterizam pela imaturidade física e mental, o que enseja proteção e cuidados apropriados. Nessa linha, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, implantou a ideia de proteção integral desses sujeitos nos seguintes termos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso).

Percebe-se que o constituinte de 88 cuidou de explicitar uma série de direitos que são específicos das crianças e dos adolescentes, e, inclusive, devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado. Dentre tais direitos, se encontra o direito à convivência familiar, em destaque.

Considerando as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, o Estado, portanto, assume para si o dever de proporcionar a eles a satisfação de tais interesses. Como se nota, na redação do caput do art. 227, da Constituição Federal de 1988, o direito à convivência familiar faz parte dos direitos atribuídos às crianças e aos adolescentes, e, como tal, o Estado tem o dever de intervir a fim de assegurá-lo. Nesse sentido, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro alterações acerca da guarda dos filhos de casais que não se encontram em uma união estável ou casados, sobretudo quanto à guarda compartilhada. No entanto, tal documento normativo será analisado em momento oportuno desta pesquisa.

Por fim, cumpre salientar que em atendimento às disposições constitucionais, o legislador ordinário criou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Já no art. 1º do Estatuto está determinado a implantação da doutrina da “proteção integral à criança e ao adolescente”. Del-Campo e Oliveira (2012, p. 03) afirmam:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) segue a *doutrina da proteção integral* que se baseia no princípio do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*). Segundo ela, o Estado brasileiro tem o *dever* de garantir as necessidades da pessoa em desenvolvimento (de até 18 anos de idade), velando pelo seu direito a vida, saúde, educação, convivência, lazer, liberdade, profissionalização e outros (art. 4º do ECA), com o objetivo de garantir o “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (art. 3º do ECA) (grifos do autor).

Conforme demonstra a citação supra, a ideia de proteção integral, implantada pela Constituição Federal de 1988, art. 227, e reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, significa que essa proteção deve se atentar para o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. Desse modo, o Estado, a família e a sociedade devem atuar para que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam satisfeitos, sobretudo garantindo condições de desenvolvimento desses sujeitos.

Nesse sentido, o art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentro do Título II, que trata Dos Direitos Fundamentais, preceitua que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Por conseguinte, pode-se dizer que dentro da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, a condição peculiar de desenvolvimento desses sujeitos deve ser levada em conta, para que tal desenvolvimento seja sadio e harmonioso, como também lhes proporcionando a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos diversos direitos fundamentais estabelecidos.

Portanto, as crianças e adolescentes passaram a ser considerados como sujeitos de direitos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir disso, a intervenção estatal na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes passou a ser um dever e abrange diversos âmbitos, como no caso da guarda dos filhos.

Logo, o próximo tópico desta pesquisa se dirige à compreensão dos termos jurídicos e doutrinários acerca do poder familiar, especialmente à luz do direito fundamental à convivência familiar estabelecido no caput do art. 227, da Constituição.

2. DO PODER FAMILIAR

A ideia de direitos inerentes às crianças e aos adolescentes, como dever do Estado, da família e da sociedade em assegurá-los, pressupõe a existência de pessoas adultas que venham a se responsabilizar e garantir que todas as necessidades desses sujeitos sejam atendidas. De forma direta, tais responsáveis são os pais das crianças e adolescentes. Assim, o presente tópico desta pesquisa se volta para a compreensão do poder familiar, à luz da legislação vigente e da doutrina, que vigora no Estado brasileiro.

Com efeito, os pais possuem uma série de obrigações e direitos com relação aos filhos. Contudo, a história aponta que essa concepção é recente, sobretudo ao considerar que as crianças e adolescentes sequer eram tidos como sujeitos de direitos.

O termo ‘poder familiar’, como se percebe, se inicia com ‘poder’, demonstrando que aquele que o detém é hierarquicamente superior aos demais membros da família. Nessa linha, cumpre observar as seguintes considerações de Monteiro e Silva (2010, p. 496):

O poder familiar, então chamado pátrio poder, foi instituído perfeitamente organizado em Roma. Primitivamente, no direito romano, a *pátria potestas* visava tão somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Nos primeiros

tempos, os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, caracterizavam-se pela sua larga extensão. No terreno pessoal, o pai dispunha originariamente do enérgico *jus vitae et necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem in *causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*. (grifos do autor).

Como se observa, o poder familiar deriva do pátrio poder, que teve início em Roma, em tempos remotos, a fim de, exclusivamente, garantir o direito dos pais sobre os filhos, de forma que pode ser considerada até mesmo como materialista. Isso porque o pai, devido ao pátrio poder, poderia dispor de seus filhos, até mesmo tirar-lhes a vida. Os direitos do pai abarcavam tanto no aspecto pessoal como patrimonial. Quanto a este último, Rodrigues (2008, p. 354) afiança que tudo que porventura o filho “ganhasse pertencia ao pai”.

Monteiro (1997, p. 282-283) acrescenta:

Com o decorrer do tempo, entretanto, restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família. assim, sob o aspecto pessoal, reduziu-se o absolutismo opressivo dos pais a simples direito de correção. Ao tempo de JUSTINIANO, o *jus vitae necis*, o direito de expor e o *jus noxae dandi* não passavam de meras recordações históricas. Complexas foram as causas desse declínio: o desaparecimento do culto dos antepassados, o aniquilamento de certas crenças supersticiosas, o desgaste da influência religiosa, além da extensão e difusão de um sentimento mais efetivo de simpatia em favor dos filhos, assim arredados da ação despótica dos pais (grifos do autor).

De acordo com tais apontamentos, a evolução do pátrio poder, para só posteriormente se transformar na concepção de poder familiar, foi marcada pela diminuição do poder dos pais sobre os filhos, especialmente ao se notar a redução da influência religiosa que era provocada pela ideia de culto aos antepassados.

Observa-se ainda que essa mudança ocorreu gradativamente e é caracterizada pelo início de uma compreensão que gerou laços sentimentais entre pais e filhos. Contudo, percebe-se que até esse momento não se fala em direitos dos filhos, apenas na redução dos direitos dos pais.

Rodrigues (2008, p. 353-354) explana acerca do caráter religioso e político do pátrio poder:

Com efeito, o pátrio poder, na forma como é instituído em Roma, tem um fundamento político e religioso que lhe explica os aparentes exageros. O pater é não só o sacerdote do culto familiar, como o chefe de um pequeno agrupamento humano, a família, que constitui a célula em que se baseia toda a organização política do Estado. através de sua autoridade se estabelece a disciplina e assim se consolida a vida dentro do lar e, por conseguinte, dentro da sociedade. Daí ser conveniente assegurar essa ampla autoridade paternal.

[...] Essa concepção rigorosa do pátrio poder se abranda com o tempo, não sendo indiferente a esse abrandamento a influência estoicismo e do cristianismo.

Entende-se com a citação desse autor que além do cunho religioso, o pátrio poder possui um caráter político. Isso porque a família é considerada como a base da sociedade, ideia que ainda é apregoada na atualidade, como pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, caput, porém, com novas perspectivas e reflexos. Esse contexto sugere que a família, como a forma primordial de organização social, é que junto com outras famílias compõe a sociedade como um todo.

Ainda sobre a análise das explicações de Rodrigues (2008, p. 353-354), percebe-se que o pátrio poder foi sendo moldado com o passar dos tempos, sobretudo, devido ao surgimento e desenvolvimento de novas religiões, como o cristianismo. De tal modo, o poder do pai sobre o filho foi sendo abrandado, chegando ao ponto atual no qual sobre o pai recorre mais obrigações e deveres do que direito sobre os filhos. Tal assertiva se fundamenta especialmente nas disposições da Constituição Federal de 1988, como no caput do art. 227, que estabelece uma série de direitos fundamentais das crianças e adolescentes como dever do Estado, da sociedade, e, da família.

Seguindo tais preceitos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, apresentava disposições, em seu art. 21, sobre o pátrio poder. Contudo, A Lei nº 8.069, de 1990, veio a substituir o termo 'pátrio poder' por 'poder familiar' no referido Estatuto. Porém, destaca-se que o Código Civil vigente no Estado brasileiro, instituído por meio da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, foi o primeiro documento normativo brasileiro a utilizar o termo 'poder familiar'.

Diniz (2010, p. 564-565) apresenta o seguinte conceito de poder familiar:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, **tendo em vista o interesse e a proteção do filho**. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado. Se, porventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz, a solução necessária, **resguardando o interesse da prole** (CC, art. 1690, parágrafo único). (grifos nossos).

Percebe-se que a ideia atual de poder familiar decorre, sobretudo, á satisfação dos interesses e proteção dos filhos, e não mais visando estabelecer os direitos dos pais. Na verdade, a concepção vigente sobre o poder familiar acarreta mais em deveres e obrigações aos pais do

que direitos sobre os filhos. Avulta-se o fato de que a concepção apresentada sobre o poder familiar impõe a igualdade entre os pais e as mães, estabelecendo a igualdade de condições de exercício do poder familiar, como também impõem os mesmos encargos a ambos.

Nesse sentido, preceitua o art. 21 do 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 .

O dispositivo legal supra apresentado determina a igualdade do pai e da mãe perante os filhos no que tange ao poder familiar. Além disso, a Lei prevê que em situações de discordância entre os pais quando de divergências sobre o poder familiar, é possível acionar o Poder Judiciário que buscará solucionar a questão, observando, sempre, o melhor interesse da criança ou do adolescente, observando a proteção integral que estes fazem jus.

Ressalta-se que o art. 1.630, do Código Civil de 2002, determina que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Assim, as obrigações impostas aos pais devido ao poder familiar estão previstas no art. 1.634, do Código Civil de 2002, sendo: “dirigir-lhes a criação e a educação”, “exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584”, “conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem”, “conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior”, “conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município”, “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”, “representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”, “reclamá-los de quem ilegalmente os detenha”, e “exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Não obstante, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Destaca-se que a desobediência a tal dispositivo pode acarretar a perda ou a suspensão do poder familiar, que será decretada judicialmente, inclusive, “em procedimento contraditório”, como também “nos casos previstos na legislação civil”, de acordo com o art. 24 do Estatuto.

As causas da perda do poder familiar pelos pais, referidas no art. 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estão dispostas no art. 1638, do Código Civil de 2002, sendo: “castigar imoderadamente o filho”; “deixar o filho em abandono”; “praticar atos contrários à

moral e aos bons costumes”; “incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

Além disso, o art. 1.635, do Código Civil de 2002, prevê a extinção do poder familiar quando “pela morte dos pais ou do filho”; “pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único”; “pela maioridade”; “pela adoção” e “por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”. O art. 1.637, do Código Civil de 2002 ainda prevê a suspensão do poder familiar quando de condenação criminal irrecorrível por um dos pais, e quando do abuso de autoridade, por um ou ambos os pais, “faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos”.

Avultam-se ainda os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

A legislação brasileira tem acolhido novas formas de relacionamentos e dando proteção e direitos aos envolvidos, já que essas estão presentes na sociedade. Dentre tais novas formas de relacionamento afetivo, têm-se as uniões estáveis, sejam elas entre pessoas hetero ou homossexuais, e até o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, ainda há outro fato que tem marcado a sociedade brasileira quanto a esse assunto. Trata-se da dissolução e formação de novos casamentos, ou seja, é possível encontrar pessoas que já participaram de dois, três, quatro, ou até mais casamentos civis. Todavia, os filhos havidos dessas uniões não podem ser prejudicados quanto aos seus direitos. O mesmo entendimento deve prevalecer quando se trata de pais solteiros ou relações extraconjugais.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes previsões do Código Civil de 2002:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

[...]

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Como se observa, a Lei determina que o poder familiar, quando da existência do casamento ou união estável, os direitos e deveres são distribuídos de maneira igualitária entre ambos os pais. Somente com a falta ou impedimento de um deles é que o poder familiar é exercido exclusivamente pelo outro. Ademais, na ocorrência do divórcio ou fim da união

estável as relações entre pais e filhos não deve sofrer alterações, exceto pelo direito que surge da convivência entre eles.

Nesse cenário, o direito à convivência familiar, previsto como fundamental às crianças e aos adolescentes, no caput do art. 227, da Constituição Federal de 1988, se avulta. Especialmente no que tange à guarda dos filhos, seja após o divórcio ou fim da união estável dos pais, seja quando de pais solteiros.

Assim, o próximo tópico dessa pesquisa se volta para a análise das previsões legais sobre a guarda dos filhos, sobre tudo quanto à guarda compartilhada, que veio a sofrer alterações com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

3. A GUARDA COMPARTILHADA SOB A OTICA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os direitos das crianças e dos adolescentes têm se transformado ao longo dos tempos de modo a influenciar, inclusive, a posição jurídica acerca do poder familiar. A partir disso, esta parte da pesquisa se volta para a compreensão sobre a guarda compartilhada, especialmente após o advento da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

Cumprе ressaltar que assim como os direitos das crianças e dos adolescentes passaram por mudanças, o que se refere à guarda dos mesmos, consequentemente também possui novas perspectivas. Nesse contexto, Rosa (2015, p. 48) observa:

Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgada essa posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se. Dessa forma, acaba-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente. Tal perspectiva, contudo, nitidamente inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, torna-se ainda mais inadequada quando a legislação leva em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério de atribuição da guarda.

Conforme os apontamentos dessa citação pode-se dizer que a principal transformação no instituto da guarda se pauta no princípio do melhor interesse da criança. Isso porque, até a sua instauração, especialmente à luz da doutrina da proteção integral, a guarda era considerada como um direito destinado a um dos pais, e não dos filhos. Nesse passado recente, devem ser

considerados aspectos como a prevalência do caráter das relações patrimoniais, e, a utilização da guarda para punir o cônjuge culpado pelo fim do relacionamento conjugal.

Com efeito, há autores, como Pereira (2014, p. 374) que aludem ser a guarda um direito dos pais: “Articulada com o poder familiar, a guarda, tem caráter *dúplice*: é um dever atribuído aos pais, e ao mesmo tempo um direito. Em princípio, na Separação ou no Divórcio serão atribuídas a um dos genitores, ressalvando ao outro o direito de visita”. Por outro lado, o mesmo autor aduz ao se referir à guarda dos filhos:

Abriu-se ao julgador, [...] a oportunidade de aplicar o princípio do “*melhor interesse da criança*” (art. 31 do Decreto nº 99.710/1990). Deve prevalecer o interesse dos filhos, sobre quaisquer outras ponderações de natureza pessoal ou sentimental dos pais. É inafastável a aplicação deste princípio, considerando, especialmente, a regra do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao determinar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O princípio do “*melhor interesse da criança*” identifica-se como “Direito Fundamental” na Constituição Federal em razão da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/1989. (PEREIRA, 2014, p. 245).

Nota-se que o autor reconhece que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como preceitua a ordem internacional que abrange tratados nos quais o Brasil faz parte, possui condições de plena aplicação, incluindo quando de decisões judiciais acerca da guarda. É nesse contexto que a guarda deixa de ser atribuída conforme os interesses dos pais, mas sim, em prol dos interesses dos filhos. Considerando ainda as colocações desse autor, o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes deve prevalecer no instituto da guarda, independentemente de ponderações de natureza pessoal ou sentimental dos pais.

Não obstante, Lôbo (2011, p. 75) discorre acerca do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente fazendo as seguintes explanações:

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a

criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

O entendimento desse autor sobre o princípio em comento se fundamenta na implantação da doutrina da proteção integral, a qual elege os direitos de seus tutelados como de absoluta prioridade pela família, Estado e sociedade. A partir disso, a inversão de prioridades que ocorre nas relações entre pais e filhos muda de paradigmas, pois ao transformar as crianças e adolescentes em sujeitos de direitos, com reconhecida condição peculiar de desenvolvimento, faz com que os menores sejam considerados com primazia em relação aos pais. Essa linha de ideias reconhece que há um caráter intrínseco do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no que tange à formação das futuras gerações, sobretudo, sob a ideia de dignidade da pessoa humana.

Por certo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente emana direito a esses sujeitos que abarcam questões relativas à convivência entre pais e filhos. Assim, como a Constituição Federal de 1988, no *caput* do seu art. 227, preceitua como direito fundamental das crianças e adolescentes, o art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina ser “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família” de forma que é “assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. Sobre tais disposições, Rossato et. Al (2014, p. 176-168) esclarece:

A família é dotada de características não formais, como a afinidade e a afetividade, aproximando-se aos conceitos de socioafetividade (relações sociais baseadas no afeto) e eudemonismo (conceito de busca pela felicidade extraído da doutrina grega de Aristóteles), também já aclamados pelos juristas de vanguarda do Brasil. Wilson Donizeti Liberati, em síntese precisa, adverte que a família é o primeiro agente socializador do ser humano, e que a falta de afeto e de amor da família gravará para sempre o seu futuro.

De acordo com essa citação, a ideia de convivência familiar acerca das crianças e adolescentes é essencial para a formação em harmonia desses sujeitos, de modo a proporcionar condições de uma vida adulta com equilíbrio. Isso porque a família é tida como a primeira ferramenta de socialização da pessoa, bem como, relacionada aos laços de afeto entre seus membros e à busca pela felicidade. Dessa forma, pressupõe-se que a convivência familiar entre pais e filhos é essencial para a formação de adultos que venham a alcançar uma vida em sociedade equilibrada, construída em valores que se abstraem da afetividade e afinidade com

os seus, e, conseqüentemente, capazes de atuarem positivamente na comunidade em que viverão.

É nesse cenário que Venosa (2009, p. 182) remete ao Projeto de Lei que instituirá o Estatuto das Famílias. Referindo-se a um capítulo desse Estatuto que trata da guarda dos filhos e ao direito de convivência, o autor entende que ele “aconselha o juiz a optar pela guarda compartilhada sempre que possível, assegurando-se sempre a convivência de ambos os pais”.

Em compatibilidade a essas colocações, Monteiro e Silva (2013, p. 387-388) apontam as duas espécies de guarda que são acolhidas pelo Direito brasileiro:

A guarda unilateral ou exclusiva ocorre quando apenas um dos genitores a exerce, com a tomada de decisões sobre educação e as demais prestações dos cuidados ao filho. Ao outro genitor cabe o direito/dever de visitas e fiscalização. Na guarda compartilhada, ambos os genitores participam igualmente da educação e de todos os deveres e direitos perante a prole. É solução que privilegia os laços entre pais e filhos. Nessa espécie, ambos os pais mantêm a guarda dos filhos após a dissolução da comunhão de vidas no casamento ou na união estável, ou mesmo em caso de filhos havidos de relação que não seja uma entidade familiar, de maneira que ambos mantêm a responsabilidade pela tomada de decisões, sem, contudo, que os filhos tenham dois lares.

Conforme lecionam esses autores, as espécies de guarda unilateral e compartilhada visam determinar a responsabilidade pela tomada de decisões relativas aos filhos. Na guarda unilateral, ou exclusiva, essa responsabilidade cabe a apenas um dos genitores, cabendo ao outro o direito, e também dever, de visitas, como também de fiscalização. Já na guarda compartilhada, essas responsabilidades são atribuídas igualmente entre os pais, incluindo direitos e deveres. Contudo, observa-se que o entendimento nessa citação é que a guarda compartilhada é a que corrobora com os laços entre pais e filhos, sob o manto do direito à convivência familiar inerente às crianças e aos adolescentes. Além disso, a guarda compartilhada pode ocorrer tanto quando da dissolução de uma relação amorosa em que tenha sido constituída uma entidade familiar, como também nos casos em que os pais não tiveram um relacionamento mais duradouro a ponto de se ter intenção de formar uma família.

Com o mesmo juízo exposto acerca da guarda dos filhos, Gaglianoe Pamplona Filho (2014, p. 433) asseveram que na atualidade o “deferimento dessa guarda unilateral só será possível depois de esgotada a tentativa de implementação da guarda compartilhada”. A ideia de que a guarda compartilhada é, portanto, a regra que advém da alteração, pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, no § 2º, do art. 1584, do Código Civil de 2002, o qual determina 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”, exceto quando um dos pais deixar explícito o não interesse em manter a guarda.

Rosa (2015, p. 64-65) elucida tal entendimento, tendo em mente as disposições da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014:

A guarda compartilhada traz uma nova concepção para vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles. Alerta Rolf Madaleno que a guarda conjunta não é guarda repartida, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a Lei da Guarda Compartilhada viabilize uma maior distribuição do tempo dos pais para com seus filhos comuns, justamente para criar as condições de atendimento à função de guarda repartida.

Percebe-se com as alusões do autor em análise que a guarda compartilhada visa resguardar as crianças e os adolescentes no sentido de que a separação do casal deve afetar o mínimo possível os filhos. Ademais, observa-se o entendimento de que a guarda compartilhada não significa que deve ser aplicada com o intuito de reparar problemas e aflições dos pais. Na verdade, a guarda compartilhada deve ser compreendida com ênfase no aspecto de maior possibilidade de convivência com ambos os pais, e não tornar os filhos objetos coadjuvantes no assunto, ou seja, deve ser ter como foco o melhor interesse da criança e do adolescente envolvidos.

Destaca-se, nesse contexto, o § 2º, do art. 1583, do Código Civil de 2002, após as alterações realizadas pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que dispõe: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Logo, além de se esperar um equilíbrio no tempo de convívio de ambos os pais com os filhos, a guarda compartilhada deve ter seus contornos definidos a luz de cada caso concreto, observando as condições fáticas da situação específica, bem como os interesses dos filhos.

Ressalta-se ainda que a guarda compartilhada pode ser deferida a pessoas diferentes que os pais, como os avós e os tios do menor, com base no art. 1584, § 5º, do Código Civil de 2002, após a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que estabelece diante da verificação pelo juiz de que a criança e o adolescente não devem “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”. Pereira (2014, p. 244) tece os seguintes apontamentos quanto a essa possibilidade:

Merece referência a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, ao considerar juridicamente possível a concessão da guarda compartilhada por tio e avô paternos, em situação que atendia ao melhor interesse da criança, diante de situação fática já existente. Reconheceu o V. Acórdão que “a peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa coabitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança”.

De acordo com essa citação, verifica-se que a jurisprudência tem interpretado a disposições legais referentes à guarda compartilhada em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Isso porque, nem sempre os pais desses menores são as pessoas mais recomendadas e adequadas para serem responsabilizadas pelos próprios filhos. No caso em análise nessa citação, inclusive, a guarda compartilhada ficou concedida à avó e ao tio paterno do menor, tendo a anuência dos genitores quanto à pretensão daqueles.

Assim como na situação analisada, em todos os casos a premissa que deve reger a guarda compartilhada é o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, como se observa na ementa da decisão sobre o Agravo de Instrumento nº 70063464135, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à 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 ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. [...] Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70063464135, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015).

A decisão em comento não deferiu a guarda compartilhada pelo fato de não haver harmonia e respeito entre os pais, de forma sua incidência prejudicaria o melhor interesse do filho, tornando-o mero objeto à disposição de cada um dos pais. A convivência dos filhos com ambos os pais é extremamente relevante para o desenvolvimento sadio dos filhos, contudo, a

guarda compartilhada nem sempre é a melhor decisão no caso concreto. Além disso, verifica-se na mesma ementa o que se refere ao sustento dos filhos, que, independentemente da forma da guarda implantada, deve ocorrer por ambos os pais, na medida de suas possibilidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo compreender as leis que amparam crianças e adolescentes, quando houver a separação dos pais, ou nas situações onde nunca conviveram como casal.

Levou-se, em consideração que a família é um dos institutos mais antigos da sociedade e que por meio dela, os sujeitos tiveram sua primeira experiência no meio social, pois tinham que seguir regras, porém tal instituto evoluiu ao longo do tempo e sua configuração foi alterada. A família deixou de ser, somente, caracterizada por laços sanguíneos, mas, principalmente, por questões afetivas. Fato que comprova tal situação foi a alteração da denominação pátrio poder por poder familiar, pois esse poder deixou de ser exercido somente pelo pai, mas, também, dividido com a mãe, além de outras situações onde a criança possa morar com avós, por exemplo.

Foi possível compreender que nossa legislação busca a melhor solução para os pais, no caso de separação conjugal, mas visa, principalmente, a melhor situação para o menor, com o objetivo de evitar transtornos no desenvolvimento dessa criança ou adolescente. Afinal, o que importa é buscar sempre uma relação saudável e equilibrada na relação entre filho e pais, em um cenário onde cada um terá o direito à companhia do filho de forma equilibrada. Essa compreensão inclui a necessidade de, também, dividir as responsabilidades referentes ao filho, tornando assim a separação menos perturbadora para o menor.

Diante disso, pode-se compreender que a aplicação da guarda compartilhada deve ser verificada pelos magistrados analisando cada caso, pois apesar de ser uma regra legal, deve-se buscar o preservar o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, para que, assim, seja assegurada a formação integral do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de Abril de 2015.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.

Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 19 de Abril de 2015.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 20 de Abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 29 de Abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de Agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis

n^{os} 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em 28 de Abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o

significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 27 de Abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 28 de Abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº

70063464135. Processo:AI 70063464135 RS. Relator(a):Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento:25/03/2015. Órgão Julgador:Sétima Câmara Cível. Publicação:Diário da Justiça do dia 31/03/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178313584/agravo-de-instrumento-ai-70063464135-rs>>.

Acesso em 14 de Junho de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 19 de Abril de 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 19 de Abril de 2015.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. Vol. 6. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1. ed. 7.reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de família**. 34. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol2. 40ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36.ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. In: Legislação, Normativas, Documentos e Declarações. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 20 de Abril de 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.