

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**BRUNA MEDEIROS DAS NEVES**

**A GUARDA COMPARTILHADA NA HUMANIZAÇÃO DOS FILHOS:  
DO DIREITO ROMANO À LEI BRASILEIRA N. 13.058/2014**

Florianópolis

2016

BRUNA MEDEIROS DAS NEVES

**A GUARDA COMPARTILHADA NA HUMANIZAÇÃO DOS FILHOS:  
DO DIREITO ROMANO À LEI BRASILEIRA N. 13.058/2014**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como  
requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Renata Raupp Gomes

Florianópolis

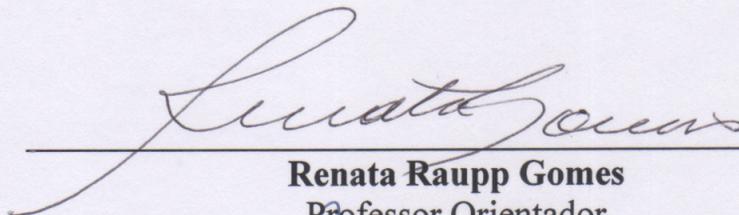
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

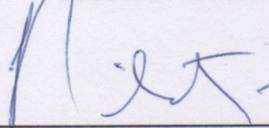
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A guarda compartilhada na humanização dos filhos: do direito romano à Lei n. 13.058/2014”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Bruna Medeiros das Neves**”, defendido em **27/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 27 de junho de 2016

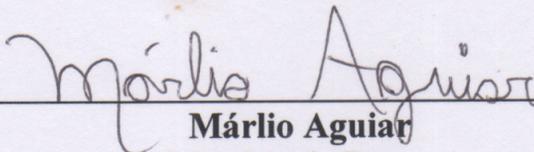
  
\_\_\_\_\_  
**Renata Raupp Gomes**

Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_

**José Isaac Pilati**

Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Márlis Aguiar**

Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Bruna Medeiros das Neves

RG: 5474006

CPF: 077.265.779-32

Matrícula: 12101394

Título do TCC: A guarda compartilhada na humanização dos filhos: do direito romano à Lei n. 13.058/2014

Orientador(a): Renata Raupp Gomes

Eu, Bruna Medeiros das Neves, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 27 de junho de 2016.

Assinatura manuscrita em azul da Bruna Medeiros das Neves.

---

**BRUNA MEDEIROS DAS NEVES**

## RESUMO

O presente estudo pretende analisar a humanização dos filhos desde o direito romano, com o seu instituto da *patria potestas*, até o advento da Lei n. 13.058/2014 e a consequente fixação da guarda compartilhada como regra. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento foi o monográfico, mediante as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Assim, iniciou-se analisando os atributos do *pater familias*, a figura dos filhos no direito romano e a sua evolução na Roma Antiga, seguida pelo exame do que remanesceu no direito brasileiro do século XX. O estudo versou sobre como os filhos eram concebidos na vigência do Código Civil de 1916, com a classificação dos filhos em categorias e os aspectos patriarcais do “pátrio poder” para, adiante, verificar o que mudou no Código Civil de 2002. Por fim, analisou as duas leis existentes sobre a guarda compartilhada, a Lei n. 11.698/2008 e a Lei n. 13.058/2014, a fim de constatar se a coisificação dos filhos decorrente do direito romano foi superada. O presente trabalho incluiu um estudo da alienação parental e os alimentos com a novel legislação, bem como qual vem sendo o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça referente à aplicação da guarda compartilhada.

**Palavras-chaves:** Família romana. *Patria Potestas*. Adoção. Humanização dos filhos. Poder familiar. Guarda compartilhada.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the humanization of the children from the Roman Law, with its institute of *patria potestas*, until the advent of Law 13.058/2014 and the subsequent attachment of joint custody as a rule. The approach method was deductive and the procedure was the monographic, through the bibliographical techniques and jurisprudential research. Therefore, began analyzing the attributes of the *pater familias*, the figure of children in Roman Law and its evolution in ancient Rome, followed by examination of what remained in Brazilian Law of the 20th century. The study revolved around how the children were conceived in the presence of the Civil Code of 1916, with the classification of children into categories and patriarchal aspects of parental responsibility to, forward, see what has changed in the Civil Code of 2002. Finally, examined the two existing laws regarding joint custody, Law n. 11.698/2008 and Law n. 13.058/2014, in order to determine whether the objectification of children arising from Roman Law was overcome. This work included a study of parental alienation and child support with the novel legislation, and which has been the understanding of the Tribunal de Justiça de Santa Catarina and the Superior Tribunal de Justiça on the application of joint custody.

**Keywords:** Roman family. *Patria potestas*. Adoption. Humanization of children. Parental responsibility. Joint custody.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. MODELO FAMILIAR NA EXPERIÊNCIA ROMANA .....</b>	<b>12</b>
1.1 <i>FAMILIA PROPRIO IURE</i> .....	14
1.2 <i>PATRIA POTESTAS</i> .....	18
1.2.1 <i>Ius vitae ac necis</i> : o direito de vida e morte conferido ao <i>pater familias</i> .....	19
1.2.2 <i>Ius noxae dandi</i> : o direito de entregar o filho à vítima .....	21
1.2.3 <i>Ius exponendi</i> : o direito de rejeitar o próprio filho .....	22
1.2.4 <i>Ius vendendi</i> : o direito de vender o próprio filho .....	24
1.3 <i>ADOPTIO</i> E <i>ADROGATIO</i> : AS ESPÉCIES DE ADOÇÃO NO DIREITO ROMANO .....	27
1.3.1 Finalidades da adoção e as adoções “políticas” .....	29
1.4 A EVOLUÇÃO DA <i>PATRIA POTESTAS</i> COMO TENDÊNCIA À HUMANIZAÇÃO DOS FILHOS .....	30
<b>2. PODER FAMILIAR BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS FILHOS ANTES DA LEI N. 13.058/2014 .....</b>	<b>33</b>
2.1. O “PÁTRIO PODER”: A INFLUÊNCIA DA <i>PATRIA POTESTAS</i> NO PODER FAMILIAR .....	34
2.1.1 Histórico do poder familiar.....	34
2.1.2 Noção conceitual .....	36
2.1.3 Exercício do poder familiar: abandono e administração dos bens dos filhos.....	38
2.2 ADOÇÃO E OS FILHOS ADOTIVOS .....	41
2.2.2 A evolução histórica da adoção .....	41
2.2.1 A discriminação dos filhos antes da Constituição Federal de 1988 .....	43
2.3 A GUARDA DOS FILHOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	44
2.3.1 Modalidades de guarda .....	44
2.3.2 Ascensão da guarda compartilhada .....	47
<b>3. LEI N. 13.058/2014 E A GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>50</b>
3.1 O NOVO REGIME DA GUARDA COMPARTILHADA .....	50
3.1.1 Convivência equilibrada .....	52

3.1.2 Alimentos.....	54
3.1.3 Direitos e deveres de cada genitor: Lei da Igualdade Parental .....	56
3.1.4 Alienação parental .....	58
3.1.5 Vantagens e desvantagens do novo regime da guarda compartilhada.....	61
3.2 ENTENDIMENTO E APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL .....	64
3.2.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	64
3.2.2 Superior Tribunal de Justiça .....	71
3.3 A NOVA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA: É POSSÍVEL ROMPER COM A COISIFICAÇÃO DOS FILHOS? .....	74
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

No direito romano, o chefe da família era considerado o ascendente masculino mais antigo em vida, chamado de *pater familias*. Ele detinha o poder sobre o patrimônio familiar, os cultos religiosos e sobre cada integrante da família, entre os quais os filhos. Sobre estes, inclusive, detinha o *ius vendendi*, direito de vender os filhos, e o *ius vitae ac necis*, direito de relegar o filho à morte, entre outros atributos a serem estudados no presente trabalho.

Nesse contexto familiar, o *pater familias* utilizava seus filhos para satisfazer seus intentos, em nítida coisificação dos filhos. Com a evolução do direito romano, a *patria potestas* abrandou um pouco suas características mais duras, como início incipiente de um processo de humanização dos filhos.

Ressalte-se que, no presente trabalho, por humanização dos filhos adotou-se a ideia de percepção dos filhos como seres humanos, dotados de personalidade jurídica, eivados dos sentimentos inerentes às pessoas físicas e necessitando de cuidados básicos. Em contraposição, o fenômeno de coisificação dos filhos refere-se à visão dos filhos como coisas, desprovidos de necessidades para sobrevivência, carinho ou afeto; seria a concepção de filho como um mero objeto, sem vislumbrá-lo como um ser humano.

A definição de tais conceitos – humanização e coisificação – merecia um espaço próprio para sua análise e aprofundamento. Porém, considerando que destinar um capítulo ou seção para os conceitos não se adequaria com a estrutura escolhida e considerando se tratar de trabalho de monografia, tais conceitos podem ser superficialmente entendidos como a definição acima exposta.

Passando para o direito brasileiro, alguns aspectos do direito romano remanesceram, como o pai sendo o “chefe da família” e o caráter contratual das adoções. O poder familiar ainda era chamado de “pátrio poder” e os filhos ainda eram categorizados conforme a origem da filiação.

Esses atributos mais rígidos foram mitigados pela Constituição Federal de 1988, que equalizou os filhos, independente do relacionamento entre os genitores, desconfigurando a família patriarcal para atribuir iguais direitos ao homem e à mulher, assim como retirou o matrimônio como única forma de entidade familiar. Ainda, reconheceu, com absoluta prioridade os direitos e interesses das crianças e adolescentes.

Posteriormente, a Lei n. 11.698/2008, na concretização do melhor interesse do menor de idade, consolidou a guarda compartilhada no direito positivo brasileiro, a ser determinada “sempre que possível”. Não obstante o avanço, a redação legislativa gerava vários conflitos, pois a interpretação majoritária era de que o compartilhamento da guarda só seria possível com o consenso dos pais.

Por conseguinte, na seara das discussões sobre o fim da sociedade conjugal ou convivencial, os pais usavam seus filhos como artifício vingativo ou ferramenta para intensificar as dores uns dos outros, em busca de uma guarda unilateral. Em outras palavras, os filhos eram considerados um meio para ferir, punir ou premiar os outros genitores, desconsiderando muitas vezes as necessidades inerentes a um filho em crescimento e em formação.

Nesse ínterim, no intuito de solucionar estes casos em que os filhos eram utilizados como objeto na luta judicial, adveio a Lei n. 13.058/2014. Tal legislação suprimiu a expressão “sempre que possível” e estatuiu a aplicação da guarda compartilhada como regra, apenas excepcionada se um dos genitores não estivesse apto a exercê-la ou quando demonstrasse desinteresse para tanto. A expectativa era coibir as guerras entre os pais pela guarda unilateral e, conseqüentemente, reprimir o uso dos filhos como moedas de troca no conflito estabelecido. O que se esperava, portanto, era superar a coisificação dos filhos, existente desde a Roma Antiga.

Assim, através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, mediante o método dedutivo, buscar-se-á verificar os resquícios deixados pelo direito romano, os avanços para a humanização dos filhos e se a coisificação dos filhos foi superada com a nova lei da guarda compartilhada.

Nessa sistemática, a primeira seção tratará da seara romanística, incluindo a análise da *familia proprio iure*, da *patria potestas* e dos seus atributos, além dos outros aspectos relativos à família romana.

A seguir, na segunda seção, será estudada a proteção dada aos filhos e a guarda compartilhada no direito brasileiro, antes da Lei n. 13.058/2014. Como assuntos abordados estão, também, a adoção e a discriminação dos filhos.

Por fim, a terceira e última seção versará acerca das novidades trazidas no bojo da Lei n. 13.058/2014, como a convivência equilibrada, alimentos e a repressão à alienação parental. A seguir, o estudo apresentará o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa

Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar como vem sendo concebida na prática a nova regra sobre guarda dos filhos.

Desse modo, o presente estudo tem por objeto analisar o processo de humanização dos filhos, desde o direito romano, com o seu instituto da *patria potestas*, até o advento da Lei n. 13.058/2014.

## 1. MODELO FAMILIAR NA EXPERIÊNCIA ROMANA

O grupo familiar é um instituto que remonta à Antiguidade e, a partir do seu surgimento, perpassou por diversas modificações. À luz da obra de Fustel de Coulanges<sup>1</sup>, temos que o direito antigo nasceu da família; foi emanado das relações sociais e imposto ao legislador. Não foi partindo das leis que o poder familiar se formou, mas primeiramente foi exercido pelos chefes de família para posteriormente ser reconhecido pelo direito romano.

A fim de compreender tal reconhecimento, impende ter em vista que o direito romano não é estanco. Não é rígido, imutável; a Lei das XII Tábuas não foi um código único que regulou todas as relações sociais durante experiência romana<sup>2</sup>. O direito romano sofreu alterações e evoluiu ao longo dos séculos, razão pela qual alguns autores propõem a sua análise dividida conforme períodos.

No presente estudo, segue-se a divisão apoiada por José Carlos Moreira Alves<sup>3</sup>, o qual estatui três fases: a) *direito antigo ou pré-clássico* (das origens até meados de 149 a 126 a.C.); b) *direito clássico* (término do primeiro período até 305 d.C.); c) *direito pós-clássico ou romano-helênico* (até a morte de Justiniano, em 565 d.C.). Ressalte-se que os períodos não representam uma ruptura drástica entre eles, mas uma tendência de direitos a ser constatada.

Nessa toada, o poder familiar romano não revestiu as mesmas características durante toda a sua existência. O aspecto patriarcal é perceptível principalmente no período inicial, no direito pré-clássico, e sofreu metamorfoses que flexibilizaram a rigidez do poder familiar para reconhecer alguns direitos às mulheres e aos filhos. Houve um enfraquecimento da *potestas* do *pater familias* e o início, ainda muito incipiente, do processo de humanização dos filhos.

Na experiência romana, o termo *família* remetia a variados significados, incluindo conjunto de escravos, de patrimônio e de herança. Quando concebido como conjunto de pessoas, diversos foram os modelos existentes, até o fim da República, entre os quais estão a *família proprio iure* e a *família communi iure*<sup>4</sup>.

A primeira, *família proprio iure*, é vista em âmbito menor, pois se tratava de um grupo familiar cujos integrantes estavam subordinados a um chefe de família ainda em vida,

<sup>1</sup> COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Porto Alegre: Editora Martin Claret, 2005, p. 92-93.

<sup>2</sup> DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 21.

<sup>3</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 1 v., p. 2.

<sup>4</sup> FRANCIOSI, Gennaro. *La famiglia romana: società e diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 2003, p. 21.

quando um *pater familias* tinha o domínio sobre a casa. Enquanto o *pater* vivesse, todos os seus descendentes fariam parte da mesma *familia proprio iure*. Porém, com a sua morte, dar-se-ia espaço a tantas *familias proprio iure* quantos fossem os filhos homens do *pater* morto<sup>5</sup>.

Dentro da *familia proprio iure*, o liame que unia os seus integrantes era o parentesco, que podia ser *cognatio* e *agnatio*. A *cognatio* como gênero era o parentesco natural, sanguíneo, que compreende os parentes em linha tanto masculina quanto feminina. *Cognatio* como espécie, num sentido restrito, indica o parentesco em linha feminina. Do gênero *cognatio*, retira-se a *agnatio*, como espécie que compreende apenas a linha masculina<sup>6</sup>. Para serem agnados entre si, os descendentes deviam se ligar ao *pater familias* pela linha masculina; ou seja, entre *pater familias* e descendente não havia qualquer parente feminino<sup>7</sup>.

Nesse trilhar, eram agnados entre si e em relação ao *pater familias* os *filii* e *filiae familias*, pois acima deles estava apenas o *pater*. Também eram agnados os netos de ambos os sexos, se descendentes de *filho homem*. Por outro lado, os filhos e os netos, independente do sexo, de *filhas mulheres* se restringiam à *cognatio* como parentes consanguíneos, eis que um parente feminino, no caso a *filia familias*, encerrava a linha masculina e o vínculo da *agnatio*<sup>8</sup>.

O sentido amplo de família, a *familia communi iure*, deriva do alargamento do primeiro modelo, eis que englobava todos os agnados de um parente comum. Conforme Ulpiano<sup>9</sup>, a *familia communi iure* era a família de todos os *agnatos*. Ainda que o ascendente comum tivesse falecido, o vínculo da *agnatio* que ligava os descendentes permaneceria. Considerava, então, que se este ascendente comum estivesse em vida, todos estariam sotopostos à sua *potestas*<sup>10</sup>.

Nesse sentido, depreende-se da obra de José Carlos Moreira Alves<sup>11</sup>:

Na acepção de conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo do parentesco, os juristas romanos empregavam o termo família em dois sentidos: 1º – em sentido amplo (*familia communi iure*), para traduzir o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cuja *potestas* (poder) estariam se ele fosse vivo; e 2º – em sentido restrito (*familia proprio iure*), para designar o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*.

<sup>5</sup> FAYER, Carla. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994, p. 269.

<sup>6</sup> FRANCIOSI, 2003, p. 90-91.

<sup>7</sup> MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 154.

<sup>8</sup> FAYER, 1994, p. 22.

<sup>9</sup> D. 50. 16. 195. 2.

<sup>10</sup> FRANCIOSI, 2003, p. 21-22.

<sup>11</sup> MOREIRA ALVES, 1995, p. 108.

Tendo em vista que o modelo familiar a determinar o *status familiae* é a *familia proprio iure*, o presente estudo será direcionado a este grupo.

### 1.1 *FAMILIA PROPRIO IURE*

Adentrando no tema, a *familia proprio iure* era um grupo de pessoas que se encontravam sujeitas a um único *pater familias*, por razões de filiação (*aut natura*) ou direito (*aut iure*). Desse modo, a *familia proprio iure* era composta do pai de família, da mãe de família, dos filhos, netos e ulteriores descendentes, consoante o testemunho de Ulpiano<sup>12</sup>.

Tais integrantes podem ser compreendidos em duas grandes classes<sup>13</sup>:

a) *pater familias*, que não está sujeito a nenhuma *potestas* de um ascendente vivo, razão pela qual é dito *sui iuris*, de próprio direito, independente;

b) todas as pessoas subordinadas ao *pater familias* e, portanto, ditas *alieni iuris*. Nesta categoria se inserem a *mater familias* sob o regime da *manus*, *fili* e *filiae familias*, esposa dos filhos, netos e além.

Todos eles são reunidos para formar uma *familia proprio iure* em virtude de estarem sotopostos a um único *pater familias*. O fundamento que constituía a família, portanto, não era o vínculo de sangue, mas a *patria potestas* que alcançava todos os membros, a subordinação a um chefe de família. Com isso, tem-se que a *familia proprio iure* era a família de cada *pater familias*.

Como dito, o ingresso na *familia proprio iure* e, por conseguinte, a subordinação ao mesmo *pater familias*, poderia ocorrer por natureza ou por direito. Na primeira modalidade de ingresso na família, estava o nascimento de justas núpcias, considerando nesta qualidade o filho nascido ao menos seis meses depois da celebração do casamento ou até dez meses após o fim do matrimônio<sup>14</sup>. Na segunda modalidade, por direito, encontram-se a adoção, a *conventio in manum* e, na época do Baixo Império, a legitimação.

A adoção será analisada no tópico 1.5, nas suas duas modalidades, quais sejam, *adoptio* e *adrogratio*. Quanto à segunda forma de ingresso por direito na *familia proprio iure*, a *conventio in manu*, esta se manifestava com o casamento *cum manu*: a antiga *patria potestas* à qual a mulher estava subordinada era substituída pelo poder do marido (ou do seu *pater*, se o

<sup>12</sup> D. 50. 16. 195. 2.

<sup>13</sup> MOREIRA ALVES, 1995, p. 108.

<sup>14</sup> FRANCIOSI, 2003, p. 108.

marido fosse *alieni iuris*, dependente), denominado *manus*. Era possível a mulher sair da *potestas* do seu *pater familias* para ingressar da *familia proprio iure* do marido *in loco filiae*. Consequentemente, a mulher se tornava ficticiamente filha do marido (se *sui iuris*, de próprio direito) e irmã dos próprios filhos – a esposa ingressava como *filia familias*. Caso, entretanto, o casamento fosse *sine manu*, a mulher continuava subordinada ao *pater familias* originário ou, se *sui iuris*, permanecia nesta qualidade<sup>15</sup>. Por fim, quanto à última forma de ingresso por direito na família, com a legitimação os filhos considerados ilegítimos por não serem oriundos de justas núpcias podiam transformar-se em legítimos<sup>16</sup>.

Isso porque, no direito romano, os filhos eram classificados conforme três categorias: a) os filhos *iusti* ou *legitimi*, o que compreendia aqueles nascidos das justas núpcias, os adotivos e, no direito pós-clássico, também os legitimados, aos quais recaíam os direitos decorrentes da filiação legítima; b) os *uulgo quaesiti* ou *uulgo concepti* ou *spurii*, provenientes de uma união ilegítima, o que implicava que o pai natural não podia reconhecê-los ou legitimá-los, de modo que nasciam sem *pater familias* e desde o nascimento já eram *sui iuris*, apenas possuindo direitos relativos à mãe; c) os *naturales liberi*, a partir do direito pós-clássico, referentes aos filhos gerados em concubinato, podendo estes tornar-se filhos legítimos por legitimação, ter direitos sucessórios restritos e direito a alimentos (que só existiram a partir do principado, a título excepcional, apenas ganhando força apenas com o tempo)<sup>17</sup>.

Dentro da *familia proprio iure*, a relação entre pai e filho se dava pela disciplina da *patria potestas*, uma prerrogativa exclusiva do *pater familias*, constituída no plano jurídico. O conceito de *pater familias* não implicava simplesmente pai de família, na sua concepção de genitor. O *pater familias* era de fato o chefe da família, a autoridade máxima que regia a casa, o único titular de poder familiar<sup>18</sup>, aquele que tinha o domínio sobre a casa<sup>19</sup>.

O seu poderio era diversamente denominado, conforme o subordinado em questão: sobre filhos e netos, tratava-se da *patria potestas*; sobre os escravos, intitulava-se *dominica potestas*; sobre os filhos alheios comprados aplicava-se o *mancipium* ou *noxae dediti*; já sobre a esposa havia a *manus*. Porém, a partir do direito justiniano, a *manus* e o *mancipium*

<sup>15</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 118-119.

<sup>16</sup> CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 169.

<sup>17</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2 v., p. 313-315.

<sup>18</sup> FAYER, 1994, p. 18-19.

<sup>19</sup> D. 50. 16. 195. 2.

desapareceram<sup>20</sup>.

A *mater familias*, todavia, não gozava da mesma *potestas* e a sua função era restrita ao plano social, com pouca relevância jurídica: não podia adotar filhos; quando o *pater familias* adotava, a *mater* não era considerada mãe dos filhos adotivos<sup>21</sup>. A sua importância era circunscrita à função de reprodução, assim como ocorria no mundo grego. Entretanto, no mundo romano ainda era atribuída uma outra função: a de educação dos filhos nos seus primeiros anos de vida – o que implicava uma vida mais gratificante em relação às mães gregas<sup>22</sup>. Tal tarefa incluía a transmissão dos valores dos pais, a formação da personalidade e caráter dos filhos<sup>23</sup>.

A dissolução do casamento ocorria pela morte de um dos cônjuges, pelo divórcio ou pela perda do *conubium*<sup>24</sup> (capacidade matrimonial). O divórcio ocorria em casos específicos, como pelo adultério da mulher, por envenenar os filhos sem o conhecimento do marido, entre outras possibilidades, a variar conforme o direito vigente<sup>25</sup>. Perante o divórcio, a esposa podia recuperar o dote quase inteiramente. Geralmente, os filhos permaneciam com o pai e, se a mãe tinha sido responsável pelo divórcio, devia deixar uma parte do dote para os cuidados dos filhos<sup>26</sup>.

Inicialmente, os bens que os filhos adquirissem passavam a integrar o patrimônio da *familia proprio iure*, cujo titular e gestor era o *pater familias*. Os filhos não tinham capacidade patrimonial. Apenas com Augusto adveio o regime do *peculium castrense*: os bens obtidos pelos filhos como soldados ou, posteriormente, em virtude do serviço militar, podiam ser objeto de sua disposição. Com Constantino, ampliou-se a capacidade patrimonial dos *fili familias* para admitir o *peculium quasi castrense*, relativo aos bens adquiridos como funcionário da corte, seguido pela permissão aos bens oriundos em razão de cargo público, como advogado, eclesiástico e doações do imperador ou imperatriz<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> CHAMOUN, 1977, p. 181.

<sup>21</sup> D. 1. 7. 23.

<sup>22</sup> GIUNTI, Patrizia. Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento. *Index: quaderni camerti di studi romanistici*. Nápoles, vol. 40, p. 360-362, 2012.

<sup>23</sup> CANTARELLA, Eva. *La vita delle donne*. In: SCHIAVONE, Aldo; GABBA, Emilio (Org.). *Storia di Roma: Caratteri e morfologie*. Torino: Giulio Einaudi, 1989. 4 v, p. 607.

<sup>24</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 315.

<sup>25</sup> CANTARELLA, 1989, p. 584-589.

<sup>26</sup> SALLER, Richard. *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*. In: SCHIAVONE, Aldo; GABBA, Emilio (Org.). *Storia di Roma: Caratteri e morfologie*. Torino: Giulio Einaudi, 1989. 4 v, p. 525.

<sup>27</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 268-269.

Uma vez conhecida as formas de ingresso e as relações no interior da *familia proprio iure*, mister a compreensão do modo em que um *filius familias* era retirado da autoridade do *pater familias* e, dessa forma, saía da *familia proprio iure*.

Em regra, a *patria potestas* era vitalícia e durava enquanto o *pater familias* permanecesse em vida; não havia o instituto da maioridade<sup>28</sup>. Os filhos não podiam ter seu lar particular enquanto o *pater* estivesse em vida; ainda que contraíssem núpcias e tivessem seus próprios filhos, deveriam permanecer sob a tutela do pai<sup>29</sup>. O caráter patriarcal é dado justamente pela sujeição indiscutível da mulher ao homem, que podia inclusive matar a esposa por adultério ou outras infrações, entre as quais encontra-se o simples ato de beber vinho<sup>30</sup>.

Com a morte do *pater familias*, os descendentes imediatos (*filii e filiae familias*), até então *alieni iuris*, se tornavam independentes, *sui iuris*. Enquanto *sui iuris* e não subordinados a um *pater familias*, os filhos homens se tornavam titulares de *patria potestas*, ainda que não houvessem descendentes para exercê-la. As filhas do sexo feminino não adquiriam a titularidade da *patria potestas*, pois eram “o início e fim da sua família”<sup>31</sup>, isto é, sem nenhum outro membro a compor sua família e sobre quem exercer a *potestas* – as mulheres *sui iuris* eram o único integrante da sua própria família<sup>32</sup>. Os ulteriores descendentes (netos e netas, bisnetos e bisnetas) saíam da *potestas* do *pater familias* morto para ficarem subordinados ao *filius familias*, então *sui iuris*, que se tornou o novo chefe da sua família<sup>33</sup>. Em outras palavras,

morto o *pater familias*, seus filhos e filhas se tornam pessoas *sui iuris*, sendo que os filhos (as filhas não, pois, como salientamos no n<sup>o</sup> 85, elas não podem ser *patres familias*) vão formar tantas famílias – das quais serão seus *patres familias* – quanto são eles; por outro lado, os netos e netas, os bisnetos e bisnetas do *pater familias* morto só se tornarão pessoas *sui iuris* se seus pais (ou, no caso dos bisnetos, pais e avós) já tiverem anteriormente, morrido ou sido excluídos da família (por emancipação, por exemplo), e isso porque uma pessoa só se torna *sui iuris* quando não tem, dentro da família, ascendentes masculinos a que esteja submetida.

Não bastasse a morte do *pater familias*, a extinção da *patria potestas* ainda podia ocorrer mediante a *capitis deminutio*, máxima ou média, do *pater* ou do *filius familias*. Isto porque, na Roma Antiga, para ser considerado pessoa e gozar de personalidade jurídica, era

<sup>28</sup> CANTARELLA, 1989, p. 557.

<sup>29</sup> COULANGES, 2005, p. 95-96.

<sup>30</sup> FRANCIOSI, 2003, p. 86.

<sup>31</sup> D. 50. 16. 195. 5.

<sup>32</sup> FAYER, 1994, p. 19.

<sup>33</sup> CANTARELLA, 1989, p. 557.

necessário o preenchimento de três elementos: *status libertatis* (ser livre), *status civitatis* (ser cidadão) e *status familiae (alieni iuris ou sui iuris)*. A *capitis deminutio* expressa o sentido de mudança, alteração, e ocorria com a mudança de estado, decorrente da perda da *libertas* ou *civitas*, bem como é ocasionada pela mudança do *status familiae*. Poderá ser máxima quando transforma uma pessoa livre em escrava, ou uma *capitis deminutio* média, quando um cidadão se converte em não cidadão. Estas modalidades de *capitis deminutio*, se sucedidas em relação ao *pater familias* ou ao *filius familias*, eram capazes de romper o vínculo da *patria potestas* e, como consequência, o *filius familia* se tornava *sui iuris*<sup>34</sup>.

Outras razões para o fim da *potestas* do *pater familias* era o acesso dos *filius familias* a certas dignidades, bem como a *capitis deminutio minima* do *filius familias*, que transformava um *alieni iuris* em *sui iuris*, por meio da emancipação. O procedimento emancipatório envolvia o *ius vendendi* e o direito do *pater familias* de vender o filho: quando a venda ocorria por três vezes, o filho era desconectado da *potestas* do *pater* e se tornava *sui iuris*<sup>35</sup>.

Além disso, a *patria potestas* se extinguiu por sanção estabelecida contra o *pater familias*, a depender do direito vigente, como no direito pós-clássico e a sua previsão de perda da *patria potestas* em razão de exposição do filho ou abandono da filha à prostituição<sup>36</sup>.

## 1.2 PATRIA POTESTAS

Ao pai de família era concedida a *patria potestas*, o “pátrio poder” com proporções muito alargadas. Os descendentes eram submetidos à *potestas* do *pater familias* em caráter total, completo e duradouro, de modo semelhante aos escravos<sup>37</sup>, pois “O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga”<sup>38</sup>.

Dessa forma, como sacerdote, o *pater familias* era o chefe religioso e dirigia os cultos domésticos. De igual sorte, incumbia ao *pater* a garantia da perpetuidade do culto religioso e da família, razão pela qual foram atribuídas certas faculdades e poderes à figura do pai.

<sup>34</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 85-87.

<sup>35</sup> VOCI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954, p. 488-489.

<sup>36</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 276.

<sup>37</sup> MARKY, Thomas, 1995, p. 155.

<sup>38</sup> NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. *A instituição da família em a Cidade Antiga*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 67.

Primeiramente, o *ius exponendi*, mediante o qual era possível rejeitar os filhos recém-nascidos, a fim de formar a família como lhe conviesse. Em segundo lugar, o *ius vendendi*, com o qual o *pater* podia vender os filhos ou emancipá-los, assim como o direito de casar a filha e ceder a sua *potestas* a outrem<sup>39</sup>.

A competência de magistrado recaía ao *pater familias* em virtude da proibição dos demais membros da família ingressarem no tribunal por serem *alieni iuris* e desprovidos de capacidade jurídica. Desse modo, como a *mater* e os *fili familia* não podiam se prostrar diante de um juiz, o pai era o magistrado da própria família. Por conseguinte, ficava responsável pelos delitos cometidos pelos seus descendentes. Uma vez responsável, o *pater* podia exercer o direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*): caso o filho cometesse um ilícito grave, era possível condená-lo à morte, respeitadas certas condições. Por outro lado, perante um ilícito que causava dano patrimonial, o pai escolhia entre ressarcir o dano ou entregar o filho à vítima – trata-se do instituto do *ius noxae dandi*<sup>40</sup>.

### 1.2.1 *Ius vitae ac necis*: o direito de vida e morte conferido ao *pater familias*

O direito de vida e morte foi o instituto mais duro e característico do *pater familias*, pois permitia a morte do próprio filho. Conforme Dionísio de Halicarnasso 2. 26. 4, teria sido uma lei de Rômulo a atribuir ao *pater familias* o poder punitivo sobre o filho, por toda a sua vida, o que permitia expulsá-lo, castigá-lo, mantê-lo no trabalho no campo e até mesmo matá-lo<sup>41</sup>.

Todavia, ao mesmo tempo que Rômulo permitiu o direito de vida ou morte, impôs limites ao seu exercício. O *pater familias* era obrigado a cuidar e nutrir todos os filhos do sexo masculino e a primeira filha do sexo feminino, não podia matar o filho até os seus três anos de idade, salvo se portadores de deficiências físicas. Nesta última hipótese, o abandono do filho (*ius exponendi*) só era permitido após o reconhecimento da deficiência por cinco vizinhos. O descumprimento de qualquer destas normas imputava ao *pater familias* uma pena pecuniária de até metade do seu patrimônio<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> COULANGES, 2005, p. 98-99.

<sup>40</sup> MARKY, 1995, p. 155.

<sup>41</sup> FAYER, 1994, p. 140.

<sup>42</sup> Dionísio de Halicarnasso 2. 15. 2.

Segundo o texto de Carla Fayer<sup>43</sup>:

Queste norme limitatrici della *patria potestas* contemplavano: 1) l'obbligo di allevare tutti i figli maschi e la primogenita delle femmine – e non è difficile rendersi conto che questa norma fu ispirata non da un principio umanitario, bensì da una ragione politica, in quanto era necessario avere il maggior numero di cittadini cui affidare la difesa della città e per poter imporre sui vicini l'autorità romana con la forza delle armi; il risparmiare la vita almeno alle primogenite significava assicurare un numero sufficiente di donne che procreassero cittadini –; 2) il divieto di uccidere tutti i figli al di sotto dei tre anni; 3) il permesso di esporre i neonati mutili o mostruosi, dopo averli mostrati a cinque vicini, che dovevano riconoscere la loro deformità. Per coloro che non avessero osservato tali norme stabili pene pecuniarie, fino alla confisca di metà del patrimonio.

A partir da sua asserção, é possível vislumbrar a tendência de considerar o filho um objeto, pois não foram razões humanitárias que impuseram as limitações. Além da brutalidade de matar o próprio filho, os limites também transmitiam tamanha insensibilidade, pois os filhos tidos como “mutilados ou monstruosos” podiam ser abandonados tendo como única justificativa a sua deformidade física. A restrição de manter os filhos homens e a primeira filha mulher indica que a possibilidade do *ius vitae ac necis* foi reduzido a um número conveniente para defender a cidade e impor a força romana aos povos fronteiriços, assim como para garantir um mínimo de mulheres que assegurassem a reprodução dos cidadãos romanos.

No período arcaico, antes de qualquer condenação mais gravosa, impunha-se a reunião do *consilium domesticum* (conselho familiar), por meio do qual o *pater* solicita a opinião dos amigos e parentes antes de proferir a decisão<sup>44</sup>.

Entretanto, o verdadeiro refreio contra o *ius vitae ac necis* adveio com o direito clássico romano, no século I d. C., quando Trajano dispôs que o *pater familias* devia emancipar o filho, caso o maltratasse<sup>45</sup>. Para matá-lo, o pai devia ouvir o *filius familias* antes<sup>46</sup>. Embora não de destinasse a eliminar o direito de vida e morte, as disposições intencionavam restringir o seu

<sup>43</sup> “Estas normas limitadoras da *patria potestas* contemplavam: 1) a obrigação de educar todos os filhos masculinos e a primogênita das filhas femininas - e não é difícil perceber que esta norma foi inspirada não por um princípio humanitário, mas sim por uma razão política, enquanto era necessário haver um maior número de cidadãos a quem confiar a defesa da cidade e para poder impor sobre os vizinhos a autoridade romana com a força das armas; a poupança da vida ao menos das primogênitas significava assegurar um número suficiente de mulheres que procriassem os cidadãos -; 2) a proibição de assassinar todos os filhos menores de três anos; 3) a permissão de expor os neonatos mutilados ou monstruosos, depois de mostrá-los a cinco vizinhos, que deviam reconhecer a sua deformidade. Para aqueles que não houvessem observado tais normas, estabeleceram-se penas pecuniárias, até o confisco de metade do patrimônio. (FAYER, 1994, p. 141, tradução nossa)

<sup>44</sup> VOCI, 1954, p. 481.

<sup>45</sup> D. 37. 12. 5.

<sup>46</sup> D. 48. 8. 2.

exercício exacerbado, o que demonstra que a *patria potestas* não era concebida como um poder absoluto consignado nas mãos do *pater*<sup>47</sup>.

A constituição de 318 ou 319<sup>48</sup> de Constantino é considerada o ato que extinguiu o *ius vitae ac necis*. Mediante tal disposição, a conduta de matar o próprio filho era considerada crime e intitulava-se *parricidium*. Como consequência, o *pater* que matasse o *filius* era responsabilizado com a pena do saco (*poena cullei*), a mais cruel e brutal das penas<sup>49</sup>: “ele era colocado dentro de um saco de couro costurado em companhia de um cachorro, um macaco, uma cobra e um galo, e era lançado no mar ou num rio”<sup>50</sup>.

Posteriormente, Valentiniano e Valente estatuíram que em caso de delito grave, o filho deve ser levado à autoridade judiciária para determinar a sua punição<sup>51</sup>. O *pater familias* não podia mais condenar o filho à morte, cabendo-lhe apenas o direito de correção (*ius domesticæ coercitionis*) em casos menos graves<sup>52</sup>.

### 1.2.2 *Ius noxæ dandi*: o direito de entregar o filho à vítima

No direito romano, o termo “delito” era uma categoria abrangente, que determinava um “ato ilícito sancionado com uma pena”. Era um gênero que comportava duas espécies: de um lado, a esfera privada, e de outro, a esfera criminal. O que ensejava o *ius noxæ dandi* eram justamente os delitos privados, a saber: o furto, roubo, dano e injúria – esta última não revestia os aspectos atuais, mas se tratava de lesão à integridade física<sup>53</sup>.

Desta feita, o instituto da *ius noxæ dandi* ganhava importância quando um *filius familia* cometia um furto, roubo, injúria (lesão física) ou dano patrimonial. Ante essas situações, a vítima não poderia demandar o próprio filho autor do delito, eis que *alieni iuris* e desprovido de capacidade jurídica ou de patrimônio. A solução, então, era agir contra o seu *pater familias*<sup>54</sup>, que

<sup>47</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 267.

<sup>48</sup> Cod. Theod. 9, 15, 1 e Cod. Iust. 9, 17, 1.

<sup>49</sup> FAYER, 1994, 176.

<sup>50</sup> BAUMAN, Richard. A. *Crime and punishment in ancient Rome*. New York: Taylor & Francis Group, 2005, p. 23, tradução nossa.

<sup>51</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 267.

<sup>52</sup> CHAMOUN, 1977, p. 182.

<sup>53</sup> JARDIM, Vinícius Augusto Brito. O furto no direito romano: sua consideração como delito privado/civil e seus reflexos no furto brasileiro. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/3610275/O\\_Furto\\_no\\_Direito\\_Romano\\_sua\\_consideração\\_como\\_delito\\_privado\\_civil\\_e\\_seus\\_reflexos\\_no\\_furto\\_brasileiro\\_VERSÃO\\_REDUZIDA\\_-\\_13\\_pag.\\_](https://www.academia.edu/3610275/O_Furto_no_Direito_Romano_sua_consideração_como_delito_privado_civil_e_seus_reflexos_no_furto_brasileiro_VERSÃO_REDUZIDA_-_13_pag._)>. Acesso em 18 fev. 2016.

<sup>54</sup> FAYER, 1994, p. 243.

podia optar entre pagar a dívida ou se eximir da indenização mediante a entrega do *filius* como pessoa *in mancipio*<sup>55</sup>, utilizando a *noxae deditio*.

Depreende-se de Gaio 4, 81 que, se o filho falecesse após o delito por causas naturais, o *pater* se liberava da responsabilização entregando o seu cadáver – uma exceção à regra de não entregar um homem que padeceu de morte natural. Outro cenário para liberar o *pater* era o *filius* se tornar *sui iuris*, como por emancipação. Neste caso, a ação passava a versar diretamente contra o infrator<sup>56</sup>.

A *ius noxae dandi* começou a decair a partir do século IV d.C.<sup>57</sup> com a possibilidade dos *fili familias* se defenderem sozinhos, quando o pai não o fizesse. No direito clássico e pós-clássico, a implementação do pecúlio também corroborou o enfraquecimento do instituto, uma vez que permitiu aos filhos terem um patrimônio próprio e, como consequência, era possível a indenização<sup>58</sup>.

### 1.2.3 *Ius exponendi*: o direito de rejeitar o próprio filho

O *ius exponendi* era a faculdade do *pater familias* de rejeitar os filhos recém-nascidos, a fim de compor a família como lhe conviesse. Quando o pai quisesse aceitar o filho e acolhê-lo no seio familiar, devia erguê-lo do chão e segurá-lo entre os braços, o que indicava o seu aceite. Caso contrário, prescindindo de justificativa, deixava-o no chão, o que significava que o filho devia ser exposto; isto é, abandonado para morrer ou ser recolhido por outra família<sup>59</sup>.

Tal rito antigo indicaria que o ingresso na *familia proprio iure* e a constituição da *patria potestas* não se dava com o nascimento em si, mas a partir do reconhecimento do *pater*<sup>60</sup>. Feita a escolha pela recusa do filho, o *pater* geralmente entregava o bebê a um escravo com a missão de expô-lo. O primeiro exemplo deste abandono conhecido na experiência romana foi de Rômulo e Remo<sup>61</sup>.

Entre os diversos motivos que levavam o *pater* a exercer o *ius exponendi* era a miséria – nas épocas de crise econômica, o número das exposições aumentavam. Outras razões

<sup>55</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 266.

<sup>56</sup> FAYER, 1994., p. 246 e 248.

<sup>57</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 267.

<sup>58</sup> FAYER, 1994, p. 249.

<sup>59</sup> CANTARELLA, 1989, p. 558.

<sup>60</sup> FRANCIOSI, 2003, p. 106-107.

<sup>61</sup> FAYER, 1994, p. 190.

eram a má-formação física e a precária formação do bebê. A título exemplificativo, eram considerados “monstruosos” pela ausência de mãos ou pés, sem olhos ou nariz. Nestes casos, porém, antes de submeter o filho ao abandono, era necessário apresentá-lo a cinco vizinhos, no intuito de reconhecerem a deformidade<sup>62</sup>, conforme já comentado.

Acanto a estas motivações, relacionava-se o sexo: o maior número de abandonos era de recém-nascidas, em detrimento dos bebês de sexo masculino<sup>63</sup>. Isso porque, no pensamento da época, em meio a uma sociedade agrícola, uma filha mulher era considerada um “investimento passivo”, menos útil para a família: quando atingia a idade para trabalhar, devia se casar e levar consigo um dote para entregar à nova família. Uma vez abandonada, a filha mulher tinha mais chances de ser acolhida por outra família, quando comparada às chances de um filho homem: era um “*buon investimento economico*”<sup>64</sup> para quem a recolhia, pois podia ser vendida como escrava ou encaminhada à prostituição.

Além dessa, outra razão era o adultério da *mater familias*, pelo qual o *pater* se recusava a reconhecer o filho no âmbito da sua *familia proprio iure* e decidia abandoná-lo. Outras vezes, o abandono não era movido por qualquer justificativa racional<sup>65</sup>.

Quanto ao destino dos filhos expostos e abandonados, era extremamente infeliz: podiam morrer de frio, fome ou ser destroçados por animais. Se o *pater familias* optasse por ter certeza da morte do recém-nascido, o mantinha em casa e negava-lhe alimento. Assim, o filho morreria em até um dia depois do nascimento, se nascido com fracas condições; em se tratando de um filho robusto, a morte por desnutrição viria em até cinco dias. Outra alternativa cruel para a infalibilidade da exposição era jogar o filho na água, como mares e rios, ou até mesmo estrangulá-lo<sup>66</sup>.

Porém, outras vezes o abandono do filho não era assim implacável e podia expor o filho atendendo certas condições que garantisse o seu recolhimento por outra família. Geralmente isso ocorria quando o motivo que levava à exposição era a miséria. Por exemplo, o *pater* podia deixar o filho em locais de fácil acesso, de modo a facilitar o acolhimento por outra família,<sup>67</sup> ou

---

<sup>62</sup> FAYER, 1994, p. 184.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 186.

<sup>64</sup> CANTARELLA, 1989, p. 558-559.

<sup>65</sup> FAYER, 1994, p. 186.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>67</sup> NÓTÁRI, Tamás. *Remarks on two aspects of patria potestas in roman law. Fiat Iustitia*, Bucareste, v. 14, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://fiatjustitia.ro/ojs/index.php/fi/article/view/143/129>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

esperar o nascer do sol, eis que à noite o futuro do recém-nascido era menos esperançoso<sup>68</sup>. Segundo Saller<sup>69</sup>, na maioria das vezes os filhos eram recolhidos e conduzidos à escravidão.

Entre o final do século III e início do século IV, as condições econômicas estavam desastrosas e o número de expostos ascendeu. Ciente da situação, Constantino emanou uma constituição em 315 d.C., que previa a entrega de mantimentos para alimentação e vestuário dos recém-nascidos aos seus respectivos *patres familias*. Todavia, devido aos gastos bélicos e ao número exorbitante de filhos recém-nascidos, a medida não teve um resultado satisfatório e as exposições e vendas dos filhos continuaram<sup>70</sup>.

Constantino então previu sanções ao *pater familias* que abandonasse o filho, mas de ordem civil e que acarretava apenas a perda da *patria potestas* sobre o filho exposto. A reprimenda maior ao *ius exponendi* veio com Valentiniano, Valente e Graciano, em 374 d.C., que, não somente reconheceram a sanção civil, mas também previram a pena capital a ser imputada a quem matasse recém-nascidos<sup>71</sup>.

Embora as sanções mencionadas, a exposição ainda era praticada no tempo de Justiniano. Por conseguinte, o imperador emite a constituição de 529, modificando profundamente as sanções civis. A partir de então, os filhos abandonados, independente da condição dos seus genitores, são considerados livres e com plena capacidade jurídica. Não são mais escravos de quem os acolher, tampouco submetidos à sua *potestas*<sup>72</sup>.

#### **1.2.4 *Ius vendendi*: o direito de vender o próprio filho**

A Lei das XII Tábuas introduziu no direito positivo romano o *ius vendendi*, pelo qual o pai podia vender os filhos, similarmente aos escravos e bens sob seu poder. No entanto, a própria lei que permitiu a venda a limitou ao número de três vezes; do contrário, o *filius* estaria liberto da *potestas* do *pater*<sup>73</sup>. No caso de *filia familias*, neto, neta, bisneto e bisneta, bastava uma

---

<sup>68</sup> FAYER, 1994, p. 189.

<sup>69</sup> SALLER, 1989, p. 537.

<sup>70</sup> FAYER, 1994, p. 202.

<sup>71</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 267.

<sup>72</sup> FAYER, 1994, p. 207-209.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 210.

venda para romper o vínculo da *patria potestas*, vez que a Lei das XII Tábuas exigia as três vendas apenas para o *filius familias*<sup>74</sup>.

A razão para proceder a uma venda remete à situação socioeconômica romana. Na época, a economia era baseada na agricultura e pastoreio, o que implica dizer que a fruição dos bens dependia da força laborativa dos homens. Desse modo, um filho à venda era muito apreciado por grandes possuidores de terra, comerciantes e artesãos, impulsionando o exercício do *ius vendendi*<sup>75</sup>.

Nesse contexto, a venda dos *filius familias* ocorria por meio da *mancipatio*. Em tempos antigos, esta indicava uma venda real, enquanto a partir do tempo de Gaio, no direito clássico, a *mancipatio* passou a indicar uma venda fictícia. Ela podia ser exercida somente pelos cidadãos romanos, revestindo-se como um ato solene<sup>76</sup>.

No direito clássico, os filhos vendidos não se tornavam escravos do comprador, mas pessoa *in mancipio*<sup>77</sup>. Tratava-se de uma condição intermediária entre liberdade e escravidão, que comportava uma dependência e certa submissão ao comprador; eram livres, mas estavam em condições *servis*<sup>78</sup>. Em outras palavras, na seara do direito privado, o *filius* era considerado escravo, enquanto para o direito público ele era livre<sup>79</sup>. Contudo, considerando a crise econômica, no direito pós-clássico foi admitida a escravidão do filho *in mancipio*<sup>80</sup>.

Com Constantino, sobreveio a restrição ao *ius vendendi*, que passou a ser permitido somente aos recém-nascidos. Nestas hipóteses, por outro lado, era possível o *filius familias* recuperar a liberdade mediante o reembolso do valor pago pelo comprador ou por meio da entrega de outro escravo para substituí-lo. A partir de Justiniano, a venda dos recém-nascidos só era válida em casos de extrema pobreza. De igual modo, era possível reverter a venda posteriormente se o *pater familias* ou terceiro reembolsasse a compra<sup>81</sup>.

Nesse ínterim, a perda da *patria potestas* com o *pater familias* ainda em vida se tornou exequível por intermédio das três vendas. Por conseguinte, deu-se azo à emancipação e à *adoptio*, as quais não eram possíveis até a disposição da Lei das XII Tábuas.

<sup>74</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 277.

<sup>75</sup> FAYER, 1994, p. 213

<sup>76</sup> Ibidem, p. 214-216.

<sup>77</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 266.

<sup>78</sup> FAYER, 1994, p. 220-221.

<sup>79</sup> VOCI, 1954, p. 490.

<sup>80</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 266.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 267.

Assim, para emancipar um filho, recorria-se ao *ius vendendi*. Sobre a emancipação, aduz Cretella Júnior<sup>82</sup>:

O pai vende três vezes o filho (tríplice *mancipatio*); a cada vez que o amigo compra o filho, liberta-o em seguida. A complexa operação segue a seguinte ordem: 1º, o pai vende o filho ao amigo; 2º, o amigo liberta o filho, pois antes celebrara um pacto fiduciário pelo qual a tanto se obrigara, 3º, o filho volta à *patria potestas* de origem; 4º, o pai vende pela 2ª vez o filho; 5º, o amigo liberta o filho pela 2ª vez; 6º, o pai vende o filho pela 3ª vez; 7º, extingue-se totalmente a *patria potestas*; 8º, o filho cai *in mancipio* do amigo, mas este prometera ao pai que não libertaria o emancipando (porque, do contrário, o filho ficaria ligado ao amigo por um laço de patronato *manumissor extraneus*), mas o *remancipava* ao pai, que recobra o *mancipium* sobre o filho e, em seguida, o liberta, conservando apenas um leve laço de patronato e de sucessão sobre o emancipado (*manumissor parens*).

Há dúvidas acerca da existência da *patria potestas* ao longo das três vendas, se o filho saía da *potestas* do *pater* quando se encontrava *in mancipio*. Gaio 1, 132 induz que a *patria potestas* permanecesse até a terceira venda, mas em seguida, ao afirmar que o filho “retorna” à *potestas* do pai ao cabo da primeira e segunda transação, deixa supor que o *filius* tinha se desvincilhado da autoridade paterna. As fontes do direito romano não permitem uma conclusão clara sobre o problema<sup>83</sup>.

No direito antigo, a emancipação ocasionava a ruptura dos laços de agnação – o parentesco da *cognatio* permanecia, enquanto vínculo sanguíneo –, levando o emancipado à exclusão da família e à consequente perda dos direitos sucessórios. Consequentemente, o emancipado se tornava *sui iuris* e, como tal, *pater familias*. Podia ter seu próprio patrimônio, embora sem nada obter dos bens da família, motivo pelo qual a emancipação era concebida como uma pena<sup>84</sup>.

A formalidade da tríplice *mancipatio* foi mitigada somente em 502 d.C., com a regulamentação da *emancipação anastasiana* pelo imperador Anastácio: a pedidos do *pater* e com a anuência do *filius* ou *filia familias*, era possível a emancipação de ausente por intermédio de rescrito do príncipe. Adiante, à época de Justiniano, permitiu-se a emancipação a partir de declaração escrita do *pater familias* perante o magistrado, com o consentimento do filho. Em ambas as modalidades existentes, o pai perde o direito de patronato e remanesce apenas como

<sup>82</sup> CRETILLA JÚNIOR, 1995, p. 127.

<sup>83</sup> FAYER, 1994, p. 227.

<sup>84</sup> CHAMOUN, 1977, p. 184.

tutor, tendo o filho direitos sucessórios. Portanto, a emancipação, no direito pós-clássico, visava apenas extinguir a *patria potestas*<sup>85</sup>.

### 1.3 ADOPTIO E ADROGATIO: AS ESPÉCIES DE ADOÇÃO NO DIREITO ROMANO

A adoção na experiência romana era o gênero que comportava duas espécies, conforme o *status familiae* do adotando: em se tratando de *alieni iuris*, haveria a *adoptio* ou adoção em sentido estrito; ao invés disso, se o adotando fosse *sui iuris*, ocasionava uma *adrogatio* ou ad-rogação. Em ambos os casos, era o instrumento utilizado para alguém ingressar na *familia proprio iure* de outrem, na condição de *filius familia*<sup>86</sup>. Ainda assim, embora a finalidade fosse a mesma, o procedimento era diverso.

Na *adoptio*, já havia um *filius familia* sob a *patria potestas* de um *pater*. O objetivo então era romper os laços de patriarcado originários e submeter o *filius familia* a outro *pater*. Para tanto, o mecanismo empregado era o da emancipação, a fim de extinguir a *patria potestas* originária, por via da tríplice *mancipatio* – o que explica porque a *adoptio* não era possível antes da Lei das XII Tábuas e a sua previsão sobre o *ius vendendi*. Em seguida, numa segunda fase,

recorria-se à *in iure cessio* [...]: na presença do magistrado – o pretor, em Roma; o governador, nas províncias –, o adotante propunha contra o que tinha o adotado *in causa mancipii* (seu próprio *pater familias*, ou o amigo se não tivesse havido a *remancipatio*) a reivindicação do *alieni iuris* como se seu filho fosse; o réu não a contestava, e diante dessa confissão simulada, o magistrado fazia a *addictio* (adjudicação) do adotando ao adotante, nascendo, em favor deste, legalmente, a *patria potestas*<sup>87</sup>.

Ao lado da *adoptio*, havia a *adrogatio*, que não envolvia um adotando *alieni iuris*, mas *sui iuris*. Era o caso de um *pater familias* querer adotar outro *pater familias*, na qualidade de *filius*<sup>88</sup>. Era um ato complicado do ponto de vista político e social, na medida em que importava a absorção de uma família por outra – o *pater* adotando levava consigo o seu patrimônio e as pessoas sob a sua *potestas* –, mudando a conjuntura da cidade. Devido a isso, o procedimento requisitava a reunião do povo nos comícios por cúrias, presididos pelo pontífice máximo, onde se indagava os dois *patres familias* (ad-rogante e ad-rogado) e o povo acerca do consentimento para

<sup>85</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 277-278.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 257.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 258.

<sup>88</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 126.

a celebração da *adrogatio*<sup>89</sup>. Como as mulheres e pessoas impúberes não podiam ter acesso aos comícios, estavam excluídos da ad-rogação, a qual recaía apenas aos homens *sui iuris*<sup>90</sup>.

Assim, a *adrogatio* somente se realizava em relação aos homens *sui iuris*, ao passo que a *adoptio* era utilizada apenas aos *alieni iuris*. A *adrogatio* ocorria nos comícios e diante de todo o povo, enquanto a *adoptio* era perante um magistrado. Na ad-rogação, uma pessoa *sui iuris* se tornava *alieni iuris*, sofrendo uma *capitis deminutio minima*. Já na *adoptio*, o adotando permanece *alieni iuris*, mas por se subordinar a outra *familia proprio iure*, também sofria uma *capitis deminutio minima*<sup>91</sup>.

Os requisitos da *adrogatio* se distinguem conforme o período analisado. Inicialmente, no direito pré-clássico e início do clássico,

quando as mulheres e os impúberes não podiam ser ad-rogados, os pontífices – a quem incumbia verificar se nada havia contra a ad-rogação pretendida – foram estabelecendo, a pouco e pouco, requisitos sem os quais eles se opunham à *adrogatio*. Assim – como acentua Cícero –, não se permitia, em seu tempo, a *adrogatio* por pessoas que ainda pudessem ter esperança de formar prole, ou que tivessem filhos nascidos de casamento legítimo. Demais, além da idade do ad-rogante – que não podia ser mulher, nem *filius familias* –, levava-se em conta a importância da *gens* e do culto familiar do ad-rogado. Esses requisitos, porém, não eram absolutos, podendo ceder diante de motivos justos. [...] No direito pós-clássico, admitiu-se que a mulher fosse ad-rogada, e – a título excepcional, permitiu-se que aquela que tivesse perdido seus filhos ad-rogasse uma pessoa *sui iuris*<sup>92</sup>.

Assim como para a *adrogatio*, os requisitos e formalidades da *adoptio* variavam conforme a época e o direito vigente. No direito clássico, era necessário o consenso do adotante e do *pater familias* originário. A partir de Justiniano, em virtude do preceito de que a adoção imita a natureza (*adoptio naturam imitatur*), exigiu-se que o adotante fosse mais velho que o adotado, em no mínimo 18 anos<sup>93</sup>. Pela mesma regra, aos incapazes de gerar não era permitido adotar<sup>94</sup>. Ainda com Justiniano, o consenso do adotando, até então irrelevante, tornou-se obrigatório<sup>95</sup>.

<sup>89</sup> CHAMOUN, 1977, p. 171.

<sup>90</sup> GELL. 5, 19, 10.

<sup>91</sup> FAYER, 1994, p. 293.

<sup>92</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 261-262.

<sup>93</sup> Inst. I. 11. 4.

<sup>94</sup> Inst. I. 11. 9.

<sup>95</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 259.

### 1.3.1 Finalidades da adoção e as adoções “políticas”

Como a adoção criava um vínculo de descendência entre o *pater* adotante e o adotado, de maneira a equiparar o adotado e os demais descendentes legítimos, a adoção era precipuamente destinada a criar um herdeiro e continuador do nome familiar. Era incumbência do *pater familias* assegurar o seguimento do culto religioso doméstico (*sacra privata*) e a permanência do seu nome na vida romana<sup>96</sup>, pelo qual a adoção servia como ferramenta para criar um herdeiro ou, quando permitido, reforçar a prole.

Além dessa, outras adoções tinham objetivos fraudulentos. A título exemplificativo, Augusto emanou leis (*Lex Iulia de maritandis ordinibus* e *lex Papia Poppaea*)<sup>97</sup> com fins demográficos, impondo a punição dos solteiros e dos que não houvessem filhos com penas pecuniárias e proibindo o seu acesso à magistratura. Isso impulsionou muitos *patres familias* a adotar um filho que, tão logo alcançavam seu escopo, passavam a emancipar o filho adotado<sup>98</sup>.

Outros motivos muito frequentes eram os fins políticos, sendo utilizada com dois intentos. Primeiramente, porque o poder político se transmitia dentro do mesmo grupo familiar, a título hereditário. Se o *pater* não tivesse filhos a quem repassar seu cargo, recorria à adoção para que a família permanecesse com força política. Em segundo lugar, porque o adotado adquiria o *nomen* e o *cognomen* da família adotiva, o que criava alianças políticas<sup>99</sup> de modo similar ao casamento<sup>100</sup>.

Isso acarretava muitas adoções realizadas pelas famílias mais poderosas no cenário oligárquico, especialmente nos últimos séculos da República. Carla Fayer retrata que, segundo a obra de Prévost *Les Adoptions Politiques*, é possível constatar uma relação estreita entre a importância política das famílias e o número de adoções: das 27 ou 28 adoções analisadas, 18 ou 19 foram promovidas por apenas seis famílias, as quais compunham a casta política, que se reservava o governo da república, a título hereditário. Ainda assevera Carla Fayer<sup>101</sup>:

<sup>96</sup> FAYER, 1994, p. 330.

<sup>97</sup> CANTARELLA, 1989, p. 570.

<sup>98</sup> FAYER, 1994, p. 333-334.

<sup>99</sup> FRANCIOSI, 2003, p. 113.

<sup>100</sup> CANTARELLA, 1989, p. 569.

<sup>101</sup> “O escopo das adoções nas famílias pertencentes às mencionadas *gens* [Cornelii, Licinii, Caecilii Metelli, Livii Drusi, Fabii e Terentii] era aquele de consolidar e perpetuar os privilégios políticos dos quais gozavam, assegurando-se um descendente que herdasse a situação política do pai adotivo, de modo a transmitir o monopólio das magistraturas de pai para filho. Se uma destas filhas detentoras do poder não tinha um descendente natural que

Lo scopo delle adozioni nelle famiglie appartenenti alle suddette genti [Cornelii, Licinii, Caecilii Metelli, Livii Drusi, Fabii e Terentii] era quello di consolidare e perpetuare i privilegi politici di cui godevano, assicurandosi un discendente che ereditasse la situazione politica del padre adottivo, in modo da trasmettere il monopolio delle magistrature di padre in figlio. Se una di queste famiglie detentrici del potere non aveva un discendente naturale che perpetuasse i supremi fastigi politici familiari, doveva ricorrere all'adozione, che aveva così lo scopo di assicurare l'eredità politica.

Diante desse cenário, notável a coisificação dos filhos em face do intuito do *pater familias*. Em um primeiro momento, as adoções se realizavam independente da manifestação do adotando, o que levou Pasquale Voci a escrever que ele seria “oggetto, e non soggetto, del negozio che si compie”<sup>102</sup>. Além disso, não se adotava para dar amparo ao adotado, mas para atingir as finalidades do *pater*; o filho era apenas um meio, um instrumento, uma coisa. Paralelamente, não havia igualdade entre os genitores, pois a mulher era desprovida de *patria potestas*, de modo que estava subordinada à autoridade paterna e não podia adotar no início da experiência romana, inclusive não se tornava mãe do filho adotado. Apenas com a evolução do direito romano, impôs-se a obrigatoriedade do consentimento do *filius* antes de efetuar a *adoptio* e permitiu-se às mulheres a realização da *adrogatio*, quando tivessem perdido seus filhos.

#### 1.4 A EVOLUÇÃO DA *PATRIA POTESTAS* COMO TENDÊNCIA À HUMANIZAÇÃO DOS FILHOS

A *patria potestas* teve seus aspectos mais duros e característicos na família arcaica, ainda no direito pré-clássico. Era um grupo extremamente patriarcal, desvincilhada do poder estatal em certa medida, pois cabia ao *pater* as decisões relacionadas à *familia proprio iure*. Eram plenamente exercidas as faculdades do *pater familias* – *ius vitae ac necis*, *ius noxae dandi*, *ius exponendi* e *ius vendendi*. O pai representava a figura de chefe da família e absorvia completamente a personalidade dos *fili familias*, que não tinham direitos, vontade ou patrimônio próprios; não apresentam outros deveres jurídicos a não ser a sujeição integral ao *pater*<sup>103</sup>.

---

perpetuasse os supremos fastígios políticos familiares, devia recorrer à adoção, que tinha, assim, o escopo de assegurar a hereditariedade política.” (FAYER, 1994, p. 336-337, tradução nossa)

<sup>102</sup> “Objeto, e não sujeito do negócio que se realiza” (VOCI, 1954, p. 486, tradução nossa)

<sup>103</sup> FAYER, 1994, p. 276

Ainda assim, a *patria potestas* não significava crueldade e absolutismo, em qualquer época do direito romano; não indicava um soberano na família<sup>104</sup>. Ela exigia do *pater* uma responsabilidade, pois devia agir de acordo com os preceitos sociais e legais e, principalmente, religiosos. Com o intuito de frear possíveis abusos, foram emanadas as leis régias, seguidas pela Lei das XII Tábuas e outros instrumentos que regularam o exercício do *pater familias*<sup>105</sup>.

A partir do direito clássico, iniciou-se a decadência do vínculo da *agnatio*, o parentesco civil, para predominar o vínculo sanguíneo da *cognatio*. Com isso, foi-se reconhecendo a importância às famílias naturais, de modo que começaram a se assemelhar com o modelo das famílias modernas. Após o século I a.C., também se verificou um declínio da *manus*, o poder marital do *pater familias* sobre a esposa. Como consequência, se a mulher fosse *sui iuris*, seus bens permaneciam sob sua custódia, não passando a integrar o patrimônio do *pater*. Também foi no direito clássico que se permitiu aos filhos obrigarem-se por delitos e contratos, bem como possuírem um patrimônio próprio, mediante o *peculium castrense* – o *peculium quasi castrense* veio no período seguinte. Os filhos ainda adquiriram o direito de pedir proteção ao Estado contra o pai, por via do processo *extra ordinem*<sup>106</sup>.

Já o direito pós-clássico foi marcado por novos juízos morais, movidos pelo cristianismo e a ideia de Estado. Por conseguinte, o Estado substituiu o *pater* na função de responsabilizar o filho nos seus delitos graves<sup>107</sup>, restando ao pai somente os castigos moderados. A *agnatio* foi abolida por Justiniano, por intermédio da Novela 118. A incapacidade relativa das mulheres púberes enfraqueceu, corroborando a possibilidade da filha obrigar-se por contrato<sup>108</sup>.

Evidente, portanto, um gradual enfraquecimento da autoridade do *pater potestas* no âmbito da família. Segundo Moreira Alves<sup>109</sup>,

durante toda a evolução do direito romano, observa-se apenas – pelo gradativo enfraquecimento da *potestas* do *pater familias* e pela progressiva substituição do parentesco agnático pelo cognático – a tendência para se chegar à família moderna em sentido amplo. Mesmo no tempo de Justiniano não se atinge essa equiparação, pois, se nessa época é abolido o parentesco agnático, também é certo que a *potestas* do *pater familias*, embora acentuadamente enfraquecida, ainda é, ao contrário do que sucede no direito romano, o poder que submete ao *pater familias*, enquanto vivo, seus descendentes.

<sup>104</sup> CASTELLO, Carlo. *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972, p. 116.

<sup>105</sup> FAYER, 1994, p. 277.

<sup>106</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 251-253.

<sup>107</sup> VOCI, 1954, p. 459-460.

<sup>108</sup> MOREIRA ALVES, 1997, p. 253.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 248.

Desse modo, a curtos passos deu-se início ao processo de humanização dos filhos ainda no direito romano, ainda que de maneira muito singela e pouco expressiva. Ainda que as razões não fossem humanitárias, por vezes, buscou-se conceber o filho como pessoa, em vez de concebê-lo como coisa, assim como se reconheceu alguns raros direitos à mulher e à figura materna. As demais etapas desse processo de humanização serão relatadas nas páginas seguintes.

## **2. PODER FAMILIAR BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DOS FILHOS ANTES DA LEI N. 13.058/2014**

No direito brasileiro, a normatização da família demorou a ter sua autonomia. Os primeiros três séculos referentes ao Brasil Colônia foram marcados pela subordinação a Portugal, que transmitiu ao ordenamento pátrio um modelo familiar orientado pelas famílias romanas, canônicas e germânicas<sup>110</sup>.

Com o passar do tempo, as autoridades civis começaram a substituir as competências das autoridades canônicas, de modo que várias normas foram emanadas no intuito de regular a família: Decreto de 03.11.1827, Consolidação de Leis Civis de Teixeira de Freitas e a Lei 1.144 de 1861, os quais tratavam de temas como casamento, regime de bens, unidade familiar, entre outras legislações<sup>111</sup>. Não obstante se tratar de fontes formalmente brasileiras, o período do império foi regido por reminiscências do direito canônico e português, que foram reproduzidos pelo ordenamento brasileiro<sup>112</sup>.

O período republicano apresentou a instituição do casamento civil, separando-o da jurisdição eclesiástica, e a codificação do direito civil. O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada<sup>113</sup>.

Com as posteriores mudanças legislativas, a delimitação das famílias foi se alterando, conforme incorporava os valores predominantes da sociedade. A família, na sua concepção atual, não é a mesma do direito romano e das civilizações antigas<sup>114</sup>, embora tenha guardado muitos aspectos, algumas vezes imperceptíveis, no seio dos seus institutos. Nas páginas seguintes, será analisada a evolução da condição dos filhos, com especial resguardo ao poder familiar e à guarda compartilhada, a partir do Código Civil de 1916 até o advento da Lei n. 13.058/2014 com o seu novo modelo de guarda compartilhada, a qual consideramos a última alteração legislativa no processo de humanização dos filhos até o presente momento.

---

<sup>110</sup> BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25-26.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>112</sup> QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. *O Direito de Família no Brasil-Império*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil-Imp%C3%A9rio>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

<sup>113</sup> BUOSI, 2012, loc. cit.

<sup>114</sup> MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 21.

## 2.1. O “PÁTRIO PODER”: A INFLUÊNCIA DA *PATRIA POTESTAS* NO PODER FAMILIAR

### 2.1.1 Histórico do poder familiar

Conforme anteriormente exposto, o Código Civil de 1916 trouxe a feição patriarcal do direito romano para a família brasileira. A família era reconhecida enquanto selada pelo matrimônio, pautada pela hierarquia: o marido era o chefe da sociedade conjugal, incumbindo-lhe a representação legal da família e a administração dos seus bens (redação inicial do art. 233). Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias<sup>115</sup>:

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento.

Esses aspectos mais discriminatórios remanescentes no Código Civil de 1916 foram amenizados principalmente por meio de três normas: Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio) e, acima de tudo, pela Constituição Federal de 1988.

Assim, a redação original do art. 233 foi alterada pelo Estatuto da Mulher Casada: o marido continuou figurando como chefe da sociedade conjugal, mas a lei definiu que a função seria exercida com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos.

De modo similar, o poder familiar seria exercido pelo marido durante o casamento. Somente na falta ou impedimento do “chefe da família” que a mulher poderia exercer o poder familiar (artigo 380). Tal disposição foi novamente alterada pelo Estatuto da Mulher Casada, para que o poder familiar fosse exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Se eles divergissem, prevaleceria a decisão do pai, restando à mãe recorrer às vias judiciais.

Outro sinal inequívoco do caráter patriarcal residia no artigo 393: se a mãe contraísse novo matrimônio, perdia o poder familiar sobre os filhos do casamento anterior. A única possibilidade de recuperá-lo era enviuvando. Esse cenário perdurou por quase cinquenta anos,

---

<sup>115</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

quando o advento do Estatuto da Mulher Casada alterou a redação para manter o poder familiar em caso de novas núpcias.

Posteriormente, a Lei do Divórcio regulou a antiga indissolubilidade do casamento e dispôs, em seu artigo 27, que o pai e a mãe são ambos titulares dos direitos e deveres parentais. Mesmo ocorrendo o divórcio ou sobrevivendo novo casamento, os encargos persistem, apesar de a guarda dos filhos ser atribuída a apenas um dos genitores<sup>116</sup>.

Não obstante o valor da mudança, a igualdade entre os genitores ainda exigia aprimoramentos. Foi a Constituição Federal, em seu art. 226, § 5º, que deu um passo ainda maior, ao prever que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Por conseguinte, suplantou a antiga feição romana na qual o pai tem o domínio da família e o poder de decisão sobre filhos.

Sobre essa transição do poder familiar, leciona Paulo Lôbo<sup>117</sup>:

Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se da sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um *múnus*, em que ressaltam os deveres.

Adiante, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) reforçou a igualdade parental, ao estatuir que o “pátrio poder” seria exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe. Em caso de discordância, ambos podem demandar à autoridade judiciária.

A partir dessa análise, é possível concluir que a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) combateram a subordinação da mulher perante o homem, reforçando a igualdade parental. Além disso, eliminaram a expressão “durante o casamento”, pois o poder familiar dos pais independe da situação conjugal<sup>118</sup>.

Ainda assim, o nome “pátrio poder” permanecera, embora o seu conteúdo refletisse as vicissitudes do direito de família. O instituto foi deixando de ser um “poder” para se prostrar

<sup>116</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 48.

<sup>117</sup> LÔBO, *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

<sup>118</sup> SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada: posicionamento judicial*. São Paulo: Ed. de Direito, 2006, p. 23.

como um “dever”<sup>119</sup>, pois não se restringe a um direito dos pais de decidirem o futuro do filho como melhor lhes convier. Desse modo, após a desvinculação dos moldes patriarcais e despatrimonialização da família, não havia razão para manter o nome “pátrio poder”, cuja natureza mudou para assumir um caráter protetivo, regido pelas cláusulas de mútua compreensão e afetividade<sup>120</sup>.

A versão original do projeto do Código Civil de 2002 mantinha a expressão “pátrio poder”, seguindo os termos da codificação de 1916. Todavia, foi proposta a mudança para a denominação “poder familiar”<sup>121</sup>, de modo que o novo Código Civil foi o responsável pela derogada da expressão “pátrio poder” do texto legislativo.

Assim, desvinculou-se o instituto da ideia unicamente paterna para transferi-lo à família, resguardando os princípios de igualdade parental. Em que pese incontestemente avanço, a denominação não se mostra totalmente adequada, pois

não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. [...] A noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro<sup>122</sup>.

A expressão que mais parece agradar a doutrina é autoridade parental ou, mais recentemente, responsabilidade parental<sup>123</sup>. Outrora o termo normatizado era pátrio poder, até ser alterado para poder familiar, sendo que este já não sustenta mais a realidade social e familiar. Isso evidencia que o Direito de Família está em constante mudança e progresso, conforme se reconhece novos direitos e deveres no bojo do grupo familiar.

### 2.1.2 Noção conceitual

No direito brasileiro vigente, o poder familiar consiste num conjunto de direitos e deveres referentes à pessoa e aos bens do filho, enquanto seja este menor e não emancipado. Ele é

<sup>119</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. *Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, P. 19.

<sup>120</sup> MADALENO; MADALENO, 2015, p. 27.

<sup>121</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

<sup>122</sup> LÔBO, 2011, p. 295.

<sup>123</sup> DIAS, 2015, p 461.

exercido em igualdade de condições por ambos os pais, a fim de garantir o interesse e proteção da prole. Decorrente da igualdade de condições, está a possibilidade de um dos genitores recorrer ao juiz, caso haja divergência entre eles<sup>124</sup>.

Sobre a natureza jurídica do poder familiar, Orlando Gomes<sup>125</sup> leciona:

Do ponto de vista técnico, o conjunto dos direitos e deveres compreendidos no instituto qualifica-se como situação jurídica peculiar que se caracteriza por ser, ao mesmo tempo, uma *faculdade* e uma *necessidade*. O exercício desse poder é vinculado à tutela dos interesses para os quais é atribuído. Constitui um *munus*, uma espécie de função correspondente a um *cargo privado*. O *pátrio-poder* é um *direito-função*, um *poder-dever*, que estaria numa posição intermediária entre o *poder* propriamente dito e o *direito subjetivo*. Não consiste numa simples faculdade com direção genérica, mas não se desenvolve numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatas.

Dessa forma, o poder familiar não é entendido como *auctoritas*, pois é um *munus*; mas não se trata somente de um encargo, nem tampouco um mero poder. O poder familiar implica dizer que os pais devem ter uma conduta de acompanhamento dos filhos, “uma conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais”<sup>126</sup>.

Nesse ínterim, o poder familiar é *indisponível*, pois não pode ser transferido voluntariamente pelos titulares a terceiros, uma vez que decorre da paternidade natural ou legal. Também é *irrenunciável*, na medida em que não se pode renunciá-lo – com a ressalva da adoção, que não é transferida, mas renunciada. Além disso, o poder familiar é *indivisível*, embora seu exercício possa ser difundido entre ambos os genitores, especialmente quando se trata de pais que dissolveram o vínculo conjugal ou convivencial. Por fim, é *imprescritível*, não se extinguindo pelo desuso<sup>127</sup>.

Em verdade, a extinção do poder familiar só ocorre dentro das hipóteses legais: morte dos pais ou do filho, maioridade da prole, emancipação, adoção ou decisão judicial (art. 1.635 do Código Civil de 2002) – a novidade em relação ao direito romano reside nas duas últimas. Além da extinção, o poder familiar pode ser suspenso, em caso de abuso da autoridade parental, falta do cumprimento dos seus deveres, ruína dos bens dos filhos ou sentença penal condenatória

<sup>124</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v., p. 612..

<sup>125</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

<sup>126</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 537.

<sup>127</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 319-320.

irrecorrível, em razão de pena que não exceda dois anos de prisão (art. 1.637 da codificação civil).

Ainda, haverá perda do poder familiar perante o abandono do filho, na hipótese de atos contrários à moral e aos bons costumes, se reiterar as hipóteses legais de suspensão e, segundo a dicção do art. 1.638, I, do mesmo diploma, em caso de castigo imoderado do filho.

Cumprе ressaltar que a Lei n. 13.010/2014 (Lei da Palmada ou Lei do Menino Bernardo) acrescentou no Estatuto da Criança e do Adolescente sanções para qualquer forma de castigo físico, seja ele moderado ou imoderado (art. 18-B), sendo responsável por terminar a permissão do texto civil de castigar os filhos moderadamente. “Isto porque só o castigo imoderado ensejava a perda do poder familiar. (CC 1.638 I). Ou seja, o castigo moderado era admitido. Agora não mais. Quem impinge o castigo físico ou tratamento cruel ou degradante fica sujeito a cumprir medidas de caráter psicossociais.”<sup>128</sup>

### **2.1.3 Exercício do poder familiar: abandono e administração dos bens dos filhos**

Outro assunto que merece especial atenção é o exercício do poder familiar sobre os filhos, como questões de abandono, a administração e usufruto dos bens dos filhos, em paralelo entre o que remanesceu e o que foi superado a partir do direito romano.

Inicialmente sobre o abandono, o Código Civil de 1916 estabeleceu que os pais perdiam o pátrio poder em caso de abandono dos filhos (artigo 395, inciso II). *Mutatis mutandis*, o texto de 2002 manteve tal disposição, punindo o abandono com a perda do poder familiar.

Além da sanção civil, o Código Penal tipificou o abandono material (artigo 244), moral (artigos 245 e 247) e intelectual (artigo 246). Segundo tais dispositivos legais, configura abandono material deixar de prover a subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, sem justa causa. O abandono moral, por sua vez, é caracterizado mediante a entrega do filho menor de 18 anos à pessoa que apresente perigo moral ou material, enquanto o abandono intelectual seria deixar de prover a educação primária, em consonância com o direito constitucional de acesso ao ensino fundamental obrigatório (artigo 208, inciso I, e artigo 227 da Constituição Federal).

---

<sup>128</sup> DIAS, 2015, p. 475-476.

Insta salientar que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”, consoante artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes dessa disposição, o Código de Menores (Lei n. 6.697) permitia a perda do poder familiar em caso de carência de recursos materiais, de modo a penalizar duplamente as famílias carentes. Ou seja, além do estado de miserabilidade, era aplicada uma segunda penalidade, qual seja, a perda do poder familiar e o direito de ter os filhos consigo<sup>129</sup>.

A despeito do abandono material, moral e intelectual, há ainda o controvertido abandono afetivo e a possibilidade ou não da sua responsabilização civil. Na data de 27 de março de 2005, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tinha rejeitado o dano moral pela negativa de afeto, no Recurso Especial 757.411/MG, sob relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

Entretanto, mais recentemente, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou em sentido contrário, admitindo a indenização por danos morais em virtude de abandono afetivo (REsp 1159242/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 24/04/2012).

Assim, resta controversa a possibilidade ou não da responsabilidade civil pelo dano afetivo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>130</sup>, a título exemplificativo, se mostram contrários a esta responsabilidade, pois a negativa de afeto não deveria ser resolvida mediante compensação monetária. Maria Berenice Dias<sup>131</sup>, por outro lado, entende cabível a indenização, pois a ausência do cuidado afetivo viola a integridade psicofísica dos filhos, e uma vez causado o dano, impõe-se o dever de indenizar.

Não obstante tal discussão, a punição pelo abandono moral, material e intelectual ostenta clareza solar, conforme exposto acima. Nesses casos, há a vedação expressa ao abandono dos filhos, como não poderia deixar de ser, tendo em vista os princípios consagrados no texto constitucional e em tantos outros diplomas legais. Por conseguinte, o ordenamento jurídico pátrio foi capaz de superar o instituto romano do *ius exponendi*, pelo qual o *pater familias* podia rejeitar o próprio filho.

No que tange ao patrimônio dos filhos, o Código Civil de 1916 (artigos 385 e 389) atribuiu ao pai e, na sua falta, à mãe, a função de administrador dos bens dos filhos, bem como concedeu-lhes o usufruto de tais bens, por considerar inerente ao “pátrio poder”. O Código Civil

---

<sup>129</sup> VERONESE et al, 2005, p. 64.

<sup>130</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 583.

<sup>131</sup> DIAS, 2015, p. 542-543.

de 2002 (artigo 1.689) manteve a similitude, prevendo que os pais são usufrutuários e administradores dos bens dos filhos, enquanto no exercício do poder familiar.

A motivação para essa incumbência parte do pressuposto – para Maria Berenice Dias, equivocado – de que os rendimentos dos bens se compensam com as despesas expendidas na criação e educação dos filhos. A interpretação a ser feita, então, é de que o usufruto não se ocupe de todos os rendimentos dos filhos, mas apenas do suficiente para garantir as despesas da família. Entretanto, a tendência da doutrina é de reconhecer que pertence aos pais todos os rendimentos decorrentes dos bens<sup>132</sup>.

No Código Civil de 1916, a ressalva à administração e usufruto era feita quanto aos bens: I) adquiridos pelo filho ilegítimo e antes do seu reconhecimento; II) adquiridos em decorrência de serviço militar, magistério ou outra função pública; III) deixados ou doados aos filhos, sob a condição de não serem administrados pelos pais; IV) concedidos em herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

O enfoque a ser dado no presente estudo cinge-se ao inciso II, pois se trata de resquício do *peculium castrense* e do *peculium quasi castrense*. Com tais institutos, foi concedida aos filhos a possibilidade de terem patrimônio próprio se os bens fossem adquiridos em razão de serviço militar ou decorrentes de cargos públicos.

Posteriormente, o Código Reale ampliou o inciso II, para excluir dos bens administrados e usufruídos pelos pais todos aqueles obtidos pelos filhos em decorrência de sua atividade profissional<sup>133</sup>.

Os poderes conferidos para a administração dos bens pelos pais incluem somente os atos de manutenção, conservação e pagamento de tributos, não podendo alienar, gravar de ônus reais ou contrair obrigações que ultrapassem os limites da mera administração, exceto por necessidade ou interesse da prole (artigo 1.691 no texto de 2002 e artigo 386 da codificação de 1916). Os abusos no exercício da administração podem gerar a anulação do ato ou a suspensão do poder familiar<sup>134</sup>.

Devido à importância para o processo de humanização dos filhos, a adoção (causa de extinção do poder familiar) será analisada neste momento.

---

<sup>132</sup> DIAS, 2005, p. 468.

<sup>133</sup> VERONESE et al, 2005, p. 52-54.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 48-49.

## 2.2 ADOÇÃO E OS FILHOS ADOTIVOS

### 2.2.2 A evolução histórica da adoção

Até 1916, quase não havia regulamentação das adoções, pois as Ordenações Filipinas, vigentes até então, apenas mencionavam as “confirmações de perfilhamento”. Com o advento do Código Civil, o instituto passou a ser normatizado de forma sistemática<sup>135</sup>.

Nessa época, a adoção era destinada àqueles que *não tinham filhos*, sem “prole legítima ou legitimada”, com *mais de cinquenta anos de idade* (artigo 368). Em 1957, alterou-se tal disposição para permitir a adoção aos maiores de trinta anos, desde que decorridos cinco anos após o casamento, possivelmente para dar chances à filiação biológica.

Outra limitação era a diferença de idade entre os envolvidos na adoção: o adotante devia ser ao menos dezoito anos mais velho que o adotado (artigo 368), assim como ocorria na família romana. Isso leva a concluir que a codificação de 1916 adotou o princípio da *adoptio naturam imitatur*, isto é, de que a adoção imita a natureza – o pai deve ser mais velho que o filho, tendo idade suficiente para gerá-lo.

Porém, também em 1957, ainda pela Lei nº 3.133/1957, a diferença de idade foi reduzida para dezesseis anos. Esta previsão foi mantida no artigo 42, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber: “O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando”.

Importante ressaltar o procedimento para adotar: era realizado por escritura pública (artigo 375), evidenciando sua natureza contratual. Como se não bastasse, o parentesco estabelecido pela adoção se manifestava somente entre adotante e adotado, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais (artigo 376).

Com a Lei nº 4.655/65, implementou-se a legitimação adotiva, procedida mediante sentença judicial, pela qual o vínculo da adoção se estendia à família dos legitimantes. Neste regime, os direitos e obrigações da família de origem, que permaneciam na adoção civilista até então, eram extintos com a adoção, buscando a integração do infante na nova família.

A partir da Constituição Federal de 1988 e a consagração da igualdade substancial dos filhos, eliminou-se qualquer discriminação entre adoção e filiação, pois

---

<sup>135</sup> LÔBO, 2011, p. 276.

a norma constitucional (art. 227, § 6º) implantou significativo avanço, afastando o seu caráter contratual. Em decorrência, o filho adotivo ganhou tratamento igualitário, sendo tratado sem nenhuma distinção em relação aos filhos biológicos, inclusive sendo assegurado o direito sucessório que, outrora, lhe era negado. Restou totalmente incompatível o sistema de adoção do Código Civil de 1916, cujo escopo era oferecer a oportunidade de ter filhos a quem não os possuía ou não poderia tê-los por mecanismo biológico-sexual<sup>136</sup>.

Acompanhando a normativa constitucional e para dar efetividade aos direitos dos filhos adotivos, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a disciplinar a adoção dos menores de dezoito anos<sup>137</sup>. Tinha-se, então, uma dualidade de sistemas: a adoção estatutária, para os menores de dezoito anos, mediante decisão judicial, e a adoção restrita, prevista no Código Civil, para os maiores de dezoito anos e realizada por escritura pública. Com o Código Civil de 2002, tanto para os maiores, quanto para os menores de dezoito anos, a adoção está sujeita à sentença constitutiva do novo vínculo. O que varia é onde se processa os pedidos: na Vara da Infância e Juventude, para crianças e adolescentes, ou na Vara de Família, para os maiores de dezoito anos<sup>138</sup>.

A conjugação de diplomas podia gerar dúvidas sobre quais normas aplicar. Para solucionar as incertezas, a Lei nº 12.010/09 (Lei Nacional da Adoção) veio a alterar os artigos 1.618 e 1.619 da codificação de 2002. Estabeleceu-se que a adoção de criança ou adolescente é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a adoção dos maiores de dezoito anos procederá mediante as normas do Código Civil, aplicando, no que couber, as diretrizes estatutárias<sup>139</sup>.

Uma vez abolida a adoção por escritura pública e concedidos iguais direitos aos filhos adotivos, foi possível superar o caráter contratual da adoção. A partir de então, independente da idade do adotando, o ato depende da assistência efetiva do poder público. A adoção, que era tida como último mecanismo para criar filhos a quem não podia gerá-los, passou a ser vista também como um amparo a uma pessoa sem família, buscando contemplar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da sua proteção integral. A antiga concepção do direito romano de criar descendentes para atingir as finalidades do *pater familias* foi gradualmente sendo

---

<sup>136</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 932.

<sup>137</sup> DIAS, 2015, p. 481.

<sup>138</sup> VERONESE et al, 2005, p. 39.

<sup>139</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 935-936.

mitigada, até a adoção ser concebida como uma filiação baseada no afeto e na dignidade da pessoa humana.

### **2.2.1 A discriminação dos filhos antes da Constituição Federal de 1988**

Até o advento da Constituição Federal de 1988, os filhos eram rotulados a depender da relação estabelecida entre os genitores, se havidos ou não no casamento, em nítida discriminação. Baseado na justificativa da família matrimonializada, na qual o casamento era a única forma de constituição de família e assim devia ser preservado, os filhos nascidos na seara do casamento eram considerados legítimos e a eles eram plenamente reconhecidos os direitos de filiação. Mesma sorte não recaía aos filhos ditos ilegítimos, pois

A necessidade de preservação do núcleo familiar – leia-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adúlteros. Essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, do fato de a prole proceder ou não de genitores casados entre si. Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência.<sup>140</sup>

O direito à identidade e à sobrevivência eram subtraídos, pois os filhos tidos por incestuosos ou adúlteros sequer podiam ser reconhecidos (redação inicial do artigo 358 do Código Civil de 1916). O reconhecimento tornou-se possível com a Lei nº 4.737/1942, mas somente após o então desquite. Posteriormente, a Lei nº 883/1949 ampliou as possibilidades de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, permitindo a ação declaratória ao próprio filho, mas também sob a condição de ter finalizado a sociedade conjugal<sup>141</sup>.

Para ser concebido na constância do casamento, o filho deveria nascer ao menos cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal ou dentro de trezentos dias após a sua dissolução (artigo 338 do Código Civil de 1916). Frise-se que o lapso temporal era o mesmo estabelecido no direito romano, assim como a classificação dos filhos conforme a relação

---

<sup>140</sup> DIAS, 2015, p. 387.

<sup>141</sup> RIZZARDO, 2011, p. 339.

matrimonial ou não. O texto de 2002 manteve o lapso temporal, assim como incluiu as possibilidades de fecundação artificial (artigo 1.597).

Assim como os filhos ilegítimos, os filhos adotivos também sofriam discriminação, pois não se integravam totalmente à família do adotante. A título exemplificativo, tinham seus direitos sucessórios negados caso existissem filhos “legítimos” do genitor (artigo 377 do texto de 1916).

Apenas com a Constituição Federal de 1988, deu-se um fim ao processo de discriminações dos filhos, mediante seu artigo 227, parágrafo 6º, *in verbis*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. A partir de então, todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos, independente da relação havida entre seus pais<sup>142</sup>. Assim,

a nova ordem filiatória, centrada no garantismo constitucional e nos valores fundantes da República (dignidade, solidariedade social, igualdade e liberdade), implica em *funcionalizar* a filiação à realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de *despatrimonializar* o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para transmissão de herança) e de proibir discriminações, como forma promocional do ser humano<sup>143</sup>.

Em consequência, a filiação no direito brasileiro deu um grande salto, alterando-se o paradigma até então vigente. A filiação passa a ser determinada pelo fato do nascimento, independente de ter decorrido de relacionamento ético ou não: filho, seja qual for a sua origem, é filho.<sup>144</sup>

## 2.3 A GUARDA DOS FILHOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

### 2.3.1 Modalidades de guarda

O direito de guarda dos filhos é da natureza do poder familiar, mas não a sua essência, pois em caso de dissolução do relacionamento dos pais, a guarda pode ser atribuída a apenas um deles ou até a terceira pessoa<sup>145</sup>. Enquanto a família permanece unida, a guarda dos

<sup>142</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 566, 572.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 573-574.

<sup>144</sup> DIAS, 2015, p. 388.

<sup>145</sup> VERONESE et al, 2005, p. 32.

filhos não costuma ocasionar problemas. Contudo, com a ruptura do relacionamento dos pais, bem como quando não houve convivência entre os genitores, nasce o problema do regime da guarda<sup>146</sup>, que consiste na atribuição a um dos pais ou ambos os encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho.

Dada a recorrência das rupturas conjugais e convivenciais em nível mundial, a guarda dos filhos se tornou tema importante para a doutrina e jurisprudência de diversos países, as quais vêm admitindo diversas modalidades de guarda, no intuito de reduzir o sofrimento dos filhos com a separação dos pais<sup>147</sup>. Estas modalidades podem ser, em especial: a guarda unilateral, a alternada ou partilhada, aninhamento ou nidação e, por fim, a guarda compartilhada<sup>148</sup>.

A guarda unilateral ou exclusiva é exercida por apenas um dos genitores, cabendo ao outro o direito e dever de visitas e de fiscalização. Nesta modalidade, as decisões referentes à educação e cuidados dos filhos são definidas unicamente pelo guardião unilateral<sup>149</sup>.

Nos últimos anos, a guarda exclusiva a um dos genitores foi a que predominou no cenário brasileiro, principalmente a guarda atribuída unilateralmente à mãe, como resultado de um longo processo histórico em que a mulher era vista como provedora do lar, enquanto ao homem cabia o trabalho e sustento da família. Consoante expôs Denise Volpato em seu voto no Agravo de Instrumento n. 2015.049695-3<sup>150</sup>,

Até pouco tempo atrás, havia um papel a ser exercido pelo homem e outro pela mulher, incumbindo a ela o dever de zelar pelo cuidado diuturno dos filhos, e a ele a manutenção e sustento do lar. Dessarte, em caso de separação, a guarda dos filhos era inexoravelmente atribuída à mãe, real detentora do saber de "ser mãe". Ocorre que, relevada a dinâmica social, não mais subsiste a divisão de papéis, masculino e feminino, em âmbito familiar, desenvolvendo pai e mãe o mesmo vínculo de afeto e cuidado com os filhos. O relacionamento familiar como um todo, assim, encontra-se fulcrado na igualdade – homem e mulher exercem igualmente os direitos e deveres na sociedade civil e no âmbito conjugal.

Assim, a guarda unilateral sofreu críticas pela doutrina e jurisprudência, assim como pela Lei n. 11.698/2008 e pela Lei n. 13.058/2014, uma vez que a Constituição Federal de 1988 previu a igualdade entre os cônjuges e o Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou a

---

<sup>146</sup> GRISARD FILHO, 2014, p. 71-72.

<sup>147</sup> AKEL, 2008, p. 91.

<sup>148</sup> SILVA, 2006, p. 61.

<sup>149</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386.

<sup>150</sup> TJSC, Capital - Continente, j. 20/10/2015.

doutrina da proteção integral, reconhecendo direitos aos filhos<sup>151</sup>, entre os quais o seu melhor desenvolvimento – o qual, via de regra, ocorre na manutenção dos laços com ambos os pais.

Conforme leciona Ana Carolina Silveira Akel, “A criança, submetida aos cuidados de apenas um dos genitores, na maioria das vezes, a mãe, perde o referencial da presença de ambos os pais em sua vida. Assim, o filho perde o referencial paterno, que se transforma em mera figura de provedora de pensão alimentícia”<sup>152</sup>.

Além da guarda unilateral, há a guarda alternada, configurada pela alternância do período em que o menor mora com cada um dos pais. Em dado período preestabelecido, um dos genitores exerce a guarda com a totalidade dos direitos e deveres resultantes do poder familiar, enquanto no período seguinte caberá o mesmo exercício pelo outro genitor, e assim sucessivamente<sup>153</sup>.

A guarda alternada é contrária à continuidade do lar, a qual deve ser respeitada a fim de preservar o bem-estar do infante. “É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica”, consoante bem expõe Ana Maria Milano Silva<sup>154</sup>.

Por outro lado, a guarda nidal (aninhamento ou nidação) ocorre quando a residência fixa é a dos filhos, enquanto cabe aos pais o revezamento dos seus lares. Não obstante o benefício ao filho, que preserva seus vínculos maternos e paternos ao mesmo tempo em que habita uma única casa, esta modalidade apresenta dificuldades na prática. Isso porque envolve um custo elevado, dado que ambos os pais devem sustentar duas residências, uma para o filho comum e outra para morarem quando não estiverem com a prole. Além disso, impõe um empecilho aos genitores que criam novos laços familiares, possivelmente com outros filhos, de modo a tornar a guarda nidal quase impraticável<sup>155</sup>.

Por fim, a guarda compartilhada, exercida por ambos os pais em conjunto. Define-se uma residência base, onde o filho residirá, mas se assegura a convivência com ambos os genitores. Tal modalidade “tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou corresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais”<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> VERONESE et al, 2005, p. 56.

<sup>152</sup> AKEL, 2008, p. 91.

<sup>153</sup> GRISARD FILHO, 2014, p. 90-91.

<sup>154</sup> SILVA, 2006, p. 62.

<sup>155</sup> ROSA, 2015, p. 60.

<sup>156</sup> LÔBO, 2011, p. 199-200

Considerando o foco do presente estudo, examinaremos precipuamente a guarda compartilhada, razão pela qual não se aprofunda a análise do instituto neste momento.

### **2.3.2 Ascensão da guarda compartilhada**

Desde a sua instituição, o instituto da guarda compartilhada sofreu diversas modificações. A primeira disposição acerca do destino dos filhos de pais sem convivência conjugal adveio em 1890 com o Decreto 181/90, art. 90, determinando a entrega do filho ao cônjuge inocente. Posteriormente, o Código Civil de 1916 manteve a regra da guarda para o cônjuge inocente, em seu artigo 326. Porém, distinguiu as situações em que ambos eram culpados, determinando que deveria ficar com a mãe as filhas menores de 21 anos e os filhos até seis anos, sendo os filhos maiores de seis anos tutelados pela guarda paterna. Em se tratando de dissolução da sociedade conjugal amigável, prevalecia o que acordaram os genitores, conforme seu artigo 325.

Com a Lei n. 4.121/1962, o Código Civil de 1916 teve suas disposições alteradas, no tocante ao desquite judicial referente aos casos em que ambos os cônjuges eram culpados. A partir de então, a mãe deveria ficar com os filhos menores, excluindo a diferenciação do sexo e idade dos infantes.

Novamente, este quadro foi modificado, desta vez pela Lei 6.515/1977, a qual instituiu o divórcio no Brasil. Em linhas gerais, as diretrizes foram mantidas, com exceção de duas inovações: em casos de ruptura da vida em comum por tempo superior a um ano, os filhos permaneceriam com o cônjuge em cuja companhia estavam durante esse tempo de ruptura. Existente doença mental de um dos cônjuges, seguidas as especificidades do art. 5, § 2º, os filhos ficariam com o cônjuge que estivesse em condições de assumir, normalmente, a guarda.

Ressalte-se que, até este momento, o cerne da dissolução da sociedade conjugal estava calcado na culpa de um dos cônjuges. Em havendo cônjuge “inocente”, a ele seria atribuída a guarda dos filhos. Não se dissociava a figura conjugal da figura parental, não havia separação entre a “culpa” no fim do relacionamento conjugal e a aptidão para cuidar dos filhos.

Se o cônjuge fosse “declarado culpado”, não exerceria a guarda, ainda que melhor correspondesse às necessidades dos filhos<sup>157</sup>. Nas palavras de Paulo Lôbo<sup>158</sup>:

No direito anterior, a guarda exclusiva era consequência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa pela separação. A guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la.

Com o advento do Código Civil de 2002, as alterações cingiram-se à atribuição da guarda a quem revelar melhores condições no seu exercício (artigo 1.584). De certo modo, foi reforçado o princípio da prevalência dos interesses da criança e do adolescente, o qual prevê não só os direitos e garantias fundamentais “gerais”, mas também direitos fundamentais especiais, próprios de um ser humano que se encontra numa situação vulnerável e que faz jus a uma proteção especial. Contudo, nem sempre os interesses dos filhos eram tutelados, uma vez que o Código Civil não previa, de modo expresso, o compartilhamento da guarda, embora tampouco o proibisse. Por conseguinte, a guarda compartilhada era raramente aplicada pelo Judiciário e o que permanecia eram ex-casais com uma relação mal resolvida, investindo seus filhos como “moeda de troca” em busca de uma guarda unilateral<sup>159</sup>.

Com vistas a efetivar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o debate sobre o tema se espraiou, reforçado pelos movimentos de pais e mães separados. Somam-se como fatores as mudanças na estrutura familiar brasileira, com suas novas formas de composição, bem como as exigências socioeconômicas da vida moderna, em especial a inclusão crescente da mulher no mercado de trabalho<sup>160</sup>. Por estes motivos, foi editada a Lei n. 11.698/2008, instituindo a guarda compartilhada.

Pela primeira Lei da Guarda Compartilhada, o juiz deveria aplicar o instituto “sempre que possível”. Contudo, tal expressão induziu a uma interpretação equivocada pela jurisprudência pátria, que deixou de aplicar a guarda compartilhada em grande parte dos casos. Bastava ter um conflito entre os genitores para que o magistrado negasse sua aplicação. Ou seja, “a guarda era compartilhada apenas quando possível. Mas sempre davam um jeito de não ser possível”,

---

<sup>157</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 134.

<sup>158</sup> LÔBO, 2011, p. 192

<sup>159</sup> Ibidem, p. 129-133

<sup>160</sup> GRISARD FILHO, 2014, p. 185.

conforme escreveu Rodrigo da Cunha Pereira<sup>161</sup>. Assim, embora a lei demonstrasse sua preferência pelo compartilhamento, na prática cedia aos pais que desejassem a guarda unilateral em seu estado beligerante<sup>162</sup>.

Tanto é verdade que, das estatísticas de registro civil do IBGE<sup>163</sup>, depreende-se números irrisórios de guarda compartilhada aplicada nos processos de divórcio em primeiro grau. Em 2008, em apenas 3,65% dos casos era concedida a guarda a ambos os pais, em detrimento dos 88,87% das situações em que a guarda era atribuída unilateralmente à mãe. Nos anos seguintes, o percentual pouco variou, chegando ao ápice de 7,52% dos casos com guarda compartilhada em primeiro grau, marco este registrado no ano de 2014.

Em que pese o pequeno aumento de casos e os demais avanços rumo à implementação da guarda compartilhada, seus moldes ainda apresentavam certa conexão com o direito romano e o seu poder familiar, em proporções muito menores, pois em ambos os contextos jurídicos os filhos podem ser vistos como objetos em determinadas situações. Enquanto no direito romano os filhos eram coisas para a realização dos desejos do *pater familias*, no direito brasileiro os filhos eram usados como meio de luta nos processos de divórcio, na medida em que um genitor buscava ferir o outro por meio do afastamento do filho.

Ainda que a guarda compartilhada, consolidada mediante a Lei 11.698/2008, tendesse a solucionar o problema de não visualizar as necessidades dos filhos, ela só era aplicada com o consenso dos pais, razão pela qual os pais preferiam permanecer no litígio e buscar a guarda unilateral, ignorando que o bom desenvolvimento do filho, como regra geral, requer a figura paterna e materna concomitantemente. Foi nesse contexto e para solucionar tal conflito que nasceu a Lei n 13.058/2014, a ser analisada no próximo capítulo.

---

<sup>161</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda compartilhada obrigatória* – Em benefício dos filhos. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1035/Guarda+compartilhada+obrigatoria+---Em+benef%C3%ADcio+dos+filhos>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>162</sup> DIAS, 2015, p. 520.

<sup>163</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas do Registro Civil*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default.shtm>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

### 3. LEI N. 13.058/2014 E A GUARDA COMPARTILHADA

Ainda em 2011, o deputado federal Arnaldo Faria de Sá propôs o projeto da nova lei da guarda compartilhada, sob o nº 1009/2011, no intuito de modificar os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. Dois anos depois, a tramitação legislativa prosseguiu no Senado Federal, com a numeração do Projeto de Lei nº 117/2013<sup>164</sup>. Após a sua tramitação, o projeto foi aprovado e convertido na Lei n. 13.058/2014, sancionado na data de 22 de dezembro de 2014, entrando em vigor no dia da sua publicação<sup>165</sup>.

#### 3.1 O NOVO REGIME DA GUARDA COMPARTILHADA

Para a pesquisa em apreço, a alteração mais significativa consubstancia-se na aplicação da guarda compartilhada, que passa, necessariamente, a ser determinada pelo magistrado quando ambos os genitores demonstrarem aptidão para a responsabilidade do poder familiar, independente de consenso dos mesmos e desde que ambos queiram exercer a guarda. Assim, passou a determinar o artigo 1.584, § 2º, da codificação civil: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Desse modo, a guarda compartilhada apenas não será aplicada quando um dos pais não demonstrar aptidão para o exercício da guarda, devido a motivos graves e de acordo com as condições fáticas. Além disso, poderá ser dispensada quando um dos genitores expressar que não deseja exercê-la ou o acordo entre os pais determinar forma diversa de exercício do *múnus*.

Entretanto, no que concerne à hipótese do genitor recusar a guarda, Conrado Paulino da Rosa<sup>166</sup> defende uma análise dos motivos que levaram a tal desinteresse. Consoante sua percepção, o promotor e o magistrado devem investigar a motivação, com o apoio da equipe interdisciplinar.

---

<sup>164</sup> CHERULLI, Eulice Jaqueline da Costa Silva. *A Guarda Compartilhada no Brasil*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>165</sup> LISBOA, Tânia Tórres de Alckmin. *Guarda Compartilhada X Convivência Familiar*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1009/Guarda+Compartilhada+X+Convivência+Familiar>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>166</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56

De modo semelhante, Rolf Madaleno e Rafael Madaleno<sup>167</sup> asseveram que o uso da orientação técnica-profissional ou de equipe disciplinar deve ser usada para verificar se as decisões tomadas pelos pais se coadunam com o melhor interesse dos filhos. Isso porque muitas vezes,

e isto não é nada raro de acontecer, que os ajustes amigáveis sobre a guarda compartilhada escondam escolhas extraídas sobre pressão ou irresistível coação de quem conta com o poder financeiro, ou com a ascendência psicológica que transita por um histórico de violência moral, psicológica ou até mesmo física, dissimulando com o aparente consenso um eterno litígio conjugal, e se nada disto existir, pode ao menos se acerrar o julgador se de fato o acordo de compartilhamento físico da custódia da prole é a melhor solução para o menor, ou apenas se constitui na melhor solução encontrada para satisfazer aos interesses dos pais.

No tocante à inaptidão dos pais, devem ser analisadas as circunstâncias fáticas e pessoais dos progenitores. Entre elas, está sua idoneidade, concernente à capacidade de ter os filhos em sua companhia, sem dúvidas sobre sua competência. Vinculado a esse requisito está o estado de saúde dos pais, o seu entorno doméstico, a disponibilidade do tempo e a possibilidade de conciliar a vida familiar com a profissional. Além disso, deverá ser demonstrada a qualidade do cuidado, educação e formação dos filhos, propiciando um asilo seguro e estável que proporcione um crescimento com paz e tranquilidade<sup>168</sup>.

A partir do momento em que a guarda compartilhada deve ser aplicada se ambos os genitores estiverem aptos a exercê-la, ainda que na falta de consenso, as energias dos genitores se desviam do que antes era discordar desta modalidade de guarda para buscar uma guarda unilateral, mediante atos que dificultem a relação do filho com o outro genitor, e passam a ser um esforço de comprovar a própria aptidão para exercer a guarda.

Assim, a inovação apresentada destinava-se não aos casos em que os pais entendiam o significado de responsabilidade parental, mas aos casos em que os genitores ainda utilizavam seus filhos como artifícios na luta oriunda da dissolução da sociedade conjugal ou convivencial. Conforme se transcreve da justificção do aludido projeto<sup>169</sup>:

---

<sup>167</sup> MADALENO; MADALENO, 2015, p. 298-299.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 250-251.

<sup>169</sup> BRASIL. Projeto de Lei da Câmara No 117, de 2013. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 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.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=142603&tp=1>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. [...] Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da 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 os melhor [sic] interesse da criança mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada.

Por conseguinte, a inovação legislativa em tela pretende inserir na mente dos genitores que a dissolução do vínculo conjugal ou convivencial não pode importar prejuízo à prole. Conrado Paulino da Rosa também se inclina para o entendimento de que “a aplicação da guarda compartilhada como premissa geral terá, como efeito, a médio prazo, a modificação no pensamento daqueles que enfrentarem dissoluções de relacionamentos afetivos”<sup>170</sup>.

De igual modo, visa a sedimentar a concepção da proteção integral aos filhos, já constitucionalizada desde 2010 no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, pois,

sob critérios democráticos e humanistas, em qualquer perspectiva que se analise, médica, psicológica, jurídica, sociológica, filosófica, dentre outras, a guarda compartilhada tem de ser reconhecida como a forma mais eficaz, para o alcance do pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes<sup>171</sup>.

Filho é um ser humanizado, não um objeto ou coisa que serve para os pais utilizarem conforme seu intento. O que se discute no tocante à modalidade da guarda é se ambos estão aptos para arcar com a responsabilidade parental; não se discute, portanto, a propriedade de um filho, pois este não é uma coisa para se apropriar, como se fosse um troféu a ser entregue ao vencedor da lide. O cerne da discussão está pautada nos interesses e necessidades dos filhos, pois o poder familiar não é um direito, mas um dever dos genitores.

### 3.1.1 Convivência equilibrada

Outro dispositivo alterado pela Lei nº 13.058/2014 foi o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, *in verbis*: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido

<sup>170</sup> ROSA, 2015, p. 85.

<sup>171</sup> GIMENEZ, Angela. A guarda compartilhada e a igualdade parental. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.Vgv2KbSQdc0>>. Acesso em: 30 set. 2015.

de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

Ao estabelecer que o convívio deveria ser dividido de forma equilibrada, teria induzido uma guarda alternada na percepção de alguns autores, como para Tânia Tôres de Alckmin Lisboa<sup>172</sup>. Rodrigo da Cunha Pereira<sup>173</sup> também reconheceu a confusão entre as modalidades da guarda na redação da lei, embora defenda que o dispositivo legal tenha sido bem intencionado no seu propósito de reforçar o convívio equilibrado na guarda compartilhada.

Conrado Paulino da Rosa<sup>174</sup>, por sua vez, entende que a lei não previu uma divisão igualitária do convívio com os filhos e, assim, não deve ser entendida como guarda alternada, que sequer existe no ordenamento jurídico pátrio. Em verdade, a guarda compartilhada impõe uma decisão conjunta dos genitores nos assuntos relativos à prole, o que não acontece na guarda alternada, na qual um genitor exerce exclusivamente a guarda, alternando-se os períodos de exercício entre eles. Ainda assim, a Lei 13.058/2014 importa a fixação de uma “ base de moradia”, determinando com quem o filho irá morar, o que permite a atribuição da guarda compartilhada ainda que os pais não residam na mesma cidade. A custódia física do filho deverá ser estabelecida conforme os seus interesses, segundo a disposição do novo artigo 1.583, § 2º, do texto civil.

O convívio equilibrado estabelecido pela lei não pode ser entendido como uma divisão igualitária. Trata-se de uma divisão equilibrada, analisada conforme as peculiaridades familiares, de modo a evitar o convívio apenas em fins de semana alternados, cujo regime pressupõe o convívio em quatro dias com um dos pais, em detrimento dos vinte e seis dias com o outro genitor. Para Douglas Phillips Freitas<sup>175</sup>, não há equilíbrio no convívio somente nos sábados e domingos, quinzenalmente. Mais adequado seria um mínimo de oito dias no mês, considerando fins de semana alternados (de sexta a domingo), e pelo menos um dia durante a semana, quando não há o convívio no fim de semana.

Já para Jaqueline Cherulli<sup>176</sup>,

---

<sup>172</sup> LISBOA, 2016.

<sup>173</sup> PEREIRA, 2016.

<sup>174</sup> ROSA, 2015, p. 76.

<sup>175</sup> *Reflexos da nova Lei da Guarda Compartilhada e seu diálogo com a Lei da Alienação Parental*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1014/Reflexos+da+nova+Lei+da+Guarda+Compartilhada+e+seu+diálogo+com+a+Lei+da+Alienação+Parental>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>176</sup> CHERULLI, 2016.

O tempo de convivência dos filhos com os genitores deve ser intensificado e dividido de forma equilibrada. Esse equilíbrio levará em conta a rotina dos filhos e dos pais, não tendo ligação direta com frações ou cálculos matemáticos. Referida alteração legal é fruto de estudos que demonstraram a necessidade de convívio e contato físico dos filhos tanto com o pai, quanto com a mãe, pois a ausência de afeto e contato físico pode trazer marcas profundas na personalidade de crianças e jovens.

Assim, a divisão de forma equilibrada do convívio com os filhos serve para intensificar os vínculos com ambos os genitores, pois as meras visitas acarretam, paulatinamente, um enfraquecimento dos laços familiares até extinguir por completo o vínculo anteriormente existente. Como diria Angela Gimenez, “Exerce visita pessoa conhecida, amiga ou parente distante e não o pai ou a mãe que, pelo estreito parentesco, detém o direito à convivência com seus descendentes”<sup>177</sup>.

### 3.1.2 Alimentos

Desde a concepção, o ser humano é sensível na sua estrutura e natureza, incapaz de se sustentar sozinho. Desse modo, a ele é reconhecido o direito de ser nutrido pelos seus responsáveis, direito este que subsiste durante seu desenvolvimento físico e mental ou, se já plenamente desenvolvido, ainda necessitar. Nesse ínterim, os alimentos servem para garantir sua subsistência material e moral, devendo os pais fornecer aos filhos habitação, vestuário, educação, medicamentos, lazer e tudo que se faz necessário para sua manutenção<sup>178</sup>.

Não somente os pais têm o dever de alimentar perante os filhos, mas também “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1.694, Código Civil de 2002).

Yussef Said Cahali<sup>179</sup> leciona que, com o supracitado dispositivo legal,

busca-se atender à distinção entre os dois tipos de prestação alimentícia: alimentos civis ou *côngruos* e alimentos estritamente *necessários*; estes corresponderiam apenas ao indispensável à subsistência do ser humano, enquanto aqueles não teriam outro limite senão a capacidade econômica da pessoa obrigada, pelo que, embora fixados na proporção das necessidades do reclamante para viver de modo compatível com a sua condição social, poderiam estender-se por vezes a somas consideráveis.

<sup>177</sup> GIMENEZ, 2015.

<sup>178</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29, 337.

<sup>179</sup> 2009, p. 37.

A Lei nº 13.058/2014 nada determinou sobre a atribuição, modificação e exoneração dos alimentos no regime da guarda compartilhada. Contudo, caso os genitores queiram se valer da guarda compartilhada para se desvincular do dever alimentar, tal não será possível. Mesmo na vigência da Lei nº 11.698/2008, havia fixação dos alimentos na guarda compartilhada, de modo que persiste a obrigação alimentícia regulada pelo artigo 1.694 do Código Civil, conforme os critérios de necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante (art. 1.694, § 1º).

Uma vez determinada a residência básica dos filhos, caberá ao outro progenitor o dever da pensão alimentícia, eis que o genitor que detém a custódia física responde diretamente pelas necessidades da prole. Ainda que no período de recesso escolar permanece a obrigação, conforme aduz Conrado Paulino da Rosa<sup>180</sup>:

Durante o período de férias, mesmo que o genitor não guardião fique a totalidade do período em companhia do filho, permanecem os alimentos que estão fixados. Isso porque, por mais que o filho esteja sendo atendido em suas necessidades básicas durante esse período por parte do alimentante, é certo que aquele genitor que administra os valores da verba alimentar possui despesas fixas, tais como mensalidade da escola, internet, cursos, entre outros.

A prestação alimentícia pode ocorrer em pecúnia ou, eventualmente, em espécie. Ocorrendo o pagamento em dinheiro, deverá ser atualizado monetariamente conforme o índice oficial (art. 1.710). Os parâmetros para o reajuste devem constar no ajuste ou no pronunciamento judicial, exceto no caso em que o pagamento sucede mediante percentual descontado sobre o salário, quando a atualização é automática pelo realinhamento salarial<sup>181</sup>.

Desse modo, para Rolf e Rafael Madaleno<sup>182</sup>, a pensão alimentícia permanece hígida no regime da guarda compartilhada, exceto se: a) os pais auferirem a mesma renda mensal; b) cada um deles arque diretamente com metade das despesas da prole. Isto é, apenas se houver uma divisão equilibrada de fato no tempo de permanência e nos cuidados dos filhos, com igual repartição de responsabilidades, energia e recursos financeiros é que se poderia pensar em revisão ou dispensar a obrigação alimentícia. Do contrário, o dever alimentar é sempre exigido, tendo em vista que o fundamento a embasar os alimentos é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal) e o da solidariedade social e familiar (art. 3º, Carta Magna).

---

<sup>180</sup> ROSA, 2015, p. 103.

<sup>181</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 382-385.

<sup>182</sup> MADALENO; MADALENO, 2015, p. 283.

Cumprido frisar, todavia, que a forma e a proporção dos alimentos deve variar conforme o caso concreto. Isto é, considerando que existem diversas manifestações de compartilhamento da guarda, a pensão alimentícia deve se adequar à realidade analisada na ocasião.

### 3.1.3 Direitos e deveres de cada genitor: Lei da Igualdade Parental

Além das modificações comentadas, a Lei nº 13.058/2014 é responsável por colocar os genitores em pé de igualdade, cabendo a ambos a decisão conjunta quanto à vida da prole, com o direito de convivência, dever de vigilância, direito de pleitear informações perante qualquer instituição de ensino, independente de terem ou não a custódia dos filhos, entre outros direitos e deveres. Por este motivo, Angela Gimenez argumenta que, não obstante a Lei nº 13.058/2014 tenha sido popularmente denominada de “Lei da Guarda Compartilhada” em um momento inicial, passou a ser reconhecida como “Lei da Igualdade Parental”, pois melhor se adequa com a intenção do legislador<sup>183</sup>.

Por este motivo, Maria Claudia Chaves Góes<sup>184</sup> assevera que a melhor denominação para guarda compartilhada seria *responsabilidade compartilhada*, na medida em que importa uma participação igualitária dos pais na criação e educação de seus filhos. Responsabilidade compartilhada, portanto, a ponto de prever uma pena de multa ao estabelecimento que não prestar informações sobre a prole, conforme a dicção do artigo 1.584, § 6º, do Código Reale: “Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”.

Assim, a nova lei sobre guarda compartilhada ampliou as possibilidades de exercer o direito de vigilância. Isso porque, anteriormente, as instituições de ensino restringiam as informações apenas ao genitor-guardião ou ao responsável pelas mensalidades escolares, não obstante o poder familiar persistir com o fim da sociedade conjugal ou convivencial. Além da Lei nº 13.058/2014, já em 2009 houve alteração legislativa, mediante a Lei nº 12.013, para impor às

---

<sup>183</sup> GIMENEZ, 2015.

<sup>184</sup> *Responsabilidade Compartilhada Vs Convivência Compartilhada*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1025/Responsabilidade+Compartilhada+Vs+Convivência+Compartilhada>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

escolas o dever de informar ambos os genitores acerca da frequência e rendimento dos filhos (artigo 12, VII, Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)<sup>185</sup>.

Desse modo, os direitos e deveres trazidos no bojo da Lei nº 13.058/2014 incluem a decisão conjunta dos pais em assuntos relacionados à vida dos filhos e direito de vigilância dos genitores; ou seja, aquele que não detém a custódia física do filho tem o dever de supervisionar os seus interesses. A falta de observância de algum dos atributos da responsabilidade parental permite a aplicação de sanções ao genitor, como redução de prerrogativas, embora a Lei nº 13.058/2014 tenha suprimido a possibilidade de restringir as horas de convivência com filho – possibilidade esta anteriormente regulamentada pela Lei nº 11.698/2008<sup>186</sup>.

A fim de corroborar o dever de vigilância, a Lei nº 13.058/2014 pôs fim à polêmica acerca da ação de prestação de contas em face do genitor que recebe a pensão alimentícia. Agora pode, conforme o artigo 1.583, § 6º, do Código Civil, a seguir transcrito:

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

Para alguns, a prestação de contas importaria um controle excessivo sobre a vida do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Mônica Guazzelli<sup>187</sup>, a título exemplificativo, enuncia que “uma vez fixada a verba, presume-se que tal valor a ser administrado pelo guardião seja o valor necessário. Portanto, permitir que se ajuíze uma demanda contra o guardião, a fim de que este preste contas de forma contábil, é fazer nascer novos e desnecessários conflitos!”. Por conseguinte, caso a verba estivesse sendo mal empregada, a solução seria via ação revisional, e não prestação de contas.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>188</sup>, por sua vez, entende que não é medida inadequada, mas um instrumento justo, pois permite o pleno conhecimento do destino da verba alimentícia por parte de quem paga.

---

<sup>185</sup> ROSA, 2015, p. 88.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>187</sup> *A nova Lei da Guarda Compartilhada*. Disponível em:

<[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20150427123958.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150427123958.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

<sup>188</sup> PEREIRA, 2016.

Fato é que a guarda compartilhada propõe intensificar o acesso e os laços afetivos entre ambos os genitores e seus filhos, permitindo para tanto o uso do direito de vigilância em sua amplitude. Isso porque o poder familiar deve permanecer intacto, na medida em que se trata de “uma gama de prestações inerentes a seu exercício, deveres esses natural e legitimamente atribuídos aos genitores. Um múnus público: irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, e indivisível”<sup>189</sup>.

### 3.1.4 Alienação parental

O responsável pelo conceito de alienação parental é o psiquiatra norte-americano Richard Gardner. Nos anos de 1970, ele começou a perceber nas crianças e adolescentes que ele atendia como perito nas ações de divórcio uma proximidade inicial aos seus pais e posterior rejeição e ódio, em evidente contradição<sup>190</sup>. Observou certas condutas nos genitores, no intuito de denegrir a imagem do outro progenitor. Em 1985, após realizar seus estudos, propôs o termo Síndrome da Alienação Parental para identificar o fenômeno, apresentando a seguinte definição:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável<sup>191</sup>.

Embora os atos de alienação parental se manifestem não somente pelos pais, mas também por avós e outros parentes, são mais recorrentes pelos ex-cônjuges e ex-companheiros,

<sup>189</sup> RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Poder familiar na atualidade brasileira*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>190</sup> WAQUIM, Bruna Barbieri. *A triste “evolução” da alienação parental: apontamentos sobre a alienação familiar Induzida*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1094/A+triste+“evolução”+da+alienação+parental%3A+apontamentos+sobre+a+alienação+familiar+Induzida>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>191</sup> GARDNER, Richard Alan. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

eis que, com o fim da relação conjugal ou convivencial, vêm à tona sentimentos de remorso pelo fim do relacionamento, insatisfação, raiva e depressão.<sup>192</sup>

A partir desse momento, o genitor começa a fazer um jogo de manipulação e retaliações, a fim de desqualificar o outro progenitor. Pode inclusive se valer de implantação de falsas memórias na criança e acusações de abuso moral ou até mesmo sexual<sup>193</sup>. Conforme descreve Maria Berenice Dias,

O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar ou outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e que também a ama. [...] Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida –, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos<sup>194</sup>.

Como meio de regulamentar as situações em que a alienação se manifesta, adveio a Lei n. 12.318/2010, comumente chamada de Lei da Alienação Parental, tendo em vista que a consolidou como instituto jurídico. Esta legislação não trata especificamente da Síndrome da Alienação Parental, mas da conduta de Alienação Parental, sendo esta anterior ao desenvolvimento da síndrome<sup>195</sup>. Em seu art. 2º, parágrafo único, trouxe um rol exemplificativo, uma vez que o rol das condutas alienadoras é extenso e variado<sup>196</sup>, a saber:

São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

<sup>192</sup> MOREIRA, Marina Soares Peres; QUINTANA, Jacqueline Feltrin. *Síndrome da alienação parental: o direito e a psicologia*. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/1002/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+o+direito+e+a+psicologia>>.

Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>193</sup> BUOSI, 2012, p. 25-27.

<sup>194</sup> DIAS, op. cit., p. 546.

<sup>195</sup> BUOSI, 2012, p. 65.

<sup>196</sup> NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. *Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental*. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/877/Guarda+Compartilhada%3A+Um+Caminho+para+Inibir+a+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>>.

Acesso em: 10 abr. 2016.

- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O art. 6º da aludida lei traz ainda os instrumentos processuais dos quais o magistrado pode se valer como repressão à alienação parental. Acir de Matos Gomes<sup>197</sup> vai além, ao defender que uma das possibilidades legais de inibi-la é a fixação da guarda compartilhada.

Isso decorre de variados motivos. Em primeiro lugar, como ressalta Caroline de Cássia Francisco Buosi, o comportamento de alienação parental é mais utilizado nas ações judiciais em que se disputa a guarda dos filhos, como meio de ganhar força e desmoralizar o outro genitor, induzindo o filho a demonstrar preferência por ficar sob sua autoridade<sup>198</sup>. Uma vez que a regra é a guarda compartilhada, tal disputa enfraqueceria, eis que o compartilhamento seria aplicado independente de consenso. A preferência indicada pelo filho não teria mesma força, pois o que basta é ambos os pais estarem aptos a exercer a guarda.

Em segundo lugar, a Lei n. 13.058/2014 ampliou a convivência com o genitor que não seria guardião, bem como seus direitos e deveres de supervisão. Por conseguinte, qualquer postura negativa do filho será mais rapidamente constatada, podendo evitar o desenvolvimento dos abalos psíquicos decorrentes<sup>199</sup>. Em outras palavras, ao negar o convívio exclusivo com um dos genitores, a alienação parental será dificultada, “haja vista que o cotidiano da criança com ambos os pais gera recordações precisas de bons momentos, o que impede a incrustação de falsas memórias”<sup>200</sup>.

Além disso, a partir da nova legislação, ambos os pais precisam consentir não somente para viagens ao exterior, como já previa o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 83), mas também para mudança da residência do genitor guardião para outro município. A nova redação do art. 1.634, V, do Código Civil, portanto, tem o condão de combater uma das formas

<sup>197</sup> *Alienação parental e suas implicações jurídicas*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/870/Alienacao+parental+e+suas+implicacoes+jur%C3%ADdicas>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>198</sup> BUOSI, 2012, p. 77.

<sup>199</sup> CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Guarda compartilhada: visão em razão dos princípios fundamentais do direito*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 213.

<sup>200</sup> BUOSI, 2012, p. 142.

de alienação parental, que seria a mudança da residência sem qualquer comunicação prévia ao outro progenitor<sup>201</sup>.

Dessa feita, a Lei n. 13.058/2014, ao alterar a aplicação da guarda compartilhada, mostra-se como um instrumento hábil a coibir os atos de alienação parental, sendo este mais um dos motivos pelo qual a alteração legislativa em comento é bem-vinda.

### 3.1.5 Vantagens e desvantagens do novo regime da guarda compartilhada

A principal crítica apontada por diversos autores em relação à Lei n. 13.058/2014 refere-se à aplicação da guarda compartilhada independente do relacionamento harmonioso entre os pais. A título exemplificativo, Jorge Shiguemitsu Fujita<sup>202</sup> defende que tal modalidade de guarda “não vingaria num relacionamento hostil entre os pais, em que dominam o rancor, a mágoa e a desavença, características comuns entre pais que se separaram de forma litigiosa, embora tenham em comum o amor pelo filho”. Adiante, ele questiona:

Como poderia dar certo a guarda compartilhada, se decorrente não de um consenso entre os pais, mas de uma determinação judicial, impondo um compartilhamento entre pessoas que se negam a fazê-lo? Seria suficiente a sanção consistente em redução de prerrogativas atribuídas ao genitor que promovesse alteração não autorizada ou o descumprimento de cláusula de guarda compartilhada? Acredito que não. O sucesso da guarda compartilhada depende da maturidade dos pais, de sua compreensão, amor e desprendimento em favor de seu filho.

Ana Carolina Silveira Akel<sup>203</sup> adota semelhante trilhar. Não obstante acredite que a guarda compartilhada seja mais positiva para os filhos, faz a ressalva de que os benefícios só se darão mediante uma relação ao menos cordial entre os pais. Nos casos em que o ódio e a beligerância entre os genitores ainda paira, não traria estabilidade emocional para a prole. Nesse ínterim, em alguns casos, só seria ideal após um tempo, depois de os ânimos acalmarem. Até lá,

---

<sup>201</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Guarda de filhos não é posse ou propriedade*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 272, 279.

<sup>202</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 198.

<sup>203</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Uma nova realidade para o direito de família brasileiro*, p. 42. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

poderia inclusive haver ajuda de uma equipe multidisciplinar para maturar os sentimentos envolvidos.

Como solução a esta questão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>204</sup> decidiu pelo acompanhamento psicológico durante, pelo menos, o primeiro ano da guarda compartilhada, conforme se transcreve a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA COM O GENITOR. ESTABELECIDO O DIREITO DE VISITAS DA MÃE, QUINZENALMENTE, DAS 9:00 ÀS 18:00 HORAS DE SÁBADO E DAS 9:00 ÀS 18:00 DE DOMINGO, SEM PERNOITE.

RECURSO DA GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL. INSUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. EXEGESE DO ARTIGO 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS GRAVES QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA GARANTIR O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR POR AMBOS OS PAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

**FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA (ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL) MEDIANTE ACOMPANHAMENTO PERIÓDICO DO NÚCLEO FAMILIAR POR NO MÍNIMO UM ANO. [...]**

**Assim, é de ser conferida a guarda compartilhada da criança W.K.B aos pais, devendo ser realizado acompanhamento psicológico regular (de 30 em 30 dias) do núcleo familiar pelo período de ao menos 1 (um) ano no âmbito do Conselho Tutelar do Município de Presidente Getúlio/SC (grifo nosso).**

Desse modo, o conflito entre os pais não implica automaticamente a inviabilidade da guarda compartilhada. Sob acompanhamento de uma equipe multidisciplinar, é possível buscar um relacionamento mais harmonioso, a ponto de conscientizar os genitores dos benefícios de uma guarda compartilhada. Assim, aprioristicamente, a guarda compartilhada pode ser construída, evitando os litígios conjugais nos quais o objetivo precípua dos pais é a obtenção da guarda unilateral, revestida de atos de vingança.

Waldyr Grisard Filho<sup>205</sup>, ao tratar das desvantagens do modelo da guarda compartilhada, entende que as críticas não se esgotam com as indicações encontradas na doutrina. Ainda assim, estas críticas “não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente,

<sup>204</sup> TJSC, Apelação n. 2015.020844-4, Presidente Getúlio, rel. Desa. Denise Volpato, j. 07/07/2015.

<sup>205</sup> GRISARD FILHO, 2014, p. 221.

inafastavelmente, que o interesse do menor (critério determinante de atribuição de guarda) não mais se prossegue com a guarda única”. Dessa forma, embora haja situações em que a guarda compartilhada tenha uma aplicação mais complicada, não pode ser descartada sem uma melhor análise e tentativa de implementação.

Há quem defenda<sup>206</sup> que a nova legislação é inconstitucional, pois ao determinar o compartilhamento de guarda independente do bom relacionamento entre os genitores, estaria ignorando o melhor interesse da criança e do adolescente. Entretanto, tal não acontece, pois a lei prevê que ambos os pais devem estar aptos ao exercício da guarda, que ambos estejam aptos a cuidar dos filhos. A lei não determina a aplicação obrigatória, independente da realidade familiar, mas uma aplicação prioritária, de modo que não será fixada a guarda compartilhada se um dos pais não demonstrar condições de arcar com a responsabilidade a ele confiada – o que resguarda o melhor interesse da criança<sup>207</sup>

Outra crítica recorrente à Lei n. 13.058/2014 é sobre confusão feita pela sua redação entre guarda compartilhada e guarda alternada. Consequentemente, induziria uma instabilidade na vida dos filhos, que não teriam a continuidade esperada num compartilhamento de guarda e, assim, perderiam o seu referencial de lar. Entretanto, tal entendimento é equivocado, uma vez que a Lei n. 13.058/2014 não determinou a alternância de lares, mas sim uma convivência equilibrada, conforme já elucidado. Assim, pode haver a fixação de uma moradia base, enquanto ambos os pais exercem a guarda concomitantemente.<sup>208</sup>

Por outro lado, a Lei n. 13.058/2014 pretende coibir os casos em que os filhos são usados como instrumentos, armas ou moedas de trocas no conflito entre os genitores. O que a lei pretende é preservar os laços com ambas as figuras, materna e paterna, tendo em vista que é mais benéfico à criança e ao adolescente. Pretende reduzir os casos de alienação parental, e todos esses apontamentos podem ser reconhecidos como vantagens da novel legislação. Isso porque,

---

<sup>206</sup> CRUZ, 2016, p. 221.

<sup>207</sup> MALVEIRA, Jamilye Saraty. “Tomem que o filho é de vocês!”: sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória. Disponível em: <[<sup>208</sup> OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro de. \*Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade\*. Disponível em: <](http://ibdfam.org.br/artigos/1045/“Tomem+que+o+filho+é+de+vocês%21”%3A+sobre+a+lei+da+guarda+compartilhada+obrigatória.+>”. Acesso em: 12 abr. 2016.</a></p></div><div data-bbox=)

Seguindo-se o modelo da guarda compartilhada, minimizam-se os traumas porventura decorrentes do desmembramento da família, que embora tome nova feição, permite que os menores cresçam em contato tanto com a figura materna quanto com a paterna, essenciais para a sua formação. Assim, evitam-se as crises de lealdade dos filhos em relação aos pais, bem como diminui significativamente a ocorrência da alienação parental, com alta incidência no regime de guarda única<sup>209</sup>.

Assim, não obstante existam alguns pontos a lapidar, isso somente ocorrerá na prática. A princípio, a Lei n. 13.058/2014 apresenta mais prós do que contra, e o esperado é os pais comecem a interiorizar os benefícios do compartilhamento da guarda, de modo a evitar os conflitos em busca de uma guarda unilateral.

### 3.2 ENTENDIMENTO E APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Feita a análise da legislação aplicável, mister agora verificar qual vem sendo o entendimento jurisprudencial acerca da nova regulamentação. No presente estudo, o foco será o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Superior Tribunal de Justiça.

#### 3.2.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Desde a publicação da Lei n. 13.058/2014 até a presente data (19 de abril de 2016), foram apresentados perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina 68 recursos envolvendo o tema da guarda compartilhada, entre os quais: 35 agravos de instrumento, 31 apelações, 1 embargos de declaração em agravo de instrumento e 1 agravo regimental.

Verificando cada recurso, foi possível depreender cinco tipos de decisão: a) as que aplicaram a guarda compartilhada; b) as que negaram a guarda compartilhada, preferindo a guarda unilateral; c) as que negaram a guarda compartilhada, mas com fundamento na inaptidão de um dos genitores e, portanto, respeitando a Lei n. 13.058/2014; d) as que não versaram diretamente sobre qual tipo de guarda a ser atribuída, mas sim sobre competência do julgador, alimentos, visitas, entre outros assuntos; e) as que não conheceram o recurso e, por não adentrar no mérito, não houve posicionamento sobre a aplicação da guarda compartilhada.

---

<sup>209</sup> LIMA, Suzana Borges Viegas de. *Guarda compartilhada: a nova realidade*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 314.

Do panorama geral, é perceptível que a jurisprudência catarinense vem reconhecendo a Lei n. 13.058/2014, pois 29 das decisões (42,65% dos casos) foram no sentido de perfilhar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e conceder a guarda compartilhada, conforme se atesta nos seguintes julgados:

DISPUTA DE GUARDA. *MUNUS* ATRIBUÍDO UNILATERALMENTE À GENITORA. RECURSO DO PAI. PLEITO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA CONCEDIDO. ARGUMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E OBSTACULIZAÇÃO DE SEU DIREITO DE VISITAS AO FILHO DE SETE ANOS. EVIDENTE ANIMOSIDADE ENTRE O EX-CASAL, CUJA RECENTE SEPARAÇÃO NÃO SE DEU DE FORMA AMIGÁVEL. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA A APONTAR A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA AUSÊNCIA DE CONSENSO. MODELO QUE, POR FORÇA DE LEI, SOMENTE PODE SER ALTERADO POR VONTADE DAS PARTES E A CRITÉRIO DO PODER JUDICIÁRIO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO INFANTE E DE SEU DIREITO DE CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS PAIS SOBRE EVENTUAIS CONFLITOS REMANESCENTES DO EX-PAR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Sem embargo do inquestionável amor dedicado ao menor, tanto por parte do autor e seus pais, como por parte da demandada, é nítido que a criança está sendo colocada no centro do conflito entre os adultos mais importantes da sua vida e sofrendo atos de alienação parental por ambos os genitores, em flagrante desrespeito aos seus mais caros direitos constitucionais, como a dignidade, o direito à convivência familiar e a absoluta priorização de seus interesses. [...]

Com efeito, não obstante a animosidade existente entre as partes, conforme demonstra o conjunto fático-probatório, tal fato não serve, por si só, para demonstrar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada. Ademais, o estudo social realizado nos autos do divórcio apensos a esta demanda (2015.009284-1, fls. 248-257) indica a própria vontade do filho de residir com ambos os genitores: [...]

Pelo exposto, ainda que não haja o consenso acerca da instituição da guarda compartilhada, diante da conjuntura refletida nos autos e da aplicação da nova legislação vigente no país, tal modelo deve prevalecer. Com o comprometimento e a vontade das partes, tendo sempre em mente o melhor interesse dos filhos, é possível a construção de uma convivência harmônica, apta a permitir a participação efetiva do pai no cotidiano familiar e a superação das diferenças entre os adultos envolvidos no conflito<sup>210</sup>.

E:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO, GUARDA, ALIMENTOS, VISITAS E PARTILHA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE FIXOU A GUARDA COMPARTILHADA, ESTABELECEU PROVISORIAMENTE OS PARÂMETROS DE EXERCÍCIO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA, BEM COMO DEFINIU A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM FAVOR DO FILHO NO IMPORTE DE 20% (VINTE POR CENTO) DOS RENDIMENTOS BRUTOS DO DEMANDADO, DESCONTADOS IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INSURGÊNCIA DOS AUTORES. PEDIDO DE CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL DO FILHO EM FAVOR DA GENITORA. INSUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA

<sup>210</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2015.034356-6, Lages, rel. Des. Ronei Danielli, j. 29/09/2015.

AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. EXEGESE DO ARTIGO 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. DECISÃO MANTIDA, NESTE ASPECTO.

Deste modo, mesmo após extinta a relação conjugal, considerada a estrutura familiar atual, ainda que exista conflito entre os pais é de ser estabelecida a guarda compartilhada dos filhos em respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes<sup>211</sup>.

Por fim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C PARTILHA DE BENS, ALIMENTOS, GUARDA E DIREITO DE VISITAS. [...] CONCESSÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DA FILHA DO CASAL EM FAVOR DA GENITORA. IRRESIGNAÇÃO DO GENITOR. GUARDA COMPARTILHADA. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

III - Na definição da guarda de menor, tem-se por escopo principal atender as suas necessidades, de ordem afetiva, emocional, psicológica, social, cultural e econômica.

IV - A guarda unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses do menor, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame, pelo menos até o presente momento processual.

Dessa forma, deve ser estabelecida a guarda compartilhada da menor em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar. [...]

Contudo, a guarda unilateral, individual ou exclusiva do filho para um dos genitores é medida a ser tomada somente quando um dos pais não pode, não quer ou não tem condições de exercer a guarda compartilhada, ou, ainda, quando verificadas dificuldades ou incompatibilidade de relacionamento entre eles e o filho, pois o ideal é que a prole permaneça em permanente contato com os pais, mesmo após a separação, pois o desfazimento do casamento ou união estável não deve importar, necessariamente, no rompimento da relação harmoniosa e permanente com os filhos. [...]

Conceder a guarda da filhos unilateralmente para um dos genitores poderá agravar ainda mais para a criança ou adolescente a sensação de perda, sobretudo afetiva, já suficientemente marcada pela dissolução da união dos pais, podendo tornar-se um elemento fortemente desagregador da entidade familiar, circunstância não desejada, até mesmo pelo Estado, que há muito erigiu a família como instituição de ordem constitucional (CF, art. 226). [...]

Frisa-se que o mote da guarda compartilhada é a maior permanência dos filhos com os pais e a integração harmoniosa da família, de sorte que a criança ou o adolescente permaneça em contato frequente com os pais, deixando de sofrer eventuais reflexos negativos decorrentes da ruptura da relação do casal<sup>212</sup>.

Em outros casos, contudo, o tema não levou a mesma sorte, na medida em que a guarda compartilhada foi relegada perante a animosidade e beligerância dos genitores. Foram 16 acórdãos negando a guarda compartilhada, representando 23,53% dos julgados analisados. Nestes

<sup>211</sup> TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.049695-3, Capital - Continente, rel. Desa. Denise Volpato, j. 20/10/2015.

<sup>212</sup> TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.037111-8, Joinville, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 02/02/2016.

casos, o entendimento foi de que o convívio harmonioso é um pressuposto para a aplicação do compartilhamento, conforme segue:

AÇÃO DE GUARDA. JUÍZO DA ORIGEM QUE CONCEDE A GUARDA DA INFANTE AO AUTOR E FIXA DIREITO DE VISITAS À RÉ. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. [...] ESTUDO SOCIAL QUE DEMONSTRA QUE AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES DE CRIAR A FILHA E SUGERE A GUARDA COMPARTILHADA. MODALIDADE QUE É INVIÁVEL NA HIPÓTESE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE CONVERGÊNCIA DE IDEIAS ENTRE OS GENITORES.

ELEMENTOS NOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA QUE O ENCARGO DE GUARDIÃ FOSSE RETIRADO DA MÃE. SENTENÇA REFORMADA PARA CONCEDER A GUARDA DA MENOR À DEMANDADA, FIXAR DIREITO DE VISITAS AO RÉU E DETERMINAR QUE ESTE PROMOVA O PAGAMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA JÁ ESTIPULADA EM AÇÃO PRÓPRIA, CUJA SENTENÇA TRANSITOU EM JULGADO. [...]

Não se desconhece a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.058/2014 no Código Civil, mais precisamente no artigo 1.584, §2o, que fixa a guarda compartilhada como modalidade a ser adotada em caso de ausência de consenso entre os pais [...]

Porém, apesar de notar o interesse do legislador em prestigiar o melhor interesse da criança a fim de viabilizar a convivência de forma mais intensa do menor com ambos os pais, bem como ter conhecimento da posição da assistente social que acompanhou o caso em apreço, é inconteste que a modalidade prescinde que os pais estejam preparados psicologicamente e que possuam maturidade para resolver as questões pertinentes ao filho de forma conjunta— uma das condições da guarda compartilhada, talvez a principal — sem que suas manifestações sejam comprometidas por eventuais ressentimentos resultantes do término do relacionamento amoroso entre ambos.

A situação dos autos, entretanto, não recomenda a adoção desse tipo de guarda, isso porque os genitores ainda não estão preparados para, conjuntamente e em harmonia, deliberarem sobre as questões que envolvem a infante, pois ainda nutrem sentimentos de mágoa e tristeza decorrentes dos conflitos vivenciados durante a união de ambos, consoante retratado no estudo social [...]

Portanto, ainda que possa ser o modelo que aparentemente melhor atenda os interesses da criança, considerando-se o bom relacionamento vivenciado por ela com ambos os genitores e por ter cada um deles plena condição de exercer o cargo de guardião, enquanto os pais não tiverem desenvolvido maturidade e superado as mágoas advindas do término do relacionamento, a guarda compartilhada poderá comprometer sobremaneira o desenvolvimento da menina.

E é justamente isso que se quer evitar, razão pela qual, na situação em análise, entende-se deva ser fixada a guarda unilateral, pelo menos por ora, nada impedindo que, caso as Partes se desenvolvam a ponto de atingirem o diálogo e, com cordialidade, possam debater e atuar em conjunto nas responsabilidades inerentes à guarda, a medida possa ser revista<sup>213</sup>.

No caso acima, foi reconhecida a vigência da Lei 13.058/2014, inclusive o estudo social indicou que a guarda compartilhada era a melhor modalidade a ser determinada, mas a relação conjugal falou mais alto que a relação genitor-filhos.

<sup>213</sup> TJSC, Apelação n. 2014.069447-7, Gaspar, rel. Desa. Rosane Portella Wolff, j. 23/04/2015.

Convém ressaltar que a maioria dos julgados em que se afastou o compartilhamento foi em sede de guarda provisória e ação de modificação de guarda, tendo os eminentes magistrados entendido, em grande parte, que não havia motivos e provas suficientes aptas a ensejar a mudança da guarda unilateral para a compartilhada. Destaca-se o caso a seguir – que, insta salientar, muito bem elucida o conceito de guarda compartilhada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGOU PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA COMPARTILHADA. INSURGÊNCIA DO GENITOR. GUARDA UNILATERAL ESTABELECIDADA EM ACORDO JUDICIAL. PRETENSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA DIANTE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI N. 13.058/2014. ALEGADA POSSIBILIDADE DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ACORDO JUDICIAL QUE VEM SENDO CUMPRIDO A CONTENTO. VÍNCULO PATERNO ASSEGURADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Com a edição da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, restou consolidado no ordenamento jurídico pátrio que a regra é que se estabeleça a guarda compartilhada em detrimento das demais formas, mesmo que não haja consenso entre os genitores, mas sempre observando o melhor interesse da criança.

A nova ordem acentuou ainda mais que a responsabilidade pela criação, educação e tomada de decisões sobre os filhos é de responsabilidade de ambos os genitores.[...]

De fato, a guarda compartilhada tem por fundamento uma maior participação dos genitores na vida do filho. Ocorre que tal compartilhamento não significa dizer uma alternância na residência do infante, o que, de acordo com a doutrina nacional, pressupõe uma "divisão da criança", mas sim, um maior envolvimento dos genitores nas decisões referentes a ela, sempre na perspectiva do interesse dos filhos.

A guarda compartilhada não deve/pode ser entendida como uma simples ampliação no direito de visitação, na qual o pai fica 50% do tempo com a criança e a mãe os outros 50%. A guarda compartilhada é mais do que divisão de tempo despendido com o filho.

O compartilhamento de guarda é muito mais que isso. É na realidade uma divisão de responsabilidades entre os genitores, concernente às decisões sobre a rotina do filho, tais como: qual escola estudar; qual plano de saúde contratar, quais aulas extra curriculares frequentar; quem irá levar e/ou buscar na escola, na festa, dentre outras decisões, que devem ser tomadas em conjunto.

Ressalte-se ainda que a guarda compartilhada pressupõe o direito daquele que não reside com a criança de participar ativamente em sua vida e em seu cotidiano, mas sempre com o estabelecimento detalhado de suas responsabilidades, a fim de não interferir de forma negativa na administração da vida do filho.

Além disso, para que se opere a modificação de guarda não basta apenas o querer de um dos genitores. É necessário, antes de tudo, se apurar o impacto que referida decisão poderá vir a ter na esfera de interesse da menor, na forma como determinou a Magistrada de primeiro grau.

Assim, não evidenciado, nesta fase processual, o perigo de lesão grave e de difícil reparação a justificar a modificação da guarda unilateral previamente estabelecida em acordo judicial, é de se manter a decisão interlocutória proferida em primeiro grau, até que a instrução processual e estudos já determinados aportem aos autos para que deliberação diversa possa ser examinada<sup>214</sup>.

<sup>214</sup> TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.024074-1, São José, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 27/07/2015.

Outra possibilidade para negar a guarda compartilhada foi não pelo conflito entre os pais, mas em razão de um deles se demonstrar inapto para exercer a guarda do filho – apenas 7 provimentos judiciais (10,29% dos casos). Tal possibilidade respeita a Lei n. 13.058/2014 que, como visto, prevê como exceção à guarda compartilhada a inaptidão do genitor ou o seu desinteresse no exercício da guarda. Sobre essa hipótese, transcreve-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA COM O GENITOR. ESTABELECIDO O DIREITO DE VISITAS DA MÃE, QUINZENALMENTE, DAS 9:00 ÀS 18:00 HORAS DE SÁBADO. RECURSO DA GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EM SEU FAVOR. INSUBSISTÊNCIA. GENITORA QUE, APÓS FIXADA A GUARDA JUDICIAL EM SEU FAVOR NOS AUTOS DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, DEIXOU O FILHO AOS CUIDADOS DOS PAIS SEM PRESTAR QUALQUER ASSISTÊNCIA À CRIANÇA. DESCASO E ABANDONO MATERNO EVIDENCIADO. AVÓS MATERNOS QUE POSTERIORMENTE ENTREGARAM O NETO AO GENITOR. CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA HÁ MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS COM O PAI. PRESTAÇÃO CONTÍNUA DE ATOS DE CUIDADO À CRIANÇA. TEMPO SUFICIENTE À FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO MÚTUO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. CONJUNTO PROBATÓRIO ESCLARECEDOR E BASTANTE AMPLO, CONSUBSTANCIADO EM ESTUDO SOCIAL A DEMONSTRAR AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA GENITORA EM MANTER O MENOR SOB SUA RESPONSABILIDADE. NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR O INTERESSE DA CRIANÇA MEDIANTE A REGULARIZAÇÃO JURÍDICA DA REALIDADE FÁTICA. DIREITO DE VISITAS DA GENITORA PRESERVADO. RECURSO DESPROVIDO<sup>215</sup>.

No tocante à outra exceção, sobre o genitor declarar que não deseja exercer a guarda do filho, não foi constatado nenhum exemplo. Em verdade, o que predominou na jurisprudência catarinense foram pais beligerantes, em evidente remorso pela vida conjugal, a tal ponto que discutiam a guarda unilateral sem refletir sobre o melhor interesse da prole. A real intenção, frise-se, era a de infligir o ex-companheiro ou ex-cônjuge com a punição de não poder ter a guarda do filho, como se este fosse uma arma na luta em que se encontravam, corroborando com a coisificação dos filhos. Houve, inclusive, atos de alienação parental, a seguir transcrito:

APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO EM PROL DO GENITOR E AVÓS PATERNOS. CONTEXTO QUE DEMONSTRA O FORTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A CRIANÇA, GENITOR E FAMÍLIA PATERNA. GENITORA QUE REALIZA FALSA

<sup>215</sup> TJSC, Apelação n. 2014.003850-7, Presidente Getúlio, rel. Desa. Denise Volpato, j. 11/08/2015.

DENÚNCIA DE ABUSO SEXUAL. LAUDO PERICIAL NEGATIVO. ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS GENITORES EM RAZÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA APRESENTADA. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. LAÇOS AFETIVOS ENTRE FILHO, MÃE E FAMÍLIA MATERNA DEVIDAMENTE PRESERVADOS ANTE A FIXAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - A alteração da guarda reclama máxima cautela ante os malefícios que podem ocasionar no desenvolvimento da criança/adolescente.

II - Nas situações em que está a se discutir a proteção da criança ou adolescente, deve-se buscar solução mais apropriada com o escopo de atingir o melhor interesse desses seres em formação.

III - Embora o § 2º, do art. 1.584, do Código Civil preconize a aplicação da guarda compartilhada entre pai e mãe, como regra, mesmo quando não houver consenso, diante da situação fática apresentada, restou comprovada a prática de alienação parental pela genitora (falsa denúncia de abuso sexual), hipótese em que não é aconselhável no caso concreto.

IV - O não guardião tem direito de visitar e conviver com seus filhos. O contato direto da criança com sua genitora é de suma importância para o seu desenvolvimento físico e mental, pois é no alicerce familiar que o infante solidifica a construção de sua personalidade. [...]

O caso em tela também apresenta contornos de alienação parental praticados pela genitora, a exemplo da desqualificação da figura paterna, dificuldade do exercício do direito de visitas pelo genitor e avós paternos e também a denúncia do suposto abuso sexual da criança.<sup>216</sup>

Em um único caso, dos 68 examinados, foi claramente perceptível o bom relacionamento dos genitores, os quais buscavam a modalidade de guarda que melhor correspondesse aos anseios do filho:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADO COM ALIMENTOS. JUÍZO *A QUO* QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

CASO CONCRETO EM QUE AS PARTES FORAM CASADAS POR QUASE 18 (DEZOITO) ANOS, PELO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, DE CUJO RELACIONAMENTO NASCERAM DOIS FILHOS (UM ADOLESCENTE E OUTRO MAIOR).

**GUARDA DO FILHO ADOLESCENTE.** CONTEXTO DOS AUTOS EM QUE SE ENCONTRAM PRESENTES TODAS AS CONDIÇÕES PARA A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM RESERVAS QUANTO À CONVIVÊNCIA E NÃO DIVERGEM QUANTO À AUTODETERMINAÇÃO DO FILHO, DEMONSTRANDO, EM AUDIÊNCIA, COMPREENSÃO PELO SEU MELHOR INTERESSE, COM RESPEITO À SUA LIBERDADE DE IR, VIR, EXPRESSAR-SE E PARTICIPAR DA VIDA FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 16, INCISOS I, II E V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA NO CASO, COADUNANDO-SE, INCLUSIVE, COM A VONTADE DO FILHO MANIFESTADA PERANTE A ASSISTENTE SOCIAL. REGIME DA GUARDA COMPARTILHADA QUE HOJE É IMPOSTA COMO REGRA PELO ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIZAÇÃO CONJUNTA QUE CONSERVA O PODER

<sup>216</sup> TJSC, Apelação n. 2015.033676-7, São Carlos, rel. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 19/10/2015.

FAMILIAR DOS PAIS. HIGIDEZ DO ART. 1.583, § 1º, DO MESMO DIPLOMA. OBSERVÂNCIA, PRECIPUAMENTE, DO MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 227, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SITUAÇÃO QUE TORNA PRESCINDÍVEL DELIBERAR SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DAS VISITAS OU A FIXAÇÃO DE MORADIA. APLICAÇÃO DO ART. 1.583, § 2º, DO DIPLOMA CIVIL. SENTENÇA REFORMADA PARA FIXAR A GUARDA COMPARTILHADA, MANTENDO O PODER FAMILIAR DE AMBOS OS GENITORES, INCUMBINDO A AMBOS DECIDIR, CONSENSUALMENTE, SOBRE TODOS OS ASSUNTOS DE INTERESSE DO FILHO, SEMPRE RESGUARDANDO SUA AUTONOMIA, LIBERDADE E PARTICIPAÇÃO DAS DECISÕES QUE LHE AFETE<sup>217</sup>.

Assim, diante do cenário apresentado, é possível constatar que a jurisprudência catarinense vem reconhecendo a importância da Lei n. 13.058/2014 e, na maioria dos casos, vem posicionando-se pela aplicação precípua da guarda compartilhada. Alguns casos, contudo, ainda remanescem na visão de que o compartilhamento da guarda deve ser aplicado “sempre que possível”, de modo a impossibilitar a guarda compartilhada, pois o mal relacionamento dos genitores é recorrente ao fim de relacionamento conjugal ou convivencial.

### 3.2.2 Superior Tribunal de Justiça

Passando à análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de imediato vale mencionar que houve apenas um caso que alcançou a sua competência na vigência da Lei n. 13.058/2014 até a presente data (19/04/2016). Trata-se do Recurso Especial 1.560.594/RS, com relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado pela Terceira Turma em 23/02/16.

O Recurso Especial em análise foi interposto a fim de reformar decisão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pela atribuição da guarda unilateral à mãe, “por estarem em franca discussão e extrema beligerância, como se observa dos diversos e-mails trocados e juntados a este feito (fls. 304-453), não estão em condições de exercer a guarda compartilhada e assim tomar decisões conjuntas em relação aos filhos.”<sup>218</sup>

Em que pese tal motivo não impossibilitar a guarda compartilhada pela Lei 13.058/2014, tal apelação cível foi julgada no ano de 2013 e, portanto, na vigência da Lei n. 11.698/2008, quando muitos juristas entendiam que a guarda compartilhada só era possível perante o convívio harmônico dos pais.

<sup>217</sup> TJSC, Apelação n. 2014.003850-7, Presidente Getúlio, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 18/06/2015.

<sup>218</sup> TJRS, Apelação Cível n. 70047863733, Porto Alegre, rel. Des. Munira Hanna, j. 26/06/2013.

Em setembro de 2014, o recurso ascendeu ao Órgão Especial, com julgamento após a edição da nova legislação, o que motivou o entendimento pela concessão da guarda compartilhada, conforme ementa a seguir transcrita:

**RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART.1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.**

1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14.
2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema.
3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória.
4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO (grifo nosso).

Assim, temos que o primeiro caso decidido pelo nossa Corte Superior foi em consenso à matéria examinada no presente estudo e respeitando a Lei n. 13.058/2014, por entender que o desentendimento dos genitores não é motivo suficiente para afastar a guarda compartilhada. Consoante o voto do relator,

a dificuldade de diálogo entre os cônjuges separados, em regra, é consequência natural dos desentendimentos que levaram ao rompimento do vínculo matrimonial. Esse fato, por si só, não justifica a supressão do direito de guarda de um dos genitores, até porque, se assim fosse, a regra seria guarda unilateral, não a compartilhada. [...] Os motivos aptos a justificar a supressão da guarda de um dos genitores devem ser graves o suficiente para comprometer o convívio saudável com os filhos, tais como ameaça de morte, agressão física, assédio sexual, uso de drogas, etc.

Nesse trilhar, desde 26 de fevereiro de 2016, resta claro que a instância final a decidir sobre assuntos de lei federal entende pela aplicação da guarda compartilhada, prescindindo do consenso ou harmonia dos genitores, eis que é a modalidade que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente.

No entanto, impende ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo pela aplicação da guarda compartilhada antes mesmo da nova legislação. Em verdade, em 2011 foi apreciado o Recurso Especial 1.215.000/MG, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi

– recurso especial este, frise-se, utilizado como precedente a fundamentar o primeiro recurso especial sob a égide da Lei n. 13.058/2014, acima comentado. Conrado Paulino da Rosa<sup>219</sup> considera o julgamento de 2011 um “divisor de águas a respeito da matéria”, conforme ementa a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
4. **Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.**
5. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.**
6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.
8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.
9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.
10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
11. Recurso especial não provido (grifo nosso)<sup>220</sup>.

<sup>219</sup> ROSA, 2015, p. 83.

<sup>220</sup> STJ, REsp 1.251.000/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011.

Além dos recursos especiais em comento, mesmo posicionamento foi encontrado no Recurso Especial 1428596/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014. Ressalte-se que dos recursos especiais apreciados pela Corte Superior sobre o tema, desconsiderando os casos que envolvem direito internacional, todos indicaram a guarda compartilhada – os três já mencionados e um quarto, que concedeu o compartilhamento da guarda aos tios e avós paternos<sup>221</sup>.

Desse modo, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça demonstra um entendimento favorável à Lei n. 13.058/2014, posto que o primeiro recurso acerca do tema foi julgado aplicando o compartilhamento da guarda ainda que existente o dissenso dos genitores. Ou seja, a Corte Superior firmou a regra da guarda compartilhada nas situações conflituosas: aplica-se o compartilhamento da guarda inclusive quando não há uma relação harmoniosa entre os genitores, justamente no conflito, tendo em vista que por acordo os pais poderiam escolher um caminho diverso. Por conseguinte, possivelmente a jurisprudência nacional tenderá a seguir esta orientação, refletindo a preponderância da guarda compartilhada.

### 3.3 A NOVA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA: É POSSÍVEL ROMPER COM A COISIFICAÇÃO DOS FILHOS?

O cerne discutido no presente estudo cinge-se na humanização dos filhos, com o questionamento: foi a Lei n. 13.058/2014 capaz de romper com a coisificação dos filhos, já presente desde o direito romano?

Diante do cenário apresentado, restaram nítidas as heranças e resquícios deixados pelo direito romano, seja com a existência do “pátrio poder” e a família patriarcal, o caráter contratual das adoções, o mesmo lapso temporal para presunção de filhos nascidos no casamento em caso de morte do cônjuge, a classificação dos filhos em categorias distintas. Ou seja, ainda que tenham se passado mais de dois mil anos, alguns institutos permaneceram a influenciar o direito brasileiro. É esse o entendimento de Cretella Júnior<sup>222</sup>:

O direito romano, ao contrário, é perene: continua a refletir-se ora menos, ora mais intensamente nos sistemas jurídicos ocidentais. Pode-se mesmo afirmar: é impossível qualquer estudo mais profundo da maioria dos institutos do direito privado, na

<sup>221</sup> STJ, REsp 1.147.138/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11/05/2010.

<sup>222</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 79.

Alemanha, Áustria, Bélgica, Itália, França, Espanha, Portugal, América Latina e Central, sem chegar aos respectivos protótipos romanos. Eis por que se diz, sem erro, que o direito romano não morreu: continua vivo, embora com as necessárias transformações, nos representantes dos sistemas jurídicos de base romanística.

Assim, para quem se pergunta se ainda existe a coisificação dos filhos em pleno século XXI, a resposta é positiva. Em diversas situações é possível constatar as crianças e adolescentes sendo concebidas como objetos, não obstante em um grau muito menor quando comparado aos tempos da Roma Antiga. Houve um avanço evidente, com a igualdade substancial dos filhos, seja qual for a sua origem biológica, o fortalecimento da guarda compartilhada, a proibição do trabalho infantil, a Lei n. 13.010/2014 (Lei da Palmada ou Lei do Menino Bernardo), e tantos outros eventos constatados no direito vigente.

A despeito disso, as Varas de Família espalhadas pelo país ainda constataam uma triste realidade: os filhos usados como armas na luta pela guarda unilateral, na guerra estabelecida com o fim do relacionamento afetivo dos pais, cujo vencedor era premiado com um único troféu: levar a guarda do filho e tirá-la do outro genitor.

Nesse ínterim, a Lei n. 13.058/2014 se mostra como outro passo importante rumo à humanização dos filhos. Ela demonstra ser a solução definitiva para a coisificação dos filhos nos processos judiciais de regulamentação de guarda, embora sua efetividade só será constatada nos casos concretos a surgir. Ela se propõe como medida apta a conscientizar os pais sobre a importância da guarda compartilhada em prol dos filhos, mas os resultados dependerão da sua real aplicação e respeito dos envolvidos. Em outras palavras,

Certo é que, mesmo após a incorporação formal da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico como modelo padrão de guarda de filhos, ainda há um caminho a ser percorrido até que se alcance a sedimentação do instituto, para ser aceito e aplicado corretamente. Contudo, não se cuida de um modismo, nem de algo passageiro. Ao contrário. Constitui solução definitiva para a concretização dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, essenciais para a garantia do bem-estar dos filhos.<sup>223</sup>

Dessa feita, entendemos que a Lei n. 13.058/2014 pretende ser mais que uma folha de papel, mais que um mero texto legislativo. Ela impõe a ruptura com a coisificação dos filhos, ao menos nas situações de regulamentação de guarda. Poderá não extinguir todas as hipóteses de coisificação dos filhos, pois estas não se restringem às ações de guarda. Além disso, suas

---

<sup>223</sup> LIMA, 2016, p. 314.

disposições ainda recebem críticas e refreios, mas se efetivamente aplicada, poderá resolver os casos em que as crianças e adolescentes são utilizadas como moedas de troca nas ações judiciais de guarda. Assim, como bem assevera Marlise de Biasi Scretas<sup>224</sup>, “a Guarda Compartilhada é um desafio, um desafio que merece o nosso melhor olhar”.

---

<sup>224</sup> SCRETAS, Marlise de Biasi. *A guarda compartilhada no âmbito do litígio*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 270.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as etapas do processo de humanização dos filhos, desde a família romana com as suas características peculiares, passando pelo Código Civil brasileiro de 1916 até o direito pátrio vigente, culminando com a Lei n. 13.058/2014.

Na primeira seção, foram estudados os principais pontos do Direito Romano referente ao seio familiar, em especial à *patria potestas*. A partir da análise dos atributos do *pater familias*, como o *ius exponendi*, *ius vitae ac necis*, *ius vendendi* e o *ius noxae dandi*, buscou-se expor como os filhos eram concebidos aos olhos da Roma Antiga. Assim, ficou delineado que os filhos eram vislumbrados como coisas pelo *pater familias*, que podia rejeitá-los ao nascimento e vendê-los como objeto de prestação.

Ainda no bojo do direito romano, estudou-se como as adoções eram realizadas e as suas finalidades, em especial os objetivos políticos das adoções. Nessa senda, os filhos eram adotados unicamente para perpetuar o nome da família no poder ou para formar alianças políticas, e não com o intuito de acolher uma pessoa desprovida de cuidados.

Após evidenciar a evolução da *patria potestas* ainda no direito romano, traçou-se o processo de humanização dos filhos no direito brasileiro do século XX, na segunda seção. Nesta parte, o estudo consubstanciou no “pátrio poder” e os remanescentes históricos romanos, como o aspecto contratual das adoções, que podiam ser realizadas simplesmente por escritura pública.

Como importante avanço, analisou-se as legislações que alteraram o Código Civil de 1916, como o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio. Principalmente, relatou-se os direitos que foram resguardados pela Constituição de 1988, como a igualdade entre o homem e a mulher, assim como o fim da categorização dos filhos. Nesse processo de humanização, as adoções passaram a ser procedidas judicialmente, com uma análise mais detida sobre a criança e adolescente.

Após pesquisar o poder familiar e a proteção dos filhos no direito brasileiro, a terceira e última seção inaugurou as observações referentes à nova lei sobre a guarda compartilhada. Nesse ponto, verificou-se o que mudou em relação à anterior legislação, a Lei n. 11.698/2008, e quais as novidades foram implementadas com a Lei n. 13.058/2014.

Suprimindo a antiga expressão “sempre que possível”, constatou-se que a guarda compartilhada passa a ser regra no direito brasileiro. Isso significa dizer que os pais não devem

mais implantar o conflito entre eles e seguir rumo à guarda unilateral, pois o compartilhamento da guarda será fixado independente do seu consenso. Os únicos fatores que podem impossibilitar a guarda compartilhada, pelo texto legal, é a inaptidão de um dos genitores para a responsabilidade parental ou o seu desinteresse declarado perante o magistrado.

Desse modo, além da expressão “sempre que possível”, foi suprimida também a luta judicial pela guarda unilateral. Num primeiro olhar parece pouco, mas se evidenciou que a alteração legislativa vai além, pois implica na ruptura com a coisificação dos filhos. Se outrora estes eram utilizados como objetos artificiosos para conseguir a guarda unilateral, saindo como “troféus” para o genitor guardião, agora isso não mais ocorre. Não importa mais a preferência por um dos pais, não importa mais um genitor estar mais apto que o outro: basta ambos corresponderem às exigências para o exercício da guarda.

Destarte, a terceira seção concluiu com o processo de humanização estudado até o presente momento legislativo. A partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que o cenário jurisprudencial é favorável à guarda compartilhada. Uma vez que a Lei n. 13.058/2014 for efetivamente concretizada, fixando a guarda compartilhada, os genitores passarão a se conscientizar com os benefícios que traz para os filhos ou, ao menos, as guerras judiciais reduzirão, inclusive com possível minimização dos casos de alienação parental. Assim, concluímos que a Lei n. 13.058/2014 é muito bem-vinda.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Uma nova realidade para o direito de família brasileiro*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012.

BAUMAN, Richard. A. *Crime and punishment in ancient Rome*. New York: Taylor & Francis Group, 2005.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara No 117, de 2013. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n. 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.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=142603&tp=1>>. Acesso em: 28 set. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANTARELLA, Eva. *La vita delle donne*. In: SCHIAVONE, Aldo; GABBA, Emilio (Org.). *Storia di Roma: Caratteri e morfologie*. Torino: Giulio Einaudi, 1989. 4 v.

CASTELLO, Carlo. *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*. Roma: L’Erma di Bretschneider, 1972.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CHERULLI, Eulice Jaqueline da Costa Silva. *A Guarda Compartilhada no Brasil*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Porto Alegre: Editora Martin Claret, 2005.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Guarda compartilhada: visão em razão dos princípios fundamentais do direito*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DE CICCO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1993

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FAYER, Carla. *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*. Parte prima. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1994.

FRANCIOSI, Gennaro. *La famiglia romana: società e diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 2003.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reflexos da nova Lei da Guarda Compartilhada e seu diálogo com a Lei da Alienação Parental*. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/1014/Reflexos+da+nova+Lei+da+Guarda+Compartilhada+e+seu+dialogo+com+a+Lei+da+Alienacao+Parental>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

GARDNER, Richard Alan. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental*. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.Vgv2KbSQdc0>>. Acesso em: 30 set. 2015.

GÓES, Maria Claudia Chaves. *Responsabilidade Compartilhada Vs Convivência Compartilhada*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1025/Responsabilidade+Compartilhada+Vs+Convivencia+Compartilhada>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

GOMES, Acir de Matos. *Alienação parental e suas implicações jurídicas*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/870/Alienacao+parental+e+suas+implicacoes+jur%C3%ADdicas>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUAZZELLI, Mônica. *A nova Lei da Guarda Compartilhada*. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20150427123958.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150427123958.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas do Registro Civil*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default.shtm>>.

Acesso em: 10 abr. 2016.

JARDIM, Vinícius Augusto Brito. *O furto no direito romano: sua consideração como delito privado/civil e seus reflexos no furto brasileiro*. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/3610275/O\\_Furto\\_no\\_Direito\\_Romano\\_sua\\_consideração\\_como\\_de\\_lito\\_privado\\_civil\\_e\\_seus\\_reflexos\\_no\\_furto\\_brasileiro\\_VERSÃO\\_REDUZIDA\\_-\\_13\\_pag.\\_](https://www.academia.edu/3610275/O_Furto_no_Direito_Romano_sua_consideração_como_de_lito_privado_civil_e_seus_reflexos_no_furto_brasileiro_VERSÃO_REDUZIDA_-_13_pag._)>.

Acesso em 18 fev. 2016.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. *Guarda compartilhada: a nova realidade*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

LISBOA, Tânia Tôrres de Alckmin. *Guarda Compartilhada x Convivência Familiar*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/1009/Guarda+Compartilhada+X+Convivência+Familiar>>.

Acesso em: 11 abr. 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MALVEIRA, Jamille Saraty. “*Tomem que o filho é de vocês!*”: sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/1045/“Tomem+que+o+filho+é+de+vocês%21”%3A+sobre+a+lei+d+a+guarda+compartilhada+obrigatória.+>>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2 v.

MOREIRA, Marina Soares Peres; QUINTANA, Jacqueline Feltrin. *Síndrome da alienação parental: o direito e a psicologia*. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/1002/S%C3%ADndrome+da+alienação+parental%3A+o+direito+e+a+psicologia>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

NÓTÁRI, Tamás. *Remarks on two aspects of patria potestas in roman law. Fiat Iustitia*, Bucarest, v. 14, n. 2, 2013. Disponível em:

<<http://fiatiustitia.ro/ojs/index.php/fi/article/view/143/129>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. *Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental*. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/877/Guarda+Compartilhada%3A+Um+Caminho+para+Inibir+a+Alienação+Parental>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro de. *Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade*. Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/artigos/730/Guarda+compartilhada%3A+vantagens+e+desvantagens+de+sua+aplicabilidade>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda compartilhada obrigatória – Em benefício dos filhos*.

Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1035/Guarda+compartilhada+obrigatória+-+Em+benef%C3%ADcio+dos+filhos>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Poder familiar na atualidade brasileira*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 382-385.

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

SALLER, Richard. *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*. In: SCHIAVONE, Aldo; GABBA, Emilio (Org.). *Storia di Roma: Caratteri e morfologie*. Torino: Giulio Einaudi, 1989. 4 v.

SECRETAS, Marlise de Biasi. *A guarda compartilhada no âmbito do litígio*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada: posicionamento judicial*. São Paulo: Ed. de Direito, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Guarda de filhos não é posse ou propriedade*, p. 272, 279. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. *Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

VOCI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Dott. A. Giuffré, 1954, p. 488-489.

WAQUIM, Bruna Barbieri. *A triste “evolução” da alienação parental: apontamentos sobre a alienação familiar Induzida*. Disponível em:  
<<http://ibdfam.org.br/artigos/1094/A+triste+“evolução”+da+alienação+parental%3A+apontamentos+sobre+a+alienação+familiar+Induzida>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.