



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
**Centro de Ciências Sociais**  
**Faculdade de Direito**

Elisa Costa Cruz

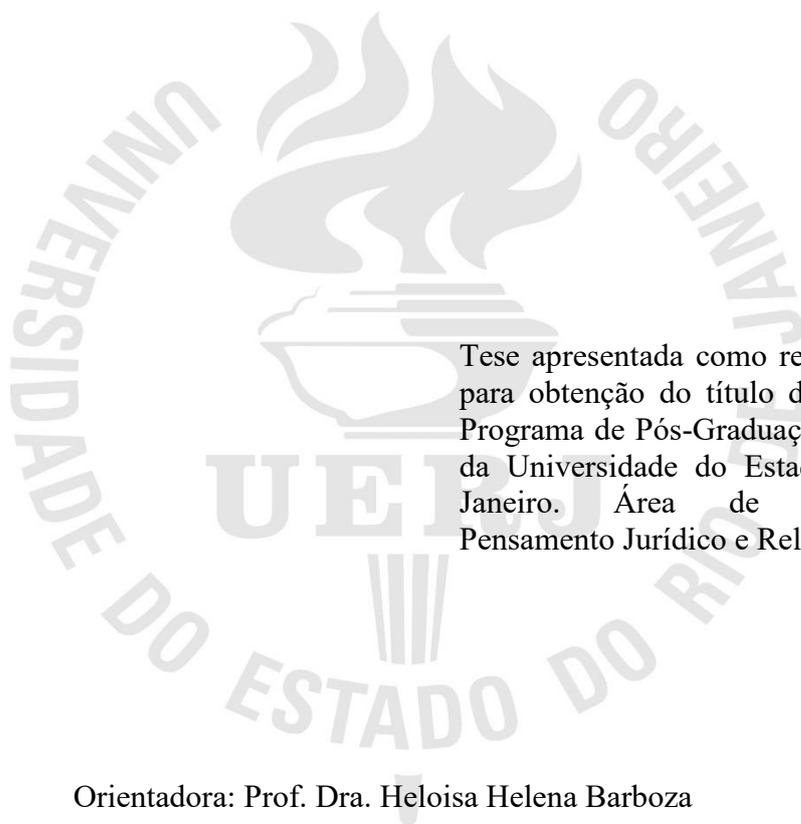
**A guarda como expressão de cuidado das responsabilidades parentais: a  
despatrimonialização do instituto a partir do reconhecimento da criança  
como pessoa**

Rio de Janeiro

2020

Elisa Costa Cruz

**A guarda como expressão de cuidado das responsabilidades parentais: a  
despatrimonialização do instituto a partir do reconhecimento da criança como pessoa**



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientadora: Prof. Dra. Heloisa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C957 Cruz, Elisa Costa.

A guarda como expressão de cuidado das responsabilidades parentais: a despatrimonialização do instituto a partir do reconhecimento da criança como pessoa / Elisa Costa Cruz. - 2020.

133 f.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Heloisa Helena Barboza.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito de família - Teses. 2. Guarda de filhos - Teses. 3. Pais e filhos (Direito) - Teses. I. Barboza, Heloisa Helena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título. V. Título.

CDU 347.642

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Elisa Costa Cruz

A guarda como expressão de cuidado das responsabilidades parentais: a despatrimonialização do instituto a partir do reconhecimento da criança como pessoa

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em 10 de fevereiro de 2020.

Banca Examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Heloisa Helena Barboza (Orientadora)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Profa. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira  
Centro Universitário UNA

---

Profa. Dra. Renata Vilela Multedo  
Pontifícia Universidade Católica - Rio

Rio de Janeiro

2020

## DEDICATÓRIA

A Márcia Cruz e Cruz Neto (*in  
memoriam*).

## AGRADECIMENTOS

Escrevo esses agradecimentos como forma de eternizar todas as pessoas que contribuíram para que essa tese existisse: meus avós, Maria da Glória e Cruz Neto, pelos pequenos cuidados do dia-a-dia que representavam muito mais do que as aparências significavam; minhas tias, Regina e Márcia, “mães afetivas” que eu pude ter; e, meus primos, Camila e Pedro, de quem nunca recebi senão acolhimento.

Lilibeth Azevedo, Renata March, Livia Maia, Thais e Evelyn Melo, a quem agradeço por terem sido meu porto seguro emocional nesses anos de amizade. Devo a elas a escuta da tese e a ajuda para superar os momentos difíceis em que o trabalho não avançava.

Eduardo Horacio, que me ofereceu inúmeras oportunidades de debate e desenvolvimento das ideias desse trabalho.

Vitor Almeida, por sempre acreditar que eu seria capaz de escrever essa tese e me ajudar a desenvolver alguns dos temas deste trabalho.

Livia Leal, Mariana Siqueira, Micaela, Diana Castro e Fernanda Cohen, pela amizade.

Aos meus colegas de turmas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mestrandos e doutorandos, desde 2016, e que dividiram as angústias, as alegrias, as dúvidas e também o conhecimento nas aulas. Mas dedico em especial a Ivana, Gabriel Schulmann e Maici, que se tornaram amigos queridos.

Aline Hack e Marcia Fernandes, duas amigas mais recentes na minha vida que acreditam no meu potencial nos meus próprios momentos de dúvida.

Heloisa Helena Barboza, minha professora e orientadora, a quem eu me espelho na profissão.

Finalizo agradecendo a minha mãe, Marcia Helena, que ofereceu um mundo que eu não teria tido coragem de ir sozinha conhecer.

crescer (v.)

Rubel diria que é quando os dentes caem e as pernas crescem demais. é o inevitável. é ter a obrigação de ter obrigações. é ter que falar difícil e não saber muito bem por quê. é trocar os brinquedos por responsabilidades. é quando a mesada vai embora e a gente brinca de pega-pega com um novo amigo: o salário. é tirar sangue sozinho pela primeira vez.

para o meu irmãozinho, é “ficar grandão!”

é crer e ser

João Doderlein, O livro dos significados.

## RESUMO

CRUZ, Elisa Costa. *A guarda como expressão de cuidado das responsabilidades parentais: a despatrimonialização do instituto a partir do reconhecimento da criança como pessoa*. 2020. 133 f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente estudo busca analisar o significado de guarda parental. O direito de família define guarda como custódia física ou como responsabilização compartilhada dos filhos pelos pais. A guarda como custódia física tem origem na submissão do filho ao poder parental e, também, na utilização da guarda como sanção ao cônjuge que provocasse a dissolução da sociedade conjugal. A Constituição da República de 1988 reconfigurou a guarda e a direcionou ao atendimento do princípio do melhor interesse da criança, mas preservou a posse como elemento principal. A partir de 2008 e 2014 com a aprovação de leis sobre guarda compartilhada, o Código Civil deu preferência à guarda como responsabilidade de ambos os pais, buscando assegurar a convivência do filho com ambos os pais nas situações em que eles não convivessem. Contudo, permanecem no Código Civil ambos os conceitos de guarda, o que gera incerteza sobre o seu efetivo significado. Além disso, a guarda como posse não atende nem a doutrina da proteção integral nem ao princípio do melhor interesse porque reifica a criança. De outro lado, a guarda como responsabilidade confunde este instituto com as responsabilidades parentais (ou poder familiar), tornando despicienda a existência de duas expressões com a mesma finalidade. A resposta a esses conflitos está no status jurídico da criança como pessoa e titular de direitos condizentes com seu desenvolvimento. A guarda deve ser considerada como expressão do cuidado parental e obriga aos pais a prestação de assistência pessoal, educacional e material aos filhos, na medida das suas possibilidades como cuidadores e das necessidades dos filhos que estão sendo cuidados.

Palavras-chave: Direito de família. Infância. Guarda. Criança. Filho. Cuidado.

## ABSTRACT

CRUZ, Elisa Costa. *Custody as an expression of care in parental responsibilities: the depatrimonialization of the institute from the recognition of the child*. 2020. 133 f. 2020. 131 f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

This study seeks to analyze the meaning of parental custody. Family law defines custody as physical custody or as shared responsibility by parents. Physical custody has its origins in the parental power over its child and also as a sanction to the spouse that caused the dissolution of the marital society. The 1988 Constitution reconfigured custody and directed it to the principle of the best interests of the child, but preserved possession as the main element. From 2008 and 2014, when shared laws were approved, the Civil Code preferred to account both parents responsible for custody, seeking to ensure the coexistence of the child with both parents. However, the two concepts of custody still apply in family law with uncertainty about the actual meaning of custody in civil law. Moreover, custody as possession does not meet the best interest principle so it reifies the child. On the other hand, custody as responsibility confuses it with parental responsibilities (*a.k.a.* family power) so it's worthless the existence of two expression with same meaning. The answer to the conflicts lies in the child's legal status as a person who holds rights according to its development. Custody should be considered an expression of parental care and requires parents to provide personal, educational and material assistance to their children to the extent of their needs.

Keywords: Family law. Childhood. Custody. Child. Care.

## RÉSUMÉ

CRUZ, Elisa Costa. *La garde comme expression de la prise en charge des responsabilités parentales: la dépatrimonialisation de la reconnaissance de l'enfant en tant que personne*. 2020. 131 f. 2020. 130 f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Cette étude analyse la signification de la garde parentale. Le droit de la famille définit la garde comme une garde physique ou comme une responsabilité partagée des enfants par les parents. La garde en tant que garde physique trouve son origine dans la soumission de l'enfant à l'autorité parentale et aussi dans l'utilisation de la garde comme sanction au conjoint qui a provoqué la dissolution de la société conjugale. La Constitution de 1988 a reconfiguré la garde et l'a orientée vers le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais en a conservé la possession comme élément principal. De 2008 à 2014 avec l'approbation des lois sur la garde partagée, le Code Civil a privilégié la garde des enfants sous la responsabilité des deux parents, cherchant à assurer la coexistence de l'enfant avec les deux parents dans les situations où ils ne vivaient pas. Cependant, les deux notions de garde restent dans le Code civil, ce qui crée une incertitude quant à leur signification réelle. De plus, la garde en tant que possession ne répond ni à la doctrine de la pleine protection ni au principe de l'intérêt supérieur car elle réifie l'enfant. En revanche, la garde en tant que responsabilité confond cet institut avec les responsabilités parentales (ou le pouvoir familial), ce qui rend négligeable l'existence de deux expressions ayant le même but. La réponse à ces conflits réside dans le statut juridique de l'enfant en tant que personne et titulaire de droits conforme à son évolution. La garde doit être considérée comme une expression de la garde parentale et oblige les parents à fournir une assistance personnelle, éducative et matérielle à leurs enfants dans la mesure où les enfants ont besoin.

Mots-clés: Droit de famille. Enfance. Garde. Enfant. Soins.

## SUMÁRIO

|       |   |     |
|-------|---|-----|
|       | <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 10  |
| 1     | <b>CRIANÇAS, PAIS E SUAS DINÂMICAS</b> .....  | 14  |
| 1.1   | <b>A necessária consideração da criança como pessoa</b> .....                               | 15  |
| 1.2   | <b>Pais, filhos e crianças: síntese das relações parentais</b> .....                        | 28  |
| 1.3   | <b>Pátrio poder, poder familiar, autoridade parental, responsabilidades parentais</b> ..... | 34  |
| 1.4   | <b>As atribuições nas responsabilidades parentais</b> .....                                 | 41  |
| 2     | <b>GUARDA PARENTAL NO CÓDIGO CIVIL</b> .....  | 48  |
| 2.1   | <b>O significado de guarda: como o tema se apresenta no direito de família</b> .....        | 48  |
| 2.2   | <b>As formas de exercício da guarda</b> .....   | 52  |
| 2.3   | <b>Um debate crítico sobre a guarda</b> .....   | 61  |
| 2.4   | <b>Um novo significado para a guarda</b> .....  | 68  |
| 2.4.1 | <u>O cuidado jurídico</u> .....   | 68  |
| 2.4.2 | <u>A releitura da guarda pelo cuidado</u> .....   | 73  |
| 3     | <b>EFEITOS DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DA GUARDA</b> .....                                      | 78  |
| 3.1   | <b>O fim da guarda como posse e novos arranjos parentais</b> .....                          | 78  |
| 3.2   | <b>A distribuição das assistências no modelo de guarda como cuidado</b> .....               | 86  |
| 3.3   | <b>O descumprimento dos cuidados na guarda</b> .....  | 96  |
| 3.3.1 | <u>O descumprimento das assistências devidas diretamente aos filhos</u> .....               | 99  |
| 3.3.2 | <u>O descumprimento da guarda que afeta o outro genitor e o filho comum</u> .....           | 106 |
|       | <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 108 |
|       | <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | 112 |

## INTRODUÇÃO

“Eu fico com pureza da resposta das crianças. É a vida, é bonita e é bonita”. Esses são os versos iniciais da música “O que é, o que é?” escrita por Gonzaguinha. Neles é bem fácil identificar o significado da criança para o artista: inocência, pureza e castidade. A criança é a representação das virtudes que ainda não foram perdidas com a passagem para a etapa adulta da vida. Mas essa é apenas uma imagem sobre a criança.

Ao lado dessa ideia angelical sobre a criança, recaem as imagens da diversão, o brincar, o crescer, o aprender a andar e a falar, os estágios iniciais da educação, os primeiros dias de escola, a esperança de um futuro melhor, a obrigação de obedecer aos pais e aos mais velhos. Muitas vezes analisada apenas do ponto de vista idílico, a verdade é que ser criança é ao mesmo tempo estar em desenvolvimento e estar em adaptação às normas sociais.

A representação jurídica da criança no Brasil data de 1988 com a utilização da palavra para definir um grupo de pessoas a quem seria destinada proteção integral. O país reconheceu que crianças são pessoas em estágio especial de desenvolvimento e, por essa razão, devem ter asseguradas a tutela equivalente a essa condição. Contudo, a definição legal de criança só viria em 1990 com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que definiu como criança a pessoa entre zero e doze anos de idade, e como adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos de idade incompletos. O Estatuto da Criança e do Adolescente não adotou a definição única de criança da Convenção sobre Direitos da Criança e que abrange todas as pessoas de até dezoito anos de idade.

Essa tese usa a definição única da Convenção sobre Direitos da Criança. Assim, as referências sobre criança devem ser entendidas como crianças e adolescentes. Há diferenças importantes entre crianças e adolescentes perante o direito brasileiro, tais como a obrigatoriedade de consentimento de adolescentes para a adoção, a impossibilidade completa de crianças responderem por ato infracional e a possibilidade de trabalho como aprendiz do adolescente a partir de quatorze anos de idade. Contudo, essa distinção não tem consequências no tema dessa tese, razão pela qual optou-se por simplificar a linguagem e usar apenas criança ao longo do texto ao invés de criança e adolescente.

Do conjunto de temas que podem ser desenvolvidos sobre criança, elegeu-se a guarda parental como objeto de estudo dentro de um modelo dual de parentalidade, isto é, com dois pais, afastando-se das discussões sobre multiparentalidade. A formação e efeitos da multiparentalidade possuem complexidades específicas, razão pela qual não foi incluído como objeto de análise.

A guarda é uma das atribuições inerentes ao poder familiar e obriga aos pais, em um conceito inicial e que será desenvolvido ao longo da tese, terem o filho consigo e se responsabilizarem por ele. Nesse sentido, a importância da guarda está na atividade e dos pais, obscurecendo a figura da criança nessa relação. A criança não tem um lugar de reconhecimento na relação que mantém com os pais, de modo que ela não está representada nas normas do Código Civil. A ausência da criança mesmo em situações jurídicas de seu interesse é compatível com o patrimonialismo ainda presente nas normas do Código Civil, apesar de terem sido minimizadas pelas diretrizes de eticidade, operabilidade e sociabilidade que inspiraram a sua elaboração. A unificação do direito civil à luz das normas constitucionais também contribuiu para avanços na tutela da criança, mas as normas do Código Civil obrigam à observância de seus interesses têm menor visibilidade do que as normas que disciplinam as funções parentais.

O artigo 1.634, VIII, com redação da Lei n. 13.058/2014 oferece uma oportunidade de entender como a patrimonialidade se impõe sobre os direitos da criança no Código Civil. O artigo 1.634, VIII, atribui aos pais o direito de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Cuida-se de hipótese de reivindicação, tal como ocorre na proteção da propriedade no artigo 1.228 do Código Civil. Veja-se que não se aborda o direito da criança em ser cuidada, mas o direito dos pais em reivindicar o filho ilegalmente retirado de sua autoridade.

A ressignificação da guarda perpassa pelo deslocamento da perspectiva parental para a da criança. Transferir a criança da margem do debate sobre guarda para o centro do instituto parece ser a melhor solução para alcançar um novo significado para o instituto.

O primeiro capítulo da tese visa a justificar o deslocamento do eixo da guarda dos pais para a criança a partir do reconhecimento da criança como pessoa. Esse status jurídico tem dois marcos relevantes. Em primeiro lugar, a reorganização do direito civil na modernidade em torno da figura abstrata de pessoa. Até aproximadamente o final dos anos 1800, o exercício de situações jurídicas era restrito à alguns grupos de indivíduos reconhecidos como detentores de dignidade (*dignitas*, em latim). A modernidade permitiu a abstração da ideia de indivíduo e sua equivalência a pessoa, o que ampliou o espectro de sujeitos que poderiam atuar juridicamente e transferiu a efetiva atuação nos atos da vida civil para o conceito de capacidade de agir. Ao mesmo tempo, as categorias jurídicas estavam sendo pensadas para resolverem o trânsito de bens, ou seja, situações patrimoniais. A criança acabou sendo desprestigiada nesse cenário, uma vez que não é detentora de capacidade de agir, porque não exerce autonomia negocial nessa sociedade. Isso pode ser corrigido com uma teoria crítica do

direito civil e a superação de abstrações em favor de uma pessoa concretamente considerada, bem como a proteção de seus interesses.

Em segundo lugar, em meados do século XX é publicada a Declaração sobre Direitos da Criança de 1959, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro na década de 1960, em que pela primeira vez se reconheceu a especificidade da criança e a necessidade de proteção e cuidados especiais. A partir da Declaração progressivamente se avança na consolidação da criança como pessoa, culminando na aprovação da Convenção sobre Direitos da Criança em 1989 pelas Organizações das Nações Unidas, em 1988 pela incorporação da doutrina da proteção integral na Constituição da República de 1988 e em 1990 pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Enquanto no âmbito dos direitos humanos a criança se consolidava como pessoa e recebia tratamento jurídico inerente a essa condição, o direito civil permaneceu indiferente a essa realidade. Não há no Código Civil de 1916 referência a criança e no Código Civil de 2002 a expressão foi incluída pela primeira vez a partir de alterações promovidas pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. A infância é referida nos Códigos Civis como menoridade e a criança, como menor. No direito de família também se percebe o uso de filho para significar a criança na relação de filiação.

É nos direitos humanos e na sua compreensão de pessoa que está a resposta para a superação da marginalidade da criança no direito civil.

Com isso, chega-se a última seção do capítulo 01, destinada a analisar a criança no direito de família, especialmente as origens da filiação e os efeitos dela decorrentes, salvo em relação a guarda, que por ser o tema central da tese, será abordada no capítulo 02.

O segundo capítulo dedica-se a entender o significado de guarda no direito de família. As duas primeiras seções do capítulo buscam demonstrar como o instituto foi disciplinado sob a ótica da patrimonialidade e como essa perspectiva é inadequada ao reconhecimento da criança como pessoa. Houve tentativas de ajustes no instituto, pelo legislador, com a inclusão no Código Civil da guarda compartilhada e a busca em atender ao melhor interesse da criança. Contudo, uma vez que a criança permaneceu apartada da guarda, não se pode considerar que a solução legislativa tenha tido sucesso.

Sendo assim, na última seção do capítulo, propõe-se a reconstrução da guarda a partir do cuidado, que permite um enfoque maior tanto na prática como nas pessoas envolvidas nesse cuidado. Vale dizer, privilegia-se a prática da assistência à criança sem descuidar das habilidades, potencialidades e limitações do cuidador e de quem é cuidado.

O terceiro e último capítulo da tese aborda as consequências da guarda parental como expressão do cuidado. Os efeitos são organizados em três grupos: assistência pessoal, consistente no desenvolvimento da pessoa do filho; assistência material, que se refere às prestações de conteúdo econômico destinadas ao filho; e, assistência educacional e o dever de fornecer educação em sentido formal e informal.

Finaliza-se a tese analisando as consequências do descumprimento do dever de cuidado. Considerando que a guarda parental envolve, como demonstrado, três pessoas (pais e filho), a análise do descumprimento considera inicialmente a violação de deveres em relação aos filhos e, em sequência, a violação de deveres de cuidado em relação ao outro genitor.

Essa tese é uma revisão de literatura nacional sobre criança, infância e guarda. Especialmente nos capítulos 02 e 03 foram citadas jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que pudessem comprovar ou demonstrar outros entendimentos de acordo com os temas em debate. Considerando que a tese abrange um período extenso de literatura, buscou-se sempre apresentar referências que se referissem ao período legislativo correspondente. Além disso, a literatura estrangeira é especialmente utilizada no primeiro capítulo que se refere a categorias do direito civil, sendo suprimido das demais partes do texto porque se considerou que família e guarda parental são expressões do contexto social e jurídico pátrio. Envolver a legislação, jurisprudência e doutrina estrangeiras demandaria que se adotasse metodologia do direito comparado e configuraria um campo de estudo específico.

Por fim, duas observações são importantes nessa introdução. Primeira, a redação da tese usa primordialmente o masculino nas palavras e nas concordâncias, com afastamento de regras de escrita inclusiva para demarcar o lugar da mulher. Essa é uma opção meramente redacional e teve por objetivo produzir um texto fluido para o leitor. Um exemplo característico deste trabalho é o uso da palavra “pais” para se referir tanto ao pai – o homem – como a mãe – a mulher, sem esquecer, ainda, a possibilidade da existência de filhos de relacionamentos homossexuais.

Segunda, utiliza-se direito de família ao invés de direito das famílias. Muito embora essa última nomenclatura tenha conquistado a preferência da doutrina desse campo de estudo, como sinalização da multiplicidade de entidades familiares constitucionalmente tuteladas, adota-se a nomenclatura do Livro IV da parte especial do Código Civil de 2002.

## CAPÍTULO 1

### CRIANÇAS, PAIS E SUAS DINÂMICAS

O direito de família é usualmente estudado a partir de três subdivisões: entidades familiares, na qual se incluem o estudo do casamento e da união estável, bem como as situações jurídicas existenciais e patrimoniais que deles decorrem; parentesco e filiação; e, por fim, os institutos assistenciais da tutela, curatela e tomada de decisão apoiada<sup>1</sup>.

Essa estrutura formal é similar à organização das normas de direito de família no Código Civil, com a seguinte ordem: casamento, relações de parentesco, regime de bens, usufruto e administração dos bens de filhos menores, alimentos, bem de família, união estável, tutela, curatela e tomada de decisão apoiada. A diferença entre essa formulação doutrinária e a legal reside no fato de que o Código Civil distingue seus temas entre direitos pessoais e patrimoniais, mas ainda assim, existem aglutinações em torno de entidades familiares, relações parentais e institutos assistenciais em um e outro.

Um traço pouco percebido nessas formas de dividir o direito de família é a adoção de uma perspectiva da pessoa adulta, que pode exercer a sua autonomia para casar, estar em união estável e ter filhos. A centralidade que a pessoa adulta e capaz exerce no direito de família pode ser verificada na existência de normas que disciplinam o direito e as condições para o casamento e a união estável, os efeitos dessas entidades, a formação do parentesco, as regras de determinação da filiação materna e paterna e as situações que levam à aplicação da curatela, tutela e tomada de decisão apoiada. Não há previsões normativas na direção oposta em que uma criança seja a titular de situações jurídicas.

A proeminência do adulto no direito de família é o resultado da importância atribuída às categorias jurídicas de sujeito e direito subjetivo no direito civil. A possibilidade de agir juridicamente pertence ao sujeito a quem o direito permite, isto é, que possua capacidade de fato e possa exercer sua autonomia na regulação de seus interesses com os demais sujeitos<sup>2</sup>. A criança, embora dotada de capacidade de direito, não possui capacidade de agir e o exercício

---

<sup>1</sup> Encontra-se essa organização em: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. V; e, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6. Paulo Lôbo divide o estudo do direito de família em quatro seções: direito das entidades familiares, direito parental, direito patrimonial familiar e direito tutelar (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008). Rolf Madaleno elenca como objetos de estudo do direito de família o direito pessoal, direito patrimonial, união estável, tutela e curatela (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013). Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta que os objetos de estudo do direito de família são o direito matrimonial e convivencial, o direito parental e o direito assistencial (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008)

<sup>2</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 731.

de seus direitos será realizado de forma indireta por seus representantes legais, que, como regra, são os pais.

O resultado é a fragilização do reconhecimento da criança como detentora de direitos na relação familiar. Contudo, de acordo com Pietro Perlingieri, também nos institutos de “direito de família está presente a noção de relação jurídica, não necessariamente conflitual ou caracterizada por uma contraposição, podendo ela existir entre situações que tutelam o mesmo interesse, sem se colocar em aberto conflito com a outra”<sup>3</sup>. Ou seja, entre as pessoas que a lei agrupa em torno do conceito de família se estabelecem múltiplas situações jurídicas, patrimoniais ou existenciais<sup>4</sup>, e a regência legal dessas situações perpassa obrigatoriamente pela composição de todos os interesses envolvidos.

Um segundo problema da estrutura jurídico-formal do direito de família é a importância ocupada pelo casamento como fonte de existência de situações jurídicas familiares<sup>5</sup>. Como parte significativa delas tem início nas entidades familiares, e estas presumivelmente são compostas por pessoas adultas, existem dificuldades em que promover a inclusão de interesses infantis no direito de família.

Os tópicos pontuados nesta abertura servirão como diretrizes para este primeiro capítulo, que tem por objetivo desvendar como a família se relaciona com a criança e como se estruturam as relações jurídicas entre a criança e seus pais.

### **1.1. A necessária consideração da criança como pessoa**

A criança, como tal, é de reconhecimento muito recente no ordenamento jurídico. Das Constituições brasileiras, a de 1937 menciona criança no artigo 16, XXVII<sup>6</sup>, para atribuir à União competência privativa para legislar sobre “normas fundamentais da defesa e proteção

---

<sup>3</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 985.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 986.

<sup>5</sup> “O instituto do casamento é o primeiro na ordem cronológica, pela sua importância, pela sua abrangência e pelos seus efeitos. É o casamento que gera as relações familiares originariamente. Certo é que existe fora do casamento, produzindo consequências previstas e reguladas no Direito de Família. Mas, além de ocuparem plano secundário, e ostentarem menor importância social, não perdem de vista as relações advindas do casamento, que copiam e imitam, embora as contrastem frequentemente. A preeminência do casamento emana substancialmente de que original dele as relações havidas do casamento, como a determinação dos estados regulares e paragonais que, sem excluírem outros, são os que a sociedade primordialmente considera, muito embora a Constituição de 1988 tenha proibido quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º).” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34)

<sup>6</sup> Art. 16. (...)

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

da saúde, especialmente da saúde da criança”. Depois dela, a expressão foi usada na Constituição da República de 1988 no artigo 203, II<sup>7</sup>, artigo 208, IV<sup>8</sup> e artigo 227<sup>9</sup>.

O Código Civil de 1916 não usou a expressão, e o Código Civil de 2002 o fez apenas depois de 2009, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.010/2009. A Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) trata expressamente da criança, seguindo a Convenção sobre Direitos da Criança aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989<sup>10</sup> e incorporada no ao ordenamento em 1990 pelo Decreto n. 99.710.

A legislação civil costuma utilizar as palavras “menor”, “filho” e respectivas variações para se referir à criança. A escolha das palavras para a formação do discurso sobre a criança

<sup>7</sup> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

<sup>8</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

<sup>9</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º 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.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

<sup>10</sup> Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 26.jul.2019.

não é aleatória, como pode parecer em um primeiro momento <sup>11</sup>, pois, de acordo com Michel Foucault, “em toda a sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório”<sup>12</sup>. Assim, a formação do discurso a partir do texto tem por objetivo distinguir as pessoas que podem ou não praticar o discurso, conferindo àquelas o poder e controle em determinar as posições jurídicas que todos ocuparão na sociedade<sup>13</sup>.

Revisando os Códigos Civis de 1916 e 2002, os Códigos de Menores de 1927 e 1979 e o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>14</sup>, a partir da perspectiva foucaultiana sobre discurso, é possível reconduzir o uso da palavra “menor”, e sua relação com infância, a três grupos distintos de situações: primeiro, menor como elemento de comparação de idade, determinando o momento de aquisição da capacidade de fato. Opõe-se, neste sentido, à maioridade, e se faz presente<sup>15</sup> nos artigos 5º, I, e 6º, I, do Código Civil de 1916<sup>16</sup>, artigos 3º e

<sup>11</sup> “O discurso é um suporte abstrato que sustenta os vários textos (concretos) que circulam em uma sociedade. Ele é responsável pela concretização, em termos de figuras e temas, das estruturas semio-narrativas. Através da Análise do Discurso, é possível realizarmos uma análise interna (o que este texto diz? como ele diz?) e uma análise externa (por que este texto diz o que ele diz?).

Ao analisarmos o discurso, estaremos inevitavelmente diante da questão de como ele se relaciona com a situação que o criou. A análise vai procurar colocar em relação o campo da língua (suscetível de ser estudada pela Linguística) e o campo da sociedade (apreendida pela história e pela ideologia).” (GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. *A análise do discurso: conceito e aplicações*. Alfa, São Paulo, n. 39, p. 17, 1995).

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 8-9.

<sup>13</sup> “Para Foucault (1998), o poder está em todo lugar, disseminado no interior das instituições criadas pelos homens. Por isso, ele não fala em ideologia determinando aquilo que o sujeito pode e deve falar, mas em sistemas de interdição, em procedimentos que criam um jogo de fronteiras, limites, supressões que tentam controlar a produção dos discursos na sociedade. Por meio desses mecanismos coercitivos, as instituições conjuram o acaso do discurso, impondo regras para quem deseja entrar na sua ordem. *A ordem do discurso* pode ser lida, por esse viés, como uma arqueologia dos procedimentos de controle, de seleção, de organização e de redistribuição dos discursos, bem como uma arqueologia dos procedimentos que instituem e significam o sujeito que fala.

Quem tem o direito de entrar na ordem do acontecimento discursivo? Foucault responde, afirmando que não é qualquer sujeito que pode sustentar um discurso. É preciso, antes, que lhe seja reconhecido o direito de falar, que fale de um determinado lugar reconhecido pelas instituições, que possua um estatuto tal para proferir discursos.

Outro aspecto que define o sujeito do acontecimento discursivo: os sujeitos não estão na origem dos seus discursos, nem se manifestam como unidade na cadeia discursiva. Como exposto, o autor recusa de sua genealogia o antropocentrismo, por considerar que o discurso não é fruto de um sujeito que pensa e sabe o que quer. É o discurso que determina o que o sujeito deve falar, é ele que estipula as modalidades enunciativas. Logo, o sujeito não preexiste ao discurso, ele é uma construção no discurso, sendo este um feixe de relações que irá determinar o que dizer, quando e de que modo.” (NAVARRO-BARBOSA, Pedro Luis. *O acontecimento discursivo e a construção da identidade na História*. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro Luis. *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*. São Carlos: Claraluz, 2004, p. 112-113)

<sup>14</sup> Essas leis foram selecionadas por serem o principal conjunto de normas em direito civil que possuem temática relativa à criança.

<sup>15</sup> As referências aos artigos são exemplificativas e não se esgotam nos exemplos apresentados.

<sup>16</sup> Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

(...)

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

4º, I, do Código Civil de 2002<sup>17</sup> e artigos 48, parágrafo único, 60 e 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>18</sup>.

Um segundo grupo é composto por situações em que a palavra “menor” é empregada para classificar a criança como delinquente, abandonada, exposta ou em situação irregular. Foi a expressão utilizada nos Códigos de Menores de 1927 e 1979 e tinha por objetivo impor soluções jurídicas específicas a esse grupo de crianças, assim como estabelecer a competência jurisdicional para o julgamento de processos nesses casos. O texto e o discurso utilizados comprovam a capacidade de estigmatização e criminalização de parcela das crianças brasileiras nesse período, notadamente as pobres<sup>19</sup>.

O terceiro grupo é composto de situações em que “menor” é equivalente a incapaz, sujeitando-o à representação legal de seus pais, tal como consta dos artigos 9º, 379, 384 e 385 do Código Civil de 1916<sup>20</sup>, artigos 5º, 1.630 e 1.634<sup>21</sup> do Código Civil de 2002 e artigos 22 e

I – Os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156);

<sup>17</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. ([Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015](#)) ([Vigência](#))

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: ([Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015](#)) ([Vigência](#))

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

<sup>18</sup> Art. 48. (...)

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. ([Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) [Vigência](#)

(...)

Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz. ([Vide Constituição Federal](#))

(...)

Art. 83. Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial. ([Redação dada pela Lei nº 13.812, de 2019](#))

<sup>19</sup> RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: UNICEF-CESPI/USU, 2002, p. 40-42.

<sup>20</sup> Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

(...)

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

(...)

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

<sup>21</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. ([Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015](#)) ([Vigência](#))

(...)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: ([Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015](#)) ([Vigência](#))

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

142 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>22</sup>. Esse uso é, contudo, equivocado, pois a incapacidade de fato é apenas umas das características da menoridade, conforme explicado por Rosa Martins<sup>23</sup>:

O estado de menor, tal como é tradicionalmente entendido, revela-se fortemente marcado por uma situação de sujeição e dependência em relação a outras pessoas (em regra, os pais ou o tutor). Uma tal situação de heterodeterminação do menor, no que respeita à condução da sua vida, encontra a sua mais completa tradução, no plano do direito civil, na consideração da menoridade como um dos fundamentos da incapacidade de agir.

A incapacidade de agir assinalada aos sujeitos de direito menores de idade é, provavelmente, a principal característica do estado de menor. Todavia, importa fazer um esforço para traçar os contornos precisos de uma e outra realidade e para, por conseguinte, as distinguir.

Consciente do caráter formal da distinção entre menoridade e incapacidade de agir por menoridade, considero ser este o melhor caminho a percorrer, com vista a tornar possível um entendimento mais claro das realidades em estudo. O estado civil de menor não corresponde necessariamente a uma situação de incapacidade por menoridade. Pode acontecer que um determinado sujeito, apesar de ser ainda menor de idade, ou seja, apesar de não ter ainda completado os dezoito anos de vida, seja considerado pela lei como sujeito dotado de capacidade de agir: é o caso do menor antecipado pelo casamento (arts. 132º e 133º, 1600º e 1601º, al. a) CCiv). Com efeito, o menor emancipado pelo casamento é equiparado ao maior. Tal equiparação não faz dele, no entanto, maior. Pode igualmente suceder que um sujeito, embora maior, não possua a capacidade de agir correspondente ao seu estado de maior, dado encontrar-se numa situação de incapacidade por interdição ou inabilitação (arts. 131º, 138º, n. 2, e 156º CCiv).<sup>24</sup>

A tese de Gabriel Schulmann reforça o entendimento de que menoridade e incapacidade são institutos diferentes ao defender a existência de uma “multiplicidade de

(...)

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

(...)

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

(...)

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

<sup>22</sup> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

(...)

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

<sup>23</sup> A autora citada é nacional portuguesa, e os artigos referem-se ao Código Civil português.

<sup>24</sup> MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 17-18.

projeções da aptidão para decidir (múltiplas “capacidades”)<sup>25</sup> como para dirigir e votar. Assim, menoridade serve apenas para qualificar a pessoa que está aquém do limite etário para a aquisição da capacidade civil, entendida essa como a capacidade de fato prevista no Código Civil.

Como alternativa a “menor”, os Códigos Civis de 1916 e 2002 também se valem de “filho” para designar a posição jurídica de uma pessoa, mas essa utilização é restrita às situações de vínculo parental<sup>26</sup>.

É possível então afirmar que a criança não tem um espaço de reconhecimento *per se* e no status de pessoa. A criança só ocupa um lugar de relevância para o direito de família nos estritos limites de filho ou como menor sujeito à representação legal por sua incapacidade.

Tal exclusão parece ter suas origens na construção dos sentidos modernos de pessoa e indivíduo. Deve-se ao Renascimento e ao Estado Moderno a noção de indivíduo ao ser humano dotado de racionalidade e que formula as leis a partir da razão<sup>27</sup>. Antes desse marco temporal, não havia a construção de indivíduo como ser individual, senão como ente coletivo, como parte de uma ordem, estamento ou congregação<sup>28</sup>. Pessoa, nesse momento, significava personagem, mas, como na vida real os indivíduos exercem papéis, Hobbes acabou por conectar pessoa e indivíduo, surgindo daí a ideia de sujeito de direitos<sup>29</sup>. Para Judith Martins-Costa, a finalização desse processo de diferenciações e aproximações conceituais é oferecida por Jean Domat, a partir da elevação da capacidade a elemento universal comum do homem. A capacidade abstrata de agir torna os seres humanos em pessoas. Contudo, essa construção teórica não significa a adoção do entendimento de que todas as pessoas têm as mesmas capacidades de agir em concreto. A capacidade de fato será atribuída pelo ordenamento jurídico às pessoas livres e que possam exercer funções econômicas na sociedade<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2018, p. 136.

<sup>26</sup> Vide, por exemplo, o artigo 1.596 do Código Civil de 2002:

“Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direito: contribuições renascentistas para a história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do PPG em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, p. 27-28, 2007.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direito: contribuições renascentistas para a história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do PPG em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, p. 37, 2007.

<sup>30</sup> “...o direito tem o poder de expulsar certos seres humanos, de reduzir sua capacidade, mesmo de cassá-la. São livres, diz Domat, ‘aqueles que não são escravos e que conservaram a sua liberdade natural, que consiste no direito de fazer tudo o que quiserem, salvo o que é proibido pelas leis, ou o que uma violência impede de fazer. Desse modo, o que o direito dá, o direito pode tirar. A desnaturalização do conceito é assumida como sua própria condição. Mais tarde, observa Edelman, bastará trocar Deus pelo Estado para recair não apenas no sujeito estatal, mas no coração da problemática moderna do sujeito – problemática contemporânea, diríamos, pois estará no eixo da reflexão bioética acerca do estatuto do ser humano e do embrião, estará na linha que acantonará o direito

Tal como advertido pela autora, essa transposição foi excludente em relação às crianças, ante o reconhecimento da sua impossibilidade de atuação livre e racional no trânsito jurídico, ou, nas palavras de Stefano Rodotà, “l’esperienza storica, peraltro, ha mostrato che anche il riferimento al soggetto si è fortemente connotato come dispositivo di esclusione”<sup>31</sup>.

Aplicada essa ideia à criança, a percebemos num não-lugar para o direito, porque ela não representa nenhum papel relevante. O ingresso no ordenamento jurídico se faz pela condição de filho ou menor, esses sim, sujeitos às normas de direito de família e direito do menor. Ou seja, juridicamente manteve-se o exercício de papéis sociais, de personagens, adaptados de acordo com a situação jurídica em que estiverem inseridos<sup>32</sup>.

O reconhecimento da criança como pessoa tem início com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948<sup>33</sup>, no movimento do pós-II Guerra Mundial em favor dos direitos humanos. A menção (nem tão explícita) à criança aparece no artigo 1º da Declaração, segundo a qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidades e direitos”<sup>34</sup>.

Contudo, a ascensão da criança como ator jurídico intensifica-se com a aprovação, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959<sup>35</sup>, quando então ela “passa a ser vista como sujeito de direito, não mais como mero receptor passivo das ações realizadas em seu favor”<sup>36</sup>. A Declaração de 1959 não foi o primeiro documento internacional sobre direitos da criança, tendo sido precedida pela de

subjetivo – poder da vontade livre – ao mero exercício da função econômica no universo do mercado, passando ao largo da gestação de direitos subjetivos à fruição efetiva dos bens sociais para as concretas pessoas, nas suas desigualdades” (Ibidem, p. 40-41)

<sup>31</sup> RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Collana: Editoriale Scientifica, 2007, p. 51.

Tradução livre:

“A experiência histórica mostrou que mesmo a referência ao sujeito é fortemente caracterizada como um dispositivo de exclusão.”

<sup>32</sup> Na doutrina, veja-se o seguinte trecho de um livro sobre infância: “A palavra MENOR contém uma conotação jurídica inegável. No âmago das famílias, no rol social, existem crianças, meninos, brotinhos. Toda a vez que se faz referência ao menor, está-se referindo ao menor abandonado, ao menor delinquente, menor vítima, menor de idade, o menos em uma situação irregular. Diz-se ‘o meu filho, o meu garoto’, jamais ‘o meu menor’. E há mais, um certo tom pejorativo está popularmente, socialmente ligado à palavra. Assim, a conotação jurídica não se manifesta somente no campo dos direitos civis; reserva-se a uma pessoa de certa idade, envolvida em uma situação anormal, que chamamos de irregular.” (CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 15)

<sup>33</sup> Texto disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 27.jul.2019.

<sup>34</sup> Artigo 1º

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

<sup>35</sup> Essa declaração foi ratificada pelo Brasil com fundamento no art. 84, inciso XXI, da Constituição os arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961, conforme informação disponível no site da Câmara dos Deputados: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 24.dez.2019.

<sup>36</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 128.

1924, mas tem maior relevância porque sua construção segue a proteção de direitos humanos conhecida à época, sendo que o documento de 1924 era um conjunto de deveres direcionados aos pais.

A consolidação da criança como pessoa só completaria sua evolução normativa trinta anos depois, com a aprovação, em 1989, da Convenção sobre Direitos da Criança pela Organização das Nações Unidas, que usa um sistema de *rights-based approach*<sup>37</sup> para assegurar à criança igualdade e autonomia<sup>38</sup> de acordo com o seu desenvolvimento humano<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> “O que é *humans rights-based approach*?

Uma abordagem baseada em direitos humanos é uma estrutura conceitual para o processo de desenvolvimento humano que é normativamente baseada em padrões internacionais de direitos humanos e operacionalmente direcionada à promoção e proteção dos direitos humanos. Procura analisar as desigualdades que estão no cerne dos problemas de desenvolvimento e corrigir práticas discriminatórias e distribuições injustas de poder que impedem o progresso do desenvolvimento.” (Informação disponível em [https://www.unicef.org/policyanalysis/rights/index\\_62012.html](https://www.unicef.org/policyanalysis/rights/index_62012.html). Acesso em: 24.dez.2019)

<sup>38</sup> To believe in autonomy is to believe that anyone's autonomy is as morally significant as anyone else's. Nor does autonomy depend on the stage of life that a person has reached. Only human beings are 'persons'." (FREEMAN, Michael D. A. Taking children's rights more seriously. Disponível em <https://doi.org/10.1093/lawfam/6.1.52>. Acesso em: 21.fev.2019)

Tradução livre:

Acreditar na autonomia é acreditar que a autonomia de alguém é tão moralmente significativa quanto a de qualquer outra pessoa. A autonomia também não depende do estágio da vida que uma pessoa alcançou. Somente os seres humanos são "pessoas".

<sup>39</sup> “These considerations would lead to an acceptance of interventions in children's lives to protect them against irrational actions. But what is to be regarded as 'irrational' must be strictly confined. The subjective values of the would-be protector cannot be allowed to intrude. What is 'irrational' must be defined in terms of a neutral theory capable of accommodating pluralistic visions of the 'good' (Rawls, 1987). Nor should we see an action as irrational unless it is manifestly so in the sense that it would undermine future life choices, impair interests in an irreversible way. Furthermore, we must tolerate mistakes, for, as Dworkin rightly observes, 'someone may have the right to do something that is wrong for him to do' (Dworkin, 1978: 188-9). We cannot treat persons as equals without also respecting their capacity to take risks and make mistakes. We would not be taking rights seriously if we only respected autonomy when we considered the agent was doing the right thing. But we also would be failing to recognize a child's integrity if we allowed him to choose an action, such as using heroin or choosing not to attend school, which could seriously and systematically impair the attainment of full personality and development subsequently. The test of 'irrationality' must also be confined so that it justifies intervention only to the extent necessary to obviate the immediate harm, or to develop the capacities of rational choice by which the individual may have a reasonable chance of avoiding such harms.” (FREEMAN, Michael D. A. *Taking children's rights more seriously*. Disponível em [doi.org/10.1093/lawfam/6.1.52](https://doi.org/10.1093/lawfam/6.1.52). Acesso em: 21.fev.2019)

Tradução livre:

Essas considerações levariam a uma aceitação de intervenções na vida das crianças para protegê-las contra ações irracionais. Mas o que deve ser considerado “irracional” deve ser estritamente considerado. Os valores subjetivos do pretense protetor não podem interferir. O que é “irracional” deve ser definido em termos de uma teoria neutra capaz de acomodar visões pluralistas de “bem” (Rawls, 1987). Tampouco devemos ver uma ação como irracional a menos que seja manifestamente no sentido de que ela minaria as escolhas de vida futuras, prejudicaria os interesses de uma maneira irreversível. Além disso, devemos tolerar erros, pois, como observa corretamente Dworkin, “alguém pode ter o direito de fazer algo errado para si” (Dworkin, 1978: 188-9). Não podemos tratar as pessoas como iguais sem também respeitar sua capacidade de assumir riscos e cometer erros. Nós não estaríamos levando os direitos a sério se apenas respeitássemos a autonomia quando considerássemos que o agente estava fazendo a coisa certa. Mas também não estaríamos reconhecendo a integridade de uma criança se permitíssemos que ele escolhesse uma ação, como usar heroína ou optar por não frequentar a escola, o que poderia prejudicar séria e sistematicamente a obtenção da plena personalidade e desenvolvimento subsequente. O teste da “irracionalidade” também deve ser restrito de modo que justifique a intervenção apenas na medida necessária para evitar o dano imediato, ou para desenvolver as capacidades de escolha racional pelas quais o indivíduo possa ter uma chance razoável de evitar tais danos.

Essa mudança no status da criança vai ao encontro da crítica da doutrina de direito civil sobre o formalismo da categoria de sujeito de direito que inspirou as codificações. Reduzir a pessoa a mero elemento subjetivo das relações jurídicas frustra a sua própria essência e as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana. Para se adequar à moldura axiológica da Constituição, deve-se entender que a pessoa é em si<sup>40</sup>, isto é, que é mais do que mero titular de situações jurídicas subjetivas a atrair proteção à sua dignidade e ao desenvolvimento de sua personalidade.

A doutrina da proteção integral é a expressão do reconhecimento da criança como pessoa e sua titularidade de situações jurídicas. Incorporada no artigo 227 da Constituição da República de 1988, a doutrina da proteção integral consagra, segundo Tânia Pereira da Silva, que “os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em desenvolvimento em que se encontrem (...)”<sup>41</sup>. De acordo com Josiane Veronese, a doutrina da proteção integral trouxe a possibilidade de se construir o “paradigma de sujeitos, em oposição à ideologia e de toda uma práxis que coisificava a infância”<sup>42</sup>. No mesmo sentido é o entendimento de João Batista Costa Saraiva que entende a doutrina da proteção integral “se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e se sujeitam a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam (...)”<sup>43</sup>.

A doutrina foi inserida no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>44</sup> como resultado da articulação do trabalho associações da sociedade civil, agentes políticos e políticas públicas<sup>45</sup>, e incorporou em seu texto as normas da Convenção sobre Direitos da

---

<sup>40</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 16.

<sup>41</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 23-24.

<sup>42</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 1, p. 50, jan./mar. 2013.

<sup>43</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 16.

<sup>44</sup> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. [\(incluído pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)

<sup>45</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. E-book.

Criança, adaptando os direitos fundamentais e as normas de proteção ao contexto social brasileiro.

Para Andréa Rodrigues Amin, a doutrina da proteção integral está fundada em três pilares básicos: a criança como sujeito de direito; a afirmação de sua peculiar condição de desenvolvimento; e, prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais<sup>46</sup>. Esse entendimento não é compartilhado por Tânia da Silva Pereira, que sustenta que o cerne da proteção integral está fundado nos direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade, que extrai do artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>47</sup>.

Contudo, não é suficiente associar a proteção integral com a tutela de direitos fundamentais e de proteção da criança, pois esse entendimento se confunde com a sua condição de pessoa. O traço distintivo da proteção integral é o deslocamento da criança da margem do sistema para o centro, reconhecendo-a efetivamente como pessoa, o que é realizado pelo princípio do melhor interesse<sup>48</sup>.

Por ser veiculado sob a estrutura de princípio<sup>49</sup>, o melhor interesse tem elevado grau de abstração, e sua aplicação depende da situação concreta em análise, mas direciona para a adoção de soluções que privilegiem o interesse da criança enquanto pessoa, ao mesmo tempo em que busca superar uma tendência patriarcal que considere o ponto de vista do direito ou interesse de adultos envolvidos. Sobre o tema, é pertinente a explicação de Geraldine Van Bueren:

It may appear odd to describe the best interests of the child as a new principle, but it is the manner of its application which transforms it from the traditional concept of welfarism. Arguably the best interests of the child began essentially as a principle of compassion. It was regarded as a self-imposed limitation of adult power which stemmed from the recognition that an adult is only in a position to take a decision on behalf of a child because of the child's lack of experience and judgement. Within the domestic context the best interests standard, at least as it has been applied

<sup>46</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. E-book.

<sup>47</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 91.

<sup>48</sup> Andréa Rodrigues (AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. E-book) e Tânia da Silva Pereira (PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidadas na Constituição de 1988. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 252-271, 2003) denominam o princípio como superior interesse. Adota-se neste trabalho a expressão melhor interesse porque é a tradução mais próxima da expressão *best interest* utilizada na versão oficial de língua inglesa na Convenção sobre Direitos da Criança. Mas, destaca-se que na versão em espanhol a expressão utilizada é *interés superior*.

<sup>49</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-71

traditionally, grants broad discretion to the decision maker, thus leading to a lack of uniformity on a domestic level which is multiplied on the international level. This is not surprising. There is a lack of agreement over what constitutes children's interests, let alone their best interests.

(...)

The concept of the best interests of the child, however, needs to be more than 'raw judicial intuition', as society relies upon law and international society relies upon international law to provide objectivity and an element of predictability. The Convention assumes that is in the best interests of the child for the rights enshrined in the Convention to be enjoyed by all children. The Convention's approach strengthens the Declaration of the Rights of the Child 1959 which applies the best interests holistically in relation to the development of the child. Yet, as Mnookin persuasively argues, deciding what is in the best interests of children 'often poses a question no less ultimate than the purpose of life itself', leading another commentator to describe the application of best interests as 'Solomonic judgment'.

The Convention does not refer to their best rights but to their best interests, interests arguably being broader concept and a precondition of rights. The list of factors competing for the core of best interests is almost endless and will depend on each particular factual situation. They include the opinions of the child and members of the child's family, the child's sense of time, the need for continuity, the risk of harm, and the child's needs.<sup>50</sup>

Apesar da trajetória de reconhecimento da criança, no Brasil, ter se iniciado na década de 1960 e ter atingido o ápice na década de 1990, ela não influenciou sequer o projeto de lei que viria a se tornar o Código Civil de 2002. Existem duas possíveis explicações para esse fenômeno: primeira, o projeto do Código Civil foi apresentado em 1975 e aprovado pela Câmara dos Deputados em meados da década de 1980<sup>51</sup>, ou seja, antes da Constituição da República de 1988, da Convenção sobre Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente serem promulgados; e, segunda, o projeto do Código Civil buscou preservar,

---

<sup>50</sup> Tradução livre:

Pode parecer estranho descrever o melhor interesse da criança como um novo princípio, mas é a maneira de sua aplicação que o transforma do conceito tradicional de bem-estar social. Indiscutivelmente, o melhor interesse da criança começou como um princípio de compaixão. Considerava-se uma limitação auto imposta do poder do adulto que o considerava capaz de tomar uma decisão em nome de uma criança por causa da falta de experiência e discernimento desta. No contexto doméstico, o padrão de melhor interesse, pelo menos como tradicionalmente aplicado, concede ampla margem de manobra ao tomador de decisão, levando a uma falta de uniformidade internamente, multiplicada no plano internacional. Isto não é surpreendente. Há uma falta de acordo sobre o que constituem interesses das crianças, e quiçá os seus próprios interesses.

(...)

O conceito de melhor interesse da criança, contudo, precisa ser mais do que uma intuição judicial bruta, pois a sociedade depende do direito e a sociedade internacional depende do direito internacional para fornecer objetividade e previsibilidade. A Convenção pressupõe que é do melhor interesse da criança que os direitos consagrados na Convenção sejam usufruídos por todas as crianças. A abordagem da Convenção reforça a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, que aplica o melhor interesse holisticamente em relação ao desenvolvimento infantil. No entanto, como Mnookin argumenta de maneira persuasiva, decidir o que é do melhor interesse da criança 'muitas vezes coloca uma questão não menos importante que o objetivo da própria vida', levando outro comentarista a descrever a aplicação do melhor interesse como um julgamento salomônico.

A Convenção não se refere aos seus melhores direitos, mas a seus interesses, sendo indiscutivelmente um conceito mais amplo e pré-condição de direitos. A lista de fatores que competem pelo núcleo do melhor interesse é quase interminável e dependerá de cada situação factual específica. Ela inclui as opiniões das crianças, membros da família, continuidade, tempo, risco de dano e as necessidades da criança.

<sup>51</sup> Sobre a tramitação do Projeto de Lei n. 634/1975: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>. Acesso em: 27.jul.2019.

sempre que possível, as disposições do Código Civil de 1916, realizando as atualizações de forma pontual<sup>52</sup>. Em consequência, o Código Civil de 2002 veio a ser aprovado-com a mesma lógica do Código Civil de 1916, em que não há criança, senão, filho, menor ou incapaz.

A redação do Código Civil de 2002, voltada mais ao personagem do que a pessoa que a subjaz<sup>53</sup>, não atende à diretriz constitucional da proteção integral e do melhor interesse. No direito de família, a criança é limitada ao papel de filho em uma estrutura familiar<sup>54</sup> que ainda considera como relevante o casamento, ao contrário da pluralidade de entidades familiares constitucionalmente tutelada.

A Constituição da República de 1988 não repetiu os artigos que constaram de todas as Constituições republicanas anteriores, salvo a de 1891, de que a família seria constituída pelo casamento, substituindo-a pela afirmação de que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Além disso, reconheceu como família outras entidades além do casamento, como as uniões estáveis, a família adotiva e a família monoparental<sup>55</sup>. Deixa de ser relevante a adoção do modelo familiar fundado no casamento, para ser reconhecida a igualdade de merecimento de tutela às pessoas em quaisquer famílias de que participem<sup>56</sup>.

A contar de 1988, iniciou-se um processo de transformação no direito de família que, sem ter chegado ao fim, é atualmente marcado pela importância da afetividade<sup>57</sup>. A consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento condiciona o merecimento de tutela das situações jurídicas ao seu cumprimento e rompe com o mero reconhecimento formal ou estrutural dessas mesmas situações para exigir-lhes o

---

<sup>52</sup> REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 27.jul.2019.

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 29.

<sup>54</sup> Veja-se que o capítulo “Da proteção da pessoa dos filhos” está localizado no Livro “Do direito pessoal” e subtítulo “Do casamento” no livro de Direito de Família, e logo depois do capítulo sobre dissolução da sociedade conjugal.

<sup>55</sup> Sobre o debate quanto à existência de múltiplas organizações familiares com reconhecimento constitucional, sugere-se a leitura de: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, jan./mar. 2002, p. 40-55.

<sup>56</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 421-422.

<sup>57</sup> “Na dimensão objetiva, a afetividade é de difícil conceituação, em razão de sua ínsita dinâmica e complexidade. A afetividade pode se revelar através de fatos, atos e práticas tão variados que sua enunciação seria meramente exemplificativa. Tais características poderão permitir, se não facilitar, que o princípio da afetividade tenha função integrativa de outras normas, especialmente em situações não cogitadas pelo legislador. A integração pode ocorrer em caso de conceitos indeterminador, como a paternidade responsável. O princípio da afetividade pode auxiliar a caracterização dos elementos que constituem a responsabilidade em tal caso.” (BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 189)

cumprimento de suas funções<sup>58</sup>. Nesse sentido, “o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida” e que se “manifesta em uma pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e ao diverso grau sociocultural: da família nuclear à grande família”<sup>59</sup>.

Apesar de a família manifestar-se de formas múltiplas na contemporaneidade, ela se caracteriza como entidade plural, democrática, igualitária, desvinculada de gênero, de origem biológica ou socioafetiva, e construída com base na afetividade e de caráter instrumental<sup>60</sup>. Essa estrutura contrapõe-se ao modelo patriarcal e nuclear da família, anterior à Constituição da República de 1988. Sendo assim, a contradição entre a previsão normativa e a diretriz constitucional deve ser resolvida a partir da prevalência da pessoa e de sua dignidade, ou, nas palavras de Pietro Perlingieri, com a certeza de que “a unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade”<sup>61</sup>.

Com isso, quer-se afirmar que o filho, enquanto se qualificar como criança<sup>62</sup>, atrai para si a proteção jurídica dessa qualidade, em um verdadeiro acréscimo ao nível de proteção da pessoa humana<sup>63</sup>. Dito de outra forma: ocorrerá a conjugação de estatutos jurídicos distintos com a finalidade de conferir melhor tutela à pessoa.

Portanto, deve-se conferir à criança igual qualidade e status jurídico que são atribuídos a uma pessoa adulta. Apesar disso, é indubitável que a criança é uma pessoa em desenvolvimento de suas potencialidades psicofísicas, de modo que pretender um tratamento jurídico totalmente igualitário afrontaria o próprio princípio da igualdade, pois, conforme Rui

---

<sup>58</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>60</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 32.

<sup>61</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205.

<sup>62</sup> Vale recordar que criança é um conceito definido pela idade, isto é, criança é quem tem até 18 anos de idade incompletos (artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente); menoridade e maioridade, em um de seus sentidos, têm relação com a atribuição ou não de capacidade de fato pelo ordenamento jurídico.

<sup>63</sup> Essa proposta foi apresentada por Gustavo Tepedino em relação às relações consumeristas, que, apesar de terem natureza patrimonial, são adequadas à temática ora proposta: “A interpretação do Código Civil não pode, sob pena de se revelar desconforme à Constituição, excluir do âmbito de proteção do CDC os consumidores contratantes. Ao contrário, destinam-se os preceitos codificados a regular tipos contratuais que, quando inseridos em relação de consumo, avocam as disposições de ordem pública em defesa do consumidor. Só assim se caminhará para a superação de uma visão binária e dicotômica entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, conferindo-se a máxima efetividade social ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Em uma palavra, os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que se pretende tutelar. E enquanto estiver em vigor a Constituição da República, a promulgação de um Código Civil só pode representar acréscimo aos níveis de proteção da pessoa humana, nunca sua redução.” (TEPEDINO, Gustavo. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 4, 2005)

Barbosa, “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”<sup>64</sup>.

Essa é, na essência, a família democrática prevista na Constituição da República de 1988. Da criança como figuração, quase que um objeto jurídico, passamos à criança como pessoa, titular de todos os direitos que são inerentes a essa condição.

## 1.2. Pais, filhos e crianças: síntese das relações parentais

Das relações jurídicas existentes nas famílias, o direito de família dedica maior importância à filiação, que regulamenta especificamente o vínculo jurídico que se forma entre pais e filhos.

A filiação tem múltiplas origens, biológicas ou não biológicas<sup>65</sup>, cujos efeitos ou consequências<sup>66</sup> se estabelecem a partir da sua constituição formal, ainda que detenha natureza declaratória e eficácia retroativa<sup>67</sup>.

Em relação à filiação biológica, o Código Civil estabelece regras distintas para a determinação da maternidade e da paternidade.

A maternidade é estabelecida a partir dos brocados romanos *partus sequitur ventrem* (o parto segue o ventre) e *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa), sendo ela atribuída à mulher que gesta e dá à luz à criança. Essa regra de determinação da maternidade tem sido questionada diante dos avanços biotecnológicos na área de reprodução humana e a possibilidade de dissociar maternidade e gestação, mediante o uso de técnicas de reprodução

<sup>64</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Disponível em [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso em: 24.dez.2019.

<sup>65</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

<sup>66</sup> Por força do artigo 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, é vedada a discriminação de filhos quanto à origem da filiação, de modo que podemos afirmar que as formas de filiação produzem iguais efeitos ou consequências.

<sup>67</sup> “O reconhecimento da filiação não atesta que o filho é filho a partir da data do ato ou da sentença, mas que é filho desde que foi concebido. Biologicamente, ninguém pode ser filho depois de um certo momento, após uma determinada idade, como se filho não tivesse sido no período anterior. Este é um dos aspectos mais graves e importantes do estabelecimento da filiação, valendo transcrever a lição de Pontes de Miranda (*Tratado cit.*, t. IX, § 971, p. 99): ‘O reconhecimento não é ato atributivo, mas simplesmente declarativo, no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria, revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.’ (VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 145)

E, ainda:

“Mas é o reconhecimento que torna conhecido o vínculo de paternidade, que transforma aquela situação de fato em relação de direito, que torna objetiva no mundo jurídico uma tessitura até então meramente potencial.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 221-222)

assistida<sup>68</sup>. A determinação da maternidade, nessa última hipótese, desloca-se do fato natural para o consentimento e o exercício do direito ao planejamento familiar<sup>69</sup>.

Em relação à paternidade, a inexistência de elementos físicos que permitam identificá-la acabou por construir a regra a partir da existência ou não do casamento<sup>70</sup>. Havendo casamento, a paternidade será atribuída ao marido da mulher, em uma presunção que se legitima no brocado jurídico *pater is est*, complementada pelas regras do artigo 1.597, I e II, do Código Civil de 2002<sup>71</sup>. Essa presunção justifica-se na probabilidade de ser o marido o autor da fecundação, na presunção de concepção na constância do casamento, na presunção de coabitação e de que a coabitação tenha sido a causa da concepção<sup>72</sup>. Fora do casamento, a paternidade é determinada pelo reconhecimento voluntário<sup>73</sup>, oficioso ou judicial<sup>74</sup>.

A filiação não biológica é constituída essencialmente de duas formas, tanto em relação à maternidade quanto à paternidade: pela adoção, em que uma pessoa se desliga de uma família e insere-se em outra, e pela socioafetividade, que, alinhando-se ao modelo familiar

<sup>68</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 486-487.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 486-487.

<sup>70</sup> Sobre a extensão da presunção legal aos filhos havidos fora do casamento:

“Considerando que os filhos havidos fora do casamento não gozam do benefício da presunção legal, carecem eles de reconhecimento para ter sua paternidade estabelecida (v. arts. 1.607-1.617). parte da doutrina entende que embora o filho havido do casamento goze do benefício da presunção, razoável não se atribuir a tal circunstância natureza de discriminação (José Lamartine Corrêa de Oliveira *et alii*, *Direito de Família*, p. 38), que afronte o art. 227, § 6º, da CR. Os filhos nascidos antes do prazo previsto no inciso I desse artigo não estão incluídos na presunção, ainda que casados seus pais. Os filhos havidos fora do casamento necessitam do reconhecimento voluntário (v. art. 1.609) ou judicial (art. 27, L. 8.069/1990) para ter sua paternidade estabelecida. De certo modo, os filhos que obtêm o reconhecimento voluntário, por meio de uma das formas previstas em lei (v. art. 1.609), todas irrevogáveis, têm igualmente facilitado o estabelecimento da paternidade, sem que esse fato chegue a constituir discriminação.

Não caberia, assim, falar em presunção de paternidade na união estável, em virtude de não existir disposição em lei a esse respeito.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 240-191-192, v. IV)

<sup>71</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

<sup>72</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 36-39.

<sup>73</sup> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, p. 18417, 30.dez.1992.

plural e democrático da contemporaneidade, admite a formação do vínculo pela afetividade<sup>75</sup>. Nesses casos, a reprodução humana perde espaço diante do exercício da autonomia, e a biologia cede à escolha do exercício do direito ao planejamento familiar.

O Código Civil de 2002, assim como, no passado, o Código Civil de 1916, faz parecer que o único efeito da filiação é o poder familiar, pois este sucede aos capítulos de filiação e reconhecimento de filhos. Contudo, a filiação irá estabelecer um complexo de situações jurídicas entre pais e filhos, que, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira<sup>76</sup>, podem ser classificadas em patrimoniais e não patrimoniais<sup>77</sup>. Em verdade, essas categorias que giram em torno da patrimonialidade podem ser difíceis de ser distinguidas nos casos concretos, considerando que existem situações não patrimoniais com reflexos patrimoniais e vice-versa, mas a binariedade serve ao propósito de classificação, desde que se observe o perfil funcional dessas categorias<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 24, 2013. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>. Acesso em: 31.jul.2019.

<sup>76</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 223.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760-765.

<sup>78</sup> Importante a crítica de Carlos Nelson Konder sobre a dificuldade na classificação entre situações existenciais e patrimoniais:

“A dificuldade neste ponto, todavia, é a própria distinção entre situações existenciais e patrimoniais, bem como o critério para fazê-lo. A princípio, essa separação padece de certa obviedade, quando se pensa na contraposição propriedade, crédito, empresa versus direitos da personalidade e direitos de família, de modo que, nesses casos, o objeto ou o interesse presente na situação jurídica – análise que se busca em um primeiro momento – satisfaz o intérprete. A decomposição permite ainda identificar hipóteses nas quais há nítida predominância de uma frente à outra, como situações existenciais com repercussões patrimoniais ou situações patrimoniais com repercussões existenciais.

No entanto, a grande dificuldade acontece quando o interesse, fundamento justificativo da situação, envolve os dois aspectos com graus similares de intensidade, pois a situação ‘pode ser patrimonial, existencial ou, às vezes, um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais’.

Embora o perfil do interesse e de efeito sejam também importantes para se refletir acerca da normativa aplicável a cada situação, hoje o perfil, funcional é o mais relevante nessa distinção, pois utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias que o caso determinam através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído.

Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional. Por isso, descobrir sua função é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais: ‘a concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’. Não se trata de abandonar o exame da estrutura, mas de ultrapassar essa etapa no processo hermenêutico.

Não basta, apenas, averiguar o cumprimento da função social de toda e qualquer situação jurídica, principalmente as de ordem patrimonial, mas sim, qual a função que determinada situação jurídica realiza, que melhor concretiza os objetivos constitucionais. Para as situações existenciais, é necessária a realização de uma função de cunho pessoal, que tutela o livre desenvolvimento da personalidade não apenas da pessoa como núcleo isolado, mas inserida na sociedade, em determinado contexto.

Os dois principais exemplos de situações jurídicas patrimoniais que surgem da filiação são o dever de sustento<sup>79</sup> ou alimentos<sup>80</sup> e a sucessão.

Os alimentos consistem na prestação que se destina a satisfazer as necessidades da vida<sup>81</sup> e estão disciplinados a partir do artigo 1.694 do Código Civil de 2002.

O direito à sucessão é regulado no Livro V do Código Civil de 2002 e classifica-se em sucessão testamentária ou legal, a depender se há ou não testamento válido e eficaz para regular a transferência patrimonial *causa mortis*. Contudo, há uma restrição a possibilidade de testar consistente na reserva obrigatória de metade do patrimônio do autor da herança, a

A distinção se faz necessária tendo em vista a instrumentalização indireta das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social; prioritariamente, elas estão a serviço da coletividade, tornando-se inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo da solidariedade. Situação diferente ocorre nas situações jurídicas existenciais, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*; enfim, têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o próprio projeto de vida que a pessoa construiu para si. Podemos sintetizar que as situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal – se é que podemos atribuir a elas algum tipo de função.

Não se trata de estabelecer uma nova dicotomia. Essa ‘separação’ tem uma complementariedade intrínseca, na medida em que as situações patrimoniais têm como sua finalidade última o livre desenvolvimento da pessoa. Diante disso, o perfil funcional é o mais adequado para a concretização dos objetivos constitucionais, pelo seu caráter dinâmico e evolutivo, em detrimento da perspectiva estrutural, hermética e paralisante. A averiguação da função da situação jurídica, entendida com síntese de seus efeitos essenciais, só poderá ser operada em concreto, uma vez que não há essencialidade previamente determinada pelo legislador, mas somente aquela constatada ante o fato concreto. Desta forma, o debate fica mais rico uma vez centrado em exemplos concretos.” (KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 6-8, vol. III.

<sup>79</sup> De acordo com Yussef Said Cahali, a responsabilidade financeira dos pais deve ser qualificada como o dever de sustento, porque decorre do poder familiar e se extingue junto com este. Os alimentos existem nas demais hipóteses legais que não tenham origem no poder familiar (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 333)

As expressões são usadas como equivalentes nesta tese.

<sup>80</sup> Sobre a dúvida na classificação dos alimentos, tendo-se optado pela sistemática do Código Civil de 2002:

“(…) embora localizada no direito privado como uma das manifestações do direito à vida, sendo, por isso, personalíssima, nem por isso a obrigação alimentícia deixa de ter representação material, quer dizer, patrimonial, uma vez que há uma prestação econômica exigível a uma pessoa em favor de outra; há um credor e um devedor caracterizando a relação obrigacional.

Em verdade, a afirmativa de que um direito relativo como este tem um caráter patrimonial ou um caráter pessoal, qualquer que seja o fundamento para justificar a opção, não equivale ao seu confinamento no contexto de uma determinada categoria, pois faltariam outros requisitos para a sua exata sistematização.

Reconhecida, pois inevitável, a presença concomitante dos dois elementos – o pessoal e o patrimonial – na integração da obrigação alimentícia, a especialidade que apresenta o encargo no âmbito do direito privado induz ao reconhecimento da prevalência do primeiro elemento; sem embargo da opinião diversa de Tedeschi, que afirma o caráter patrimonial da obrigação alimentar, fundando-se na exclusividade ou prevalência, em si, do elemento econômico sobre o dever do socorro que, ou seria inexistente, ou então só apareceria em situações específicas.

O atual Código Civil brasileiro faz uma opção técnica, inserindo a obrigação alimentícia entre parentes, cônjuges ou companheiros (arts. 1.694-1.710) no título referente ao ‘direito patrimonial’ do direito de família, em seguida ao subtítulo referente ao regime de bens entre cônjuges; mas, cuidando dos ‘direitos pessoais’ do direito de família, havia se referido que são deveres de ambos os cônjuges a ‘mútua assistência’ e o ‘sustento, guarda e educação dos filhos’”. (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 36)

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 15.

legítima, que serão obrigatoriamente destinados aos herdeiros necessários<sup>82</sup>, isto é, aos descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiros<sup>83</sup>, com precedência dos descendentes de grau mais próximo em relação aos demais graus e às demais classes. Assim, pode-se concluir que filhos têm dupla garantia no direito das sucessões, tanto pela reserva de cota (chamada, por lei, de herança legítima) como pela preferência em relação aos demais parentes.

No âmbito das situações não patrimoniais, destacam-se o direito ao nome, a existência de impedimentos matrimoniais, as relações de parentesco e o poder familiar.

O direito ao nome surge, no Código Civil de 2002, dentro do capítulo dos direitos da personalidade, ou seja, como projeção da personalidade de uma pessoa<sup>84</sup>. Mas é interessante observar que, neste Código, o direito ao nome aparece no artigo 16 e na garantia de um nome (prenome) e sobrenome (nome). Na Lei n. 6.015/1973 e nas leis de registros públicos que a antecedeu<sup>85</sup>, o direito ao nome também é correlacionado com a atribuição de um nome (prenome) e sobrenome (nome), mas não há nenhuma menção ao uso obrigatório do sobrenome (nome) paterno ou materno<sup>86</sup>. Deve-se, assim, creditar em primeiro lugar, aos

<sup>82</sup> De acordo com o artigo 1.845 do Código Civil são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Ana Luiza Maia Naves defende a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários ao argumento de que a “família como formação social só será protegida na medida em que seja um espaço de promoção da pessoa de seus membros” (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121)

Em sentido contrário, Mário Luiz Delgado sustenta que o companheiro não ostenta a qualidade de herdeiro necessário porque a “tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica plena e completa equiparação da respectiva moldura normativa, posto que em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização” (DELGADO, Mário Luiz. *A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1308/A+sucess%C3%A3o+na+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+ap%C3%B3s+o+julgamento+dos+embargos+de+declara%C3%A7%C3%A3o+pelo+STF%3A+o+companheiro+n%C3%A3o+se+tornou+herdeiro+necess%C3%A1rio>. Acesso em: 06.jan.2020) Assim, diante da omissão do artigo 1.845, não seria possível atribuir ao companheiro a qualidade de herdeiro necessário.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil e determinou a aplicação do artigo 1.829 às uniões estáveis. Foram opostos embargos de declaração para que a Corte se manifestasse sobre a qualidade de herdeiro necessário do companheiro, mas decidiu-se que esse tema não era objeto de repercussão geral, não havendo decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão do artigo 1.845 aos companheiros.

<sup>83</sup> Existe debate doutrinário quanto à manutenção da cota destinada à herança legítima. Sobre o tema, sugere-se a leitura de: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legítimos no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). *Autonomia privada, liberdade e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-502.

<sup>84</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-62.

<sup>85</sup> O histórico do registro civil no Brasil está disponível no site da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo: [http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?pagina\\_id=177](http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?pagina_id=177). Acesso em: 04.ago.2019. A atividade cartorária de registro civil de nascimento está regulamentada pelo Provimento CNJ n. 63/2017, que igualmente não estabelece regras de atribuição de nome.

<sup>86</sup> O artigo 54 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) prevê os requisitos que devem constar do registro civil de nascimento, sem fazer menção à adoção obrigatória do sobrenome paterno ou materno:

costumes<sup>87</sup> a indicação do nome de família como sobrenome da criança que é registrada; e, em segundo lugar, à função do nome como identificação social<sup>88</sup> na influência da atribuição do sobrenome materno e paterno, nessa ordem, aos filhos.

Os impedimentos matrimoniais são circunstâncias que obstaculizam a celebração do casamento, ou, caso este venha a ser celebrado, fazem com que seja considerado nulo<sup>89</sup>. Essas causas são extensíveis à união estável<sup>90</sup>, como consta do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil<sup>91</sup>.

“Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: [\(Renumerado do art. 55, pela Lei nº 6.216, de 1975\).](#)

1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º) o sexo do registrando; [\(Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975\).](#)

3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;

6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. [\(Redação dada pela Lei nº 6.140, de 1974\)](#)

8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;

9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde; [\(Redação dada pela Lei nº 13.484, de 2017\)](#)

10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei; e [\(Redação dada pela Lei nº 13.484, de 2017\)](#)

11) a naturalidade do registrando. [\(Incluído pela Lei nº 13.484, de 2017\)”](#)

<sup>87</sup> Sobre os costumes como fonte do direito:

“O costume é a prática reiterada e uniforme de um comportamento (elemento material) que gera a convicção de sua obrigatoriedade, a ‘*opinio juris et necessitatis*’ (elemento psicológico). Difere da lei no fato de que esta nasce de um processo legislativo tendo origem certa e determinada, enquanto o costume tem origem incerta e imprevisível. Também quanto à forma, a lei apresenta-se sempre como texto escrito enquanto o costume é direito não-escrito, salvo no caso de sua consolidação, como ocorre, por exemplo, com os usos reconhecidos pelas juntas comerciais.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 92)

<sup>88</sup> “Uma nova perspectiva foi trazida, nessa direção, pela psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social mas também da identidade subjetiva, tendo a função de ‘humanizar’ o filho como ‘sujeito de direito (e do desejo)’. O ofício primordial da paternidade, sob esta ótica, é representar as leis da cidade e o interdito maior que as fundamenta (a proibição do incesto), antes de tudo através da transmissão do seu nome (o patronímico).

Assim é que ‘nenhuma sociedade deixa ao livre arbítrio, dos pais ou do filho, a escolha da sua linhagem, a autorização para subverter as regras da filiação, a escolha do nome’. É o nome que conferirá à criança um ‘lugar’ dentro de uma linhagem, oferecendo-lhe, através do direito, o espaço necessário para que ela construa a sua estrutura psíquica.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2010, p. 152)

<sup>89</sup> Artigos 1.522 e 1.548, II, do Código Civil.

<sup>90</sup> Paulo Lôbo defende que a união de fato entre pessoas impedidas de casar é hipótese de inexistência e não de nulidade:

As causas de invalidade do casamento (nulidade e anulabilidade) não podem ser aplicáveis à união estável, porque esta, diferentemente daquele, não é ato jurídico. No plano da validade apenas estão submetidos os atos jurídicos, mas não os fatos jurídicos em sentido estrito ou os atos-fatos jurídicos, nestes últimos enquadrando-se a união estável. Portanto, a união estável existe juridicamente ou não existe, produz efeitos ou não os produz; mas não é válida ou inválida. Para o casamento a incidência de impedimentos leva à nulidade (art. 1.548); para a união estável, à inexistência (art. 1.723, § 1º, que alude a ‘não se constituirá’). Nesta hipótese, pede-se judicialmente a declaração da inexistência da união estável. Consequentemente, as hipóteses de anulação do casamento (art. 1.550) não podem ser aplicáveis à união estável, pois dizem respeito à celebração do ato, inexistente na segunda.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154-155)

<sup>91</sup> Art. 1.723. (...)

Da filiação também decorre o parentesco, isto é, o vínculo que se estabelece entre a pessoa e o grupo familiar. Esse parentesco pode ser em linha reta, quando esse vínculo é formado a partir da relação direta de ascendência e descendência<sup>92</sup>; em linha colateral ou transversal, quando o vínculo se estabelece a partir de um ancestral comum, sem ascendência e descendência direta<sup>93</sup>; ou, por fim, por afinidade, quando formado em relação aos parentes do cônjuge ou companheiro<sup>94</sup>.

Pode-se, assim, perceber que a organização do Código Civil de 2002 leva à falsa impressão de que os efeitos da filiação se resumem ao poder familiar, quando, repita-se, ele é uma parcela destes.

### 1.3. Pátrio poder, poder familiar, autoridade parental, responsabilidades parentais

Da filiação também decorre o poder familiar, a partir do qual emerge um complexo de situações jurídicas que atribuem aos pais a responsabilidade sobre a pessoa e os bens do filho até a maioridade civil. Essa terminologia foi empregada pelo Código Civil de 2002 em substituição à expressão pátrio poder, constante do Código Civil de 1916, e indica uma alteração mais profunda no perfil do instituto.

No Código Civil de 1916, as relações jurídicas entre pais e filhos estavam reunidas sob o manto do pátrio poder, entendido, para Lafayette Rodrigues Pereira<sup>95</sup> e Clóvis Beviláqua como o “conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho”<sup>96</sup> e estabelecido em razão da incapacidade do filho. Essa compreensão de pátrio poder como direito subjetivo é contestada por San Tiago Dantas, que afirma que “trazer o conceito de dever parental para o primeiro plano e deixar o direito num segundo, foi uma das transformações a que o Cristianismo submeteu a humanidade”, de modo que o pátrio poder deve ser considerado “um *munus*, (...), função que se atribui ao homem, para que exerça livremente, mas não no interesse próprio, e sim no interesse daquelas ou daquela coisa cuja

---

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do [art. 1.521](#); não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

<sup>92</sup> Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

<sup>93</sup> Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

<sup>94</sup> Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º. O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º. Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

<sup>95</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia, 1918, p. 234.

<sup>96</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 363.

guarda lhe cabe”<sup>97</sup>. A controvérsia sobre a natureza jurídica do pátrio poder enquanto poder-dever é sintetizada por Maria Teresa Moreira Lima

No que concerne à natureza jurídica do pátrio poder ou do poder parental, prevalece na doutrina o ponto de vista segundo o qual, em relação aos filhos, os genitores têm uma faculdade de agir, o “que não é direito subjetivo e sim poder”. Entretanto, há quem veja o pátrio poder como direito subjetivo nas relações com terceiros, concepção que se fundamenta no dever genérico de abstenção por parte de terceiros e na correspondente faculdade de os pais reclamarem os filhos de quem ilegalmente os detenha.

A esse respeito, é pertinente a observação de Angelo Carlo Pelosi no sentido de que a abstenção genérica que o pátrio poder encerra não é considerada como um valor autônomo, mas se encontra vinculada à correspondente obrigação de educação lato sensu que compete aos genitores e não admite que terceiros impeçam seu desenvolvimento. Assim concebido, o poder de abstenção não tem outro sentido que o de atuar como instrumento para permitir o cumprimento de tal dever.

O direito de reclamar o filho de quem o detenha é conferido aos genitores no interesse daquele. Este aspecto afasta a qualificação de direito subjetivo, cuja definição repousa na ideia de que se trata de prerrogativa concedida a um sujeito para ser exercida em proveito próprio e, por isso, pode deixar de ser exercida por seu titular. O mesmo não ocorre em relação ao titular de um poder, que não pode deixar de desempenhar as funções de sua competência, porque atua no interesse alheio.<sup>98</sup>

Esse poder era conferido a ambos os pais<sup>99</sup>, mas a mãe tinha função auxiliar no seu exercício, como demonstra o artigo 380 do Código Civil, ao dispor que “durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”<sup>100</sup>. Interpretado em conjunto com os artigos 186, 240<sup>101</sup>, 329 e 385<sup>102</sup>, é

<sup>97</sup> DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 399.

<sup>98</sup> LIMA, Maria Teresa Moreira. *Pátrio poder: titularidade e exercício*. 195 f. 2001. Tese (Concurso público para Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001, p. 9-10.

<sup>99</sup> A redação do art. 384, caput, do Código Civil de 1916 atribuía a ambos os pais o pátrio poder: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:”

Em sentido oposto, conferindo a titularidade apenas ao pai, veja-se Clóvis Beviláqua: “O conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos, toma a denominação de pátrio poder.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 363)

<sup>100</sup> A redação do artigo 380 do Código Civil de 1916 foi alterada pela Lei n. 4.121/1962, mas ainda assim permaneceu a função auxiliar da mulher no exercício do pátrio poder. Eis a redação após a lei de 1962:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.”

<sup>101</sup> Redação original do artigo 240:

“Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).”

Redação alterada pela Lei n. 4.121/1964:

“Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”

<sup>102</sup> Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo separado o casal pelo desquite, ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos.

(...)

incontestável o papel secundário da mulher no pátrio poder<sup>103</sup>. A mulher poderia assumi-lo plenamente quando o filho não fosse reconhecido pelo pai, tal como previsto no artigo 383<sup>104</sup>.

O exercício desse poder-dever recaía tanto sobre a pessoa do filho como de seu patrimônio. Em relação à pessoa do filho, o pátrio poder assegurava aos pais o direito de dirigir a criação e educação, ter os filhos em sua guarda e companhia, conceder autorização para casar, nomear tutor, representá-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detivesse e exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Quanto aos bens, o pai e, na sua falta, a mãe, era o administrador legal dos bens dos filhos<sup>105</sup> em seu poder, com direito ao usufruto<sup>106</sup>, mas proibido de praticar atos de alienação ou oneração dos bens imóveis, salvo prévia autorização judicial<sup>107</sup>.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, e a inclusão da igualdade de gênero no rol de direitos fundamentais do caput artigo 5º, replicado no artigo 226, § 5º, a titularidade e o exercício do pátrio poder foram atribuídos a ambos os pais, não tendo sido recepcionadas as distinções constantes do Código Civil de 1916<sup>108</sup>.

Além disso, a incorporação dos direitos humanos no texto constitucional alteraria a compreensão do papel político da criança e o seu reconhecimento como pessoa em desenvolvimento. Como destacado no início deste capítulo, essa ascensão deve-se à consagração da doutrina da proteção integral e também ao princípio do melhor interesse da criança. A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse sedimentaram a importância do dever inerente ao exercício do pátrio poder, transformando-o de poder-dever

---

Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trate convenientemente (art. 248, n. I, e 393). (...)

Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe, são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

<sup>103</sup> “Quem exerce o pátrio poder é o pai, se o indivíduo tem pai e mãe vivos. Embora estes sejam titulares do pátrio poder, o exercício do poder pertence ao pai, à mãe, se o pai faltar por morte ou por destituição do poder familiar.” (DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 401)

<sup>104</sup> Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

<sup>105</sup> Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

<sup>106</sup> Art. 389. O usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder, salvo a disposição do [art. 225](#).

<sup>107</sup> Art. 386. Não podem, porém, alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz ([art. 178, § 6º, n. III](#)).

<sup>108</sup> A Lei n. 4.121/1962 alterou o artigo 380 do Código Civil de 1916 para atribuir ao homem e a mulher igualdade no exercício do pátrio poder. Mas, não foram alterados os artigos 360, 380, parágrafo único, 385, 407, e 467 que privilegiavam a figura paterna em detrimento da materna. Por isso se conclui que apenas com a Constituição da República de 1988 foi alcançada a igualdade de gênero.

em direito-dever ou *potestà* ou poder jurídico<sup>109</sup> e deslocando seu fundamento da incapacidade da criança para a proteção da criança e o dever de exercício responsável da parentalidade.

O artigo 226, § 7º, da Constituição da República de 1988<sup>110</sup> assegura o planejamento familiar como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A norma trata do direito à livre formação e conformação de prole, ou não, mas o texto do artigo traz algumas incoerências que devem ser resolvidas por processos interpretativos. Em comentário a esse artigo, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza destaca que a “determinação constitucional não deve ser interpretada de forma tão restrita, eis que o sentido de responsabilidade deve nortear toda a construção da vida familiar, desde a opção pela procriação até a maioridade do filho”, bem como que o correto seria a adoção da palavra parentalidade no lugar de paternidade, em cumprimento ao princípio da igualdade<sup>111</sup>. Ao lado dessas críticas, deve-se incluir o planejamento como direito do casal, quando este é, na verdade, do homem e da mulher<sup>112</sup> como decorrência do exercício de seus direitos reprodutivos<sup>113</sup>. Tendo essas críticas em perspectiva, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza entende o princípio como o “fundamento para a exigibilidade de um conjunto

---

<sup>109</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 699-700.

<sup>110</sup> Art. 226. (...)

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>111</sup> SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa. *O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação*. 2012. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 16.

<sup>112</sup> Lei n. 9.263/1996:

Art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 3º. O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.”

<sup>113</sup> “Embora se diga que os direitos reprodutivos não constituem um conceito acabado, esse foi estabelecido internacionalmente no Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, e, em Beijing, em 1995, sobre as mulheres, como já alertam estudiosos do assunto. Desde então a história da “autonomia reprodutiva” teve significativo progresso: reconheceu-se, pela primeira vez em sede oficial, a denominação “direitos reprodutivos” (*reproductive rights*), explicitados inequivocamente como direitos fundamentais ou humanos, que compreenderiam o direito de “decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar. Foi também textualmente reconhecido, como direito humano, “o direito à escolha reprodutiva”, como direito à liberdade reprodutiva, relativa a “se” e “quando” reproduzir, ensejando incluir nessa escolha o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial, compreendidas, portanto, nos mesmos termos, como opção pessoal absolutamente fundamental.” (BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, a. 2, p. 551, mai./ago. 2012)

de atitudes baseadas no cuidado, cujo objetivo é o cumprimento integral dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes”<sup>114</sup>.

Independentemente da origem, biológica e não biológica, a filiação tem sua justificação no princípio da parentalidade responsável<sup>115</sup>, equivocadamente também chamado de princípio da paternidade responsável<sup>116</sup>. Segundo Heloisa Helena Barboza o princípio é delineado pelos deveres atribuídos aos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores, a serem cumpridos em atenção aos direitos dos filhos, no melhor interesse destes”, somados aos deveres que “correspondem aos direitos próprios das crianças, assegurados com absoluta prioridade, expressamente previstos no art. 227 da Constituição da República”<sup>117</sup>. E, também ao de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

---

<sup>114</sup> SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa. *O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação*. 2012. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 16.

<sup>115</sup> Cuida-se de princípio, conforme distinção de princípios e regras proposta por Humberto Ávila:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Wienberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-71)

<sup>116</sup> “No entanto, o exame mais aprofundado do próprio dispositivo [artigo 226, § 7º, da CRFB], aliado. Outras normas constitucionais – como, por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres –, permite a conclusão de que o constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução termo “*parental responsibility*” que, no entanto, possui outra significação no âmbito do direito inglês, como visto. Assim, sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o constituinte empregou o termo paternidade responsável quando na realidade o sentido é de parentalidade responsável. De outro lado, é possível encontrar explicação linguística que justifica o emprego do termo “paternidade responsável” ao considerar que adotou o plural “pais” para designar ambos os ascendentes – das linhas paterna e materna – e, por conseguinte, fez-se alusão a paternidade responsável, enquanto referência derivada. De todo modo, é fundamental que se constate que o termo não se limite ao homem, mas logicamente se refere à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídicos – no campo da filiação – do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 452-453)

<sup>117</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

(...) a parentalidade responsável representa a assunção dos deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal ou com recurso a alguma técnica reprodutiva. Em outras palavras: há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher, que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Daí ser importante o planejamento familiar como representativo não apenas de um simples direito fundamental, mas ao mesmo tempo constituindo responsabilidades no campo das relações de parentalidade-filiação. Ao direito individual da mulher de exercer sua sexualidade e optar pela maternidade se contrapõem as responsabilidades individual e social que ela assume ao se tornar mãe. Da mesma forma, e com bastante peculiaridade em relação homem: ao direito individual que lhe é assegurado de exercer sua sexualidade e optar pela paternidade se opõem as responsabilidades individual e social que lhe encampa na sua esfera jurídica ao se tornar pai.<sup>118</sup>

A parentalidade responsável foi expressa no Código Civil de 2002 com a alteração substituição da expressão pátrio poder para poder familiar, apesar de os artigos manterem o mesmo conteúdo e estrutura do Código Civil de 1916<sup>119</sup>. Nas palavras de Miguel Reale, “houve o empenho de situar direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu de duas guerras universais, bem como da revolução tecnológica e da emancipação plena da mulher”, de modo que, “por exemplo, que acabei propondo que o pátrio poder passasse a denominar-se poder familiar, exercido em conjunto por ambos os cônjuges em razão do casal e da prole”<sup>120</sup>.

O uso da nomenclatura poder familiar não é, contudo, isenta de críticas. Maria Teresa Moreira Lima, ainda na fase de tramitação do Projeto do Código Civil de 2002, criticava a

<sup>118</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 453-454.

<sup>119</sup> Em crítica ao texto do Código Civil de 2002, por não ter melhor adaptação à realidade social pós-88: “A propósito, ainda que uma das diretrizes observadas na criação do novo texto tenha sido a preservação, tanto quanto possível, do Código Civil de 1916, ao que, de resto, foi fiel o legislador, certo é que toda a disciplina do novo, relativa ao Direito de Família, vem recebendo fundadas críticas, justamente por essa razão. Como exemplo, as recentes palavras de Caio Mário da Silva Pereira, ao prefaciar a obra coletiva *Direito de família e o novo Código Civil*: “... o texto consolidado que nos foi dado a conhecer, pela timidez que revela, reflete nítido divórcio em relação ao progresso da sociedade, em troca do comodismo das soluções passadistas”.

Da mesma forma, acertado o discurso de Florisa Verucci, que entende que mesmo com as melhorias inseridas no texto aprovado pelo Senado Federal em 1997, o Projeto não deixa de ser uma revisão do Código Civil de 1916, “não tendo absorvido a contribuição do desenvolvimento econômico e social dos tempos que correm”. Também porque, em suas palavras:

“Os imperativos da Constituição de 88 foram atendidos em sua expressão mais óbvia, revogando os incisos discriminatórios contra a mulher e entre os filhos, presentes na lei vigente, mas perdeu-se a oportunidade de atualizar, de se proceder um verdadeiro *aggiornamento* do Direito de Família”, ou seja, uma atualização de fundo, conceitual, principiológica, o que seria inafastável em obediência ao disposto na lei maior. Enfim, enfrentando a mesma problemática, Antonio Junqueira de Azevedo busca uma explicação para tamanho desacerto, em artigo justamente nominado *Retrocesso no Direito de Família*: “retrocedem aos tempos anteriores à Constituição; será que as mudanças no Direito de Família feitas em 1988 não foram bem aceitas pelo povo brasileiro ou será que são os senadores que estão alienados da nossa sociedade?” (COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52-53)

<sup>120</sup> REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 13.out.2019.

expressão “familiar”, por considerá-la ambígua e ineficaz para definir o instituto a que se relacionava. Propunha que o instituto fosse denominado de poder parental, que, por significar o pai e a mãe, atenderia com proveito o ideal de atingir a essência do instituto<sup>121</sup>. Marcos Alves da Silva<sup>122</sup>, Denise Damo Comel<sup>123</sup> e Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>124</sup> preferem a expressão “autoridade parental”, recusando o autoritarismo inerente a poder. Segundo essa última autora, “não obstante autoridade também contenha traços de poder, traduz, de forma preponderante, uma relação de ascendência; é a força da personalidade de alguém que lhe permite exercer influências sobre os demais, sua conduta e reflexões”<sup>125</sup>.

Maria Clara Sottomayor prefere as expressões “responsabilidade parental” ou “cuidado parental”, “que exprimem uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos”<sup>126</sup>. Contudo, a terminologia deve ser utilizada no plural, isto é, responsabilidades parentais, cuja origem remonta à Recomendação n. (84)4 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu<sup>127</sup> e as define como um conjunto de deveres e poderes estabelecidos para assegurar a assistência material e moral da criança, especialmente cuidando da pessoa da criança, mantendo relações pessoais com ela e a provendo com educação, alimentação, representação legal e a administração de seu patrimônio<sup>128</sup>. O uso da palavra “responsabilidades” pode ser objetado pelo seu significado de reparação de dano, tal como ocorre na responsabilidade civil<sup>129</sup>. Contudo, ainda assim, a

<sup>121</sup> LIMA, Maria Teresa Moreira. *Pátrio poder: titularidade e exercício*. 195 f. 2001. Tese (Concurso público para Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001, p. 9.

<sup>122</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8-10.

<sup>123</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 58.

<sup>124</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>126</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. O poder paterno como cuidado parental e os direitos da criança. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.) *Cuidar da justiça de crianças e jovens: a função dos juizes sociais: actas do Encontro*. Lisboa: Almedida, 2003, p. 44.

<sup>127</sup> Para informações sobre o Comitê de Ministros do Conselho Europeu: <https://www.coe.int/en/web/cm/about-cm>. Acesso em: 13.out.2019.

<sup>128</sup> No original:

“Principle 1

For the purposes of this recommendation:

a. parental responsibilities are a collection of duties and powers which aim at ensuring the moral and material welfare of the child, in particular by taking care of the person of the child, by maintaining personal relationships with him and by providing for his education, his maintenance, his legal representation and the administration of his property;

b. the terms “father”, “mother”, “parents” refer to persons having a legal filiation link with the child.”

Documento disponível em [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016804de2e4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804de2e4). Acesso em 13.out.2019.

<sup>129</sup> LIMA, Maria Teresa Moreira. *Pátrio poder: titularidade e exercício*. 195 f. 2001. Tese (Concurso público para Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001, p. 9.

expressão “responsabilidades parentais” parece ser mais adequada, por enfatizar o conjunto de atribuições conferidas pelo ordenamento aos pais para desenvolverem e cuidarem de seus filhos.

#### 1.4. As atribuições nas responsabilidades parentais

O conjunto de situações jurídicas que compõem as responsabilidades parentais permite que sejam organizadas em quatro grupos: situações relativas à assistência moral e material, situações referentes à representação legal, situações de gestão patrimonial e guarda. Essa apresentação é diferente daquela que consta no Código Civil de 2002, que separa as responsabilidades parentais sobre a pessoa e sobre os bens dos filhos, tratando da primeira no artigo 1.634 e da segunda nos artigos 1.689 a 1.693, e que pode fazer parecer que as responsabilidades se restringem ao catálogo de condutas constantes do texto legal.

A assistência moral e material é a principal atribuição das responsabilidades parentais e assegura que o filho seja provido das condições materiais e existenciais para o seu desenvolvimento<sup>130</sup>. No Código Civil, essas atribuições constam dos incisos I e IX do artigo 1.634 como o dever parental de criação, educação, exigência de obediência, respeito e serviços próprios à idade e às condições. Essas expressões não traduzem adequadamente o conteúdo desse dever. Nesse sentido, a redação do artigo 22, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente apreende melhor esse dever parental, afirmando que os pais “têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança (...)”<sup>131</sup>. Especificamente sobre o dever de educação, vale destacar que ele envolve tanto o processo educacional informal como também a obrigação de matrícula dos filhos na rede regular de ensino<sup>132</sup>, a partir dos quatro anos de idade<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 140-142.

<sup>131</sup> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)

<sup>132</sup> O debate sobre educação familiar ou *homeschooling* surge como contraponto a esse dever e será analisado no capítulo 03.

<sup>133</sup> Artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”) e artigo 6º da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) (“é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”)

A possibilidade de os pais indicarem tutor aos filhos também se compreende nos deveres assistenciais, na medida em que a tutela visa precipuamente atribuir o cuidado de uma criança ou adolescente - não mais sujeita às responsabilidades parentais, por morte dos pais ou pela destituição do poder familiar<sup>134</sup> - a um terceiro que seja capaz de exercê-la<sup>135</sup>. Apenas reflexamente a tutela visa a suprir a representação legal da criança e regularizar a administração do seu patrimônio<sup>136</sup>.

Diz-se que os pais podem apenas indicar o tutor, e não nomear o tutor, como está escrito no inciso VI do artigo 1.634 do Código Civil, porque a tutela é uma hipótese de colocação em família substituta, exigindo-se, para o seu aperfeiçoamento, o deferimento da tutela pelo Poder Judiciário, após processo em que se verifiquem as possibilidades de a pessoa indicada estar apta a cumprir o papel e atender ao princípio do melhor interesse da criança<sup>137</sup>. Caso os pais não exerçam essa faculdade, caberá ao Poder Judiciário escolher a pessoa ou as pessoas que exercerão esse encargo, privilegiando sempre que possível os laços de afetividade mantidos com a criança<sup>138</sup>.

O segundo grupo de atribuições inerentes às responsabilidades parentais são os de representação legal, previstos nos incisos III, IV, VII do artigo 1.634 e artigo 1.690 do Código Civil. A principal delas se destina a suprir a incapacidade de fato dos filhos e atribui aos pais a representação ou a assistência, a depender da idade dos filhos. Se estes tiverem menos de dezesseis anos, o suprimento da incapacidade será feito por representação, isto é, a atuação nos atos da vida civil é feita pelos pais (representantes) em nome dos filhos (representados). Se os filhos tiverem entre dezesseis e dezoito anos de idade incompletos, o suprimento ocorre pela via da assistência e a atuação conjunta de pais e filhos na prática dos atos jurídicos<sup>139</sup>. Percebe-se que, neste tema, a incapacidade pelo critério etário permanece como fundamento legal nas responsabilidades parentais, mas de maneira secundária e funcionalizada à proteção

---

<sup>134</sup> A tutela depende da inexistência de responsabilidades parentais ativas, de modo que não cabe em situações em que ocorre apenas a suspensão das responsabilidades. O artigo 36, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nessa parte, encontra-se revogado pelo artigo 1.728 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. E-book.

<sup>135</sup> Em sentido contrário, inserindo a indicação de tutor como dever de representação: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 240-241, v. IV.

<sup>136</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. E-book.

<sup>137</sup> Artigo 37, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>138</sup> Aplica-se à tutela das disposições gerais sobre família substituta dos artigos 28 a 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>139</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.286.

da criança, tanto que, se houver conflito de interesses entre pais e filhos, estes últimos têm direito a curador especial, tal como consta do artigo 1.692 do Código Civil<sup>140</sup> e artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>141</sup>.

Contudo, alguns atos que dizem respeito a situações existenciais dos filhos, não dependem da participação dos pais como representantes ou assistentes para que produzam efeitos válidos. São exemplos a possibilidade de voto a partir dos dezesseis anos de idade<sup>142</sup>, ser ouvidos em processos judiciais que versem sobre seus interesses<sup>143</sup> e a possibilidade de ser testemunha em processo judicial cível (os maiores de dezesseis anos de idade)<sup>144</sup> ou criminal<sup>145</sup>. Em relação aos atos de natureza existencial que possam causar risco à integridade psicofísica da criança, deve-se observar o seu grau de desenvolvimento e os riscos envolvidos, de modo que as decisões tanto dos pais quanto da criança podem ser afastadas pelo Poder Judiciário quando não atenderem ao princípio do melhor interesse<sup>146</sup>.

Existem, ainda, figuras de representação que não mais se destinam ao suprimento da incapacidade, mas sim à proteção dos filhos em situações específicas. São as hipóteses de consentimento para o casamento<sup>147</sup>, emancipação<sup>148</sup>, adoção<sup>149</sup> e viagens internacionais<sup>150</sup>.

<sup>140</sup> Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.

<sup>141</sup> Art. 142. (...)

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

<sup>142</sup> Artigo 14, § 1º, II, c, da Constituição da República de 1988.

“Art. 14. (...)

§ 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

(...)

II – facultativos para:

(...)

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

<sup>143</sup> Artigo 28, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

(...)

§ 2º - Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. [\(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)”

<sup>144</sup> Artigo 447, § 1º, III, do Código de Processo Civil.

“Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

(...)

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;”

<sup>145</sup> Artigo 202 c/c artigo 208 do Código de Processo Penal.

“Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.”

“Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o [art. 203](#) aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o [art. 206](#).”

<sup>146</sup> SÊCO, Thais. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A4Aco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 20.out.2019.

<sup>147</sup> Artigos 1.517, 1.518 e 1.634, III, do Código Civil de 2002.

As situações de gestão patrimonial que fazem parte das responsabilidades parentais são a administração dos bens dos filhos, prevista no artigo 1.689, II, do Código Civil de 2002<sup>151</sup>, e a curadoria de bens havidos por herança do filho ainda não concebido e do fideicomisso, a teor dos artigos 1.800, § 1º<sup>152</sup>, e artigo 1.952, parágrafo único<sup>153</sup>. A liberdade de atuação dos pais nessa assistência abrange apenas a gestão ordinária do patrimônio dos filhos, porque nos casos extraordinários, ou, nas palavras do Código Civil no artigo 1.691, das “obrigações que ultrapassem os limites da simples administração”, e na alienação de bens imóveis, é essencial que o ato seja precedido de autorização judicial, sob pena de nulidade<sup>154</sup>. Excluem-se também da administração os bens adquiridos antes do reconhecimento, os valores auferidos pelo filho no exercício de atividade profissional e os neles sub-rogados, os bens deixados ou doados ao filho sob condição de não serem administrados pelos pais e os bens que aos filhos couberem em herança quando os pais forem excluídos da sucessão<sup>155</sup>.

“Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do [art. 1.631](#).

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\) \(Vigência\)”](#)

“Art. 1.634. (...)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;”

<sup>148</sup> Artigo 5º, parágrafo único, I, do Código Civil de 2002.

“Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;”

<sup>149</sup> Artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.”

<sup>150</sup> Artigo 1.634, IV, do Código Civil de 2002 e artigo 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 1.634. (...)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;”

“Art. 85. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.”

<sup>151</sup> Art. 1.689. (...)

II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

<sup>152</sup> Art. 1.800. (...)

§ 1º. Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

<sup>153</sup> Art. 1.952. (...)

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

<sup>154</sup> Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

I - os filhos;

II - os herdeiros;

III - o representante legal.

<sup>155</sup> Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

Costuma-se encontrar referências ao usufruto dos bens dos filhos como conteúdo das responsabilidades parentais. Em verdade, trata-se de direito concedido aos pais em razão da filiação que não possui correspondência a dever em favor dos filhos<sup>156</sup>. Paulo Lôbo ensina que ao usufruto contrapõem-se os deveres de conservação, defesa e tributação inerentes sobre os bens<sup>157</sup>, mas conservação e defesa decorrem da administração e não do usufruto<sup>158</sup>. Apenas a tributação representaria o ônus decorrente do usufruto, mas ele não favorece os filhos, sendo a forma estatal de financiamento dos serviços públicos.

Seja considerado ou não como atribuição das responsabilidades parentais, o usufruto assegura aos pais o direito à posse, uso e gozo dos bens dos filhos, incluído o direito de

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

<sup>156</sup> Gustavo Tepedino *et alii* exploram os diferentes entendimentos sobre a reciprocidade do usufruto dos bens dos filhos pelos pais: “Para Clovis Beviláqua, “o usufruto (...) é uma compensação dos encargos, que se originam do exercício do pátrio poder com a pessoa e os bens do filho. O pai deve alimentos e educação aos filhos. Certamente os deve em qualquer hipótese, possua bens o filho ou nada tenha de seu. Mas, nem por isso, deixa de ser o usufruto uma compensação desses encargos. A administração dos bens do filho, se é um direito, exige cuidado e esforços, que também devem ser compensados, quando as circunstâncias o permitem” (*Código Civil*, p. 373).

Carvalho Santos, sobre o fundamento do instituto do usufruto, esclarece que há corrente que, entendendo ser o objetivo precípua do poder familiar a proteção dos filhos, não aceita “que se possa conceber o usufruto destes senão como atributo do próprio pátrio poder, afastada qualquer ideia de interesse pecuniário” (*Código Civil*, p. 106). Critica o doutrinador esta modalidade de usufruto familiar e, por conseguinte, não se filia aos pensamentos retratados. Consoante o mesmo, “a razão de ser, em nosso sentir, está na necessidade em que se vê a lei de aceitar os fatos tais como se passam na vida real. Vivendo pais e filhos, a família, enfim, na mesma casa, (...) comendo na mesma mesa e tendo o mesmo e idêntico tratamento, numa comunhão de interesses e de destinos dos mais acentuados, não seria possível discriminar as despesas de uns e de outros, para levar à conta dos filhos as suas, deduzindo-as de suas rendas, pelo que optou o legislador que para as despesas concorressem pais e filhos, contribuindo todos com os seus rendimentos, formando uma massa comum, para fazer face às despesas comuns.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 348-349, v. IV)

Anna Cristina de Carvalho Rettore e Beatriz de Almeida Borges e Silva defendem a funcionalização do usufruto ao melhor interesse dos filhos: “Assim é que, analisado o referido usufruto sob um viés funcional e sistemático, conclui-se não parecer atualmente sustentável que a fruição do patrimônio dos filhos por parte dos pais possa se dar de forma descomprometida com os interesses da prole. Ao revés, a condição de usufrutuário dos bens dos filhos se justifica e se legitima à medida que desempenhada em prol dos interesses das crianças e dos adolescentes, sob pena de implicar o exercício disfuncional da autoridade parental, entendimento este, como visto, incorporado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.623.098/MG.” (RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Sobre um dos dilemas patrimoniais da autoridade parental: o usufruto legal previsto pelo art. 1.689, I do Código Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 302)

<sup>157</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

<sup>158</sup> No mesmo sentido, o inventariante assume a posição de administrador dos bens do espólio, e dentre suas atribuições incluem-se a realização das “despesas necessárias para a conservação e melhoramento dos bens do espólio” (artigo 619, IV, do Código de Processo Civil).

percepção dos frutos, que podem ou não ser destinados às despesas dos filhos<sup>159</sup>, independentemente de averbação no registro de imóveis.

O quarto e último, grupo de atribuições refere-se à guarda. O artigo 1.634, II, do Código Civil atribui aos pais o exercício da guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584, ao passo que o inciso VIII permite que os pais reclamem os filhos de quem ilegalmente os detenha. O inciso II do artigo 1.634 foi alterado em 2014 pela Lei n. 13.058 e sua redação original atribuía aos pais o direito de ter os filhos “em sua companhia e guarda”. É interessante observar que, embora o inciso II tenha sido alterado para suprimir a expressão “companhia e guarda”, o artigo 1.632 a manteve, dispondo que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Em quaisquer dessas duas formas de manifestação no texto legal, a guarda tem sido entendida como a “prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter-lhe a posse oponível a terceiros, e vinculada aos deveres de prestar-lhe assistência material, moral e educacional”<sup>160</sup>. A esse conceito, pode-se acrescentar o direito de consentir com a mudança permanente de residência para outro município<sup>161</sup>.

Essa definição usual de guarda a confunde com as responsabilidades parentais, as quais contêm os deveres de assistência moral e material, bem como, ao incluir o elemento “posse”, traduz uma reificação da criança que é incompatível com ao seu status jurídico de pessoa. Além disso, cria dificuldades teóricas e práticas em situações em que os pais (já) não mantêm vínculo de conjugalidade entre si: aquele que detém a guarda é o responsável

<sup>159</sup> “Carvalho Santos, sobre o fundamento do instituto do usufruto, esclarece que há corrente que, entendendo ser o objetivo precípua do poder familiar a proteção dos filhos, não aceita “que se possa conceber o usufruto destes senão como atributo do próprio pátrio poder, afastada qualquer ideia de interesse pecuniário” (*Código Civil*, p. 106). Critica o doutrinador esta modalidade de usufruto familiar e, por conseguinte, não se filia aos pensamentos acima retratados. Consoante o mesmo, “a razão de ser, em nosso sentir, está na necessidade em que se vê a lei de aceitar os fatos tais como se passam na vida real. Vivendo pais e filho, a família, enfim, na mesma casa, (...), comendo na mesma mesa e tendo o mesmo e idêntico tratamento, numa comunhão de interesses e de destinos dos mais acentuados, não seria possível discriminar as despesas de uns e de outros, para levar à conta dos filhos as suas, deduzindo-as de suas rendas, pelo que optou o legislador que para as despesas concorressem pais e filhos, contribuindo todos com os seus rendimentos, formando uma massa comum, para fazer frente às despesas comuns (*Código Civil*, p. 108)”.

De fato, em uma família deve reinar a comunhão de interesses e de vida; é legítimo e coerente o usufruto pela entidade familiar dos bens do filho menor de idade, sob poder familiar, com o objetivo da melhoria das condições de vida de seus integrantes.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 348-349, v. IV)

<sup>160</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110.

<sup>161</sup> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

(...)

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

exclusivo pela assistência ao filho? Qual o papel exercido por aquele que não detém a posse física do filho? Ana Carolina Brochado Teixeira sintetiza as dificuldades advindas desse conceito patrimonializado de guarda:

Embora, muitas vezes, a convivência paterno-filial seja prejudicada com a separação dos pais, não há a diminuição do alcance da autoridade parental. Tal fato deriva dos mandamentos legais, o que deve servir de instrumento e motivação para a continuidade dos laços que unem pais e filhos, mesmo que com a separação, divórcio ou dissolução de união estável, não mais residam no mesmo local.

Constata-se a confusão conceitual e de alcance existente entre a guarda e poder familiar, o que motiva a investigação da real diferença entre eles. O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros. Portanto, implica a guarda os cuidados cotidianos com o filho. Estaria o genitor não-guardião exonerado desse zelo? Estaria ele adstrito somente às “macrodecisões” na vida dos filhos? Embora a titularidade do poder familiar fosse mantida no “pós-separação,” seria seu exercício atribuído *in totum* ao guardião? Qual a extensão do direito fundamental à convivência familiar? Teria a guarda compartilhada o poder de atribuir a ambos os genitores a possibilidade de prestar, conjuntamente, assistência material, moral e educacional, além de estabelecerem uma divisão equânime do direito de ter os filhos em sua companhia?

(...)

Mesmo titular da autoridade parental, caberia ao genitor não-guardião apenas essa “reserva” de poderes e deveres? Estaria essa função residual em consonância com os princípios constitucionais e as normas codificadas e estatutárias que preveem a função educacional de ambos os pais, concentradas na infância e juventude, quando a criança está em fase de construção da sua personalidade? É claro que não. A relação parental não se esgota em visitas e fiscalização. Se assim fosse, como o Código Civil poderia prever que as relações entre pais e filhos não mudam com o fim da conjugalidade dos pais?<sup>162</sup>

No capítulo a seguir serão analisadas as responsabilidades parentais e a guarda, suas diferenças e aproximações, com o objetivo de propor uma ressignificação da guarda que seja consentânea com a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>162</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 107-108.

## CAPÍTULO 2

### GUARDA PARENTAL NO CÓDIGO CIVIL

Na língua portuguesa, guarda é utilizada para indicar vigilância, cuidado, preservação, retenção, responsabilidade pelo depósito de uma coisa<sup>163</sup>. O sentido jurídico de guarda, em um primeiro momento, não se distancia dessa ideia de vigilância. De Plácido e Silva a define como “obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhe são entregues ou confiadas, bem assim manter em vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção”<sup>164</sup>.

A guarda como dever de vigilância e cuidado de algo que se detém aparece com grande clareza no contrato de depósito. No direito de família, os contornos da guarda são menos nítidos e mais complexos, pois se trata de instituto que impacta direitos de crianças e, por essa razão, precisa considerar o regulamento jurídico aplicável a elas. A mesma palavra é utilizada para dar conteúdo a situações jurídicas patrimoniais e existenciais.

Este capítulo parte dessa complexidade da existência de guarda que se projeta sobre pessoa – no caso, a criança – para definir um conteúdo que atenda à doutrina da proteção integral, ao princípio do melhor interesse e à parentalidade responsável.

#### 2.1. O significado de guarda: como o tema se apresenta no direito de família

Existem dois grupos de temas em que o Código Civil usa a expressão guarda. De um lado, em dispositivos pertinentes a contratos e a direitos reais sobre coisas alheias<sup>165</sup>. De outro

---

<sup>163</sup> No dicionário eletrônico Houaiss, encontramos as seguintes definições: “1. ação ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, guardamento; 2. ação de ser depositário de um bem, responsabilizando-se pela sua inteireza, cuidado, proteção; custódia; 3. grupo cujo serviço é o de vigiar e velar pela segurança de um lugar ou alguém; serviço de proteção e vigilância feito por um corpo de tropa ou por uma sentinela; 4. (fig.) algo que oferece amparo ou acolhimento; proteção, abrigo; benevolência; 5. vigilância sobre pessoa retida para impedi-la de evadir-se; 6. ação de preservar valores intelectuais ou morais; 7. vara comprida com rebentos que, após a poda, se deixa na videira; 8. (desp.) em boxe ou em esgrima, maneira de postar o corpo e posicionar os braços ou a arma de modo a aparar os golpes do adversário; 9. (enc.) cada uma das folhas (brancas, de cor ou estampadas) us. Para reforço e acabamento da encadernação, e que são coladas unindo a capa ao miolo, no início e no fim do volume; folha de guarda; 9.1. (enc.) a parte da folha assim dobrada que fica colada a um dos lados internos da capa; 10. (jur.) obrigação que possuem certas pessoas de zelar pela conservação de bens que lhe são confiados.” Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Acesso em: 28.out.2019

<sup>164</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>165</sup> São os seguintes dispositivos: artigos 422 e 765 atribuindo o dever de observância do princípio da boa-fé objetiva aos contratantes, sendo o último específico do contrato de seguro; artigos 497, 580 e 588 que atribuem regime especial aos bens de pessoas sujeitas a curatela, tutela ou administração de patrimônio alheio; artigos 627 a 646 no contrato de depósito; artigo 751 com a determinação de aplicação das regras do contrato de depósito às coisas depositadas ou guardadas em razão de contrato de transporte; artigo 1.194 e o dever de guarda da

lado, no direito de família, como um dos deveres inerentes às responsabilidades parentais. O primeiro grupo tem uma lógica patrimonialista e apresenta conteúdo econômico, enquanto o segundo é pautado por situações existenciais onde há os interesses de uma criança. Apesar de estarmos diante de polos temáticos diferentes, o Código Civil usa a posse e vigilância como cerne da guarda em todas essas situações, mesmo nas situações inerentes ao direito de família<sup>166</sup>.

O contrato de depósito oferece a melhor oportunidade para se entender a estrutura da guarda no Código Civil, que é elemento essencial desse negócio jurídico<sup>167</sup>.

O dever de guarda no contrato de depósito impõe ao depositário a custódia do bem objeto do contrato, isto é, a sua retenção e posse, além dos deveres de vigilância e conservação<sup>168</sup>, produzindo-se esses efeitos a partir da entrega da coisa, pois se trata de contrato de natureza real<sup>169</sup>. Em resenha sobre o livro de Florencio Ozcáriz Marco, María Dolores Mesquita García-Garnero ratifica que a guarda é a causa do contrato de depósito e impõe o dever de custódia da coisa pelo depositário, bem como a obrigação em conservar a coisa que está em sua posse<sup>170</sup>.

escrituração pelo empresário; artigo 1.348 e o dever de guarda do síndico em relação às partes comuns do condomínio; artigos 1.431 e 1.489 com o dever de guarda no penhor e na hipoteca.

<sup>166</sup> São os seguintes dispositivos: artigos 1.566, 1.583 a 1.590, 1.612, 1.634 e 1.724 com a atribuição da guarda aos pais; e artigos 1.805 e 1.819 e a atribuição da guarda ao administrador provisório e ao curador de bens no âmbito sucessório; artigo 1.890 com a guarda do testamento marítimo pelo comandante da embarcação; e, artigo 2.021 com a guarda de bens a serem objeto de sobrepartilha no inventário.

<sup>167</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 366, v. II.

<sup>168</sup> “Obrigações do depositário: 1) A custódia da coisa, ou a sua guarda e conservação, com o cuidado e diligência que costuma ter com o que é seu – *diligentiam suam quam suis* – não lhe servindo de escusativa o desleixo habitual. É este o dever principal do depositário, e tão característico deste negócio jurídico que se considera a obrigação típica deste contrato, e tão relevante que se erige em seu elemento técnico distinguindo-o de outros, como a locação e o comodato, em que aparece a entrega da coisa, justificada por outra finalidade.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 23ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2019. E-book)

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> “En la segunda parte de la obra se estudia la guarda elevándola a la categoría de causa, como genuina y principal obligación del depositario, en sí misma considerada y no como simple quehacer accesorio de la obligación de restituir. Se pone el acento en que el contenido esencial del contrato, aquello que el depositario ofrece como prestación al poseedor de una cosa mueble, es la guarda. Se desarrolla de un modo totalmente innovador el hecho de la posesión del depositario, realizando un minucioso examen de todas las prohibiciones que se le imponen, en especial las derivadas de la necesidad de no usar nunca en propio beneficio la cosa depositada, pero razonándose la permisibilidad de un uso de la cosa que estuviera restringido al interés del depositante. Se observa que nace el depósito cuando un poseedor, que puede o no ser propietario, se ve en la necesidad o conveniencia de cesar temporalmente en la posesión de un bien, interesándole que otro lo posea para él y sin renunciar a su derecho de seguir poseyendo en el futuro. Por la obligación de guarda otro cuidará del bien para que continúe en su ser conforme a la propia naturaleza de la cosa y de tal modo que no cese el depositario en la posesión, para que se pueda así consumir el contrato al producirse, finalmente, la restitución. Se insiste así en el análisis de la obligación de guarda, esta vez en su doble vertiente de obligación de custodia y como obligación de conservación. En su primera faceta se trata de que la cosa no se pierda y no sea sustraída, y en la segunda, la conservación, se abre paso a una amplia gama de actividades, incluida la administración en algunos casos, que conformarán la obligación de guarda en aquellas ocasiones en que la voluntad del depositante

No âmbito do direito de família, a associação entre guarda e custódia física está presente no artigo 1.612, com a seguinte redação: “o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem atender aos interesses do menor”. Anderson Schreiber *et alii* argumentam que esse artigo é resquício do “odioso tratamento” dos filhos havidos fora do casamento no Código Civil de 1916, cuja utilidade é possibilitar uma interpretação do artigo 1.611 conforme a Constituição<sup>171</sup>. Arnaldo Rizzardo considera o artigo inútil, porque “ocorrido o reconhecimento, a guarda resolve-se ou decide-se dentro das mesmas regras estatuídas para os filhos menores em geral” e observado o melhor interesse da criança<sup>172</sup>.

O artigo 1.632 do Código Civil<sup>173</sup> igualmente expressa a ideia de guarda como custódia física ao assegurar aos pais não conviventes o direito de “terem em sua companhia”

---

lo establezca, la propia naturaleza del objeto depositado así lo exija, o lo impongan los usos sociales. Se estructura sobre estas bases la obligación de guarda como una obligación dinámica, activa, de contenido amplio y elástico, frente a la concepción clásica que ve la guarda como un mero tener pasivamente la cosa hasta que el depositante la reclame, y que no excluye la utilización del objeto por el depositario si su uso redunde en interés del depositante y no en provecho del depositario.” (GARCÍA-GRANERO, Mezquita and María Dolores. “El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda: reseña.” (1997). *Revista Jurídica de Navarra*. Enero-junio. nº 23, pp. 496-498, 1997)

Tradução livre:

Na segunda parte da obra se estuda a guarda elevando-a à categoria de causa, como genuína e principal obrigação do depositário, em si mesma considerada e não como simples acessório da obrigação de restituir. Se frisa que o conteúdo essencial do contrato, aquele que o depositário oferece como prestação ao possuidor de uma coisa móvel, é a guarda. É desenvolvido de um modo totalmente inovador o direito de posse do depositário, realizando um minucioso exame de todas as proibições que são impostas a ele, em especial as derivadas da necessidade de nunca usar a coisa depositada em benefício próprio, mas admitindo a possibilidade de um uso da coisa restrita ao interesse do depositante. Observa-se que o depósito nasce quando o possuidor, que pode ou não ser proprietário, vê a necessidade ou conveniência de suspender temporariamente a posse de um bem, interessando-o que outro o possua em seu lugar e sem renunciar ao seu direito de tornar a possuí-la no futuro. Pela obrigação de guarda, outra pessoa cuidará do bem para que permaneça em conformidade com a natureza da coisa e de modo que não impeça a posse do depositário, para que se possa consumir o contrato e produzir-se, ao final, a restituição.

Prossegue, assim, na análise da obrigação de guarda sob dupla vertente: como obrigação de custódia e como obrigação de conservação. Em sua primeira faceta, exige que a coisa não seja perdida ou subtraída, e, na segunda, a conservação, que se abre em uma gama de atividades, inclusive a administração, em alguns casos, a depender da vontade do depositante, da natureza do objeto do contrato de depósito ou por imposição dos costumes sociais. A obrigação de guarda se estrutura sobre essas bases dinâmicas, ativas, de conteúdo amplo e flexível, diante da concepção clássica que entende a guarda como um simples possuir passivamente a coisa até que o depositante a reclame, e que não exclui a obrigação de utilização do objeto pelo depositário se o seu uso redunde em interesse do depositante e não em proveito do depositário.

<sup>171</sup> “Todavia, na realidade vigente, o preceito parece ter certa utilidade, para salvar o conteúdo do seu antecessor. Assim, prescreve a norma que o filho reconhecido, enquanto menor, ficará ele sob a guarda de quem melhor atender aos interesses do menor. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é cristalino nesse comando legal, devendo prevalecer no caso concreto.” (TARTUCE, Flávio. Comentários ao artigo 1.612. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book)

<sup>172</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

<sup>173</sup> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

os filhos, sendo reforçado pelo artigo 1.589<sup>174</sup> nesse mesmo tema; ao pai ao qual não for atribuída a guarda, é assegurado o direito de convivência<sup>175</sup>.

Por fim, o artigo o artigo 1.616 também autoriza que se reconheça a ideia de guarda como custódia, ao permitir que o filho “se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade” em caso de procedência de reconhecimento de filiação<sup>176</sup>.

Todos os artigos citados têm correspondência a artigos do Código Civil de 1916<sup>177</sup>, salvo o artigo 1.589, que deriva do artigo 15 da Lei n. 6.515/1977<sup>178</sup>, comprovando que a guarda está associada à custódia no ordenamento jurídico brasileiro há longo tempo. Nesse sentido, Estevam de Almeida:

244 – b) Tel-os em sua companhia e guarda. Lafayette escreveu: “Tel-os em sua companhia e sob sua guarda e sujeição...” A ideia indicada por este vocábulo está implícita nos precedentes.

O direito-dever de ter os filhos em sua companhia e guarda, o que quer dizer a faculdade de tel-os em sua casa ou onde mais lhe apraz, proibir estas e conceder aquelas diversões, dirigir as horas de trabalho, etc., está em relação com a parte precedente “criar e educar”. O pae fixa o domicílio dos filhos, deve estar sempre na possibilidade de conserval-os a seu lado, precisamente para poder prestar melhor a assistência e direção, ministrar a instrução e educação que a lei, de acordo com a natureza, lhe prescreve.

A faculdade de ter o filho em sua companhia quer dizer que não pode deixar este o lar paterno, a não ser com annuência ou por determinação do pae. Sem duvida pode o pae mandar os filhos para fora do lar, a bem de sua instrução e educação, mas então continuam em sua companhia e sob sua guarda, é de dizer-se, porque está a mercê da vontade do pae retiral-os de onde estão e trazel-os para junto de si.<sup>179</sup>

A opção doutrinária e legal de utilização da palavra guarda em situações jurídicas existenciais pode se encontrar na organização do direito civil direcionada à tutela da liberdade para a atividade econômica e da liberdade na formação do direito civil<sup>180</sup> e à falta de institutos jurídicos específicos para situações existenciais. Contudo, o uso do termo guarda no Código Civil de 2002 apresenta outro significado em decorrência do processo da constitucionalização

<sup>174</sup> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

<sup>175</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 172-177, v. IV.

<sup>176</sup> Havia, ainda, o artigo 1.634, II, do Código Civil, mas ele teve sua redação alterada pela Lei n. 13.058/2014.

<sup>177</sup> Respectivamente à ordem apresentada no texto, artigos 359, 381 e 366 do Código Civil de 1916.

<sup>178</sup> Art 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

<sup>179</sup> LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*: direito de família: arts. 330 – 484 pelo Dr. Estevam de Almeida. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, p. 253-254.

<sup>180</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 4-5.

do direito civil e sua funcionalização em direção à dignidade da pessoa humana<sup>181</sup>. O artigo 1.634, II, conjugado com o artigo 1.583, § 1º<sup>182</sup>, por sua vez, associa guarda à responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres por ambos os pais em favor dos interesses dos filhos.

Por um lado, a guarda, enquanto custódia física, é a negação da criança como sujeito de direito e pessoa, pois transforma-a em objeto do direito; de outro, a mesma, como prevista no artigo 1.634, II, conjugado com o artigo 1.583, § 1º, confunde-se com as responsabilidades parentais, tal como foram apresentadas no capítulo anterior. A guarda como posse não é merecedora de tutela porque confronta os valores constitucionais da dignidade e da proteção integral e, como responsabilidade, ela deixa de ter função específica, para se confundir com as responsabilidades parentais.

Essas contradições e dificuldades, contudo, ficam mais visíveis quando se analisa a guarda exercida por pais que não convivem entre si, pois ocorre um tensionamento entre as opções de guarda como posse ou como responsabilidade.

## 2.2. As formas de exercício da guarda

Para melhor compreender a previsão legal sobre as formas de exercício da guarda, revela-se importante analisá-la em conjunto com entidades familiares, e particularmente com

---

<sup>181</sup> “A promulgação de um novo Código Civil – Lei n. 10.406/2002 – buscava exatamente remediar esta disparidade entre, de um lado, um diploma legislativo patrimonialista, individualista e voluntarista e, de outro lado, a lógica solidarista e personalista da Constituição. Todavia, não foi bem sucedido nesta tarefa. Embora o Código de 2002 tenha mencionado os direitos da personalidade, positivado a boa-fé e a função social do contrato e incluído uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, as suas conquistas estão aquém dos entendimentos já manifestados pela jurisprudência e são obscurecidas, pela inclusão de novidades desastrosas, pela permanência, no geral, da lógica tradicional, pela manutenção de dispositivos obsoletos e, ainda, pela consagração de alguns retrocessos.

É neste ambiente que se torna necessário persistir na leitura do Código à luz da Constituição, de maneira a ampliar, cada vez mais, o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito à pessoa humana, única em as dignidade mais necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta sendo talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista que, nisto se confia, um dia venha a ter alcance universal, consagrando a este princípio plena e absoluta eficácia.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 2010, p. 50)

<sup>182</sup> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do [art. 1.584](#); [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

(...)

Art. 1.583. (...)

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua ([art. 1.584, § 5º](#)) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. [\(Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008\)](#).

o casamento e sua dissolução. São temas que possuem uma interconexão e que, em conjunto, permitem uma compreensão mais adequada aos objetivos da presente tese. Destacam-se em especial, nesta análise, dois fatores: a importância do casamento e a crise que a sua dissolução representa no direito de família.

A centralidade do casamento na formação da família tem raízes na formação da sociedade brasileira no final do século XIX e início do século XX, com traços característicos de patriarcalismo, hierarquização e transpessoalidade, e que inspiraram o Código Civil de 1916<sup>183</sup>. Além disso, deve-se também considerar a influência do direito canônico na elaboração das normas de direito de família, marcando-as com a ética religiosa<sup>184</sup>. Tanto que as constituições brasileiras até 1977, salvo a de 1891, tinham artigos declarando que o casamento era indissolúvel.

---

<sup>183</sup> “Não se pode olvidar que, em fins do século XIX e início do século XX ainda se está diante de uma elite rural. Nada obstante isso, se a elite brasileira colonial que sobrevive até meados do século XIX tem sua atividade econômica fundada no regime de *plantation* da cana de açúcar, a elite do final do século XIX e início do século XX se baseia no mesmo regime, com o cultivo, entretanto, do café.

Trata-se, porém, de uma elite agrária. Não a mesma elite, é certo: desloca-se para o Sudeste o centro do poder. Mas é uma elite que tem por base uma mesma atividade econômica, voltada para os mesmos objetivos e que ocupa um mesmo lugar de poder.

Se é certo que a mão-de-obra escrava perde sua relevância até ser abolida, é fato evidente que foi substituída pela do trabalhador livre, sobretudo o imigrante. Mudam o regime de mão-de-obra e as culturas preferenciais, mas não mudam os objetivos econômicos da atividade agrícola nem, tampouco, o relevo político dos grandes senhores. Essa relativa estabilidade se reflete nas formações familiares que atendem à necessidade de manutenção desse regime.

Os laços de dependência e clientelismo herdados da grande família patriarcal se colocam como meio de manutenção de poder político nessa sociedade agrária, que permanece econômica e politicamente predominante no início do século XX, a despeito da crescente urbanização. Bem se vê que as necessidades de manutenção institucional da família, com a rigidez dos papéis visando precisamente à consolidação de um grupo social estável e hierarquizado, no qual o amor conjugal é de sobras, pouco espaço resta para a emergência de uma simultaneidade familiar como traço relevante. A identificação de funções com papéis se coloca como o cimento que assegura unidade ao corpo monolítico familiar.

Patriarcalismo, hierarquização, transpessoalidade: são caracteres que, no terceiro momento desse exame histórico, irão se apresentar no marco legislativo que vem a lume em 1916, traçando, com os olhos voltados para o século XIX, um modelo jurídico para a família brasileira.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. 2003. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003, p. 85-92)

<sup>184</sup> “No caso do direito brasileiro, país eminentemente católico, apesar da laicização do direito matrimonial, imposta pela República, a autoridade do direito canônico é perceptível em quase todos os institutos do Direito de Família. Basta, para tanto, considerar o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial – estabelecido pelo Decreto Tametsi – mantido no Brasil até 1977 ou o sistema seguido pelo Código Civil Brasileiro quando dispôs sobre os impedimentos matrimoniais, a exemplo de outras legislações sobre o casamento, seguindo a orientação nitidamente canônica de mencionar as condições de invalidade do matrimônio, em vez de enumerar as que devem ser preenchidas para garantir sua validade e licitude.

Na celebração do casamento, em seus efeitos (casamento nulo e anulável, putatividade, nuncupatividade, etc.) e mesmo na dissolução, o direito canônico se revela presente, até aos observadores menos ciosos da indagação histórica. Assim, toda e qualquer tentativa de estudar o direito de família, como direito normativo, como ordenamento formando um todo de princípios coerentes entre si, obedecendo a uma forma lógica e dogmática, desvinculada da realidade social e dos elementos que plasmaram esta realidade, é uma tentativa frustrada porque o direito é, ao mesmo tempo, elemento condicionante e condicionado pelo meio social.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 255, vol. I)

Até 1977, a indissolubilidade do vínculo conjugal era a regra e o direito admitia apenas a dissolução da sociedade conjugal via desquite<sup>185</sup>, que, por sua vez, poderia ser amigável ou litigioso. Ainda assim, a relevância ética do casamento impunha limites ao exercício do direito ao desquite, permitindo-o somente em algumas situações: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono do lar conjugal por mais de dois anos seguidos, ou por acordo, quando precedido de separação de fato por mais de dois anos<sup>186</sup>.

Em hipótese de desquite, era necessário estabelecer normas para sua efetivação, mas também que regulassem as situações entre os cônjuges, como nome, partilha dos bens comuns, alimentos e guarda dos filhos<sup>187</sup>. No caso de desquite consensual, deveria ser

<sup>185</sup> “Cód. Civ., art. 315, III: “A sociedade conjugal termina: III. Pelo desquite amigável ou judicial.” A palavra desquite penetrou em nossa lei para designar a separação de corpos, com o projeto adotado pela Comissão especial da Câmara dos Deputados em 18 de janeiro de 1902, art. 323, III (V. Trabalhos da Câmara, vol. 8º, pág. 93). É indiscutível o cunho vernáculo da palavra para exprimir a separação judicial de marido e mulher. V. Domingos Vieira, Morais, Caldas Aulete, Lello, Laudelino Freire. Caldas Aulete diz: “Separação legal entre marido e mulher.” Lello: “Separação judicial de marido e mulher.” V. também Cons. Cândido de Oliveira – Do direito de família, vol. 5º do Manual do Cód. Civ. Brasileiro, 1918, pág. 441. O direito anterior, embora não admitindo a dissolução do vínculo, empregava a palavra divórcio. Antes de ser separada a Igreja do Estado, com a introdução do regime republicano entre nós, as causas de dissolução de sociedade conjugal eram, como expõe Lafayette: “1º - Pela morte dum dos cônjuges; 2º - Pela entrada dum deles em religião aprovada, ou pelo recebimento de ordens sacras maiores, precedendo em ambos os casos o consentimento do outro cônjuge; 3º - Pela sentença de nulidade que declara o casamento putativo; 4º - Pela sentença de divórcio perpétuo. O vínculo conjugal é perpetuamente indissolúvel e só se rompe pela morte dum dos cônjuges” (Direitos de família, 1889, pág. 53). Carlos de Carvalho redigiu o art. 1.447 de sua Nova Consolidação de acordo com o Decreto n. 181, então em vigor: “O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos cônjuges e faz cessar o regime dos bens, como se o casamento fosse dissolvido” (art. 1.447). Como veremos a seguir, os vários sistemas legislativos que consideram o casamento indissolúvel, admitem a separação de corpos, ora usando esta expressão, ora a palavra divórcio no mesmo sentido, isto é, sem dissolução do vínculo, como veremos a seguir. O vocábulo desquite é empregado somente no direito brasileiro; mas a separação de corpos e o divórcio sem rompimento do vínculo do direito estrangeiro são institutos que lhe correspondem, como sempre reconheceu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É injusta a crítica de um dos nossos conceituados juristas – que “durante algum tempo o Supremo Tribunal Federal, que foi sempre fraco e confuso em matéria de direito internacional privado, acolheu a negativa aos desquites de estrangeiros...” V. contra semelhante apreciação – Eduardo Espíndola e Eduardo Espíndola Filho – Tratado, vol. 8º B, 1943, págs. 987 e segs.; A Lei de Introdução, vol. 2º, 1944, págs. 335 e segs.” (ESPÍNDOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 475, nota de rodapé 6)

<sup>186</sup> Art. 315. A sociedade conjugal termina:

I – Pela morte de um dos cônjuges.

II – Pela nulidade ou anulação do casamento.

III – Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

Art. 316. A ação de desquite será ordinária e somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se, porém, o cônjuge foi incapaz de exercê-la, poderá ser representado por qualquer ascendente, ou irmão.

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I – Adultério.

II – Tentativa de Morte.

III – Sevícia, ou injúria grave.

IV – Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Art. 318. Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

<sup>187</sup> Considerando os objetivos desta tese, será abordado apenas a regulamentação da guarda dos filhos.

observado o acordo entre os cônjuges<sup>188</sup>, mas, em função do bem-estar dos filhos, poderia haver alteração pelo Poder Judiciário<sup>189</sup>. Se o desquite fosse não consensual, a redação originária do Código Civil estabelecia regras subsidiárias: os filhos deveriam ter a guarda atribuída ao cônjuge inocente<sup>190</sup>, ou, se ambos fossem considerados culpados, isto é, causadores da dissolução da sociedade conjugal, a mãe conservaria a guarda das filhas menores de idade e dos filhos até que estes fizessem seis anos de idade, quando então passariam à guarda paterna<sup>191</sup>. Essa previsão do desquite não consensual foi alterada pela Lei n. 4.121/1962, que manteve a primeira regra de favorecimento ao cônjuge inocente, mas, como regra subsidiária, atribuiu a preferência da guarda dos filhos à mãe<sup>192</sup>.

Em junho de 1977, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 09, que alterou o artigo 175, § 1º, da Emenda Constitucional n. 01/1969 e autorizou a dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio, desde que antecedido de separação judicial por mais de três anos. Ainda

---

<sup>188</sup> Art. 325 do Código Civil de 1916:

“Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos.”

<sup>189</sup> Art. 327 do Código Civil de 1916:

“Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.”

<sup>190</sup> “Em regra, ao proferir a sua sentença o juiz declara qual seja o cônjuge inocente, si houver. A este cabe a guarda dos filhos, devendo o juiz, na mesma sentença, mandar que eles fiquem em sua companhia e guarda. O que se explica, porque se o cônjuge fôr declarado inocente é precisamente porque se portou dignamente na constância da sociedade conjugal e pelos seus precedentes honrados, que o recomendam, faz jús a que a lei lhe dê preferência para ter consigo os filhos. A lei parte do pressuposto de que o mau marido não pôde ser um bom pae.” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 296, v. V)

<sup>191</sup> Art. 326 do Código Civil de 1916, redação original:

“Art. 326. Sendo do desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º. Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º. Os filhos maiores de seus anos serão entregues à guarda do pai.”

Em sentido diferente, propondo a observância dos interesses dos filhos:

“Não havendo direito à guarda dos filhos, da parte dos cônjuges, porque todos eles, como culpados, se revelaram sem títulos Moraes que o recomendem, a lei encara apenas o interesse dos filhos, procurando satisfazer aquillo que a natureza está a exigir.” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 296, v. V)

<sup>192</sup> Art. 326 do Código Civil de 1916, com redação conferida pela Lei n. 4.121/1962:

“Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para êles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.”

De acordo com Antônio Chaves, “a própria diferenciação sexual, com as suas correspondências no coração e no cérebro, assegura a cada um dos genitores uma função específica na educação e na administração dos bens dos filhos, e a ambos em harmonia o estabelecimento das grandes linhas a seguir. Fiscalizam-se e completam-se.” (CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 235, v. III)

naquele ano foi publicada a Lei n. 6.515 regulamentando “os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos”. Os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916, que regulavam o desquite, foram revogados, e o instituto foi substituído pela separação judicial como causa de dissolução da sociedade conjugal. Apesar do diferente nome, a lógica foi mantida: as anteriores causas de desquite foram reunidas sob o título “conduta desonrosa e violação dos deveres do casamento” como fundamento da separação e manteve-se o período de dois anos de separação de fato para a separação judicial amigável<sup>193</sup>. A principal diferença foi a inclusão da permissão de separação judicial quando o outro cônjuge estivesse acometido de grave doença mental sem prognóstico de recuperação, por mais de cinco anos, e que tornasse a vida em comum impossível<sup>194</sup>.

O divórcio foi finalmente estabelecido como hipótese de dissolução do vínculo conjugal, via conversão da separação judicial dos cônjuges, após três anos contados da data em que esta foi concedida em definitivo, ou da medida cautelar de separação de corpos<sup>195</sup>, e desde que também estivesse decidida a partilha dos bens<sup>196</sup>.

A Lei n. 6.515/1977 manteve a mesma sistemática vigente em relação à guarda, apenas alterando a palavra “desquite” por “separação”. Assim, na separação consensual observa-se o acordo entre cônjuges, enquanto na separação não consensual, a guarda será atribuída ao inocente e, se ambos forem culpados, a mesma caberá à mãe<sup>197</sup>. Não havia previsão normativa sobre guarda no divórcio, pois ele dependeria sempre da judicialização da separação, e, naquele momento, ela seria discutida. Ao divórcio, caberiam apenas debates sobre o tempo mínimo de separação e possível descumprimento das obrigações assumidas na mesma<sup>198</sup>.

---

<sup>193</sup> Art 4º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

<sup>194</sup> Art. 5º. (...)

2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

<sup>195</sup> Artigo 25, redação original da lei:

“Art 25 - A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.”

<sup>196</sup> Art 31 - Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens.

<sup>197</sup> Artigos 9º a 16 da Lei n. 6.515/1977.

<sup>198</sup> Art 36 - Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção.

Parágrafo único - A contestação só pode fundar-se em:

I - falta de decurso do prazo de 3 (três) anos de separação judicial;

II - descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

Com a Constituição da República de 1988, o prazo para conversão da separação em divórcio foi reduzido para um ano e admitiu-se o divórcio direto precedido de separação de fato por prazo superior a dois anos<sup>199</sup>. A Lei n. 6.515/1977 foi em parte recepcionada pela Constituição, mas reinterpretada de acordo com o texto constitucional. Uma das consequências foi a retirada da preferência materna na guarda, em atenção ao princípio da igualdade<sup>200</sup>.

Em 2002 foi aprovado um novo Código Civil, com vigência a partir de janeiro de 2003, revogando-se, portanto, o Código Civil de 1916 e a Lei n. 6.515/1977. O Código Civil manteve a distinção entre separação judicial e divórcio, mas os prazos para a separação foram reduzidos: possibilidade de separação judicial consensual com um ano de vida em comum, separação judicial por separação de fato após um ano e separação judicial do cônjuge enfermo quando a doença fosse de cura improvável e durasse mais de dois anos. Os instrumentos de dissolução do casamento mantiveram-se estáveis até 2010, quando foi promulgada a Emenda Constitucional n. 66, que eliminou todos os requisitos temporais para a obtenção do divórcio.

Sobre guarda, o Código Civil de 2002 deu cumprimento ao princípio do melhor interesse e determinou que se observasse o acordo entre os pais ou, na falta de acordo, que ela fosse atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la<sup>201</sup>.

Em relação a filhos de pais não conviventes entre si, os Códigos Civis de 1916 e 2002 determinavam a guarda ao pai que houvesse reconhecido. Mas, havendo o reconhecimento por ambos os pais, o Código Civil de 1916 determinava que o filho ficaria sob a guarda

---

<sup>199</sup> Artigo 226, § 6º, redação original e Lei n. 8.408/1992.

<sup>200</sup> “DIREITO CIVIL. PATRIO PODER. GUARDA. PERMUTA DE IMOVEIS MEDIANTE ALVARA. NÃO AUDIENCIA DO PAI SEPARADO. ANULAÇÃO DO ATO JURIDICO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - NÃO TENDO O PAI, JUDICIALMENTE SEPARADO, SIDO OUVIDO QUANTO A CONVENIENCIA DA PERMUTA ENVOLVENDO IMOVEIS DE SEUS FILHOS MENORES, MESMO ESTANDO ESTES SOB A GUARDA DA MÃE, VICIADO SE APRESENTA O ATO JURIDICO, PRATICADO EM OFENSA AO INSTITUTO DO PATRIO PODER.

II - A LEGISLAÇÃO QUE REGE O PATRIO PODER RECEBEU CONSIDERAVEIS ALTERAÇÕES EM FACE DO 'ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE' E, ESPECIALMENTE, DO PRINCIPIO DA IGUALDADE JURIDICA DOS CONJUGES, AGASALHADO NA CONSTITUIÇÃO VIGENTE.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 7.659, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 20.mai.1991, p. 6536)

SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA DO FILHO. MULHER CULPADA. ART. 10 DA LEI 5.515/77.

A MULHER CULPADA PELA SEPARAÇÃO DO CASAL PODE FICAR COM A GUARDA DO FILHO MENOR, SE ASSIM FOR JULGADO MAIS CONVENIENTE AOS INTERESSES DA CRIANÇA, QUE E O VALOR FUNDAMENTAL A PRESERVAR (ART. 13).

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 9.389, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 10.out.1994, p. 27174)

<sup>201</sup> Artigo 1.584, Código Civil de 2002, redação original:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

paterna<sup>202</sup>. Esses artigos não foram recepcionados pela Constituição da República de 1988, por atentarem contra o melhor interesse da criança, sendo sucedidos pelos artigos 1.612 e 1.633 do Código Civil de 2002 que preveem que a guarda seja atribuída a quem revelar melhor condições de exercê-la se houver o duplo reconhecimento<sup>203</sup>.

Essas normas de regulamentação da guarda mantiveram-se até 2008, quando o Código Civil foi alterado para prever essa modalidade de exercício da guarda.

De acordo com Rolf Madaleno, o movimento favorável à guarda compartilhada teve início em 2005 na associação britânica *Fathers 4 Justice*, expandindo-se a vários países europeus, e significa a corresponsabilidade parental sobre os filhos, não podendo ser confundida com a guarda alternada, que representaria apenas a divisão da convivência dos filhos no tempo de estadia<sup>204</sup>.

Em verdade, o debate sobre guarda compartilhada no Reino Unido é bem mais antigo e remonta ao julgamento *Clissold v. Clissold* em 1964, em que a Corte atribuiu a custódia física a um dos ex-cônjuges e o cuidado e controle ao outro<sup>205</sup>. De acordo com Eduardo Oliveira Leite, esse julgamento demarca o início de uma tendência judicial favorável ao compartilhamento de guarda e que se desenvolve nos anos seguintes.

Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz Ormond, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.<sup>206</sup>

A experiência britânica influenciou o direito americano e também o francês, o canadense e o português, que passaram a admitir a guarda compartilhada em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos<sup>207</sup>, tanto que é equivocado afirmar que existe apenas um modelo de compartilhamento de guarda nos sistemas jurídicos mundiais.

Como antes indicado, o direito brasileiro incorporou a guarda compartilhada no Código Civil em 2008, com a aprovação da Lei n. 11.698, mas segundo Waldyr Grisard

<sup>202</sup> Artigos 360 e 383 do Código Civil de 1916.

<sup>203</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

<sup>204</sup> MADALENO, Rolf. *Alguns apontamentos sobre a guarda compartilhada*. Disponível em <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/alguns-apontamentos-sobre-a-guarda-compartilhada>. Acesso em: 06.jan.2020.

<sup>205</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

<sup>206</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 266.

<sup>207</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit, p. 143-149.

Filho<sup>208</sup>, não havia impedimento na legislação anterior a aplicação desse instituto, apesar de ser “incomum e tímido na jurisprudência, constantemente confundido com a guarda alternada com visitação livre, sob a alegação da falta de previsão legal no ordenamento jurídico”<sup>209</sup>. Com a publicação da referida lei, foi alterado o artigo 1.583 do Código Civil de 2002, que passou a prever a guarda unilateral, já conhecida no ordenamento, como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, e a guarda compartilhada, definida como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

De acordo com Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, na definição de guarda compartilhada encontram-se os conceitos de guarda jurídica compartilhada e guarda física compartilhada:

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

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

Já a *joint physical custody* é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades, nas quais a criança fica praticamente a metade de seu tempo com cada um deles.<sup>210</sup>

Conclui a autora que a guarda jurídica compartilhada já existia no direito brasileiro antes da lei de 2008<sup>211</sup>, mas a sua previsão legal tem por objetivo privilegiar o direito

<sup>208</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>209</sup> O acórdão mais antigo no Superior Tribunal de Justiça sobre guarda compartilhada é um conflito de competência de 2004, o que comprova a afirmação de Waldyr Grisard Filho de que o debate é anterior à publicação da lei:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. PLURALIDADE DE DOMICÍLIOS. INEXISTÊNCIA. LOCAL ONDE REGULARMENTE EXERCIDA. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA MENOR. LEI N. 8.069/1990, ART. 147. PRECEDENTE.

I. A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo.

II. Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercida regularmente a guarda para dirimir os litígios dela decorrentes (Lei n. 8.069/90, art. 147, I). Precedente.

III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 40.719, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, julgamento em 25.ago. 2004, DJ 06.jun.2005, p. 176)

<sup>210</sup> RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 73.

constitucional à convivência familiar<sup>212</sup>. No mesmo sentido, manifesta-se Waldyr Grisard Filho, para quem a “noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, (...), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais”<sup>213</sup> e, também Conrado Paulino da Rosa que avalia que a guarda compartilhada “busca preservar os laços paterno-filiais em condições de igualdade entre os genitores”<sup>214</sup>.

A Lei n. 13.058, editada em 2014, confirma a opção legal pela adoção da guarda compartilhada, ao incluir no Código Civil a preferência pelo compartilhamento<sup>215</sup>, a divisão igualitária de convivência no exercício da guarda<sup>216</sup> e o direito de supervisão do não guardião na guarda unilateral<sup>217</sup>.

A partir da Constituição da República de 1988, mais evidentemente após a incorporação legislativa da guarda compartilhada, percebe-se uma transição da função da guarda como punição pela dissolução da entidade familiar e/ou solução para o exercício do pátrio poder, para a função da guarda enquanto direito dos filhos à convivência física com os pais. Antes de 1988, e apesar de autores citarem o bem-estar dos filhos, punia-se o cônjuge culpado pela dissolução da sociedade conjugal com a perda da guarda<sup>218</sup>. Ao lado dessa

---

<sup>212</sup> “A guarda compartilhada decorre do direito constitucional à convivência familiar, direito fundamental e constitucionalmente assegurado e previsto no art. 227 da Carta Magna, que consiste no direito de ser criado e educado no âmbito da própria família. Há uma necessidade premente de se buscar uma inter-relação axiológica visando à unidade sistemática e à efetiva realização dos valores estabelecidos na Carta Magna diante do direito infraconstitucional.” (Ibidem, p. 114-115)

<sup>213</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 137.

<sup>214</sup> ROSA, Conrado Paulino. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74.

<sup>215</sup> Artigo 1.584, § 2º, do Código Civil:

“§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)”

<sup>216</sup> Artigo 1.583, § 2º, do Código Civil.:

“§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)”

<sup>217</sup> Artigo 1.584, § 3º, do Código Civil.

<sup>218</sup> Fenômeno semelhante aconteceu na França e é descrito por Jean Carbonnier:

“C’est, en définitive, par le juge que sont répartis les attributs de l’autorité parentale, soit qu’il en décide directement, soit qu’il se contente, dans le divorce sur demande conjointe, d’homologuer la convention des parties.

Un seul critère : l’intérêt de l’enfant (a. 287), dans son ampleur et sa diversité, non seulement son intérêt présent, mais aussi son intérêt futur, évolutif, par conjecture de ce qu’il aura intérêt à être devenu à l’âge adulte (on parle parfois d’intérêt éducatif). Avant 1975, le critère qui figuratif en première ligne dans la loi était différent : la garde des enfants faisait partie du profit du divorce ; les enfants devaient, en principe, être confiés à l’époux innocent. Dans la pratique, cependant, les tribunaux s’étaient affranchis du critère, et ils recherchaient avant tout de quel côté était le plus grand intérêt de l’enfant. Depuis 1987 e 1993, la référence à cet intérêt a acquis une portée plus large : elle ne sert plus seulement à trancher un conflit entre le père et la mère, mas elle détermine aussi un choix entre les différents modèles que la loi propose. Décider de l’intérêt de l’enfant est une (difficile)

característica, temos forte influência patriarcal e machista nas normas jurídicas, com a pressuposição de que o cuidado aos filhos seria melhor assegurado pela mulher, a não ser que ela fosse considerada inepta por motivos prioritariamente morais. A partir de 1988, a exigência de igualdade e o melhor interesse da criança reconfiguram a guarda e a instrumentalizam ao atendimento do interesse dos filhos, situação que também influenciou as responsabilidades parentais. Para a doutrina citada, a guarda compartilhada é expressão das diretrizes constitucionais e busca construir instrumentos que de fato reequilibrem as funções parentais.

Em paralelo à mudança de função, ocorre também uma expansão estrutural da guarda, que até 2008 estava sedimentada na custódia física, e, a partir da incorporação da guarda compartilhada, assume estrutura de compartilhamento jurídico de responsabilidades pelos pais.

O estado atual em que a guarda se coloca atende bem melhor o status jurídico da criança no direito brasileiro, mas permanecem inadequados ou não abordados alguns outros tópicos, como a confusão conceitual entre guarda e responsabilidades parentais e a permanência da custódia física, elemento típico de situações patrimoniais, como elemento central da guarda.

### 2.3. Um debate crítico sobre a guarda

A guarda tem particular importância nos debates sobre dissolução de entidades familiares e nas situações em que os pais não convivem entre si. Há certo esquecimento da guarda enquanto atributo das responsabilidades parentais e a necessidade de se construir os entendimentos sobre o instituto que sejam aplicáveis exista ou não convivência entre os pais.

---

questions de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond." (CARBONNIER, Jean. *Droit civil : 2/la famille*. 16<sup>a</sup> ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1993, p. 279-280)

Tradução livre:

Em última análise, é o juiz que reparte os atributos da autoridade parental, seja por decisão judicial direta ou por homologação do acordo das partes no divórcio consensual.

Apenas um critério: o interesse da criança (a. 287), em sua amplitude e diversidade, não apenas no seu interesse atual, mas também seu interesse futuro, evolutivo, pela consideração de qual será o seu interesse quando se tornar adulto (fala-se às vezes de interesse educacional). Antes de 1975, o critério legal principal era diferente: a custódia dos filhos era, em princípio, confiados ao cônjuge inocente. Na prática, no entanto, os tribunais haviam flexibilizado o critério e buscavam observar em qual lado estava o melhor interesse da criança. desde 1987 e 1993, a referência a esse interesse adquire um escopo mais amplo: não serve mais apenas para resolver um conflito entre os pais, mas também determina uma escolha entre os diferentes modelos que a lei propõe. Decidir sobre o interesse da criança é de fato (difícil), sujeita à apreciação soberana dos julgadores.

Sobre as particularidades do modelo francês, sugere-se: TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 184-189, tomo II.

Enquanto a guarda em caso de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável tem como base a responsabilização conjunta dos pais, a guarda, como atribuição das responsabilidades parentais, ainda se baseia na custódia física, conforme previsto no inciso VIII do artigo 1.634 do Código Civil de 2002, que autoriza os pais a ajuizarem ação judicial para reclamarem os filhos de quem ilegalmente os detenha<sup>219</sup>.

O artigo 1.634, inciso II, do Código Civil, originalmente estabelecia como um dos atributos das responsabilidades parentais o direito dos pais a ter os filhos em sua companhia e guarda. O artigo foi alterado pela Lei n. 13.058/2014, a segunda lei que tratou de guarda compartilhada no país, e substituiu a redação original da norma de modo a estabelecer que os pais têm o direito ao exercício da guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584. Contudo, como já mencionado anteriormente, não se alterou o artigo 1.632, que permanece adstrito a uma concepção de guarda como custódia física, ao prever que divórcio, separação e dissolução de união estável não alteram as responsabilidades parentais, salvo no direito dos pais de terem os filhos em sua companhia.

Uma explicação sobre por que os debates sobre guarda no poder familiar - e como consequência da dissolução da entidade conjugal - tiveram caminhos distintos parece estar na dificuldade de o ordenamento jurídico reconhecer e regular as formas de dissolução ao longo do tempo. Veja-se que, nos Códigos Civis de 1916 e 2002, o instituto da guarda está localizado topograficamente em lugares distintos: guarda como consequência de uma dissolução conjugal sempre esteve regulada no capítulo “Da proteção da pessoa dos filhos” logo após desquite ou divórcio, ao passo que a guarda como imanente às responsabilidades

---

<sup>219</sup> Exemplifica-se essa diferenciação de conceitos a partir do livro de Waldyr Grisard Filho:

“A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger a sua conduta, o de reclamar quem ilegalmente o detenha, o de ficar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e prover ao seu futuro. Uma vez descumpridos estes, sujeita-se o titular relapso a sanções civis e penais por abandono de família. A guarda é da natureza do poder familiar não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica a transferência deste. Como atributo do poder familiar, a guarda dele se separa, não se exaurindo nem se confundindo com ele, podendo uma existir sem o outro.

Essa função decorre do dever constitucional de assistência aos filhos menores, fazer-se presente na vida deles, manter contato e comunicação, o que possibilita o exercício dos deveres de criação e educação, pois só poderão criar – o que implica o dever de assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana – e educar – o que implica a promoção de todos os valores à preparação do menor à cidadania, se os tiverem em sua companhia e guarda.” (GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56)

Compare-se com esse outro trecho:

“A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do Código Civil.” (Ibidem, p. 65)

parentais situa-se, nos códigos, bem mais à frente, em capítulos chamados “Do pátrio poder” ou “Do poder familiar”, após normas sobre filiação e reconhecimento de filhos.

A superação das dificuldades que hoje existem sobre guarda precisa partir da consideração de que o instituto deve adotar uma significação ampla, que abarque a guarda parental e os direitos das crianças, o que atualmente não ocorre.

É importante que a reconstrução conceitual de guarda retire dela a custódia enquanto elemento central. Rememorando as considerações elaboradas no início deste capítulo, sabemos que a guarda no direito de família tem o mesmo significado que aquele no contrato de depósito, ambas simbolizando o dever de retenção da pessoa ou da coisa pelo responsável, acrescido da responsabilidade pela vigilância e conservação do que é o seu objeto.

Contudo, o uso de uma mesma categoria para descrever situações jurídicas patrimoniais e existenciais revela-se inadequado, uma vez que os fundamentos e a regulação jurídica em ambos os casos são distintos.

A guarda no contrato de depósito tem por objeto algo inanimado, com natureza geralmente material, e não autônomo, que pode ser objeto de apropriação pelo direito. É possível, aqui, a perfeita aplicação da categoria de direito subjetivo, sobre a qual se construiu boa parte do ordenamento jurídico, em que uma pessoa tem a expectativa de exigir determinado comportamento de outra. No caso, espera-se que o depositário conserve a coisa, objeto do contrato de depósito, para futura restituição ao depositante.

Por outro lado, a guarda, no direito de família, envolve três partes: os genitores e o filho, uma criança, o que já representa uma configuração diferenciada em relação ao contrato de depósito. Ainda assim, na origem, esperava-se que os pais conservassem os filhos consigo, no que se aproxima da função do depósito. As distinções surgiam no objetivo a ser atingido, que, no direito de família, seria o processo educacional para tornar a criança um adulto. Além disso, uma vez que atingida a maioridade da criança, ela não será entregue a ninguém.

O problema é que essa aproximação conceitual leva a guarda de filhos a um limite muito próximo das situações patrimoniais. Isso significa que crianças, na exata medida em que ostentam a qualificação jurídica de filhos, serão tornadas objeto de direitos e não pessoas titulares de direitos.

Tal proposta revela-se incompatível com a primazia da dignidade da pessoa humana, reconhecida como valor e princípio fundante do ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição da República de 1988<sup>220</sup>. A criança não pode converter-se ou

---

<sup>220</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 57-61.

aproximar-se da ideia de objeto; ela é pessoa e, como tal, titular de situações jurídicas que serão por ela mesma exercidas de acordo com o seu desenvolvimento, tal como determina a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse<sup>221</sup>. Assim, o fundamento da guarda de filhos no direito de família é a dignidade da pessoa humana, o que importa em novas interpretações da guarda, dentre as quais se destaca a efetiva inclusão da criança no debate sobre os cuidados destinados a ela. Sobre esse tema, voltaremos no capítulo seguinte.

O melhor seria a atribuição de nova denominação, que permitisse o abandono da palavra guarda em direção a um instituto de fato remodelado e ressignificado, em atenção à dignidade. No entanto, considerando o enraizamento dessa expressão nas culturas social e jurídica, por ora mantém-se a sua utilização.

Essa remodelação significa também a adoção de um novo conceito, que ainda hoje tem forte apego às figuras parentais. No conceito de Silvana Maria Carbonera, guarda é o “instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades e desenvolvimento de outra que dele necessite”<sup>222</sup>. Guilherme Gonçalves Strenger define guarda como o “poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”<sup>223</sup>. Para Rolf Madaleno, “com relação aos pais, o vocábulo guarda consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole”<sup>224</sup>. Em todas essas definições doutrinárias a posição de destaque é conferida aos pais. Se fossemos atentar aos princípios do melhor interesse e da parentalidade responsável, os conceitos deveriam ser formulados a partir do interesse da criança, ou seja, completamente invertido ao que existe.

Duas considerações finais devem ser feitas. A primeira delas refere-se à dificuldade de adaptação da guarda aos modelos de custódia física e jurídica que exsurtem a partir da incorporação legal da guarda compartilhada.

---

<sup>221</sup> “Com relação à guarda, a própria expressão semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e na formação da personalidade do filho.” (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 177, tomo II)

<sup>222</sup> CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 47.

<sup>223</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. *A guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 32.

<sup>224</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 432.

De acordo com o artigo 1.584, § 1º, do Código Civil de 2002 a guarda compartilhada consiste num modelo de coresponsabilização dos direitos e deveres entre pais que não residem no mesmo local, distribuindo-se entre eles, da forma mais igualitária possível, o tempo de convivência. Segundo Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos a guarda compartilhada importa no dever que competirá a ambos os pais de

(...) dirigir a criação e educação dos filhos, conceder-lhes consentimento para casarem, viajarem ao exterior, mudarem de residência para outro Município, nomearem tutor, representarem ou assistiremos filhos nos atos da vida civil e exigir-lhes obediência, respeito e serviços próprios da idade.<sup>225</sup>

Conrado Paulino da Rosa aborda o tema de modo mais abrangente, destacando que a guarda compartilhada “procura fazer com os pais, apesar da separação pessoal e da sua moradia em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos”<sup>226</sup>. E, por fim, Waldyr Grisard Filho explica que “essa modalidade de guarda [compartilhada] se exterioriza justamente na hipótese em que pai e mãe partilham as atribuições relativas à vida dos filhos (aspectos pessoais e materiais), que, assim, irá conviver na companhia dos dois pais”<sup>227</sup>.

Se fosse buscada a construção do conceito de guarda unilateral a partir da definição de guarda compartilhada se chegaria à conclusão que a unilateral seria o modelo em que o exercício das responsabilidades parentais pertenceria exclusivamente a um dos pais, a quem competiria a guarda, decisões jurídicas, representação, autorizações legais e criação. Mas, essa conclusão é falsa, conforme se observa, de plano, pelo artigo 1.584, § 1º, primeira parte, e sua conjugação com o § 5º do mesmo artigo.

Mais do que isso: a atribuição da guarda unilateral a um dos genitores não suprime nenhuma das responsabilidades inerentes à parentalidade. O artigo 1.584, § 5º, mantém o dever de supervisão quanto à criação e educação; o artigo 1.517 preserva a exigência de autorização de todos os pais, ou representantes legais, para o casamento de pessoas com mais de dezesseis anos de idade; os artigos 1.729 e 1.730 determinam que a nomeação de tutor pertence aos pais, em conjunto, salvo se na data da nomeação não estavam investidos nas responsabilidades parentais; a guarda unilateral não interfere na representação legal por ambos os pais, a teor dos artigos 115 a 120 e 1.634; e as relações pessoais mantidas entre pais

---

<sup>225</sup> RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

<sup>226</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

<sup>227</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209.

e filhos também não são alteradas. Partindo do artigo 1.634 do Código Civil como parâmetro, a única modificação que envolve a guarda unilateral é o direito de convivência, pois até o direito de reclamar a criança de quem ilegalmente a detenha pode ser utilizado pelo pai não guardião, de modo a forçar o respeito à convivência.

Talvez se pudesse pensar que a guarda unilateral teria por finalidade distribuir entre os pais a responsabilidade civil pelos atos ilícitos praticados pelos filhos. No Código Civil de 1916 a matéria constava do artigo 1.521, I<sup>228</sup>, e segundo Orlando Gomes<sup>229</sup>, Silvio Rodrigues<sup>230</sup> e Rui Stoco<sup>231</sup> a guarda exclusiva em favor de um dos pais torna essa pessoa a única responsável pelo ato ilícito praticado pelo filho em sua companhia, quando presente a responsabilidade civil. Essa norma foi transposta para o artigo 932, I, do Código Civil de 2002, mas agora sob a influência da teoria da responsabilidade civil objetiva, conforme artigo 933 do Código Civil<sup>232</sup>, e a tutela prioritária da vítima do dano. A mudança de primazia do causador do dano para a vítima impactou a responsabilidade civil por ato ilícito praticado por pessoa sob poder familiar, de modo que, em regra, é desimportante a custódia física da criança. Os pais respondem pelos atos ilícitos praticados pelos seus filhos, salvo na hipótese em que a guarda é atribuída de forma exclusiva a um dos pais e o ilícito é causado em dia de visita regulamentada. Nesse caso, a responsabilidade pertencerá apenas ao não guardião, de acordo com Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes<sup>233</sup>.

A responsabilidade civil não é o fato determinante de diferenciação da guarda unilateral e compartilhada, uma vez que a regra é a responsabilidade de ambos os pais. Assim, o critério que distingue, de fato, a guarda unilateral da compartilhada parece ser a determinação do local de residência, conforme propõe Adalgisa Wiedemann Chaves:

O que hoje se chama de guarda unilateral é aquela situação em que um genitor detém a guarda (entendido isso como sendo o local onde a prole irá residir), tocando ao outro genitor o encargo de contribuir financeiramente para o sustento (ou seja, a

<sup>228</sup> Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

<sup>229</sup> GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100.

<sup>230</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 65, v. 4.

<sup>231</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês)*. Disponível em [www.jf.jus.br/pages/sen/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco](http://www.jf.jus.br/pages/sen/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco). Acesso em 18.nov.2019.

<sup>232</sup> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

<sup>233</sup> TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.) *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 312-314.

pagar pensão alimentícia) e o direito de visitas (exercício do direito de convívio, consoante acordado).<sup>234</sup>

No mesmo sentido, Denise Damo Comel:

A guarda do filho atribuída ao pai que com ele convive, deve ser entendida no sentido de ter o filho em poder, ou seja, de ter a posse do filho, oponível a terceiros e vinculada aos correlatos deveres de vigilância e ampla assistência, nos moldes do que dispõe o art. 33 e parágrafos, do ECA. Veja-se que o caput do artigo impõe ao guardião a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional, conferindo-lhe também o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (no caso, o outro pai). Ter a guarda, então, significa encarregar-se do cuidado direto do filho, o que, de consequência, vai exigir a convivência com ele.  
(...)

Assim, a guarda, juridicamente determinada, coloca o pai-guardião à frente do outro pai na obrigação de desempenhar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar, em virtude da convivência que estabelece com ele. Este pai se obriga a atender todas as necessidades do filho porque tem concentrado em si mesmo o encargo de exercer o poder familiar. Há o deslocamento do exercício, ensina Orlando Gomes, a um dos ex-cônjuges, permanecendo ambos titulares. E tal é a concentração de função no pai-guardião que é possível concluir que o que se lhe atribui é o exercício, ainda que não de forma exclusiva, mas com relativa autonomia e independência diante do outro pai. Embora isso, a guarda e o exercício não se confundem, como esclareceu García Partos, pois, enquanto a guarda se refere a funções que requerem o contato constante entre o adulto e o filho, o exercício refere-se ao poder de decisão sobre a vida dele.<sup>235</sup>

E ainda, pode-se incluir Marcos Alves da Silva<sup>236</sup> e Euclides de Oliveira<sup>237</sup> como defensores do entendimento de que a guarda unilateral atribuída ao guardião os cuidados exclusivos das crianças e o direito de definir o local de moradia.

<sup>234</sup> CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *A guarda dos filhos na separação*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/455/novosite>. Acesso em: 19.nov.2019.

<sup>235</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 248-249.

<sup>236</sup> “Orlando Gomes vislumbra diferenciação entre guarda material e guarda jurídica. A primeira consistiria em, simplesmente, ter a criança em companhia, vivendo com ela sob o mesmo teto, em exercício de vigilância e posse. A segunda, isto é, a guarda jurídica, implicaria “o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles”. A guarda, no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem a amplitude do que Orlando Gomes chamou de guarda jurídica. A respeito observou Luiz Edson Fachin: “Principiando pela vigilância que encontra no reverso a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, tal como modelada no âmbito do Código Civil brasileiro, a guarda caminha em direção à proteção, sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente na esteira do ECA”. Partindo desta concepção de guarda, parece inequívoco que o seu exercício importa numa sobreposição em relação à quase totalidade dos atributos caracterizadores da autoridade parental propriamente dita.

Nos estritos termos da lei, o conjunto de faculdades que remanesce com o cônjuge ou companheiro que não obtém a guarda dos filhos, após a separação – isto é, o direito de visita, o de ter o filho, esporadicamente, em sua companhia e o de fiscalizar sua manutenção e educação – revela o estreitamento de sua autoridade parental. Além da restrição resultante da lei ocorre, em não poucos casos, que o pai, separando-se da mãe, ausenta-se igualmente dos filhos. Em tais situações, a perda de fato da autoridade parental ainda mais se evidencia.” (SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-64)

<sup>237</sup> “Continua possível a guarda unilateral no sistema atual, que é definida no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, como a guarda atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Sua atribuição decorre de acordo entre o pai e a mãe, submetendo-se à homologação judicial. Se não houver acordo, será definida pelo juiz com a entrega do filho ao genitor que revele melhores condições para o exercício da guarda, como tal se

Os cuidados rotineiros não parecem servir de base para a qualificação da guarda em unilateral ou compartilhada, uma vez que eles são elementos acidentais do instituto e não a sua essência. De outro lado, o poder do guardião em definir o domicílio ou moradia revela-se incompatível com o artigo 76, parágrafo único, do Código Civil, pois a guarda unilateral não afeta a representação legal. Além disso, a vinculação de guarda unilateral ao direito de estabelecer o domicílio é uma proposta desconectada do princípio do melhor interesse e do direito de convivência familiar e comunitária, que direciona a manutenção dos vínculos familiares e comunitários da criança, nos termos do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por essa razão, é adequada a crítica feita por Ana Carolina Brochado Teixeira, segundo a qual “a guarda compartilhada é um modelo importado de outros países, em que o poder familiar finda-se com a separação, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores”<sup>238</sup>, o que não acontece no direito brasileiro, vide artigo 1.632 do Código Civil de 2002, de modo que “sua implementação ocorreu no direito pátrio sem avaliar seu real cabimento”<sup>239</sup>. Sendo assim, o único mérito em se discutir guarda compartilhada e unilateral é propiciar o debate sobre coparticipação parental na vida dos filhos<sup>240</sup>, o que se situa no plano social e não no plano jurídico<sup>241</sup>.

## 2.4. Um novo significado para a guarda

### 2.4.1. O cuidado jurídico

O cuidado é um tema de debate relativamente recente no direito brasileiro, há aproximadamente uma década<sup>242</sup>, que tem sido organizado a partir de três eixos principais, quais sejam, alteridade, afetividade e práxis.

---

compreendendo aquele que propicie a preservação das relações de afeto, amparo à saúde, segurança e educação (dados estes que constavam do texto da Lei 11.698, de 2011 e que vieram a ser revogadas, sem razão plausível, pela Lei n. 13.058, de 2014).” (OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar*. 3ª ed. In: *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 364-365)

<sup>238</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. *Guarda compartilhada* (coord.). São Paulo: Método, 2009, p. 27.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>241</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 164, v. IV.

<sup>242</sup> Utiliza-se como marco teórico do tema o texto “O cuidado como valor jurídico” publicado em 2006 pela Editora Forense por Tânia da Silva Pereira no livro “A Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais”, por sua vez coordenado por Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira.

Tânia da Silva Pereira busca compreender o cuidado a partir da filosofia, com destaque a obras de Lenardo Boff e Martin Heidegger. Para a autora, “o cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano”<sup>243</sup>, enfim, o cuidado é um “modo-de-ser especial”<sup>244</sup>. Isso significa dizer que o cuidado está intimamente ligado à pessoa e a sua dignidade, portanto, constitui uma das justificações dos direitos e garantias fundamentais<sup>245</sup> e que conduzirá à instituição de proteções específicas que obrigam à observância de compromisso e responsabilidade nas situações jurídicas envolvendo crianças e outras pessoas em vulnerabilidade<sup>246</sup>.

Em Heloisa Helena Barboza encontramos um conceito de cuidado vinculado à práxis, isto é, ao cuidado como uma atitude, influenciado pelas áreas de saúde<sup>247</sup>. De acordo com a autora, “o cuidado tem diversos significados, como: aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda, compartilhamento”, mas sobretudo “representa uma maneira de ser e de se relacionar e se caracteriza por envolvimento o qual, por sua vez, inclui responsabilidade”<sup>248</sup>. A autora vai além, sustentando que essa responsabilidade foi triplamente expandida com a Constituição da República de 1988: em primeiro lugar, na doutrina da proteção integral; em segundo lugar, ao incluir a sociedade e o Estado ao lado da família como responsáveis pelo cuidado; e, em terceiro lugar, para ampliar os cuidados em favor de outros grupos em situação de vulnerabilidade, como pessoas com deficiência, consumidores e pessoas idosas<sup>249</sup>.

O terceiro eixo do cuidado o identifica com a afetividade, como podemos observar em Ricardo Calderón. Neste eixo percebe-se uma tentativa de definir melhor parâmetros para avaliação do cuidado, o que o autor propõe que seja feito a partir da dimensão objetiva afetividade<sup>250</sup>. Sob esta ótica, a afetividade é retratada pela “presença de eventos

---

<sup>243</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>247</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 177.

<sup>248</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

<sup>249</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. *Op. cit.*, p. 178-179.

<sup>250</sup> CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 521.

representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva”, verificando-se em manifestações especiais de cuidado, afeição, comunhão de vida, convivência, dentre outros<sup>251</sup>.

Em paralelo às discussões sobre ao significado de cuidado, tem-se um debate sobre a sua natureza jurídica, se configuraria valor jurídico ou dever jurídico. Em defesa da tese de que o cuidado constitui valor jurídico, afirma-se que ele se situa no campo do afeto e que este é um elemento extrajurídico<sup>252</sup>. Contra esse entendimento, sustenta-se que o valor não gera obrigatoriedade de seu cumprimento e que se situa no plano do dever-ser. O cuidado, por conter implícita a ideia de responsabilidade, seria tanto um valor como um dever jurídico, que, nesse sentido, pode ter seu cumprimento forçado pelos instrumentos jurídicos<sup>253</sup>.

Apesar das diferenças entre as concepções de cuidado que foram apresentadas, pode-se afirmar que existem três ideias comuns a elas e que também funcionam como críticas. A primeira consiste na verificação de que todas têm como base uma teoria abstrata e universal de justiça que distingue o ser e o dever-ser e que vai procurar objetivar a noção de cuidado sem revelar preocupação com as múltiplas realidades sociais, coletivas e individuais que encontramos na sociedade. De outro lado, e ainda que se busque uma objetivação do cuidado, tem-se o recurso a expressões típicas de sentimentos, como afeto, preocupação, afeição, que em alguma medida aparecem em todas as caracterizações, e que é exatamente contrário ao padrão normativo que se busca estabelecer. E, além disso, o recurso a expressões que denotam sentimento remete a uma análise de gênero, na medida em que a afeição e o ato de cuidar são classicamente atribuições femininas<sup>254</sup>. Por fim, a forma do debate atribui peso

---

<sup>251</sup> Ibidem, p. 516.

<sup>252</sup> “Preconizando o “cuidado” como valor jurídico, estamos diante da identificação de princípios que extrapolam os limites expressos da legalidade. Em nome do interesse público, desafia-nos a ética da co-responsabilidade, fundada na solidariedade e na cidadania. O “cuidado” também deve informar as relações privadas e institucionais, conduzindo a efetivos compromissos.” (PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 237)

<sup>253</sup> “A noção de dever jurídico está vinculada à de responsabilidade, na medida em que aquele que tem o dever pode ser chamado a cumpri-lo ou a arcar com os efeitos de seu descumprimento, isto é, a sofrer a sanção prevista em lei. Nesses termos, o valor cuidado implica um dever moral e um dever jurídico, implícito na cláusula geral de proteção da pessoa humana, que se espraia por outros dispositivos constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da paternidade responsável. O valor jurídico cuidado, quando considerado em sua dimensão de alteridade, reciprocidade e complementariedade, traduz toda a grande do conteúdo da paternidade responsável e permite explicitar todos os deveres dos pais.” (BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90)

<sup>254</sup> “Una de las principales reticencias que el término puede generar es que “cuidado” incluye, casi necesariamente, un componente afectivo. Aprovechando la vía de la afectividad, las mujeres acaban aceptando trabajos o situaciones que las conducen o las mantienen en la desigualdad. En esta cultura el mundo de la afectividad es femenino, por lo que con este componente emocional el término (y la actividad que lleva aparejada) se feminiza necesariamente y, en tanto que uno de los principales cuidados afectivos sigue siendo el

excessivo às figuras dos cuidadores e de sua responsabilidade, com baixa carga valorativa sobre o ato de cuidar e sem se preocupar que os próprios cuidadores são também pessoas que precisam ter resguardadas as suas dignidades<sup>255</sup>.

Essa tensão apresenta-se num cenário mais amplo, em que se desenvolve um debate sobre uma “ética de justiça” e uma “ética de cuidado”. A ética da justiça adota um ponto de vista imparcial que supõe que todas as pessoas racionais adotarão as mesmas soluções em problemas morais<sup>256</sup>. Os princípios da ética da justiça são universais, abstratos e não incorporam as especificidades da outra pessoa como ser no mundo. Na ética do cuidado, por outro lado, “as subjetividades seriam conformadas em processos nos quais os relacionamentos e as responsabilidades pelas outras pessoas desempenhariam papel central”<sup>257</sup>, de modo que o cuidado exsurge da compreensão da responsabilidade de formar parte de uma rede de relações interdependentes<sup>258</sup>.

A noção de cuidado precisa situar-se entre essas duas éticas. Se por um lado padrões comuns, objetivos, transparentes e claros são essenciais na organização social pelo direito, o

maternal, resulta difícil desfamiliarizar el concepto. El término “cuidado” está tan unido al componente afectivo que la palabra siempre remite a algo “bueno” y así desaparece lo que de negativo pueda tener: sacrificio, desigualdad, carga y responsabilidad.” (MARTÍN, Nuria Belloso. La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 416)

Tradução livre:

Uma das principais relutâncias que o termo pode gerar é que cuidado inclui, quase necessariamente, um componente afetivo. Aproveitando o caminho da afetividade, as mulheres acabam aceitando empregos ou situações que as levam ou as mantêm em desigualdade. Nessa cultura, o mundo da afetividade é feminino; portanto, com esse componente emocional, o termo (e a atividade que ele carrega) é necessariamente feminizado e, embora um dos principais cuidados afetivos ainda seja o materno, é difícil desfamiliarizar o conceito. O termo cuidado está tão ligado ao componente afetivo que a palavra sempre se refere a algo bom e, portanto, desaparece o que pode ser negativo: sacrifício, desigualdade, ônus e responsabilidade.

<sup>255</sup> “Perhaps the most important characteristic of an ethic of care is that within it, moral situations are defined not in terms of rights and responsibilities but in terms of relationships of care. The morally nature person understands the balance between caring for the self and caring for others. The perspective of care requires that conflict be worked out without damage to the continuing relationships. Moral problems can be expresses in terms of accommodating the needs of the self and of others, of balancing competition and cooperation, and of maintaining the social web of relations in which on find oneself.” (TRONTO, Joan C. *Beyond gender difference to a theory of care*. *Signs*, The University of Chigaco Press, Chicago, v. 12, n. 4 p. 658, 1987)

Tradução livre:

Talvez a mais importante característica de uma ética de cuidado é que nela situações morais são definidas não em termos de direitos e responsabilidades, mas sobre atividade de cuidado. A pessoa de natureza moral compreende o equilíbrio entre cuidar de si e cuidar dos outros. problemas morais podem ser expressos de modo a acomodar os cuidados consigo e com os outros, equilibrando competição e cooperação, e mantendo a rede social de relacionamentos em que as pessoas se encontram.

<sup>256</sup> BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 74-75.

<sup>257</sup> Ibidem, 2018, p. 74.

<sup>258</sup> MARTÍN, Nuria Belloso. La proyección del cuidado y de la afectividad en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 414.

instituto tem que ser permeável às individualidades e realidades específicas que possam existir.

Um entendimento que parece atender a esses critérios é apresentado por Ligia Ziggotti de Oliveira. Sem desmerecer considerações sobre reciprocidade ou alteridade, afetividade e responsabilidade<sup>259</sup>, a autora propõe inserir a ambivalência do cuidado no seu conceito, qualificando-o a partir da complexidade procedimental em que ele é exercido e a partir da valoração do contexto onde as pessoas responsáveis e destinatárias do cuidado estão inseridas<sup>260</sup>. Trata-se, assim, de um processo de “cuidar com” e não de “cuidar de”, em que se privilegia o modo de atuação correspondente a uma forma abstrata e generalizada de compromisso<sup>261</sup>.

#### 2.4.2. A releitura da guarda pelo cuidado

---

<sup>259</sup> “O primeiro destaque que se deseja promover a partir de tais considerações consiste em observar que a noção teórica de cuidado, na gramática do direito, tem conduzido ao acionamento recorrente da reciprocidade, da afetividade e da responsabilidade como significativos.

Ao nos atermos a cada um destes elementos, constatamos que a reciprocidade envolve a mutualidade; e neste aspecto se realiza a perspectiva relacional do cuidado. Tal consideração impacta em uma noção individualista de se pensar a ordem jurídica ao destacar a conexão intersubjetiva como um dado a ser levado em conta. Porém, conforme defendemos, estes limites devem ser ainda mais forçados.

De outra banda, a afetividade, ao se afastar progressivamente de dados psicológicos, e, portanto, de afeto, atrela-se, em especial no âmbito das relações parentais, à concepção de responsabilidade. Antônio Carlos Mathias Coltro, Tânia da Silva Pereira e Marília Campos Oliveira e Telles confirmam, inclusive, que a afetividade ideal é destinada ao exercício diário do cuidado. Ricardo Lucas Calderón, igualmente, atenta para a proximidade entre práticas de cuidado e afetividade quando se faz necessária a apreciação pragmática e objetiva da qualidade da relação parental.

Não por menos, a ausência de práticas de cuidado pode ser motivadora de responsabilidade civil, sob a insígnia de dever descumprido – como exemplifica o abandono afetivo, conforme caso acima mencionado, do Superior Tribunal de Justiça – e a presença de práticas de cuidado pode ser motivadora de garantia da continuidade do vínculo – como exemplifica a paternidade socioafetiva.” (OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. *Cuidado como valor jurídico: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo*. 141p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 77-78)

<sup>260</sup> “Com isso, gostaríamos de propor uma concepção jurídica de cuidado a partir destas contribuições teóricas feministas, por compreendermos que este caminho reinventa a análise das múltiplas vulnerabilidades. A perspectiva proveniente da reciprocidade está presente nesta abordagem, como também a afetividade e a responsabilidade. O que está ausente e pretendemos inserir à noção recorrente diz respeito à ambivalência da prática, que não pode ser traduzida apenas a partir da positividade, mas, ainda, a partir de uma assimetria mais complexa do que se parece presumir.

(...)

Parece tentar, neste ponto, incluir a assimetria de gênero como a chave complementar das conclusões possíveis. Contudo, tal caminho apresenta um risco sério, vez que acertada a observação de Joan Tronto de que é preciso retirar a marca de gênero do exercício do cuidado para não recairmos na armadilha de relacioná-lo, automaticamente, às mulheres.

É possível, por outro lado, ultrapassar o marcador protetivo em torno de sujeitos e conectar-se à valoração do contexto em que se inserem, somando-se o cuidado como relação e o cuidado como processo.” (OLIVEIRA, Ligia Ziggotti. *Cuidado como valor jurídico: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo*. 141p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 87-88)

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 89.

É interessante retomar a definição legal de guarda que consta do Código Civil de 2002. No artigo 1.583, § 1º, encontra-se tanto a noção de guarda unilateral como a de guarda compartilhada. A primeira é definida como aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”; a segunda, como a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Ambas as definições traduzem apenas a ideia de responsabilidade que onera um ou ambos os pais no seu exercício. Como já afirmado antes, cuida-se de propostas que se conectam à ideia de guarda como custódia de alguém.

Contudo, é visível que a proposta legal não se adequa ao significado de cuidado que se defende, pois, dos quatro elementos que são inerentes ao cuidado, a definição legal de guarda possui apenas um: a responsabilidade. Uma das consequências da inserção desse termo de modo tão restrito é a mitigação da potência das responsabilidades parentais, fazendo crer que apenas o pai que a detém será responsável pelos cuidados aos filhos, quando, em verdade, esse dever de cuidado decorre da parentalidade responsável e pela constituição da filiação<sup>262</sup>. Além disso, ao centralizar a guarda na figura do cuidador, esse conceito elimina a participação ativa da criança na relação parental, o que vai de encontro à família funcionalizada da contemporaneidade, à doutrina da proteção integral e ao princípio do melhor interesse.

A ressignificação da guarda, portanto, é uma medida essencial para que ela seja conformada aos novos parâmetros constitucionais que regem o direito de família e o direito da infância. O foco central da guarda deve ser a atividade de cuidado, mas sem esquecer dos cuidadores e das pessoas sob o cuidado.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente cumpre melhor essas funções do que o artigo 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, pois define guarda como o dever de prestar assistência moral, material e educacional. Apesar de destacar três finalidades da guarda (moral, educacional e material), a valoração recai sobre a assistência e atendimento às necessidades da criança, o que significa dizer que o elemento central desse conceito é a atividade de cuidado. Nesta mesma expressão está traduzida a afetividade em sua dimensão objetiva, isto é, os fatos sociais que indicam a presença de manifestação afetiva. A ambivalência do cuidado está inserida na cláusula “obriga a” que remete ao cuidado, à pessoa

---

<sup>262</sup> OLIVEIRA, Lígia Ziggliotti. *Cuidado como valor jurídico: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo*. 141p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 88.

responsável pelo cuidado, e expressão “à criança e ao adolescente”, que personifica aquele que será cuidado.

A aceitação do caráter relacional da guarda pelo cuidado tem como benéfica consequência fortalecer a participação ativa da criança na definição dos cuidados a si, notadamente pelo direito de expressar sua opinião e ser ouvido em todos os processos que envolvam seus interesses<sup>263</sup>.

O único dos elementos do cuidado que não está textualmente presente no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas que é extraída do sistema jurídico de proteção à infância, é a responsabilidade dos pais pelo cuidado dos filhos. Esta encontra-se no artigo 22, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança”. A esse artigo somam-se o artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>264</sup> e artigo 1.586 do Código Civil de 2002<sup>265</sup>, que autorizam a alteração da guarda para atender ao interesse das crianças.

A compreensão da guarda como expressão do cuidado parental contribui fortemente no aprimoramento do sistema de responsabilização parental nas violações desse dever, pois

---

<sup>263</sup> O direito à liberdade de expressão e opinião consta no artigo 16, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente e decorre diretamente da doutrina da proteção integral e do artigo 12 da Convenção sobre Direitos da Criança.

O Comitê sobre Direitos da Criança assim sintetizou o sentido desse direito fundamental:

“15. O artigo 12 da Convenção estabelece o direito de toda criança livremente expressar suas opiniões em todas as questões que lhe digam respeito, e, conseqüentemente, o direito de ter essas opiniões levadas em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade. Esse direito impõe uma clara obrigação legal aos Estados partes de reconhecer esse direito e de assegurar sua implementação mediante a escuta das opiniões da criança e a ponderação de seu valor. Essa obrigação requer que os Estados partes, particularmente no que tange ao seu sistema judicial, garantam o exercício desse direito de forma direta, ou adotem ou revisem as leis de modo a assegurar que esse direito seja plenamente exercido pela criança.

16. A criança, contudo, tem o direito de não exercitar esse direito. O direito a se expressar livremente é uma opção da criança, não uma obrigação. Os Estados partes devem assegurar que a criança recebe todas as informações e aconselhamentos necessários para que tome decisões em favor do seu melhor interesse.”

No original:

“15. Article 12 of the Convention establishes the right of every child to freely express her or his views, in all matters affecting her or him, and the subsequent right for those views to be given due weight, according to the child’s age and maturity. This right imposes a clear legal obligation on States parties to recognize this right and ensure its implementation by listening to the views of the child and according them due weight. This obligation requires that States parties, with respect to their particular judicial system, either directly guarantee this right, or adopt or revise laws so that this right can be fully enjoyed by the child.

16. The child, however, has the right not to exercise this right. Expressing views is a choice for the child, not an obligation. States parties have to ensure that the child receives all necessary information and advice to make a decision in favour of her or his best interests.

UNITED NATIONS, Genebra. General Comment n. 12 (2009). Disponível em <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHKTUsoHNPBW0noZpSp5d6MSKiT09ePYFY4cH5tmyyvg%2fzVvi%2bJDuaCgf7NB%2bqHeFDlerQVMa5D11979EtHr%2bnA>. Acesso em: 24.nov.2019.

<sup>264</sup> Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

<sup>265</sup> Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

ele permite um controle funcional do exercício do cuidado. O modelo adotado no Código Civil é tripartido e sem permeabilidade entre si: no artigo 1.584, § 5º, o Código Civil estabelece a possibilidade de atribuição da guarda a terceiro quando apurado judicialmente que o filho não deva permanecer sob os cuidados paternos; no artigo 1.637<sup>266</sup>, consta a possibilidade de suspensão das responsabilidades parental quando ocorrer abuso de autoridade, falta aos deveres parentais ou ruína dos bens dos filhos; e, por fim, o artigo 1.638 prevê a extinção das responsabilidades parentais pela decretação de perda<sup>267</sup> em razão da prática dos atos elencados na norma<sup>268</sup>. A interpretação mais razoável dessas três normas seria a modulação do exercício da guarda quando esta estivesse em disputa pelos pais e, fora desses casos, a aplicação da suspensão ou da perda do poder familiar como sanção aos pais.

A crítica que deve ser feita ao modelo adotado pelo Código Civil é que este não observa a proteção integral e o melhor interesse da criança, porque em todo e qualquer processo que verse sobre tal interesse coloca-se à disposição a aplicação de qualquer medida de proteção, em razão da sua vulnerabilidade. Além disso, observa-se que a regra para a suspensão das responsabilidades parentais, que tem natureza transitória e perdura enquanto

<sup>266</sup> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

<sup>267</sup> Verificamos que o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente usam indistintamente as palavras perda e destituição do poder familiar para explicar o mesmo fenômeno.

De acordo com Vicente de Paula Ataíde Junior, contudo, “perda ou suspensão do poder familiar é a expressão mais indicada para retratar o objeto da ação judicial a ser estudada pois está em consonância com o texto legal e é mais abrangente do que a palavra destituição, a qual se associa, tão-somente, à perda, de caráter permanente.” (ATAÍDE JUNIOR, Vidente de Paula. *Destituição do poder familiar*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69)

<sup>268</sup> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. [\(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017\)](#)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. [\(Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018\)](#)

for necessária para a superação dos problemas existentes<sup>269</sup>, é mais ampla do que as causas de extinção, que são definitivas e, a princípio, não poderiam ser expandidas porque, em se tratando de norma restritiva, a regra hermenêutica é a interpretação literal..

Novamente o Estatuto da Criança e do Adolescente oferece uma alternativa mais adequada para a assystematicidade do Código Civil. O artigo 24 do Estatuto<sup>270</sup> autoriza a decretação da perda ou destituição do poder familiar nos casos previstos na legislação civil e também quando ocorrer o descumprimento injustificado dos deveres e responsabilidades parentais a que alude o artigo 22. Ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe o entendimento de que o descumprimento dos deveres parentais de cuidado autoriza a suspensão ou destituição das responsabilidades parentais.

Contudo, é possível ainda avançar nesse debate, utilizando-se, para tanto, da aplicação da teoria do abuso do direito nas relações parentais. Por abuso do direito deve-se entender a violação dos valores que justificam o reconhecimento de uma certa situação jurídica no ordenamento, mas sem se confundir com a boa-fé objetiva, que traduz deveres de cooperação, lealdade e solidariedade e, por essa razão, é mais ampla que o abuso do direito<sup>271</sup>, tampouco com o ato ilícito, que representa a violação direta da norma<sup>272</sup>.

O abuso do direito serve como modalidade de controle do exercício do dever de cuidado, preocupando-se com o atingimento do perfil funcional e não com o interesse legítimo, que, se fosse utilizado, conduziria à técnica de ponderação de interesses. Como destaca Eduardo Nunes de Souza, a ponderação de interesses “nem sempre se revela, tecnicamente, o mais adequado para o controle valorativo de escolhas”, pois “afrentaria ponderar um interesse legítimo (contraposto ao abuso) com outro antijurídico, quando se sabe de antemão que este deve ser cabalmente coibido na medida de sua disfuncionalidade”<sup>273</sup>.

Com o controle funcional do cuidado, a distribuição das assistências da guarda, a suspensão e extinção das responsabilidades parentais podem ser objeto de extensão ou restrição a depender do melhor interesse da criança. Além disso, somam-se em definitivo a

---

<sup>269</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 695.

<sup>270</sup> Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. ([Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) Vigência

<sup>271</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 119.

<sup>272</sup> CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381.

<sup>273</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, n. 10, v. 4, 3º quadrimestre de 2015, Disponível em [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 25.nov.2019.

esses mecanismos de controle aqueles outros previstos no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>274</sup> e os da Lei n. 12.318/2010<sup>275</sup>.

Em síntese, a guarda como cuidado fortalece o sistema de direitos da criança ao incrementar os instrumentos de controle funcional do seu exercício, a partir da interpretação unitária do ordenamento, tendo como vértice a Constituição da República de 1988.

---

<sup>274</sup> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; [\(Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional; [\(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; [\(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)
- IX - colocação em família substituta. [\(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

<sup>275</sup> Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

## CAPÍTULO 3

### EFEITOS DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DA GUARDA PARENTAL

O status jurídico de pessoa advindo dos direitos humanos em favor da criança a tornam mais do que destinatária da disciplina da guarda parental. Ela se torna partícipe dessa relação. antes, a guarda era um instituto que regulamentava as funções dos pais em relação aos filhos. Ressignificada, a guarda é uma relação tríade, composta por pais e filhos e funcionalizada para o atendimento dos interesses destes últimos.

Esses novos eixo e estrutura impossibilitam que os efeitos da guarda sejam preservados da forma como estão estabelecidos. Faz-se necessário propor novas formas de exercício, novas modos de relação entre pais e filhos que estejam em conformidade com o dever de cuidado inerente a guarda parental.

Os debates desse capítulo visam a construção de novos paradigmas para o exercício da guarda. Por essa razão, discussões e proposições com caráter punitivo não são apresentadas em toda a sua extensão, pois se considera que elas apresentam um baixo grau de contribuição para o desenvolvimento infantil e para o atendimento do melhor interesse da criança, que, afinal, é a diretriz de toda a tese.

#### **3.1. O fim da guarda como posse e os novos arranjos parentais**

A transformação da “guarda de” um filho em “cuidado com” um filho demanda novos olhares sobre o conteúdo deste instituto, que, como proposto no capítulo anterior, se organiza a partir da assistência material, moral e educacional à criança.

Prefere-se, contudo, usar a expressão assistência pessoal no lugar de assistência moral. A qualificação da assistência como moral poderia levar ao entendimento de que se trata de uma responsabilidade parental restrita ao desenvolvimento de valores norteadores de relações sociais e conduta, quando, na verdade, se trata de responsabilidades de desenvolvimento da criança em si, nas relações com os pais e demais parentes e na sociedade. Assim, a expressão assistência pessoal denota um espectro mais amplo de deveres que precisam ser realizados.

O artigo 227 da Constituição da República elenca alguns dos deveres de assistência pessoal que os pais têm obrigação de realizar para o desenvolvimento da pessoa dos filhos. Dentre eles tem-se o direito à vida, a saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade<sup>276</sup>, ou seja, prestações que têm por objetivo assegurar que as crianças alcancem a vida adulta da melhor forma possível, mediante a prática de atos que cultivem positivamente todos os aspectos da sua vida. Devem ser incluídas as condutas inerentes ao desenvolvimento afetivo da criança, morais, éticas e regras de socialização.

Ainda nesse âmbito encontra-se, sob forma negativa, o dever de proteger a criança de situações de violência ou da supressão de seus direitos fundamentais, porque tais circunstâncias constituem barreiras ao desenvolvimento infantil. Alguns estudos sugerem que o estresse tóxico prolongado, que ocorre quando crianças experimentam fortes, frequentes ou prolongados períodos de violência, pode causar rupturas no corpo humano, aumentando o risco de doenças relacionadas ao estresse e comprometimentos cognitivos na vida adulta<sup>277</sup>.

A proibição de violência significa a impossibilidade do uso de qualquer espécie de violência pelos pais contra a criança, mesmo que de natureza leve e com finalidade corretiva ou educacional. No Código Civil de 1916, a conjugação do artigo 384, VII, e artigo 395, I, autorizava a conclusão de que os pais poderiam castigar os filhos de modo leve ou moderado para fins educativos. Diante da prevalência da dignidade da pessoa humana, da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança, essa permissividade legal foi excluída do nosso ordenamento<sup>278</sup>. Ainda assim, a Lei n. 13.010/2014 incluiu o artigo 18-A no Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar o direito de crianças serem “educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante”<sup>279</sup>. O artigo 1.638, I, do Código Civil de 2002, que repete a possibilidade de perda do poder familiar por

<sup>276</sup> O Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente (“Dos direitos fundamentais”) dispõe de modo mais detalhado sobre esses direitos prestacionais devidos à criança.

<sup>277</sup> Informação sobre os estudos disponíveis em: <https://developingchild.harvard.edu/science/key-concepts/toxic-stress/>. Acesso em 30.nov.2019.

<sup>278</sup> SOUZA, Iara Antunes de; BERLINI, Luciana Fernandes. Autoridade parental e lei da palmada. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 76, jul/set. 2018. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/271/229>. Acesso em 30.nov.2019.

<sup>279</sup> Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

a) sofrimento físico; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

b) lesão; [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

a) humilhe; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

b) ameace gravemente; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

c) ridicularize. [\(Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014\)](#)

castigo imoderado contra deve ser reinterpretado de modo que indique apenas a possibilidade de decretação judicial da perda das responsabilidades parentais, excluído qualquer sentido que admita a prática de violência contra a criança<sup>280</sup>.

A assistência pessoal não se esgota na pessoa da criança. Ela também envolve a assistência para cultivar um relacionamento saudável com todos os genitores e demais parentes, o que cria um dever dos pais de se absterem de influenciar negativamente os filhos quanto às pessoas do outro genitor ou dos demais parentes. A interferência negativa sobre a criança na formação da imagem a respeito dos pais é conhecida no direito brasileiro pela expressão “alienação parental”<sup>281</sup> e serve de exemplificação de hipótese de abuso do direito, por representar um exercício disfuncional das responsabilidades parentais<sup>282</sup>. Não há expressão própria aceita pela doutrina em direito civil para designar a interferência negativa sobre outros parentes, muito embora Bruna Barbieri Warquim proponha um avanço nos estudos de alienação parental para convertê-la em alienação familiar, sendo capaz de abarcar outros parentes<sup>283</sup>. Contudo, trata-se de inovação ainda não amplamente aceita.

Um dos principais instrumentos de prevenção ao afastamento de pais, filhos e parentes é o direito de convivência familiar. Ele consta do artigo 227 da Constituição da República, do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>284</sup>, no artigo 1.584, § 3º<sup>285</sup> e no artigo 1.589

---

<sup>280</sup> Gustavo Tepedino *et alii* apontam a divergência doutrinária sobre o artigo 1.638, I, do Código Civil de 2002: “De acordo com o artigo, constitui motivo para a perda do poder familiar castigo imoderado imposto ao filho. Para Silvio Rodrigues, a inserção no texto do artigo do advérbio “imoderadamente” não deixa dúvidas de que é legítima a correção do filho no intuito de melhor educá-lo. “portanto, enquanto não exorbita, pode o pai aplicar castigos físicos ao filho, com o propósito de emendá-lo” (*Direito Civil*, p. 361). Diversamente, Paulo Luiz Netto Lôbo, que se manifesta contra qualquer castigo, ainda que considerado moderado, pois, segundo entende, há violação da integridade física do filho, garantida constitucionalmente no art. 227 (*Do Poder Familiar*, p. 153). A doutrina se encontra dividida.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250, v. IV)

<sup>281</sup> “Deve-se atentar para o fato de que a expressão alienação parental “representa um fenômeno que foi identificado e classificado no corpus da Psicologia”, significando “todo distanciamento que se vislumbra entre prole e genitor”, que pode ser justificado ou não, não se confundindo com a síndrome que foi descrita por Richard Gardner (WAQUIM, 2015, p. 18). Assim, alienação parental constitui um termo mais amplo, sendo a SAP uma espécie específica de alienação parental.” (LEAL, Livia Teixeira. Exercício abusivo da autoridade parental sob a perspectiva da democratização da família: uma análise crítica da alienação parental e da autoalienação parental. *Revista de Estudos Jurídicos UNA*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 114, 2018)

<sup>282</sup> A existência de abuso do direito no exercício da guarda será aprofundado na seção 3 deste capítulo.

<sup>283</sup> WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>284</sup> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. ([Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016](#))

<sup>285</sup> Art. 1.584. (...)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. ([Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014](#))

do Código Civil de 2002<sup>286</sup>, significando o direito fundamental de crianças à formação e manutenção de vínculos na família, seja ela na família em sentido estrito ou amplo<sup>287</sup>.

É interessante observar que o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de convivência familiar em sentido amplo, enquanto o Código Civil trata de convivência nas situações de guarda compartilhada entre os pais e de visitação em relação aos demais parentes e também na guarda unilateral entre pais. A expressão “direito de visitas”, entretanto, revela-se inadequada, porque ela não concretiza o direito fundamental da criança ao desenvolvimento afetivo no âmbito da família<sup>288</sup>, razão pela qual se entende que o que há é o direito fundamental de convivência da criança com pais e parentes<sup>289</sup>, observado sempre o melhor interesse da criança<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. [\(Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011\)](#)

<sup>287</sup> “O Direito à Convivência Familiar deve ser compreendido como um direito de toda população infantojuvenil, independentemente de origem, etnia ou classe social (princípio da não discriminação), à formação e manutenção de vínculos, buscando assegurar que as crianças e os adolescentes façam parte de uma família, o que não se resume a ter os nomes dos genitores na certidão de nascimento. É fazer com que eles sintam que pertencem àquele núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e dos rituais da família, sendo, também, respeitados em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua autonomia (princípios da participação e da autonomia progressiva). É, também, o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu processo de amadurecimento, incluindo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança. Excepcionalmente, a inserção em família substituta poderá ocorrer quando tal medida for necessária para a garantia da integridade biopsíquica e para o desenvolvimento sadio da personalidade e da autonomia (princípios da proteção à vida e ao desenvolvimento e do melhor interesse).” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Teixeira-e-Vieira-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 30.nov. 2019)

<sup>288</sup> “A expressão visitas é havida como imprópria, por significar uma cortesia de ir ver alguém em sua residência, quando em realidade as visitas devem ser realizadas em lugar diverso da residência habitual do menor e muito menos a visita espelha a prática usual de o genitor não guardião permanecer alguns dias, usualmente em finais de semana com o filho visitado, sendo certo que a denominação direito de visita não expressar essa prerrogativa em toda a sua amplitude, particularmente sob seu viés psicológico, pois buscam visitante e visitado relações de afeto, cultivando recíproca e sincera comunicação.” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 449)

<sup>289</sup> “Assim, empreendendo-se uma análise sistemática do Estatuto, o seu art. 19 deve ser interpretado de forma conjugada com o conceito de família extensa, presente desde o ano de 2010 no parágrafo único do art. 25 do mesmo diploma. Portanto, a família com a qual a criança e o adolescente têm direito de conviver inclui a família extensa, isto é, os “parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Indiscutível que em tal conceito se inserem não somente os avós, mas potencialmente, tios, tios avós, primos, madrastas, padrastos, entre outros, mormente nos casos em que eles já tenham firmado vínculos com a criança.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Teixeira-e-Rettore-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em 30.nov.2019)

<sup>290</sup> “É preciso frisar que isso significa dizer que a convivência familiar não é tutelada em si mesmo, mas como medida que promove o melhor interesse da população infanto-juvenil, razão pela qual se afirma que “também é o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu

A fixação do domicílio da criança insere-se dentre as atividades de assistência pessoal como consequência do direito fundamental à convivência familiar. Superada a ideia de que a guarda corresponde à custódia física, torna-se necessário compreender que o local de domicílio ou de residência da criança deve também estar funcionalizado ao cuidado a ela destinado. Sendo assim, compete aos pais estabelecer um sistema amplo de convivência da criança com os pais, no qual se inclui a especificação do local de domicílio ou de residência. Na impossibilidade dos pais estabelecerem esse sistema, caberá ao poder judiciário realizar essa tarefa, com fundamento no artigo 1.631, parágrafo único, do Código Civil<sup>291</sup>, e tendo como diretriz o princípio do melhor interesse.

Usualmente inclui-se na assistência pessoal o dever de educar, na medida em que os textos legais atribuem aos pais o dever de “criar e educar”. Tal compreensão é correta, especialmente no que se denomina educação informal, que consiste na atuação direta dos pais na vida dos filhos, e que, em realidade, confunde-se com a assistência pessoal. Contudo, existe um dever de providenciar educação formal, que possui normas constitucionais e legais próprias, o que justifica a distinção entre as assistências pessoal e educacional, deixando esta com temas relacionados à educação em sentido formal.

A Constituição da República, nos artigos 205 a 214<sup>292</sup>, estabelece o direito à educação como direito fundamental que tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu

processo de amadurecimento, incluindo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança”.

Nesta perspectiva é que se faz necessário perquirir o impacto da convivência avoenga buscada em juízo na estruturação psíquica da criança, em especial quando ambos os pais se posicionam de comum acordo no sentido de que ela não é benéfica para seu filho. De fato, nem sempre a convivência pacífica e afetuosa entre pais e avós da criança é possível, mas nem toda situação conflituosa por si só impede o restabelecimento de uma relação. Ocorre que, se a realidade fática demonstra que jamais existiu qualquer convivência entre avós e netos ou que a relação entre eles e os pais é conflituosa a ponto de atingir a criança, certo é que a própria criança não deve ser utilizada como instrumento para tentar reestabelecer vínculos rompidos por razões certamente alheias ao infante, muitas vezes anteriores a seu nascimento.” (MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 165-166)

<sup>291</sup> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

<sup>292</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...)

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#))

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A partir de 2009, com a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 59 no inciso I do artigo 208<sup>293</sup>, tornou-se obrigatório ao Estado brasileiro oferecer educação básica obrigatória e gratuita para crianças de quatro a dezessete anos de idade.

O direito à educação foi inserido nos artigos 53 a 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando-se, entre eles, o artigo 55 o dever dos pais em matricular os filhos na rede regular de ensino, pública ou particular, esta última de natureza constitucional complementar<sup>294</sup>. Essa obrigação vai ao encontro do que consta no artigo 6º da Lei n. 9.394/1997 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que igualmente atribui como dever parental a matrícula das crianças na educação básica a partir dos quatro anos de idade<sup>295</sup>.

O principal debate em torno do dever de assistência educacional gira em torno da possibilidade de os pais promoverem a educação formal sob a modalidade de ensino domiciliar ou não. Os defensores dessa possibilidade argumentam que o artigo 206, II, da Constituição da República<sup>296</sup>, em conjunto com o artigo 5º, assegura a liberdade de ensino, religiosa e de crença, de modo que os pais poderiam optar em fornecer, por si ou mediante a contratação de tutores, a educação formal para os filhos que atendessem aos valores religiosos próprios daquela unidade familiar<sup>297</sup>. Em sentido oposto, sustenta-se que a obrigatoriedade da

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009\)](#)

<sup>293</sup> Redação originária do artigo 208, I, da Constituição da República de 1988:

“Art. 208. (...).

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”

Redação após a Emenda Constitucional n. 14/1996:

“Art. 208. (...)

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”

Redação após a Emenda Constitucional n. 59/2009:

“Art. 208. (...)

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;”

<sup>294</sup> Artigo 209 da Constituição da República de 1988:

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

<sup>295</sup> A redação original do artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases estabelecia como idade mínima de matrícula obrigatória os sete anos de idade, tendo sido reduzida pela Lei n. 11.114/2005 para seis anos de idade. Em 2013, a Lei n. 12.796/2013 reduziu a idade de matrícula obrigatória para quatro anos de idade, adequando-se ao disposto no artigo 208, I, da Constituição da República de 1988, com redação da Emenda Constitucional n. 59/2009.

<sup>296</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

<sup>297</sup> BERNARDES, Cláudio Márcio; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. O ensino domiciliar como expressão da liberdade religiosa no estado democrático de direito. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, 2016, p. 145-155; ROTHBARD, Murray N. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von

frequência na rede de ensino formal contribui para a sociabilidade da criança e, assim, justifica-se no seu melhor interesse<sup>298</sup>.

Uma resposta a esse conflito deve considerar as funções que a educação exerce no indivíduo. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes e Eduardo Nunes de Souza, a educação visa à formação da identidade da pessoa, bem como o reconhecimento social, e pressupõe um processo interrelacional entre esses dois aspectos, de modo que um é complemento do outro<sup>299</sup>. Por essas razões, os autores sustentam que seria possível que os pais realizassem o ensino domiciliar, mas apenas na hipótese em que o “ensino regular ameace o pertencimento da criança a uma comunidade de valores que transborde os limites domiciliares ou que se mostre totalmente contrária aos conhecimentos e pontos de vista transmitidos pela rede escolar formal (...)”<sup>300</sup>, pois aqui há risco na construção da identidade pessoal. pois aqui há risco na construção da identidade pessoal. Nos outros casos, a construção da identidade deve se conformar às demais visões e perspectivas de mundo, provocando uma interação saudável que favorece à pessoa e à coletividade de modo simultâneo<sup>301</sup>.

---

Mises Brasil, 2013; FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família*. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627>. Acesso em: 30.nov.2019.

<sup>298</sup> COSTA, Fabrício Veiga. *Homeschooling* no Brasil: constitucionalidade e legalidade do Projeto de Lei 3179/12. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 86-112. jul./dez 2015.

<sup>299</sup> “O pleno desenvolvimento da pessoa, portanto, pressupõe um reconhecimento de base emocional ou afetiva no plano da coletividade (identificação comunitária), considerando- se a identificação do plano estritamente familiar uma etapa a ser superada. 78 Nessa direção, percebe-se que o reconhecimento é, sim, essencial à construção da identidade humana, mas que as balizas de tal reconhecimento não podem ser as do simples convívio familiar. Transposto para a temática do ensino domiciliar, tal raciocínio conduz à conclusão de que o homeschooling poderia ter como fundamento a pretensão da preservação de uma identidade comunitária, mas que dificilmente os parâmetros ético-culturais da família do educando, isoladamente considerados, serviriam a fundamentar essa prática se a educação formal oferecida pelo Estado não contrarie a identidade da comunidade de valores na qual determinada família esteja inserida. A fase do reconhecimento familiar, embora essencial para a construção da capacidade individual de relacionar-se intersubjetivamente, deve figurar sempre como etapa a ser superada no processo de construção da identidade. Isso porque o sucesso obtido no campo do reconhecimento afetivo depende da capacidade, surgida a partir dos contatos intersubjetivos da primeira infância (sobretudo o contato materno), de equilibrar a simbiose e a autoafirmação, vale dizer, a dependência em face do outro indivíduo e a dimensão emocional independente da pessoa como sujeito autônomo. 79 Vale dizer, o reconhecimento familiar deve ser um ponto de partida, e não de chegada, no desenvolvimento das identidades pessoais. (BODIN DE MORAES, Maria Celina; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, p. 24-25, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Bodin-de-Moraes-e-Souza-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>.

Acesso em 30.nov.2019)

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 26-27.

<sup>301</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário n. 888.815-RS, referente ao tema de repercussão geral 822, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de ensino domiciliar no Brasil, desde que regulamentado por lei elaborada pelo Congresso Nacional e observadas as diretrizes constitucionais de matrícula obrigatória entre quatro e dezessete anos de idade, respeito ao conteúdo básico educacional, supervisão, orientação e fiscalização pelo Poder Público. Eis a ementa:

CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL,

Na seção 1.3 do capítulo 01 foi destacado que a indicação de tutor aos filhos inseria-se dentre os deveres de assistência dos pais. Essa atribuição compõe as responsabilidades parentais, mas não está inserida dentre os cuidados decorrentes da guarda, porque não comportamento direcionado ao desenvolvimento pessoal da criança. Como antes destacado, essa atribuição é meramente a indicação de tutor, sem obrigatoriedade em ser observada, uma vez que a escolha do tutor é competência do Poder Judiciário.

Por fim, os pais têm o dever de assistir os filhos materialmente, providenciando todas as prestações de natureza pecuniária que seja compatível com sua situação econômica. Essa assistência é realizada pelo dever de sustento ou alimentos<sup>302</sup>.

A necessidade de receber alimentos é presumida em favor dos filhos, uma vez que por serem menores de idade, não estariam plenamente desenvolvidos e aptos a exercer uma profissão, razão pela qual dependem economicamente de seus pais. O valor da assistência deve ser estabelecido proporcionalmente às necessidades dos filhos e às possibilidades dos pais, utilizando-se para tanto o critério legal de fixação de alimentos, sendo pertinentes algumas advertências de Yussef Said Cahali:

Em geral, na determinação do *quantum*, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias

---

EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

(BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 888.815, Relator Ministro Roberto Barroso, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 21.mar.2019)

<sup>302</sup> Vide nota 79.

particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida; tratando-se de descendente, as aptidões, preparação e escolha de uma profissão, atendendo-se ainda a que a obrigação de sustentar a prole compete a ambos os genitores; (...) Mas se a obrigação alimentar não se presta somente aos casos de necessidade, devendo-se considerar a condição social do alimentado, ter-se-á em conta, porém, que é imprescindível a observância da capacidade financeira do alimentante, para que não haja desfalque do necessário ao próprio sustento; advertindo-se, daí, que “os alimentos devem ser fixados de forma tal que as necessidades do filho sejam atendidas e ele possa desfrutar de um padrão de vida compatível com o do genitor, sujeitando-se sempre ao princípio da razoabilidade, visto que o filho não é sócio do pai, mas seu dependente.”<sup>303</sup>

A administração do patrimônio dos filhos prevista no artigo 1.689, II, do Código Civil é atribuição inerente ao dever de assistência, tendo sido analisada na seção 1.4 do capítulo 01. Ressalva-se que a administração patrimonial dos artigos 1.800, § 1º, e 1.952, parágrafo único, do Código Civil não se inserem na guarda porque ainda não há criança nascida ou em gestação. O fundamento dessas normas de administração recai diretamente na proteção de titularidades e interesses.

### **3.2. A distribuição das assistências no modelo de guarda como cuidado**

Retomando a abordagem evolutiva da guarda na legislação brasileira, percebe-se que o direito civil tem optado pela escolha de um responsável principal a quem competirá o exercício do guarda e, assim, a quem caberá a custódia física da criança. A valoração sobre quem seria presumivelmente esse responsável principal variou ao longo do tempo: em primeiro lugar, caberia ao cônjuge não culpado exercer a guarda. Sendo ambos culpados, inicialmente a legislação civil atribuía ao homem a guarda, ressalvado o direito da mulher em permanecer com as filhas menores de idade e os filhos até os seis anos. Esse critério foi alterado a partir de 1962, para estabelecer a preferência materna quando ambos os cônjuges fossem culpados, presumindo-se que a mulher poderia oferecer melhores cuidados aos filhos. E, por fim, a partir de 1988, a escolha por completo foi transferida para a verificação do melhor interesse da criança, desvinculando-se do gênero dos pais.

Esse sistema de presunção legal poderia ser modificado por acordo entre os pais, que fixariam a atribuição para o exercício da guarda, como também pelo controle judicial do interesse dos filhos.

Cuida-se, sem dúvida, de um modelo que se baseia em uma lógica de exclusão, na medida em que um pai exerce a guarda e o outro, não. Isso se manteve até 2014, quando a Lei n. 13.058 alterou o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil e impôs como regra a aplicação da

---

<sup>303</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 507-508.

guarda compartilhada e o exercício conjunto dos deveres inerentes às responsabilidades parentais.

Apesar de a guarda compartilhada ter sido prevista em lei pela primeira vez em 2008, o uso da expressão “sempre que possível” no mesmo § 2º do artigo 1.584 do Código Civil não foi considerado suficiente para modificar as regras de atribuição da guarda, de modo que entendeu-se que a guarda compartilhada seria um modelo alternativo<sup>304</sup>. Apenas em 2014 a guarda compartilhada tornou-se o modelo legal de atribuição de guarda, tornando-se a guarda unilateral com a atribuição de um único responsável o modelo subsidiário e aplicável apenas quando favorecer ao melhor interesse da criança.

Paralelamente à indicação de quem exerce a guarda, o direito civil preocupa-se com a delimitação do papel exercido pelo não-guardião. Essa preocupação não ocorre na guarda compartilhada porque ambos estão exercendo o poder familiar e existe aqui um sistema de freios e contrapesos inerentes ao exercício conjunto da guarda.

A previsão de direitos ao não guardião não constou do texto original do Código Civil de 1916. De acordo com Silvio Rodrigues<sup>305</sup>, foi com o Decreto-lei n. 9.701/1946 que se previu o direito de visitas ao não guardião nas hipóteses em que a guarda viesse a ser conferida a terceiros<sup>306</sup>, o que foi seguido pela Lei n. 4.121/1962 ao alterar o artigo 326 do Código Civil de 1916<sup>307</sup>. Apesar de o direito de visitas ser estrito à guarda entregue a terceiros, esses artigos parecem ter sido utilizados como fundamento para o direito de visitas em geral, uma vez que Antônio Chaves, em 1975, faz referência a que haja acordo sobre regulamentação de visitas no desquite amigável e, não havendo, caberia ao juiz fixar o regime de visitas<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

<sup>305</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 239, v. 6.

<sup>306</sup> Art. 1º No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos.

<sup>307</sup> [“Art. 326](#). Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita”.

<sup>308</sup> “Quando se trata de desquite amigável a regulamentação do direito de visita já estará feita no acordo. Deste modo estará resguardado o direito do cônjuge que não ficar com a guarda das crianças, de visita-los. Este direito é sagrado e não pode ser impedido de ser exercido, qualquer que tenha sido a causa do desquite.

Quando no desquite litigioso não chegam os desquitados a um acordo sobre a regulamentação das visitas, incumbe ao juiz determinar o dia hora, local etc., em que se realizarão, determinação que será feita ouvindo-se os cônjuges.” (CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 243, v. III)

A partir da Lei n. 6.515/1977<sup>309</sup> passou a constar expressamente em lei o direito de visitas ao não guardião, bem como a possibilidade de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos, o que foi repetido no artigo 1.584, § 5º<sup>310</sup>, e artigo 1.589 do Código Civil de 2002<sup>311</sup>. Esse direito de fiscalização tem uma vinculação com o dever de sustento dos filhos e objetivava assegurar instrumentos jurídicos ao não guardião de exercer o poder familiar e algum controle sobre os alimentos pagos em favor dos filhos.

Essas regras de definição sobre o exercício da guarda e distribuição das responsabilidades entre guardião e não guardião são incompatíveis com a proposta desta tese de ressignificar guarda como cuidado, porque não atendem aos princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança. Mesmo a disciplina legal da guarda compartilhada não atende de modo suficiente a esses princípios, uma vez que a proposição legal de divisão igualitária de tempo e responsabilidades privilegia aspectos competitivos e de controle na relação direta entre os pais em detrimento a favorecer a cooperação entre os pais para o desenvolvimento dos filhos comuns.

Desse modo, a assistência aos filhos pertence igualmente a ambos os pais. Havendo a necessidade de se alterar a intensidade ou a gradação da mesma, deve-se adotar como diretrizes o princípio do melhor interesse, ou seja, um melhor atendimento às necessidades da criança, mas também as potencialidades, habilidades e situações de fato atinentes às figuras dos pais, na medida em que o cuidado tem ínsito o aspecto de alteridade da relação. Não se revela cabível estabelecer mudanças no cuidado parental sem que se observe a possibilidade de cada um dos pais, pois isso significaria reduzir a sua dignidade a um mero instrumento de realização do interesse dos filhos, que, ainda assim, deve ser tomado como prioridade porque a criança ostenta uma posição privilegiada no ordenamento, por ser uma pessoa em desenvolvimento.

É interessante observar que essa ideia é aplicada nos debates sobre dever de sustento dos pais em relação aos seus filhos, uma vez que a fixação do valor dos alimentos exige que seja proporcional às possibilidades do pai obrigado a essa prestação e às necessidades do filho

---

<sup>309</sup> Art 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

<sup>310</sup> Art. 1.584. (...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

<sup>311</sup> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

detentor do direito a recebê-la. Ou seja, os alimentos devidos aos filhos dependem da possibilidade de ambos os pais, proporcionalmente estabelecido de acordo com a capacidade econômica de cada um deles, e da necessidade da criança, vedada a supressão do dever de sustento<sup>312</sup>. Admite-se, portanto, uma gradação no valor dos alimentos que são devidos ao filho, mas não que o dever de sustento deixe de ser imposto aos pais.

Da mesma forma deve-se entender às demais assistências da guarda essa modulação dos deveres de cuidado pessoal e educacional pelos pais, de acordo com o interesse dos filhos e a capacidade dos pais em oferecer essas assistências.

Essa perspectiva revela-se particularmente importante para pôr fim, em definitivo, a dúvidas sobre a impossibilidade de decisões sobre guarda significarem reduções nas responsabilidades parentais, tal como propõe Marcos Alves da Silva, para quem a atribuição da guarda a um só cônjuge representa a perda de fato da autoridade parental<sup>313</sup>. A aceitação de uma gradação no exercício das assistências permite compreender melhor a diferença entre guarda e responsabilidades parentais e, conseqüentemente, que reduções no exercício de assistências não alteram a titularidade das responsabilidades parentais, nem o exercício das demais situações jurídicas que decorrem do poder familiar, como é o caso da representação legal.

A necessidade de modulação do cuidado parental deve ter como finalidade o atendimento do melhor interesse da criança. A intensidade do cuidado deve sempre guardar relação com as necessidades do filho e a possibilidade do exercício daquela assistência por um dos pais. Deve-se recusar tentativas de estabelecer as assistências com foco nos pais e

---

<sup>312</sup> Yussef Said Cahali sustenta que o dever de sustento se mantém mesmo com a suspensão ou perda do poder familiar:

“Mas a perda ou suspensão do poder familiar não retira ao filho menor o direito de ser alimentado pelo genitor destituído ou suspenso do seu exercício. Já assinalava Planiol: “Les père et mère restent tenus mêmes quando ils ont été privés de leus puissance paternelle. La déchéance qu’ils encourent les prive de leurs droits (droits de diriger l’éducation, d’administrer les biens de l’enfant, d’em percevoir ler revenus), mais ele ne les libère pas de leurs obligations”.

Aliás, dispunha o Código de Menores (Lei 6.697/1979), art. 45, parágrafo único, que “a perda ou a suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos”. O dispositivo não reaparece no atual Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), mas nada impede a manutenção da eficácia do preceito que nele se contém, salvo na hipótese de perda do poder familiar pela adoção do filho por terceiro.” (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335)

Em sentido contrário, Rolf Madaleno adota o entendimento de extinção do dever de sustento com a suspensão ou extinção do poder familiar:

“Dever de sustento, guarda e educação têm os cônjuges para com os seus filhos menores e incapazes, embora a exoneração alimentar não se dê se a prole estiver estudando e cursando nível de ensino superior, sujeitando os pais pela negligência desse dever até a suspensão ou a destituição do poder familiar (CC, art. 1.638, inc. II), sem olvidar que a Lei n. 13.715, de 24 de setembro de 2018, alterou o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, dispondo sobre novas hipóteses de perda do poder familiar por ato judicial quando um dos detentores do poder familiar praticar contra outrem igualmente titular do poder familiar: (...).” (MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book)

<sup>313</sup> Ver nota 236.

estimulando uma compensação entre um e outro, pois isso conduziria a uma lógica excludente, onde o exercício por um naturalmente reduziria a participação do outro. Por certo, em algumas situações, a atuação de um pai deverá ser compensada com a do outro, para se atender ao melhor interesse, mas essa lógica deve ser residual e subsidiária, preferindo-se a verificação das necessidades dos filhos e como cada pai pode colaborar com o cuidado e desenvolvimento deles.

O artigo 1.584, § 3º, do Código Civil autoriza a produção de prova técnica, seja por orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, para auxiliar o juiz a delimitar os cuidados que devem ser prestados pelos pais aos filhos<sup>314</sup>. Sem prejuízo do uso de prova técnica, um outro método para determinar a extensão dos cuidados parentais pode ser a avaliação dos comportamentos pretéritos para orientar aqueles que serão exercidos. Essa proposta é defendida por Katharine T. Bartlett, para quem a avaliação da guarda a partir de cuidados pretéritos tem melhor possibilidade de determinar o interesse da criança porque reduz o nível de especulação sobre as capacidades dos pais de exercerem o cuidado, reduz a influência das opiniões pessoais dos julgadores e, por último, privilegia os vínculos afetivos da criança e sua necessidade de estabilidade e continuidade<sup>315</sup>. O respeito aos cuidados

---

<sup>314</sup> Art. 1.584. (...)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. ([Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014](#))

<sup>315</sup> “To achieve greater determinacy, advocates have urged the adoption of preferences or presumptions, such as a presumption in favor of the primary caretaker, or in favor of joint custody to both parents. Neither a primary caretaker presumption nor a joint-custody presumption has caught on in a significant way, however, in part because of the understandable reluctance by legislatures and courts to impose a particular post divorce custodial arrangement on all families. The primary-caretaker presumption was adopted for a time in two states, but it was eventually abandoned in both. A number of jurisdictions have adopted statutory language that appears to favor joint custody, yet despite robust advocacy efforts, the commitment to joint custody has been more rhetorical than substantive.

(...)

Past caretaking has both adjudicative and substantive virtues as a determinant of a child’s best interests. In terms of adjudication, it requires the determination of past facts, which courts are accustomed to doing, rather than speculations about the future, which they are not. Because a past-caretaking factor is more determinate than factors relating to the quality of parenting styles or abilities, it reduces the opportunity for judges to rely on their own biases about childrearing, whether those biases be idiosyncratic or conventional. And it reduces the incentives for parents to engage experts to criticize and undermine one another with respect to their parenting efforts and their relationships with their children. Some critics argue that the past caretaking simply gives parents another thing to argue about and thus increases rather than reduces strategic behavior by parents. The evidence of this claim, however, comes from self-reports by parents in cases in which custody evaluations have become necessary—that is, cases in which parents are unable to settle custody matters on their own. For such parents, the question typically is not whether they will fight with each other, but what they will fight about. Given the choice, it seems preferable for parents to disagree over questions of fact that courts can resolve, rather than over often impossible judgments about who is the better parent or what makes for a more successful childhood.

Substantively, past caretaking is a reasonable proxy for the less determinate factors that are generally thought to be related to a child’s best interests. Past caretaking will tend to correspond with the child’s emotional bonds to the parents, parental abilities, and the child’s need for stability and continuity. Past caretaking also takes into

pretéritos, contudo, não pode ser o critério exclusivo, tampouco o determinante, pois ele pode conduzir à exclusão da participação parental quando os cuidados anteriores já não existiam. De modo a evitar que ocorra uma desigualdade injustificada entre os pais, a autora propõe que sejam observados cuidados mínimos à criança pelos pais, quando verificado que a assistência era insignificante no passado ou, ainda, quando outros fatores importantes forem apurados, como, por exemplo, a ocorrência de violência doméstica entre as pessoas envolvidas<sup>316</sup>.

Qualquer que seja o método utilizado para atribuição da guarda, é essencial que ocorra a participação da criança em todas as etapas do processo, mediante o respeito ao direito

account the individual circumstances of the child. When a court approximates past caretaking patterns, a child who has had a primary caretaker will maintain that primary caretaker after the parents' separation, whereas a child who has enjoyed equal caretaking from each parent can expect that arrangement to continue to the extent practicable. An additional advantage is that past caretaking arrangements reflect the lived expectations of the parents themselves. To be sure, the parents' separation changes the circumstances on which these expectations were based. Nonetheless, the Principles assume that, as between the parents and the child, the parents are in the best position to take the actions necessary to support their expectations, and to manage those expectations when they are frustrated." (BARTLETT, Katharine T. *Prioritizing past caretaking in child-custody decisionmaking*. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4387&context=lcp>. Acesso em: 07.dez.2019)

Tradução livre:

Para alcançar uma maior determinação, os defensores pediram a adoção de preferências ou presunções, como uma presunção em favor do cuidador principal e ou a guarda conjunta de ambos os pais. Contudo, nem uma presunção de guarda primária nem uma presunção de guarda compartilhada se deram de maneira significativa, em parte devido à relutância compreensível das legislaturas e dos tribunais em impor um regime particular de custódia pós-divórcio a todas as famílias. A presunção de cuidador primário foi adotada por um tempo em dois estados, mas acabou sendo abandonada em ambos. Várias jurisdições adotaram uma linguagem legal que parece favorecer a guarda conjunta, mas, apesar dos esforços robustos de advocacia, o compromisso com a guarda conjunta tem sido mais retórico do que substantivo.

(...)

Os cuidados anteriores têm virtudes adjudicativas e substantivas como determinantes dos melhores interesses de uma criança. Em termos de adjudicação, exige a determinação de fatos passados, que os tribunais estão acostumados a fazer, em vez de especulações sobre o futuro, o que não são. Como um fator de cuidado passado é mais determinado do que fatores relacionados à qualidade dos estilos ou habilidades dos pais, reduz a oportunidade de os juízes confiarem em seus próprios preconceitos sobre criação de filhos, sejam eles idiossincráticos ou convencionais. E reduz os incentivos para que os pais contratem especialistas para criticar e prejudicar uns aos outros no que diz respeito aos esforços dos pais e ao relacionamento com os filhos. Alguns críticos argumentam que o cuidado passado simplesmente dá aos pais outra coisa a discutir e, portanto, aumenta ao invés de reduzir o comportamento estratégico dos pais. A evidência dessa alegação, no entanto, vem de autorrelatos dos pais nos casos em que as avaliações de custódia se tornaram necessárias - ou seja, nos quais os pais não conseguem resolver os problemas de custódia por conta própria. Para esses pais, a questão normalmente não é se eles vão brigar um com o outro, mas sobre o que eles vão brigar. Dada a escolha, parece preferível que os pais discordem das questões de fato que os tribunais podem resolver, em vez de julgamentos muitas vezes impossíveis sobre quem é o melhor pai ou o que contribui para uma infância mais bem-sucedida."

<sup>316</sup> "Exceptions from the past-caretaking standard are available (1) to ensure that each parent has some reasonable time with the child, even if he or she has not had significant involvement in the child's daily care,<sup>23</sup> (2) to implement parental agreements, which the Principles strongly favor,<sup>24</sup> and (3) to take account of other relevant factors when they clearly outweigh the significance of past caretaking, such as domestic violence." (Ibidem)

Tradução livre:

Exceções do padrão de cuidados passados estão disponíveis (1) para garantir que cada pai tenha um tempo razoável com a criança, mesmo que ele ou ela não tenha tido envolvimento significativo no cuidado diário da criança, <sup>23</sup> (2) para implementar acordos parentais, que os Princípios favorecem fortemente, <sup>24</sup> e (3) que levem em consideração outros fatores relevantes quando superam claramente a importância de cuidados passados, como a violência doméstica.

fundamental de oitiva e opinião, de acordo com o seu desenvolvimento. Sobre esse ponto, é importante reconhecer que a participação da criança não significa o acolhimento da vontade que expresse, mas sim o exercício do direito de expressar seus sentimentos, afetos e desejos, permitindo-lhe que intervenha concretamente na decisão a ser tomada, havendo o dever judicial de analisar, na fundamentação do ato decisório, as questões de fato e de direito que façam parte da opinião infantil<sup>317</sup>.

Um último tópico que merece ser enfrentado nessa questão envolve a possibilidade de um dos pais, ou ambos, optarem pelo não exercício da guarda. Essa previsão consta do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil<sup>318</sup>, que autoriza a fixação da guarda unilateral, no sistema do Código, quando um dos genitores declarar que não deseja a guarda da criança.

Esse artigo parece sem dúvida ter inspiração no entendimento de autonomia privada como “manifestação da vontade do sujeito de direitos em relação a todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não-patrimoniais”<sup>319</sup> ou como “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”<sup>320</sup>, ou, ainda, como “substrato da juridicidade que o ordenamento jurídico reconhece às manifestações de vontade com vistas a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas de qualquer natureza que sejam”<sup>321</sup>. Essa compreensão da autonomia privada como liberdade irrestrita é, contudo, equivocada. Uma das alterações mais profundas e fortes da passagem da autonomia da vontade para a autonomia

<sup>317</sup> Artigo 489, II, e § 1º, do Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>318</sup> Art. 1.584. (...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. ([Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014](#))

<sup>319</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: renovar, 2010, p. 191.

<sup>320</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

<sup>321</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: 2009, p. 91.

privada consiste no reconhecimento de limites internos ao exercício da autonomia, de modo que o exercício da liberdade deve estar dirigido à realização de interesses e funções que sejam merecedoras de tutela e socialmente úteis<sup>322</sup>.

Mais do que isso: o exercício da autonomia privada pode encontrar, além dos limites internos<sup>323</sup>, restrições impostas pelo poder estatal para realizar ou proteger outros interesses que sejam valorativamente mais importantes. Esse parece ser o caso da guarda, em que ascende em importância a criança, pessoa com especial proteção constitucional em razão do seu menor desenvolvimento em relação ao adulto, a atrair normas de solidariedade e responsabilidade dos pais com maior rigor<sup>324</sup>.

A prevalência dos interesses da criança torna impossível a recusa ao cumprimento dos deveres inerentes à parentalidade, pois isso representaria um exercício negativo da autonomia existencial em contrariedade ao princípio do melhor interesse da criança e da parentalidade responsável. Nesse sentido manifesta-se Maria Rita de Holanda Silva Oliveira, cujos argumentos, embora pensados em relação aos efeitos decorrentes do estado de filiação, aplicam-se também à hipótese em tela:

No que se refere ao objeto da tese contudo, integrar um arranjo familiar nem sempre é opção livre, haja vista que por vezes decorre de situações e eventos inegáveis, e o nascimento é um deles. O direito apreende o fato biológico do nascimento como fato capaz de gerar efeitos na esfera da dimensão familiar da filiação e a autonomia negativa constitui-se uma conduta ilícita dado que a ninguém é conferido o direito de não querer ser pai ou mãe após a consumação do fato, estabelecendo-se, por ficção, a irrenunciabilidade do poder familiar como regra.

(...)

Segundo Paulo Lôbo, a paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir.

<sup>322</sup> “(...) os atos de autonomia têm um denominador comum na necessidade de serem direcionados a realizar interesses e funções merecedoras de tutela e socialmente úteis; e na utilidade social há sempre a exigência de que atos e atividades não estejam em contraste com a segurança, a liberdade, a dignidade humana (art. 41, § 2, Const.)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 348)

<sup>323</sup> Em contrário, sustentando a inexistência de limites internos ao exercício da autonomia no âmbito existencial: DALSENTER, Thamís. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 61-63.

<sup>324</sup> “Como elucida a melhor doutrina, enquanto as relações conjugais têm fundamentos na liberdade e na igualdade, as parentais se baseiam justamente na responsabilidade. Mais importante, não se pode deixar de atentar, na relação parental, para a vulnerabilidade de uma das partes, já que o foco dessa relação são os filhos menores a quem o ordenamento deve a máxima proteção por serem pessoas humanas em desenvolvimento. Ressalta-se que “ambas remetem-se, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneira muito particulares”. Nas relações conjugais, os princípios da liberdade e da igualdade, em regra, se sobrepõem ao vínculo de solidariedade familiar; enquanto nas parentais, “o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que há, juntamente com o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes.” (MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 43)

Nesse sentido, a responsabilidade não é apenas dos pais, mas também de todos os que integram as relações de parentesco ou grupo familiar. Em caráter mais amplo, o art. 227 da Constituição impõe à família, à sociedade e ao Estado, deveres em relação à criança e ao adolescente concernente à preservação da vida, à saúde, à educação familiar e escolar, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade, e à convivência familiar.

Esse complexo entrelaçamento de deveres fundamentais existe pelo simples fato da existência da criança e do adolescente, sem necessidade de ser exigível por estas. Basta a situação jurídica da existência, do nascer com vida.

O direito de Família, assim, embora se situe atualmente em um espaço democrático, não dispensa a necessidade de intervenção Estatal, que é revelada em muitas disposições Constitucionais, na medida em que exige garantia da implementação de políticas públicas protetivas.<sup>325</sup>

É possível admitir o exercício da autonomia dos direitos reprodutivos<sup>326</sup>, mas não em relação às consequências deste, particularmente aquelas que afetam os direitos fundamentais dos filhos.

A parte final do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil vai de encontro aos princípios do melhor interesse e da parentalidade responsável, pois não se revela possível a liberdade de decisão no cumprimento dos deveres decorrentes da parentalidade.<sup>327</sup>

<sup>325</sup> OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. *A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro*. 2016. 297 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Pernambuco, 2016, p. 178-179.

<sup>326</sup> Vide nota 113.

<sup>327</sup> O Superior Tribunal de Justiça não enfrentou a constitucionalidade do artigo, mas a jurisprudência não tem admitido que a autonomia dos pais influencie na fixação da guarda compartilhada, o que pode ser estendido à qualquer disciplina da guarda:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.
2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor.
3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, procedimento vedado pela Súmula nº 7/STJ.
4. Recurso especial não provido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.707.499. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/ acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 06.mai.2019)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. NÃO DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADES.

Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

Controvérsia: dizer em que hipóteses a guarda compartilhada poderá deixar de ser implementada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - *jure tantum* - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

IV. A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada, quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar.

Recurso conhecido e provido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.629.994. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 15.dez.2016)

### 3.3. O descumprimento dos cuidados na guarda

Esta seção deste capítulo merece ser iniciada com uma justificativa quanto ao subtítulo escolhido.

---

No Recurso Especial n. 1.773.290-MT o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, cita a possibilidade de fixação de guarda unilateral na forma do artigo 1.584, § 2º, contrapondo-se aos demais julgados da Corte:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C.C. GUARDA DOS FILHOS E PARTILHA DE BENS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA. REGRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. REVELIA. EFEITOS QUE NÃO SE OPERAM NO CASO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR QUE O REQUERIDO TENHA RENUNCIADO TACITAMENTE À GUARDA DOS MENORES. DIREITO INDISPONÍVEL.

NECESSIDADE, PORÉM, DE ANÁLISE DA GUARDA COM BASE NO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. PARTICULARIDADES DO CASO QUE RECOMENDAM O DEFERIMENTO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GENITORA. DECISÃO QUE PODE SER ALTERADA POSTERIORMENTE, DADO O SEU CARÁTER REBUS SIC STANTIBUS. RECURSO PROVIDO.

1. Discute-se no presente recurso se a ausência de manifestação do réu no curso da ação de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. guarda dos filhos e partilha de bens, com a consequente decretação de sua revelia, caracteriza renúncia tácita em relação ao interesse na guarda dos filhos menores, autorizando, assim, o deferimento da guarda unilateral em favor da parte autora.

2. Após a edição da Lei n. 13.058/2014, a regra no ordenamento jurídico pátrio passou a ser a adoção da guarda compartilhada, ainda que haja discordância entre o pai e a mãe em relação à guarda do filho, permitindo-se, assim, uma participação mais ativa de ambos os pais na criação dos filhos.

3. A guarda unilateral, por sua vez, somente será fixada se um dos genitores declarar que não deseja a guarda do menor ou se o Juiz entender que um deles não está apto a exercer o poder familiar, nos termos do que dispõe o art. 1584, § 2º, do Código Civil, sem contar, também, com a possibilidade de afastar a guarda compartilhada diante de situações excepcionais, em observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4. Nos termos do que dispõem os arts. 344 e 345, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 (correspondentes aos arts. 319 e 320, II, do CPC/1973), se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor, salvo se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

5. Sendo o direito de guarda dos filhos indisponível, não obstante admita transação a respeito de seu exercício, não há que se falar em presunção de veracidade dos fatos oriunda da revelia. Em outras palavras, a revelia na ação que envolve guarda de filho, por si só, não implica em renúncia tácita do requerido em relação à guarda compartilhada, por se tratar de direito indisponível.

6. Todavia, tratando-se de demanda que envolve interesse de criança ou adolescente, a solução da controvérsia deve sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação do magistrado.

6.1. Nessa linha de entendimento, independentemente da decretação da revelia, a questão sobre a guarda dos filhos deve ser apreciada com base nas peculiaridades do caso em análise, observando-se se realmente será do melhor interesse do menor a fixação da guarda compartilhada.

6.2. Na hipótese dos autos, revela-se prudente o deferimento da guarda unilateral em favor da genitora, considerando a completa ausência do recorrido em relação aos filhos menores, pois demorou mais de 2 (dois) anos para ser citado em virtude das constantes mudanças de endereço, permanecendo as crianças nesse período apenas com a mãe, fato que demonstra que não tem o menor interesse em cuidar ou mesmo conviver com eles.

6.3. Ademais, na petição inicial foi consignado que um dos motivos para a separação do casal foi em razão "do convivente consumir bebidas alcoólicas e entorpecentes excessivamente" (e-STJ, fl. 10), o que não foi nem sequer levado em consideração pelas instâncias ordinárias ao fixarem a guarda compartilhada.

7. De qualquer forma, em virtude do caráter rebus sic stantibus da decisão relativa à guarda de filhos, nada impede que o decisum proferido neste feito venha a ser modificado posteriormente, sobretudo se o recorrido manifestar seu interesse na guarda compartilhada e comprovar a possibilidade de cuidar dos filhos menores.

8. Recurso provido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.773.290, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJe 24.mai.2019)

Tradicionalmente, no direito civil, denomina-se como inadimplemento as situações de inexecução da prestação devida pelo devedor ao credor. Mais modernamente, essa noção foi submetida a um processo de funcionalização, de modo que, atualmente, o inadimplemento é entendido como o não atendimento em concreto do interesse do credor<sup>328</sup>. Embora pertençam a marcos teóricos e históricos distintos, ambos os conceitos se desenvolvem em torno das noções de crédito e débito inerentes à relação obrigacional e exigem do devedor a realização de um determinado comportamento que satisfaça ao credor<sup>329</sup>, sob pena de eficácia da responsabilidade pela sua realização.

Se, de um lado, é pacífico que o objeto da obrigação consiste num comportamento do devedor<sup>330</sup>, de outro lado, ainda existem fortes discussões sobre a exigência de patrimonialidade desse objeto, ou seja, se ele deve ser economicamente apreciável para qualificar-se como obrigação ou para ser exigível.

Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería buscam demonstrar que, embora a patrimonialidade seja elemento da obrigação, ela deve ser aferida a partir da “valoração da própria conduta humana exigível do devedor que é objeto da relação” e não pelas consequências econômicas do descumprimento<sup>331</sup>, de modo que “restariam, portanto, desqualificadas situações que mereceriam proteção obrigacional, apesar de não serem patrimoniais”<sup>332</sup>.

Muito embora reconheçam que a patrimonialidade reside na proteção do interesse sob uma perspectiva funcional, o que permite reconhecer proteção a situações jurídicas patrimoniais, existenciais ou dúplices<sup>333</sup>, os autores rechaçam a possibilidade de tratamento normativo idêntico no inadimplemento dessas situações jurídicas exatamente para preservar os diferentes perfis funcionais dessas situações.

<sup>328</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no RESP 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

<sup>329</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8-9.

<sup>330</sup> “No entanto, à diferença da teoria personalista clássica, a atual procura livrar a relação obrigacional da ótica proprietária, tão arraigada na cultura jurídica, que, como visto, concebe o direito do devedor como espécie de propriedade sobre o ato do devedor. Como já se observou, o credor tem direito à prestação, isto é, de exigir do devedor a necessária cooperação para a satisfação do seu interesse.” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 7, jul./dez. 2012. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 09.dez.2019.

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 3-24, v. III.

De modo geral, o processo de qualificação no direito tem por finalidade a identificação da disciplina da relação jurídica concreta. Como destacado, a perspectiva funcional é a mais adequada para guiar esse processo de qualificação, pois a identificação da função permite a determinação da estrutura jurídica mais adequada a tutelar os interesses das partes envolvidas. Assim, é com base no exame da função que se poderá decidir, no caso concreto, acerca da situação jurídica apta a efetiva a tutela do interesse em exame.

A estrutura em questão é a do direito de crédito, que, como se sabe, rege-se pelas normas do direito das obrigações. Mesmo uma observação superficial já revela o objetivo por elas perseguido: são normas cujo descumprimento acarreta, em última instância, a conversão da prestação em perdas e danos; são normas que visam assegurar que a conduta do devedor seja realizada em toda a extensão pactuada, e apenas até esta extensão; são normas que, em caso de obrigações recíprocas, visam assegurar o equilíbrio entre as prestações, a correspectividade ou sinalagmaticidade; são normas que tratam o direito de exigir seu cumprimento como valor ativo do patrimônio do titular que pode ser cedido, especialmente de forma onerosa. Enfim, são normas escritas, criadas, construídas, tendo em vista precipuamente a circulação de valores econômicos no mercado.

Permitir que deveres de cunho não patrimonial sejam reconduzidos a este mesmo tratamento normativo não significa alçá-los ao alto patamar das obrigações, mas sim rebaixá-los ao mercantil tratamento das relações patrimoniais. Significa desconsiderar o elemento característico de tais deveres que justifica que eles, à luz da normativa constitucional, recebam tratamento diferenciado.<sup>334</sup>

São esses os motivos que justificam a substituição da expressão “inadimplemento” por “descumprimento” no subtítulo desta seção. Objetiva-se, com isso, destacar as diferenças entre as funções das situações patrimoniais e das existenciais, ainda que estas, excepcionalmente, venham a ser convertidas em pecúnia em razão do não cumprimento. Prefere-se a expressão “descumprimento” mesmo diante do dever de sustento que, apesar de ser composto, em parte, por prestação pecuniária, é uma assistência funcionalizada ao desenvolvimento da criança em uma pessoa adulta, razão pela qual se reforça o perfil funcional deste instituto<sup>335</sup>.

Ultrapassada a questão terminológica, deve-se ressaltar que o descumprimento pode ocorrer pela prática de ato ilícito ou por abuso do direito. De acordo com Heloisa Carpena, no ato ilícito, “o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta”, enquanto no abuso do direito, “há uma violação

<sup>334</sup> KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 19, jul./dez. 2012. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 09.dez.2019.

<sup>335</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 16, v. III.

dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento”<sup>336</sup>. Não há impedimento à utilização desses institutos, forjados nas situações patrimoniais, às situações existenciais tratadas nesta tese, pois, segundo Eduardo Nunes de Souza, “relevante parcela da doutrina brasileira contemporânea também reconhece que o exercício disfuncional pode recair sobre situações existenciais”<sup>337</sup>, seguindo entendimento adotado por Maria Celina Bodin de Moraes:

O abuso do direito ocorre, pois, especialmente, quando o exercício do direito, antissocial, compromete o gozo dos direitos de terceiros, gerando objetiva desproporção, do ponto de vista valorativo, entre a utilidade do exercício do direito por parte de seu titular e as consequências, advindas desse exercício, que outros têm que suportar.<sup>338</sup>

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues também defendem a aplicação do abuso do direito no âmbito do direito de família, seja pela inexistência de impedimento técnico-teórico, seja porque “representa uma violação aos espaços de liberdade em situações jurídicas familiares atreladas à realização da pessoa, os quais são delimitados por seus fins sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes”<sup>339</sup>.

Uma última consideração geral sobre o descumprimento da guarda pelos pais refere-se ao papel desempenhado pelo filho. Vale lembrar que em uma leitura civil-constitucional a criança não é objeto do direito, mas pessoa à qual são assegurados direitos e garantias fundamentais, dentre as quais inclui-se o acesso à justiça<sup>340</sup>. É consequência do acesso à justiça a possibilidade de a criança exigir ou questionar o cumprimento dos deveres inerentes

---

<sup>336</sup> CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código Civil de 2002: relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381.

<sup>337</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2293, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 09.dez.2019.

<sup>338</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 181.

<sup>339</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, p. 6, jan.-mar./2013. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 09.dez.2019.

<sup>340</sup> O direito de acesso à justiça consta do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 e, especificamente em favor de crianças, nos artigos 3º e 12 da Convenção sobre Direitos da Criança e artigo 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.”

à guarda. No plano processual, isso significa que a criança pode ser autora, por si ou por seu representante legal ou curador especialmente designado<sup>341</sup>, de ação judicial para esses fins.

Para uma análise do descumprimento dos cuidados da guarda, propõe-se uma separação entre o descumprimento que afeta diretamente os interesses do filho, e aquele que afeta primariamente o outro genitor com reflexos sobre os filhos.

### 3.3.1. O descumprimento das assistências devidas diretamente aos filhos

A guarda envolve essencialmente três espécies de assistência aos filhos: assistência pessoal, que envolve o desenvolvimento pessoal, afetivo e familiar da criança, assistência educacional, que corresponde ao dever de fornecer educação - no sentido formal - e assistência financeira, que consistente no dever de sustento aos filhos.

A melhor disciplina dos efeitos do descumprimento dessas assistências existente na legislação civil parece ser o dever de sustento. Esse dever abstrato transforma-se em obrigação concreta no momento em que um título executivo, judicial ou extrajudicial<sup>342</sup>, fixa o valor dos alimentos<sup>343</sup>, ou seja, determina a proporção entre necessidade e possibilidade dos pais e dos filhos. Descumprida a obrigação constante de título judicial, abrem-se duas possibilidades ao filho: a primeira opção é requerer o cumprimento do título pelo rito do

---

<sup>341</sup> Vejam-se o artigo 1.692 do Código Civil e o parágrafo único do artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial.”

“Art. 142. (...)”

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.”

<sup>342</sup> Código de Processo Civil, artigo 784:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

(...)

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

<sup>343</sup> De acordo com o artigo 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968, os alimentos são devidos a contar da citação (“§2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação).

Em oposição ao texto legal: DIAS, Maria Berenice. *Termo inicial da obrigação alimentar na ação de alimentos e investigação de paternidade*. Disponível em [http://mariaberenice.com.br/uploads/16\\_-\\_termo\\_inicial\\_da\\_obriga%27%E3o\\_alimentar\\_na\\_a%27%E3o\\_de\\_alimentos\\_e\\_na\\_investigat%27F3ria\\_de\\_paternidade.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/16_-_termo_inicial_da_obriga%27%E3o_alimentar_na_a%27%E3o_de_alimentos_e_na_investigat%27F3ria_de_paternidade.pdf). Acesso em: 09.dez.2019)

artigo 528 do Código de Processo Civil<sup>344</sup> que admite a prisão civil por dívida alimentar em relação às três prestações vencidas até a data do pedido de execução<sup>345</sup>, desde que não ocorra o adimplemento ou seja apresentada justificativa legítima em três dias da notificação judicial ao devedor<sup>346</sup>. Em relação às prestações vencidas há mais de três meses do cumprimento da sentença, a execução pode ser realizada através da responsabilidade patrimonial do devedor, observado o artigo 528, § 8º, do Código de Processo Civil<sup>347</sup>. As prestações deverão ser acrescidas de juros de mora e atualização monetária, a teor do artigo 404 do Código Civil<sup>348</sup>. Facultativamente, pode o credor de alimentos eleger o rito de cumprimento de sentença ao invés do procedimento previsto no artigo 528 do Código de Processo Civil em relação às três últimas prestações vencidas<sup>349</sup>.

<sup>344</sup> Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 517](#).

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

<sup>345</sup> E, também, o enunciado de súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça: “o débito alimentos que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.”

<sup>346</sup> A mesma disciplina aplica-se aos alimentos fixados em título extrajudicial, a teor do artigo 911 do Código de Processo Civil:

“Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os [§§ 2º a 7º do art. 528](#).”

<sup>347</sup> Art. 528. (...)

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaído a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

<sup>348</sup> Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

<sup>349</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. REGIME FECHADO. NORMA COGENTE. ARTS. 528, § 4º, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E 713 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. SÚMULA Nº 309/STJ. APLICABILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O princípio da paternidade responsável consta da Constituição Federal em seu art. 227, caput, e representa uma das facetas da dignidade humana.

3. O direito a alimentos é urgente pela mera circunstância de que visa garantir a própria sobrevivência do beneficiário, não havendo espaço para interpretação diversa.

Além do não pagamento dos alimentos, essa assistência pode ser descumprida pelo mau uso dos recursos financeiros, quando eles são desviados do desenvolvimento em favor dos filhos.

Esse descumprimento é particularmente complexo. Em primeiro lugar, porque a titularidade das situações jurídicas pertence ao filho, que, contudo, não as administra por si mesmo. A administração é realizada pelos pais, por força da representação legal e da extensão das responsabilidades parentais à gestão do patrimônio dos filhos. Ou seja, o filho precisaria do suprimento da capacidade processual por um dos pais ou por curador especial para discutir judicialmente o mau uso de recursos financeiros<sup>350</sup>.

Em segundo lugar, a dissociação entre titularidade dos recursos financeiros e responsabilidade pela administração impediria que ao filho fosse exigida a prestação de contas, pois essa atividade não lhe pertence. E o filho não pode responder por fato praticado por seu representante legal<sup>351</sup>.

4. A eleição do rito de execução por dívida alimentar é de livre escolha do credor, tanto na hipótese de versar sobre título judicial, como extrajudicial (arts. 528, §§ 3º e 8º, e 911 do CPC/2015).

5. O procedimento executório relativo à coação pessoal exige que o crédito alimentar tenha prestação pecuniária limitada às últimas três prestações antecedentes ao ajuizamento da execução e às que se vencerem no curso do processo (arts. 733 do CPC/1973 e 528, § 4º, do CPC/2015 e Súmula nº 309/STJ).

6. O acórdão proferido pela Corte local destoa do art. 528, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 que prevê, expressamente, que, em caso de inadimplemento de prestação alimentícia, "a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns".

7. Recurso especial provido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.557.248, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 15.fev.2018)

<sup>350</sup> Em sentido contrário ao entendimento adotado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. FAMÍLIA. AVÓ PATERNA ALIMENTANTE. NETO INTERDITO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS ALIMENTOS PELA CURADORA. INCIDENTE PROCESSUAL APENSO À AÇÃO DE INTERDIÇÃO. RECURSO DE DECISÃO EXARADA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DA ALIMENTANTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 499, § 1º, E 1.177, II, DO CPC. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. De acordo com as regras dos arts. 499 e 1.177, II, do CPC, a avó paterna alimentante reúne legitimidade e interesse para interpor agravo de instrumento contra decisão exarada em sede de prestação de contas dos alimentos, pois tem interesse em intervir no processo no qual se analisam as contas abrangendo a administração, pela curadora, dos alimentos que presta ao neto, declarado absolutamente incapaz. É notório o nexo de interdependência entre o interesse de intervir, do terceiro alimentante, e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, a adequada ou correta administração dos recursos pertencentes ao interdito.

2. Recurso especial provido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 703.434, Relator Ministro Raul Araújo 4ª Turma, DJe 16.jun.2014)

<sup>351</sup> A aplicação de sanção à criança por fato imputável ao representante legal foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.508.671-MG sobre os efeitos da ausência da criança em exame de DNA por culpa da genitora. Discutia-se, no caso, se era possível a aplicação da presunção legal dos artigos 232 e 233 do Código Civil. O Tribunal entendeu pela inaplicabilidade da presunção em desfavor da criança por fato que não deu causa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PAI REGISTRAL INTERDITADO. DEMANDA AJUIZADA POR CURADOR. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO

Em terceiro lugar, mesmo que haja certeza quanto ao desvio no uso dos recursos, não haveria como restituir ao devedor a parcela paga indevidamente a título de alimentos<sup>352</sup>, seja porque tal medida atentaria contra a finalidade dos alimentos como também porque os alimentos não admitem compensação<sup>353</sup>. Se o desvio ocorresse na administração dos bens do filho, não seria possível a um dos pais reaver os valores usurpados porque ele sequer é titular do patrimônio.

SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. GENITORA QUE SE RECUSA A REALIZAR O EXAME DE DNA NA FILHA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E DAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O curador atua como representante processual do titular do direito material, não podendo ser confundido com o substituto processual. O fundamento de que o curador não possui legitimidade para ajuizar a ação de impugnação de registro não prospera, pois não é parte da demanda, mas atua em juízo para suprir a incapacidade processual do pai registral interditado.

2. É possível a desconstituição do registro quando a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), sem estabelecer vínculo de afetividade com a infante.

Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. A filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. A socioafetividade se consolidaria caso o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico da requerida, mantivesse com esta, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.

3. Nas situações em que a genitora é quem se recusa a realizar o exame de DNA na filha, não é aplicável o enunciado n. 301 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Controvérsia que deve ser solucionada a partir da ponderação dos melhores interesses da descendente, levando-se em consideração a eficácia probatória da negativa da mãe, de acordo com as demais provas dos autos, já que inadmissível a produção compulsória do exame. Diante das peculiaridades do caso, notadamente em face da comprovação da inexistência da afetividade paterno-filial e da ausência de interesse em construí-la, impositiva a desconstituição do registro.

4. Recurso especial desprovido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.508.671, Relator Ministro Marco Aurélio Belizze, 3ª Turma, DJe 09.nov.2016)

<sup>352</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DEVEDOR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CRÉDITO. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO. VALORES. GUARDA. EXCLUSIVIDADE. IRREPETIBILIDADE. UTILIDADE. AUSÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A ação de prestação de contas tem a finalidade de declarar a existência de um crédito ou débito entre as partes.

3. Nas obrigações alimentares, não há saldo a ser apurado em favor do alimentante, porquanto, cumprida a obrigação, não há repetição de valores.

4. A ação de prestação de contas proposta pelo alimentante é via inadequada para fiscalização do uso de recursos transmitidos ao alimentando por não gerar crédito em seu favor e não representar utilidade jurídica. 5. O alimentante não possui interesse processual em exigir contas da detentora da guarda do alimentando porque, uma vez cumprida a obrigação, a verba não mais compõe o seu patrimônio, remanescendo a possibilidade de discussão do montante em juízo com ampla instrução probatória.

6. Recurso especial não provido.

(BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.637.378. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, 3ª Turma, DJe 06.mar.2019)

<sup>353</sup> Código Civil, artigo 373:

“Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

(...)

I – se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos;”

O equívoco dessa construção parece ser a observação feita por Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería, anteriormente citada, de se buscar aplicar uma sistemática típica de situações patrimoniais a outras situações que são, total ou parcialmente, existenciais. Os alimentos são uma prestação que têm como função dar aporte financeiro para o desenvolvimento dos filhos e na qual o devedor conjuga os papéis de assistente pessoal, educacional e financeiro. Ou seja, os alimentos são parte de um complexo de cuidados inerentes à guarda e às responsabilidades patrimoniais, cujo cumprimento não é satisfeito apenas pela entrega da pecúnia, mas está intrinsecamente vinculado ao cuidado (como um todo) dos filhos.

Existe, portanto, o dever dos pais de fiscalizar o uso adequado dos recursos financeiros destinados aos filhos, mas essa prestação de contas, como denominada no artigo 1.583, § 5º<sup>354</sup>, do Código Civil, não tem por finalidade a restituição de indébito ao devedor, mas assegurar que ocorra a reversão de valores em favor da criança ou, ainda, a alteração da assistência da guarda de modo a preservar o melhor interesse da criança<sup>355</sup>.

Repita-se que a obrigação alimentar tem ínsita uma parcela patrimonial, sendo possível o uso de instrumentos típicos do direito obrigacional para buscar soluções para suprir o seu descumprimento. Mas, fica clara a opção da legislação civil em adotar uma disciplina própria para o cumprimento forçado da obrigação alimentar, o que só se explica pela função concreta que ela exerce.

Essa mesma característica não existe nas assistências pessoal e educacional, que são estritamente situações jurídicas existenciais

Em um primeiro momento, deve-se verificar a possibilidade de se cumprir essas assistências pela utilização de instrumentos jurídicos de coerção ou de substituição do comportamento do devedor pela atuação judicial. O artigo 536 do Código de Processo Civil é o fundamento jurídico dessa solução<sup>356</sup>, da qual são previsões específicas a determinação

---

<sup>354</sup> Art. 1.584. (...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

<sup>355</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. *Revista do Ministério Público do Pará*, Belém, a. 5, v. 1, p. 49-66, dez. 2010.

<sup>356</sup> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

judicial de matrícula da criança na rede de ensino e a adoção de medidas visando ao reconhecimento da filiação<sup>357</sup>. Considerando o caráter personalíssimo do dever de cuidado, não há viabilidade processual de instrumentos que tenham por objetivo impor a realização pessoal da assistência por parte do pai que descumpra o dever jurídico. Uma determinação judicial nesse sentido seria lícita, mas ineficaz. Além disso, deve-se questionar se a prestação realizada com forte oposição pelo devedor atende ao melhor interesse.

Quando essas providências não foram eficazes para assegurar o melhor interesse dos filhos, deve-se cogitar a adoção de medidas mais intensas, como a alteração das assistências entre os pais, a atribuição de parte ou de todo cuidado a uma ou mais pessoas que não sejam os pais e, inclusive, a suspensão ou a extinção das responsabilidades parentais e, também, o acolhimento institucional ou familiar<sup>358</sup>. Neste ponto, há que se ter em perspectiva que a

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no [art. 846, §§ 1º a 4º](#), se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o [art. 525](#), no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

<sup>357</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 101 e 102:

“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

(...)

Art. 102. As medidas de proteção de que trata este Capítulo serão acompanhadas da regularização do registro civil. [\(Vide Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

§ 1º Verificada a inexistência de registro anterior, o assento de nascimento da criança ou adolescente será feito à vista dos elementos disponíveis, mediante requisição da autoridade judiciária.

§ 2º Os registros e certidões necessários à regularização de que trata este artigo são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade.

§ 3º-Caso ainda não definida a paternidade, será deflagrado procedimento específico destinado à sua averiguação, conforme previsto pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. [\(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

§ 4º-Nas hipóteses previstas no § 3º deste artigo, é dispensável o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público se, após o não comparecimento ou a recusa do suposto pai em assumir a paternidade a ele atribuída, a criança for encaminhada para adoção. [\(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

§ 5º-Os registros e certidões necessários à inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade. [\(Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)

§ 6º-São gratuitas, a qualquer tempo, a averbação requerida do reconhecimento de paternidade no assento de nascimento e a certidão correspondente. [\(Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016\)”](#)

<sup>358</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 101:

“Art. 101. (...)

VII – acolhimento institucional;

VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX – colocação em família substituta.

diretriz é o atendimento ao melhor interesse da criança, e não a punição do pai que descumpre o dever de assistência; esse objetivo deve ser secundário e ser exercitado na medida e extensão que cumpra o melhor interesse da criança<sup>359</sup>.

Essa solução é, a propósito, adotada na Lei n. 12.318/2010 como forma de eliminação de atos de alienação parental<sup>360</sup> e a sistemática deve ser ampliada a outros temas que se relacionem com o exercício da guarda e a preservação do melhor interesse dos filhos, quando se pensa o sistema de proteção à infância como um complexo de normas que se submete à autoridade axiológica da Constituição da República de 1988.

---

§ 1º. O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

<sup>359</sup> “Uma vez constatada e declarada a prática de alienação parental, é necessário, em primeiro lugar, impor medidas para proteger o menor, restaurar sua integridade psíquica e garantir o direito à convivência familiar com o genitor alienado.

Neste aspecto se impõe uma reflexão cuidadosa. O comportamento do alienador é ilícito e lesa não só os melhores interesses da criança e do adolescente, como também direitos do genitor alienado. Aqui, mais uma vez surgem desafios difíceis de serem superados, pois é questão candente se as sanções previstas na legislação especial são eficientes para atingir a teleologia das normas que visam, em única instância, proteger a criança e o adolescente. Muito se fala em sanções que devem ser impostas ao alienador como resposta jurídica aos ilícitos por ele perpetrados. Não se olvida da necessidade da coerção jurídica, mas a punição jurídica deve ser imposta de forma técnica, respeitado o princípio constitucional da pessoalidade da pena, no intuito de evitar que a criança também acabe por experimentar, ainda que indiretamente, reflexos da sanção imposta ao genitor alienador.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Alienação parental: aspectos materiais e processuais*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, p. 20-21, jan.-mar./2013. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em 09.dez.2019)

<sup>360</sup> Nesse sentido, os artigos 4º, 6º e 7º da lei:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Fora do âmbito das normas de direito de família, é possível tratar do descumprimento do dever de cuidado na interseção entre esse ramo jurídico e a responsabilidade civil, no que tem sido comumente chamado de abandono afetivo ou moral, e cuja solução é, em regra, a condenação do pai ao pagamento de uma indenização pecuniária. Essa solução não será desenvolvida nesta tese porque demandaria revolver as teorias de conduta, ilicitude, dano e nexos causal na responsabilidade civil, afastando-se dos objetivos centrais de desenvolver a guarda, seu conteúdo e exercício no direito de família<sup>361</sup>.

### 3.3.2. O descumprimento da guarda que afeta o outro genitor e o filho comum

O descumprimento da guarda que repercute entre os pais ocorre quando um deles interfere ou impede que o outro pai exerça as assistências que lhe competem. Embora se afirme que o descumprimento afeta diretamente um dos pais, esse tipo de violação acaba atingindo o filho comum em alguma medida, pois ele é o beneficiário do cuidado que está sofrendo ingerência. Se essa interferência estiver ocorrendo com o objetivo de afetar a formação psicológica da criança, passa-se ao domínio da alienação parental, que, em verdade, consiste primordialmente em violação a direito da criança, de modo que se indicam, sobre esse tema, os tópicos anteriores deste capítulo.

A interferência de um dos pais pode ocorrer com o descumprimento da distribuição da convivência, quando um dos pais decide permanecer com a criança por mais tempo do que lhe seria possível. A solução jurídica para essas situações é o ajuizamento de ação de busca e apreensão, com fundamento no artigo 1.634, VIII, do Código Civil<sup>362</sup>. Vicente Sabino Junior afirma que o direito de reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha se concretiza por meio

<sup>361</sup> Sobre abandono afetivo: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). *A outra face do poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 446-474; LEITE, Eduardo de Oliveira. A omissão (abandono afetivo) e a ação (alienação parental) como condutas desencadeadoras da reparação de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun. *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 526-545; NERI, Claudio Bispo. Abandono afetivo e material e a possibilidade de compensação pecuniária. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes Mello; PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de. *Os direitos da personalidade à luz dos novos paradigmas jurídico-metodológicos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 135-152; COSTA, Débora Souto. O abandono afetivo e o dano moral à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese: direito de família*, v. 18, n. 105, p. 9-76, dez./jan. 2017/2018; MORAES, Maria Celina Bodin de. O abandono moral e a alienação parental como causadores de danos morais indenizáveis nas relações paterno-filiais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.) *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 529-550.

<sup>362</sup> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

(...)  
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

de ação que “é a forma última da ação de vindicação e do interdito de exibição e ducção do filho, que o direito romano, como ação vindicatória, e acomodara aos tempos novos”<sup>363</sup>.

Não deve haver dúvidas de que a origem da busca e apreensão de filhos são as ações do direito romano de reivindicação de propriedade. Segundo João Arruda, o pátrio poder romano era muita semelhante à propriedade, o que permitiria uma conclusão segura de que primitivamente não se distinguiam os dois institutos. A consequência, e aqui cita Voecio, é que dessa noção de propriedade surgiram as ações *vindicatio liberorum ex jure quiritium*, *interdictum de liberis exhibendis*, *actio furti*, *utilis de sero corrupto*, *legis Aquilioz* e outras semelhantes<sup>364</sup>.

Mesmo com a advertência de Pontes de Miranda “que a ação de busca e apreensão tenha se livrado de todo o caráter reivindicatório, já incompatível com o conceito pós-romano de pátrio poder”<sup>365</sup>, a expressa disposição legal que a autorize faz permanecer o caráter proprietário da guarda.

A lógica proprietária é completamente incompatível com a posição da criança como pessoa, titular de direitos, pois a rebaixa ao nível de objeto do direito. A manutenção da possibilidade de se discutir violação de regras de convivência dos pais com os filhos por busca e apreensão constitui uma violação direta ao princípio da dignidade, ao princípio do melhor interesse da criança e à doutrina da proteção integral. É, enfim, um retorno à guarda como posse e custódia física, ao invés da pretensão de reconfigurá-la como “cuidado com”.

O respeito aos tempos de convivência de cada um dos pais deve ser feito, judicialmente, através de instrumentos de execução de título judicial ou extrajudicial, sem a denominação “busca e apreensão”, para não reificar a criança, impondo-se ao pai violador o dever de respeitar a decisão judicial ou, caso a violação permaneça, facultado o uso dos instrumentos de força inerentes às atividades do poder judiciário como multa e substituição do comportamento devido pela atuação judicial.

---

<sup>363</sup> SABINO JUNIOR, Vicente. *Direito e guarda do filho menor*. Rio de Janeiro: Alba, 1968, p. 201.

<sup>364</sup> ARRUDA, João. Pátrio poder. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 18, p. 70, 1910.

<sup>365</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 155, t. 9.

## CONCLUSÃO

A proposta nesta tese era promover um debate sobre o significado da guarda e propor uma alteração em seu conteúdo. O ponto de partida para dar início a essa discussão foi buscar conhecer quem é a criança para o direito e como ela está refletida nas normas jurídicas. A escolha desse marco inicial não é aleatória, ao contrário, serve para atribuir significado jurídico a um fenômeno que costuma ser objeto de apreensão com maior força na existência social e cultural. A criança como fenômeno jurídico é um movimento muito recente na história e ainda envolvido muito mais em sentimentos e afetos do que em padrões normativos.

Para o Direito brasileiro, criança é a pessoa que tem até dezoito anos de idade, ou, como consta do Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa que tem até doze anos de idade, e quem tem entre doze e dezoito anos de idade é chamado de adolescente. Um e outro uso estão corretos, uma vez que a Convenção sobre Direitos da Criança foi incorporada ao ordenamento brasileiro via decreto e nela usa-se a primeira definição citada de criança, mas, no Estatuto da Criança e do Adolescente, prevalece a segunda definição e a bipartição desse período que representa os estágios iniciais de desenvolvimento humano.

O status de pessoa conferido à criança é fruto de amplos debates sobre direitos humanos no cenário internacional, do qual o Brasil se beneficiou. E foi apenas com esse reconhecimento, ocorrido há apenas três décadas atrás, no final da década de 1980, que a criança passou a titularizar direitos. Ainda assim, essa ascensão parece ter sido mal compreendida na teoria do direito civil, cuja origem reside na confusão entre criança, menoridade e incapacidade. Criança é delimitada por limites etários, que, embora influenciados por outras ciências, não permitem a conclusão de que toda criança é menor de idade nem que ela seja incapaz; pode haver crianças com plena capacidade civil.

A dissociação entre esses institutos – criança, menoridade e incapacidade – contribui para que se entenda a criança como pessoa, mas uma pessoa a quem deve ser conferida especial proteção, porque existe uma vulnerabilidade inerente ao seu estágio de desenvolvimento e que justifica a existência de um complexo de normas de proteção que buscam assegurar à criança um amadurecimento saudável e a sua futura constituição como adulto. É essa a função que exercem as responsabilidades atribuídas aos pais, a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse, dentre outros, previstos no direito brasileiro.

No âmbito específico do direito de família, essa desvinculação entre criança e incapacidade revela sua força na transformação das responsabilidades parentais e na confirmação da família como uma sociedade democrática em que a criança tem direito a escuta e a participação ativa. Afasta-se a ideia de que a criança é um objeto a responder aos comandos dos pais e em benefícios destes para transformar as responsabilidades parentais em deveres vinculados ao desenvolvimento infantil.

O novo status jurídico de pessoa conferido à criança e a consequente impossibilidade de normatizar seus interesses por normas típicas de situações patrimoniais influenciaram profundamente os estudos sobre poder familiar ou autoridade parental ou responsabilidades parentais, mas, curiosamente, tiveram baixo impacto sobre a guarda. É possível que essa pouca influência sobre a guarda tenha origem na circunstância de ser ela mesma um disruptor no ordenamento. Guarda é um fenômeno que só precisou ser debatido quando, em 1916, admitiu-se o desquite. Mesmo após a previsão no Código Civil de 1916, o desquite tinha uma valoração jurídica e social negativa, tanto que a legislação buscava reprimir a sua efetivação, seja criando hipóteses restritivas para a dissolução da sociedade conjugal ou obstáculos procedimentais. A guarda foi um desses instrumentos de desincentivo ao desquite ao prever como regra principal que a guarda, prevista em lei como uma quase-exclusão do exercício das responsabilidades parentais, seria atribuída ao cônjuge inocente no desquite.

Embora o desquite tenha sido substituído pela separação e o divórcio tenha sido incorporado no ordenamento, essa lógica sistêmica permaneceu até a Constituição da República de 1988. E, até essa data, não havia preocupação sobre a guarda fora do casamento porque filhos ilegítimos não tinham o direito de conviverem com seus pais.

Olhando com mais cuidado, a guarda é um instituto que concentra vários debates importantes: o reconhecimento da criança como pessoa e seu lugar na guarda; como consequência, a impossibilidade de se manter o sentido de guardar próximo ao de custódia física ou depósito, considerada a sua aproximação com objeto, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana; o punitivismo no direito civil via modulação da guarda a depender de aferição de culpa; o papel do Estado sobre a liberdade familiar para fins de definição de culpa; e, a preferência materna na guarda por uma suposta melhor capacidade de exercer os cuidados com os filhos, o que remete a um debate feminista no direito de família, e as dificuldades desse entendimento diante de pais homossexuais.

Uma das primeiras tentativas que surgiram para dar conta dessas inconsistências foi a previsão da guarda compartilhada no direito de família. Definida como o compartilhamento de responsabilidades entre os pais que não convivem entre si, a guarda compartilhada

representou, de fato, um avanço normativo e colocou em perspectiva o cuidado parental para os filhos e a igualdade de gêneros nesses cuidados.

Ainda assim, a guarda compartilhada é insuficiente para responder a todas as críticas que a guarda nos traz. Especialmente, a guarda compartilhada foi incapaz de se diferenciar da guarda unilateral, pois, enquanto a primeira está baseada no sentido jurídico de guarda, a segunda tem um conceito de guarda física, tornando os dois institutos incomparáveis entre si porque traduzem hipóteses distintas. Além disso, a guarda compartilhada não conseguiu responder adequadamente ao significado do que fosse “compartilhamento de responsabilidades”, gerando dúvidas se seria divisão de tempo de convivência com os filhos, multiplicidade de moradias ou divisão de tarefas, assim como tornando debatido o papel do outro genitor na guarda. Esses questionamentos também impactaram a guarda unilateral, notadamente em como responder a atribuição da custódia física do filho a um dos pais e o que isso significaria em contraponto à manutenção das responsabilidades do outro pai em decorrência da parentalidade responsável.

A busca por respostas apenas no Código Civil é infrutífera, mas, olhando o Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra-se no artigo 33 um caminho para reconstrução da guarda que é alinhada ao status da criança: guarda é instituto que se destina a assistência moral, material e educacional da criança. A síntese desse artigo nos mostra que a guarda é a expressão dos cuidados parentais devidos à criança.

Compete aos pais, como decorrência da doutrina da proteção integral, do princípio do melhor interesse da criança e do princípio da parentalidade responsável, prestar assistência aos filhos, desenvolvendo suas habilidades pessoais, afetivas e sociais, provendo o seu sustento e promovendo sua educação, seja ela formal ou informal.

A tradução da guarda como cuidado supera a objetivação anterior da custódia, na medida em que o relevante não é quem detém a criança, mas quais assistências são prestadas a ela. Nesse sentido, o local de residência, domicílio ou permanência da criança é vinculado ao cumprimento das assistências, mas é o debate em si.

Além disso, como o cuidado é relacional, ou seja, demanda que se analise tanto o cuidador como a pessoa que recebe o cuidado, pode-se buscar ajustes na guarda que se adequem às capacidades, habilidades, possibilidades e aptidões dos pais, o que, ao final, maximiza a assistência prestada ao filho. Em verdade, o modelo de guarda como cuidado se orienta de modo mais seguro em direção ao melhor interesse da criança, sem, contudo, obscurecer a pessoa dos pais e suas potencialidades como cuidadores. Ao fim, existe a possibilidade de se construir formas de assistências com base em experiências reais e

fundamentados nas possibilidades e necessidades de todos os envolvidos, o que, inegavelmente, privilegia o ideal de igualdade material previsto no texto constitucional.

A mudança de viés traduz-se não apenas na determinação e exercício da guarda, mas nas consequências do não cumprimento. Ao invés de se buscar um sistema de punição, em que o pai perde uma situação jurídica quando descumpre o dever de cuidado, o objetivo é o de reparar a assistência à criança, mediante a redistribuição dos deveres de cuidado entre os pais ou entre pais e terceiros ou só a terceiros ou incentivando a parentalidade responsável com incentivos do tipo de fomento a participação de cursos de parentalidade, tratamento de saúde e acompanhamento psicossocial, ou mesmo instrumentos processuais específicos de coerção, como a multa. É possível que a faceta mais visível dessa guarda seja a substituição da ação de busca e apreensão pelo cumprimento de obrigação de fazer, uma vez que a ação de busca e apreensão surgiu para responder a violações em situações jurídicas patrimoniais e sua transposição para situações existenciais é incompatível com a sua natureza.

O que se propõe, enfim, é o aprofundamento do debate em torno da personificação ou despatrimonialização da guarda parental de crianças, reconhecendo-se efetivamente a estas o reconhecimento como pessoas e a tutela jurídica correspondente ao que essa qualificação exige.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.
- AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: uma nova realidade para o direito de família brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). 3ª ed. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2018. E-book.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: *Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 2006. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/22.pdf>. Acesso em: 02.jan.2020.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- ARRUDA, João. Pátrio poder. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 18, p. 67-78, 1910.
- ATAÍDE JUNIOR, Vidente de Paula. *Destituição do poder familiar*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias*. São Paulo: Loyola, 2009.
- BAILLON-WIRTZ, Nathalie; HONHON, Yves; BOURSICOT, Marie-Christine Le; MEIER-BORDEAU, Alice. *L'enfant sujet de droits*. Paris: Lamy, 2010.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Considerações sobre a disciplina da filiação no projeto do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 41-52, 1997.
- BARBOZA, Heloisa Helena. As Relações de Parentesco no Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 107-115, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 24, 2013. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>. Acesso em: 31.jul.2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O Direito de Família no Projeto de Código Civil - Considerações sobre o Direito pessoal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, p. 18-30, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade* (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-96.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 175-191.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. Poder Familiar em face das práticas médicas. *Revista do Advogado (São Paulo)*, São Paulo, v. 76, p. 40-46, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, a. 2, p. 549-558, mai./ago. 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em [https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em:: 02.jan.2020.

BARTLETT, Katharine T. Prioritizing past caretaking in child-custody decisionmaking. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4387&context=lcp>. Acesso em:: 07.dez.2019.

BELANDRO, Ruben B. *Minoridad y ancianidad em el mundo actual*. Montevideo: AEU, 2007.

BÉNABENT, Alain. *Droit de la famille*. 3ª ed. Issy-les-Moulineaux Cedez: LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

BERLINI, Luciana Fernandes; SOUZA, Iara Antunes de. Autoridade parental e lei da palmada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 125-140.

BERNARDES, Cláudio Márcio; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. O ensino domiciliar como expressão da liberdade religiosa no estado democrático de direito. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 145-155, 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BISSEL, Susan; BOYDEN, Jo; COOK, Philip; MYERS, William. Rethinking child protection from a rights perspective: some observations for discussion. Disponível em [http://www.iicrd.org/sites/default/files/resources/Rethinking\\_Child\\_Protection\\_from\\_a\\_Rights\\_Perspective\\_revised\\_final\\_0.pdf](http://www.iicrd.org/sites/default/files/resources/Rethinking_Child_Protection_from_a_Rights_Perspective_revised_final_0.pdf). Acesso em:: 02.jan.2020.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 69-94, out./dez. 2015.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; SOUZA, Eduardo Nunes de. Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, p. 24-25, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Bodin-de-Moraes-e-Souza-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em:: 30.nov.2019.

BRASIL. Os Encontros Nacionais de juízes de menores. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 33, n. 137, p. 147-166, jan./mar. 1976.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Diário Oficial de Justiça, n. 191, 17.nov.2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, seção 1, p. 22359, 10.nov.1937.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, seção 1, p. 1, 05.out.1988.

BRASIL. Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Coleção de leis do Brasil, p. 476, 31.dez.1927.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, seção 1, p. 22256, 22.nov.1990.

Brasil. Emenda Constitucional n. 09, de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, seção 1, p. 8121, 29.jun.1977.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, seção 1, p. 133, 05.jan.1916.

BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, seção 1, p. 9125, 03.set.1962.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Diário Oficial da União, seção 1, p. 13528, 31.dez.1973.

BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, seção 1, p. 17953, 27.dez.1977.

BRASIL. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União, seção 1, p. 14945, 11.out.1979.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, seção 1, p. 13563, 16.jul.1990.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, seção 1, p. 18417, 30.dez.1992.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, seção 1, p. 1, 11.jan.2002.

BRASIL. Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da União, seção 1, p. 8, 16.jun.2008.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União, seção 1, p. 1, 04.ago.2009.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, seção 1, p. 3, 27.ago.2010.

BRASIL. Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. 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 a sua aplicação. Diário Oficial da União, seção 1, p. 2, 23.dez.2014.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, seção 1, p. 1, 17.mar.2015.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 40.719, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, julgamento em 25.ago. 2004, DJ 06.jun.2005, p. 176.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.508.671, Relator Ministro Marco Aurélio Belizze, 3ª Turma, DJe 09.nov.2016

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 703.434, Relator Ministro Raul Araújo 4ª Turma, DJe 16.jun.2014

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.557.248, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 15.fev.2018

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.629.994. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 15.dez.2016

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.637.378. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, 3ª Turma, DJe 06.mar.2019

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.707.499. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/ acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 06.mai.2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.773.290, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJe 24.mai.2019

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 309. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que se vencerem no curso do processo. Segunda Seção, DJ 19.abr.2006, p. 153.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 888.815, Relator Ministro Roberto Barroso, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 21.mar.2019.

BUCK, Trevor. *International child law*. Abingdon: Routledge, 2014.

BUEREN, Geraldine Van. The historical framework of the international documents on children. In: BUEREN, Geraldine Van (ed.) *International documents on children*. 2º ed. The Hague: Kluwer Law Internactional, 1998, p. XV-XVI.

BUEREN, Geraldine Van. *The international law on the rights of the child*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 511-526.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.

CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: 2/la famille*. 16<sup>a</sup> ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1993, p. 279-280.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-396.

CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CAVALLIERI, Alyrio. O aperfeiçoamento do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 119-123, 2009.

CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto? In: *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE*, 2013, Florianópolis. Anais... Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 274-295.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A guarda dos filhos na separação. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/455/novosite>. Acesso em:: 19.nov.2019.

CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. III.

CHAVES, Antônio; MORAES, Walter. *Código dos menores*. São Paulo: Universitária de Direito, 1974.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 139, p. 93-108, jul./set. 1998.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. Disponível em <http://www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em:: 24.dez.2019.

COSTA, Débora Souto. O abandono afetivo e o dano moral à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese: direito de família*, São Paulo, v. 18, n. 105, p. 9-76, dez./jan. 2017/2018.

COSTA, Fabrício Veiga. Homeschooling no Brasil: constitucionalidade e legalidade do Projeto de Lei 3179/12. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 86-112 jul./dez. 2015.

DALSENTER, Thamis. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. Termo inicial da obrigação alimentar na ação de alimentos e investigatória de paternidade. Disponível em [http://mariaberenice.com.br/uploads/16\\_-](http://mariaberenice.com.br/uploads/16_-)

[\\_termo\\_inicial\\_da\\_obriga%<sup>E7</sup>%<sup>E3</sup>o\\_alimentar\\_na\\_a%<sup>E7</sup>%<sup>E3</sup>o\\_de\\_alimentos\\_e\\_na\\_investigat%<sup>F3</sup>ria\\_de\\_paternidade.pdf](#). Acesso em:: 09.dez.2019.

EKELAAR, John. The role of the best interests principle in decisions affecting children and decisions about children. *International Journal of Children's Rights*, Leiden, v. 23, p. 3-26, 2015.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Boitempo, 2019.

ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco: arts. 1.591 a 1.638*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. XVII.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. *Revista do Ministério Público do Pará*, Belém, a. 5, v. 1, p. 49-66, dez. 2010.

FIGUEIREDO, Paulo de. O parlamento brasileiro e o problema do menor abandonado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 21, n. 02, p. 92-130, abr./jun. 1984.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/view/1703/1627>. Acesso em: 30.nov.2019.

FREEMAN, Michael D. A. Taking children's rights more seriously. Disponível em <https://doi.org/10.1093/lawfam/6.1.52>. Acesso em: 21.02.2019.

FREEMAN, Michael D. A. Article 3: the best interest of the child. In: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang. Berghmans and M. Verheyde (ed.). *A commentary on the United Nations Convention on the rights of the child*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 231-277.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz das leis n. 11.698/2008 e 13.058/2014. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. 3ª ed. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2018. E-book.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Filipe Rodrigues. A responsabilidade civil pelos atos dos menores de idade: comentários ao Recurso Especial n. 1.074.937/RS. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, na. 5, n. 1, 2016. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Garcia-civilistica-com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 19.nov.2019.

GIRARDI, Viviane. Os aspectos jurídicos da alienação parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões* (coord.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 267-286.

GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades parentais de acordo com as Leis n. 61/2008, 1103/2009 e o Decreto-Lei n. 121/2010*. Lisboa: Quid Juris, 2012.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. XII.

GOMES, Orlando. *Raízes sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Luiz Roldão da Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 69, p. 319–349, 1993.

GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. A análise do discurso: conceito e aplicações. *Alfa*, São Paulo, n. 39, p. 17, 1995

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143-149.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*.

2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). 3ª ed. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2018. E-book.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). *A outra face do poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 446-474.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (org.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47-92.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. *Novos Estudos Jurídicos*, a. VII, n. 14, p. 69-2012, abr. 2012.

JAMES, Allison; PROUT, Alan. *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*. 3ª ed. Abingdon: Routledge, 2015. E-book.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 7, jul./dez. 2012. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 09.dez.2019.

KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 6-8, vol. III.

LABAREE, David F. *Parens patriae: the private roots of public policy toward children*. *History of Education Quarterly*, Cambridge, v. 26, n. 1, p. 111-116, 1986.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro: direito de família: arts. 330 – 484 pelo Dr. Estevam de Almeida*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

LEAL, Ana Teresa; d'OLIVEIRA, Felicidade; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Baptista; MELO, Helena Gomes. *Poder parental e responsabilidades parentais*. Lisboa: Quid Juris, 2010.

LEAL, Livia Teixeira. Exercício abusivo da autoridade parental sob a perspectiva da democratização da família: uma análise crítica da alienação parental e da autoalienação parental. *Revista de Estudos Jurídicos UNA*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 109-128, 2017.

LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. *Juizado da Infância e Juventude*, Porto Alegre, n. 1, p. 39-24, nov. 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A omissão (abandono afetivo) e a ação (alienação parental) como condutas desencadeadoras da reparação de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coord.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. São Paulo: Manole, 2019, p. 526-545.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 255, vol. I.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 266.

LIGA DAS NAÇÕES. Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acesso em: 03.jan.2020.

LIMA, Maria Teresa Moreira. Pátrio poder: titularidade e exercício. 195 f. 2001. Tese (Concurso público para Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a infância e a adolescência*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOWE, Nigel V.; DOUGLAS, Gillian. *Bromley's Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. E-book.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

MADALENO, Rolf. Alimentos e sua configuração atual. 3ª ed. In: *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 635-664.

MARQUES, João Benedito de Azevedo. O novo Código de menores: Lei n. 6.697, de 10 de novembro de 1979. *Justitia*, São Paulo, a. 42, v. 108, p. 99-102, jan./mar. 1960.

MARTÍN, Nuria Belloso. El cuidado ¿valor ético o jurídico? Unas reflexiones a partir del principio de dignidad. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 331-358.

MARTÍN, Nuria Belloso. La proyección del cuidado y de la afectividade en el principio de solidaridad (familiar): una propuesta del cuidado como derecho social. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 407-436.

MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, pessoa, sujeito de direito: contribuições renascentistas para a história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do PPG em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, p. 69-95, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 87-121.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra, 2008.

MARTINS, Rosa Cândido. Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente. *Lex Familia Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, a. 1, n. 1, p. 64-74, 2004.

MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 100, p. 343-373, jul./set. 2011.

MEDEIROS, Marcílio. O Código de Menores e a problemática do menor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 70, v. 544, p. 285-287, fev. 1981.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459-494.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 339-354, v. III.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 9.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997
- .
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões* (coord.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 1-29.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil em direito de família. 3ª ed. In: *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 933-972.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Bodin-de-Moraes-e-Souza-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 20.out.2019.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O abandono moral e a alienação parental como causadores de danos morais indenizáveis nas relações paterno-filiais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.) *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 529-550.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 24.dez.2019.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Walter. Jurisdição de menores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 72, v. 578, p. 09-15, dez. 1983.
- MORROW, Virginia. “We are people too”: children’s and young people’s perspectives on children’s rights and decision-making in England. *International Journal of Children’s Rights*, Nijhoff, v. 7, p. 149-170, 1999.
- MOWER, Alfred Glenn. *The convention on the rights of the child*. California: Greenwood Publishing Group, 1997.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NAVARRO-BARBOSA, Pedro Luis. O acontecimento discursivo e a construção da identidade na História. In: SARGENTINI, Vanice; NAVARRO-BARBOSA, Pedro Luis. *Foucault e os domínios da linguagem: discurso, poder, subjetividade*. São Carlos: Claraluz, 2004, p. 112-113.

NERI, Claudio Bispo. Abandono afetivo e material e a possibilidade de compensação pecuniária. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes Mello; PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de. *Os direitos da personalidade à luz dos novos paradigmas jurídico-metodológicos* (coord.). Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 135-152.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39-55.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O incapaz e o consentimento informado. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 55, p. 287-302, dez. 2007.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 60-83, 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. 3ª ed. In: *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 315-380.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti. *Cuidado como valor jurídico: crítica aos direitos da infância a partir do feminismo*. 2019. 141 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. *A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro*. 2016. 297 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Pernambuco, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03.jan.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos da Criança. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 03.jan.2020.

PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Moraes. *O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: um desafio permanente*. Curitiba: Appris, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 23ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2019. E-book

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. V. E-book.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Jessé Torres. O novo Código de Menores: algumas questões práticas suscitadas por sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 18, n. 71, p. 187-202, jul/set. 1981.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia, 1918.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 252-271, 2003.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEQUENO, Marconi. Sujeito, autonomia e moral. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy (org.) *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2008, p. 187-207.

PRIORE, Mary del. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

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

RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance et de l'adolescence: le droit français est-il conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant?* Paris: Litec, 1995.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 27.jul.2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 10ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2019. E-book.

RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: UNICEF-CESPI/USU, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto ala persona*. Collana: Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos de interesse atual do matrimônio romano. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, n. 93, p. 81-107, 1998.

RODRIGUES, Marcella Regina Gruppi. Teoria da proteção integral: o reconhecimento do microsistema dos direitos da criança e do adolescente. In: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; TUPIASSU-MERLIN, Lise; CICHOWSKI, Patrícia Blagitz (coord.). *Constitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014, p. 279-299.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 4.

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

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010.

ROTHBARD, Murray N. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. 2003. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

SABINO JUNIOR, Vicente. *Direito e guarda do filho menor*. Rio de Janeiro: Alba, 1968.

SANTANA, Márcio Santos de. A difícil transformação: os industriais e a oposição ao Código de Menores de 1927. *Dimensões*, Vitória, v. 30, p. 315-334, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. V.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Antonio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

SCHULMAN, Gabriel. *A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas*. 2018. 368 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2018.

SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%A0co-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 20.out.2019.

SEYMOUR, John. *Parens patriae and wardship powers: their nature and origins*. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 14, n. 2, p. 159-188, 1994. Disponível em [www.jstor.org/stable/764616](http://www.jstor.org/stable/764616). Acesso em: 24.dez.2019.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Proteção – pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da situação irregular. *Jurisprudência Catarinenses*, Florianópolis, v. 25, n. 87, p. 3-14, jul./set. 1999.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMON, Pedro. Políticas para proteção da infância. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 176, p. 15-26, out./dez. 2007.

SIQUEIRA, Liborni. *Dos direitos da família e do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SMANIOTTO, Melissa Andréa. *Família brasileira contemporânea: perspectiva jurídica sobre sua função social*. 2009. 234 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2009.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Exercício do poder parental após o divórcio: algumas questões levantadas pela Lei 84/95. *Scientia Iuridica*. Revista de Direito Comparado português e brasileiro. Braga, p. 97-114, jan./jun. 1997.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.) *Cuidar da justiça de crianças e jovens: a função dos juízes sociais: actas do Encontro*. Lisboa: Almedida, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. Lisboa: Almedina, 2011.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 52, n. 205, p. 71-86, jan./mar. 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica). Acesso em: 09.dez.2019.

SOUZA, Iara Antunes de; BERLINI, Luciana Fernandes. Autoridade parental e lei da palmada. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 76, jul/set. 2018. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/271/229>. Acesso em: 30.nov.2019.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa. *O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação*. 2012. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (coord.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 215-223.

STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica dela persona umana*. Napoli: Jovene Editore, 1975.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês). Disponível em [www.jf.jus.br/pages/sen/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco](http://www.jf.jus.br/pages/sen/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco). Acesso em: 18.nov.2019.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *A guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

TAPAI, Giselle de Melo Braga (coord.). *Novo Código Civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 340-343.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 3-24, v. III.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Desafios da tutela do paciente menor de idade. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHTTINI, Beatriz (org.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 98-110.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Teixeira-e-Rettore-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em: 30.nov.2019

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, p. 6, jan.-mar./2013. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Teixeira-e-Rodrigues-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 09.dez.2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A travessa da autonomia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidades à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-20, jul./set. 2018

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Teixeira-e-Vieira-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 30.nov. 2019

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. *Guarda compartilhada* (coord.). São Paulo: Método, 2009. E-book.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. II.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. IV.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 473-520.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173-192, tomo II.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-62.

TEPEDINO, Gustavo. Tutela constitucional da criança e do adolescente. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201-226, tomo III.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, p. 4-5, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-38.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no RESP 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos* (coord.). Indaiatuba: Foco, 2019, p. 305-321.

TRONTO, Joan C. Beyond gender difference to a theory of care. *Signs*, The University of Chicago Press, Chicago, v. 12, n. 4, p. 644-663, 1987.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Children. General comment n. 14 (2013) on the right of the children to have his or her best interests taken as a primary consideration (arts. 3, para. 1). Disponível em [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf). Acesso em: 02.jan.2020.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente: novo curso, novos temas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Guarda compartilhada. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 305-312, 2006.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, p. 400-418, 1979.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *Caderno jurídico*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 95-106, jan.fev. 2002.

XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos* (coord.). Indaiatuba: Foco, 2019, p. 37-50.

WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Criminalizar a alienação parental é a melhor solução? Reflexões sobre o projeto de lei n. 4488/2016. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/criminalizar-a-alienacao-parental/>. Acesso em: 24.dez.2019