

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A  
GUARDA COMPARTILHADA**

**NATASHA LIMA MAGALHÃES COUTO**

**RIO DE JANEIRO**  
**2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

**NATASHA LIMA MAGALHÃES COUTO**

**A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A  
GUARDA COMPARTILHADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristina Campos Gomes de Seta.

**RIO DE JANEIRO**

**2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

**NATASHA LIMA MAGALHÃES COUTO**

**A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A  
GUARDA COMPARTILHADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristina Campos Gomes de Seta.

Data da aprovação \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**

**2017, PRIMEIRO SEMESTRE**

No livro "NA CASA DA MINHA MÃE, NA CASA DO MEU PAI", de Isolina Ricci<sup>1</sup>, Ph.D., encontramos:"Quando as crianças são livres para amar ambos os pais sem conflito de lealdade, tendo acesso a ambos sem medo de perder um ao outro, elas cooperam com o plano de convivência totalmente absorvidas de crescer, dentro do cronograma estabelecido pela guarda conjunta e convivência equilibrada."

<sup>1</sup> <https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/163217314/guarda-compartilhada-com-alternancia-de-residencias-visando-a-divisao-equilibrada-do-tempo-com-o-pai-e-com-a-mae-lei-n-13058-14>

## **RESUMO**

Com o crescente número dos rompimentos conjugais na atualidade, fez-se necessária a busca por novos métodos que possibilitassem a igualdade dos pais perante a educação, participação e convívio de forma ativa na vida de seus filhos. Trata-se de uma pesquisa ampla bibliográfica e jurisprudencial com enfoque na efetivação do princípio do melhor interesse para a criança, razão pela qual a análise da aplicação da Guarda Compartilhada após o divórcio torna-se necessária. É importante que o fracasso conjugal não impossibilite a presença dos pais na criação do menor. Deste modo, é possível concluir que a Guarda Compartilhada seja o caminho mais benéfico para o menor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda Compartilhada; Poder Familiar; Interesse criança, Menor.

## **ABSTRACT**

With the increasing number of marital dissolution nowadays has been necessary the search for new methods that allows the equality of the both parents towards education and active contribution in family life of their kids. This work summarizes a wide bibliographic and jurisprudential research focusing on the efectivation of the principle to the best interest to the child, reason why the analysis of the shared guard application after the divorce became necessary. It is important that the marital failure don't preclude the presence of the parents on the minor's raising. Therefore it is possible conclude that the shared guard might be the most beneficial way to the child.

**KEYWORDS:** Guard. Custody; Parenting Power.

# SUMÁRIO

1	<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
2	<u>DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....</u>	<u>11</u>
2.1	<u>Aspectos históricos - pátrio poder.....</u>	<u>11</u>
2.2	<u>Princípios constitucionais do direito de família.....</u>	<u>13</u>
2.2.1	<u><i>O princípio da igualdade entre os cônjuges.....</i></u>	<u>13</u>
2.2.2	<u><i>O princípio da igualdade entre os filhos.....</i></u>	<u>14</u>
2.3	<u>Conceito de poder familiar.....</u>	<u>14</u>
2.3.1	<u><i>Direitos e deveres decorrentes do poder familiar.....</i></u>	<u>16</u>
2.3.2	<u><i>Suspensão e perda do poder familiar:.....</i></u>	<u>19</u>
2.3.3	<u><i>Extinção do poder familiar.....</i></u>	<u>22</u>
2.4	<u>Titularidade do poder familiar pelos pais separados.....</u>	<u>23</u>
3	<u>DA GUARDA.....</u>	<u>26</u>
3.1	<u>Origem e evolução histórica.....</u>	<u>26</u>
3.2	<u>Modalidades de guarda.....</u>	<u>29</u>
3.2.1	<u><i>Guarda unilateral.....</i></u>	<u>29</u>
3.2.2	<u><i>Guarda alternada.....</i></u>	<u>33</u>
3.2.3	<u><i>Guarda nidal ou aninhamento.....</i></u>	<u>33</u>
3.2.4	<u><i>Guarda atribuída a terceiros.....</i></u>	<u>34</u>
4	<u>ALIENAÇÃO PARENTAL.....</u>	<u>36</u>
5	<u>GUARDA COMPARTILHADA.....</u>	<u>39</u>
5.1	<u>Evolução histórica da guarda compartilhada.....</u>	<u>39</u>
5.2	<u>Conceito de guarda compartilhada.....</u>	<u>42</u>
5.3	<u>Aptidão para o exercício da guarda compartilhada.....</u>	<u>43</u>
5.3.1	<u><i>O ônus e o bônus da guarda compartilhada.....</i></u>	<u>45</u>
5.3.2	<u><i>Dos efeitos psicológicos da guarda compartilhada.....</i></u>	<u>50</u>
5.4	<u>Do pagamento de alimentos na guarda compartilhada.....</u>	<u>51</u>
5.5	<u>A guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança.....</u>	<u>53</u>
5.6	<u>Guarda compartilhada na prática.....</u>	<u>56</u>
5.7	<u>Mediação familiar.....</u>	<u>58</u>
6	<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>0</u>
7	<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA.....</u>	<u>2</u>

# 1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista as constantes mudanças ocorridas pelo avanço da sociedade em relação aos laços familiares, a legislação Brasileira entendeu que seria necessário compreender a família de uma forma mais ampla diante das novas possibilidades de se constituir este vínculo afetivo.

Tal entendimento fez com que aumentassem os números de desfechos matrimoniais e conseqüentemente, dos divórcios, ocasião em que acabou por influenciar no surgimento da atribuição da guarda.

Antes de analisar as modalidades de guarda, deve-se entender que o pátrio poder passou por diversas fases desde seu autoritarismo até o poder familiar conforme denominado pelo Código Civil atual.

Sabendo que, a mulher passou a exercer do poder familiar pertinente aos filhos tanto quanto o homem. Buscou-se analisar as modalidades de guarda com efetivação ao princípio do melhor interesse da criança.

Dentro desta ótica, mostra-se importante entender o que acontece após a dissolução conjugal, quais problemas e efeitos essa separação gera, não só nos genitores mas, principalmente nas crianças.

Dito isto, buscou-se uma análise geral sobre as guardas: unilateral, alternada, nidal e compartilhada.

Por fim, o objetivo geral deste trabalho é fazer com que a sociedade entenda que, o princípio do melhor interesse da criança deve ser sempre o norteador para a escolha da guarda



e que, diante de todas as modalidades que serão estudadas, a que melhor se adéqua as necessidades, direitos e garantias de um menor é a guarda compartilhada.

## 2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

Este capítulo tem como escopo tratar da figura histórica do pátrio poder até a chegada do poder familiar, onde será abordado ambos os conceitos, em sequência, a igualdade entre os genitores na legislação brasileira, os direitos e deveres do poder familiar e como se extinguem.

### 2.1 Aspectos históricos - pátrio poder

O pátrio poder foi instituído, originariamente, na Roma Antiga, representando a *patria potestas*, o conjunto de poderes que o *pater familias* detinha sobre os *fili familias*. Inicialmente, a *patria potestas* visava tão somente ao interesse do chefe de família, do *pater familias*. Assim, os poderes a ele concedidos eram amplos e abrangiam poderes atinentes tanto à ordem pessoal como à ordem patrimonial.<sup>2</sup>

Conforme aduz Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>3</sup>, o antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial.

Contudo, o instituto sofreu modificações, ao longo da história, que refletem o próprio evoluir do direito de família. No passado, o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo pai; em casais, a mãe apenas o exercia na falta do pai, e assim foi até a Lei nº 4.121, de 1962,

2 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva 2013, p.643.

3 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, Família, guarda compartilhada e autoridade parental. Rio de janeiro: Renovar, 2005, p. 128.

que determinou o exercício conjunto, com prevalência da decisão paterna; hoje, é exercido pelos pais e, havendo divergência insuperável entre pai e mãe, o juiz dirime o problema.<sup>4</sup>

Vejamos os arts. 233, 379 e 380 do CC de 1916:

Art.233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

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

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.

A expressão pátrio poder induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí a necessidade de evolução para a denominação poder familiar, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos.<sup>5</sup>

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 retirou a nomenclatura pátrio poder, tendo em vista fazer referência à pessoa do pai "pater", e passou a reconhecê-lo como Poder familiar a partir do momento em que o exercício familiar passou a ser exercido de forma igualitária por ambos os genitores.

A redação do Código Civil de 2002:

4 CASTRO, Guilherme Couto, Direito Civil Lições p.380

5 MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2013, p. 677.

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 exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

Portanto, essa nova concepção de poder familiar além de ser democrática, passou a exigir que ambos os pais se fizessem presentes na vida de seus filhos de forma afetiva, participativa na criação; na educação e no desenvolvimento da personalidade.

Vale dizer que, o Estatuto da Criança e do Adolescente, também previa que ambos os pais deveriam exercer seu poder em igualdade de condições e que, desde 2009, passou a adotar apenas a nomenclatura de poder familiar.

## **2.2 Princípios constitucionais do direito de família**

O Direito de Família foi reconhecido como base da sociedade, e a sua importância na formação das pessoas mereceu um aparato jurídico estatal, nos termos dos artigos 226<sup>6</sup> e seguintes da Constituição Federal, além da formação através dos princípios e normas, para aqueles que não os consideram norma jurídica.

Existem diversos princípios constitucionais estabelecidos para a proteção do direito de família, no entanto, esta monografia apenas tratará do princípio da igualdade entre os cônjuges, da igualdade entre os filhos e, posteriormente tratará do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no quinto capítulo.

### *2.2.1 O princípio da igualdade entre os cônjuges*

<sup>6</sup> Art. 226 CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Sabe-se que o Código de 1916 fazia distinção entre homem e mulher e, que havia a figura do pátrio poder na família. No entanto, em 1988 a Carta Magna, não só igualou homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos do artigo 5º, I. como reforçou esta igualdade nas relações conjugais conforme descrito no artigo 226, §5º, redigido pelo Código Civil em 2002.

Conforme dispõe o art. 226, 5º da Constituição Federal:

"Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

Com isso, as mulheres passaram a ganhar mais espaço na sociedade, o pátrio poder deixou de existir e tornou-se poder familiar e, ambos os pais passaram a ter direitos e deveres sobre seus filhos de forma igual.

### 2.2.2 *O princípio da igualdade entre os filhos*

Em 1988, a Constituição Federal passou a prever a igualdade entre os filhos, não mais admitindo qualquer distinção entre os mesmos.

Nesse sentido, tanto o artigo 227, §6º da CF, quanto o artigo 1.569 do Código Civil, aduzem:

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

## 2.3 **Conceito de poder familiar**

O poder familiar é tradicionalmente conceituado pela doutrina como um *munus público*, representando um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige

enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas a sua educação e desenvolvimento. Representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros.<sup>7</sup>

Conforme dispõe o art. 22 do ECA:

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.

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)

O poder familiar é um conjunto de normas reguladoras de direitos e deveres dos pais em relação à pessoa e bens de seus filhos menores, não emancipados.<sup>8</sup>

Waldir Grisard Filho<sup>9</sup> traz uma excelente definição, de autoria de José Antônio de Paula Santos Neto: "O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar."

7 MALUF, Adriana Caldas do Rego de Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 646.

8 FERRAZ, Fernanda de Figueiredo. Resumo Jurídico de Direito de Família, v.15. p.119.

9 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parenta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

Conforme define o professor Caio Mário da Silva Pereira<sup>10</sup>: "Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226 §5º, da Constituição"

Já Orlando Gomes, define em seu livro Direito de família que o instituto deixou de ser um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa do filho, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres, onde, tal evolução teve como base fundamental, três pontos: a] limitação temporal do poder; b] limitação dos direitos do pai e de seu uso; c] colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para orientá-lo e controlá-lo.

Com isso, entende-se que, apesar das diversas formas de se conceituar o poder familiar, todos os doutrinadores lecionam de maneira que tenham o mesmo significado, onde, os pais têm o poder/dever de cuidar e proteger seus filhos e bens.

Essa igualdade ampla consagrada pela Constituição Federal de 1988, a partir do que pai e mãe, em idênticas condições, passaram a atuar para concretizar todos os aspectos da autoridade que lhes é conferida por força da relação paterno-filial, foi reafirmada nos dispositivos infraconstitucionais posteriores à Constituição, seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, seja o Código de 2002, com as atualizações decorrentes das leis sobre guarda compartilhada (Leis n. 11.698/2008 e n. 13.058/2014). Aliás, a mãe sempre foi aquela com maior contato com os filhos e responsável direta pelos cuidados do dia a dia, encarregada por nutri-los, vesti-los e orientá-los, mas destituída, via de regra, de poderes decisórios. A igualdade de direitos operou mudanças tanto para o pai quanto para a mãe.<sup>11</sup>

### *2.3.1 Direitos e deveres decorrentes do poder familiar*

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil.11. ed. v. V. Rio de Janeiro:Forense, p.240.

11 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família 2 edição. ed. saraiva. pag. 45.

O poder familiar trata de cuidar de um comprometimento com a proteção e os cuidados da linhagem até que tenha certificada sua alforria pela maioridade ou emancipação.<sup>12</sup>

O poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados.<sup>13</sup>

Conforme elucidado acima, o poder familiar advém de uma necessidade natural do ser humano de que alguém o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide, enquanto não tiver capacidade para tanto.<sup>14</sup>

Neste sentido, não existe pessoas mais aptas, senão os pais, para amoldar o caráter do filho e torná-lo uma pessoa necessária e útil para sociedade.

Cumprе ressaltar as palavras de Akel:<sup>15</sup>

"[...] a criança, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, sendo educada num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade, com vistas a prepará-la para viver uma vida individual na sociedade. "

Entende-se com isso que, o principal aprendizado vem desde cedo de casa, isto é, é dever dos pais educar, dar amor, proteção e ensinar o que é certo e errado para que então, a criança comece a moldar seu caráter, e que, a escola nesse caso, seria um complemento deste desenvolvimento da personalidade afim de prepará-la para uma vida útil na sociedade.

12 GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. Revista IOB de Direito de Família, v. 61, ago./set. 2010, p.65.

13 , Silvio Rodrigues, op. cit., p.361; Antonio Carlos Morato, Dano moral pela violação da autoridade dos pais.

14 FERRAZ, Fernanda de Figueiredo, Resumo Jurídico de Direito de Família, vol. 15, pag.

119 15 AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: um avanço para a família, p.32.



Diante disso, veio a necessidade de criar normas que regulamentassem os direitos e deveres básicos dos pais quanto à pessoa do filho menor. Foi então que o Código Civil em seus artigos. 1.634 e 1.689, elencou os deveres competidos aos pais ampliado no artigo 22 redigido pela Lei n.8.069/90, que dispõe, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse do menor,

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

I. Dirigir-lhes a criação e a educação; II. Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem para o exterior; V. Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI. Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII. Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX. Exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É também, dever do pai e da mãe, enquanto no exercício do poder familiar (art. 1.689 do Código Civil):

I. São usufrutuários dos bens dos filhos; II. Têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Por fim, no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incumbe aos pais, 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.

Conforme elucida Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>16</sup>, a sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugalidade dos pais, garantindo aos filhos o direito à vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o fim da vida em comum.

Desse modo, resta claro a importância da convivência entre pais e filhos, em como o poder familiar é imprescritível, inalienável, irrenunciável e indelegável e, principalmente, que não se pode simplesmente virar as costas para o menor, pois, os pais tem a obrigação e o dever de cuidar, zelar e educar.

### *2.3.2 Suspensão e perda do poder familiar:*

Diante de causas graves, o legislador prevê duas sanções impostas aos pais, em favor dos interesses do menor. O afastamento temporário também conhecido como suspensão do poder familiar ou o afastamento definitivo chamado de destituição familiar.

A primeira é uma sanção temporária, ocorre quando os pais infringem o dever de exercer o poder familiar previstas no art. 1.637 do Código Civil, mas, vale dizer que, desaparecendo a causa que motivou a suspensão, os pais retomam ao pleno exercício de poder familiar:

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.

16 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda compartilhada e autoridade parental. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2009, p. 110.

De acordo com Massimo Bianca<sup>17</sup>, a suspensão é um remédio aplicável quando se caracteriza a inidoneidade do genitor a gerir apropriadamente os interesses econômicos do filho. Em vez de suspendê-lo, dependendo das circunstâncias, o juiz pode limitar-se a estabelecer condições particulares às quais o genitor ou genitores devem atender (o juiz pode, por exemplo, impor ao genitor a nomeação de um profissional com funções administrativas ou contábeis).

Não se pode estigmatizar a família diante de uma primeira denúncia, tampouco assumir uma postura de manter o vínculo a qualquer custo, impondo à criança um ambiente de extrema vulnerabilidade. A medida estudada e sugerida não deve constituir forma de se punir os pais, já que a punição maior é sempre para a criança ou adolescente cujo vínculo jurídico com a família de sangue é suspenso ou destituído por sentença judicial."<sup>18</sup>

Conforme previsto no art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a suspensão ou a perda do poder familiar. Ainda, no parágrafo único deste mesmo artigo, a lei estabelece que, não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Portanto, a suspensão do poder familiar não significa que os pais não possam visitar seus filhos ou que estão isentos de pagar a pensão alimentícia. A Lei n.12.010/2009 explicou o art. 33, §4º da Lei 8.069/90. Os pais podem tentar ações judiciais ou recursos para evitar a suspensão do poder familiar e/ou com isso assegurar a visitação, mas podem ser obrigados a prestar alimentos aos filhos, seja na tramitação do processo, seja no curso da suspensão.<sup>19</sup>

Já a destituição do poder familiar prevista no art. 1.638 do Código Civil, é uma sanção mais grave que a suspensão, muito embora, o exercício possa ser retomado se comprovado a

17 BIANCA, C. Massimo. Diritto civil: la famiglia- le successioni, p. 248.

18 PIZZOL, Alcebir Dal. Estudo social ou perícia social? Um estudo teórico-prático na justiça catarinense. 2.ed. Florianópolis: Insular,2006, p.109-110.

19 FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direito da criança e do adolescente. São Paulo:Atlas, 2011, p.80.

regeneração de seus atos, em regra, é considerada uma sanção permanente. Importante informar que, via de regra, a destituição do poder familiar sobre um filho, não se estende aos outros, salvo exceção de análise. E que, mesmo que o pai esteja destituído do poder familiar, o mesmo ainda pode ser condenado a pagar pensão alimentícia ao filho, por grau de parentesco.

Diante do exposto, perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que (art. 1.638 do Código Civil):

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.

Para Arnaldo Rizzardo, a lei tolera os castigos comedidos e sensatos, mas condena as explosões da cólera e da violência, que nada trazem de positivo. Pelo contrário, tal repressão conduz à revolta, ao desamor e ao aniquilamento do afeto, do carinho e da estima.<sup>20</sup>

Certo é que, na atualidade já não se admite a prática de agressão às crianças e adolescentes, e que, o mais coerente é ensinar através do diálogo, respeito e confiança. Visando modificar tal quadro, em 26 de junho de 2014, houve, a promulgação da Lei n. 13.010, chamada de Lei da Palmada, também conhecida como Lei Bernardo, que inseriu o art. 18-A no ECA para garantir o direito de que as crianças e os adolescentes possam ser educadas e cuidadas, "sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto."

Reconhecendo a ocorrência de algumas dessas situações, o Conselho Tutelar, poderá aplicar de acordo com a gravidade do caso, conforme descrito no art. 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente:

I. encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II. encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III. encaminhamento a

cursos ou programas de orientação; IV. obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V. advertência.

Retornando às hipóteses de perda do poder familiar, o art. 232 do ECA estipula detenção de 6 meses a dois anos como punição para o titular do poder familiar que submeter a criança ou o adolescente a vexame ou constrangimento, de acordo com a gravidade do ato.

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho.<sup>21</sup>

Para Antônio Cezar Lima da Fonseca<sup>22</sup>, deve ser entendido que não é causa de perda ou suspensão a ignorância ou analfabetismo dos detentores do poder familiar. Às vezes, a ignorância dos pais, o meio social em que vivem, a falta de instrução ou de entendimento estão relacionadas aos problemas que atingem crianças e adolescentes, e isso precisa ser detectado, seja pelo Conselho Tutelar, pelo magistrado, pelo agente ministerial ou pelo serviço social/psicológico com atuação na Comarca.

### *2.3.3 Extinção do poder familiar*

O pátrio poder cessa com o alcance da capacidade civil, aos 18 anos, mas pode excepcionalmente cessar antes, ou ser suspenso. Basta imaginar o falecimento dos pais, ou a emancipação do menor. Há também os atos de abuso de poder familiar, aptos a causar a sua destituição ou suspensão.<sup>23</sup>

Conforme aduz o art. 1.635 do Código Civil, Extingue-se o poder familiar:

21 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do poder familiar. Revista Síntese de Direito de Família, São Paulo, n. 67. ago./set. 2011, p.28.

22 FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 2011, p.76.

23 CASTRO, Guilherme Couto, Direito Civil Lições, Parte geral, obrigações, responsabilidade civil, reais, família e sucessões. vol.5, pag. 382.

I. pela morte dos pais ou do filho; II. pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III. pela maioridade; IV. pela adoção; V. por decisão judicial, na forma do art. 1.638<sup>24</sup>.

Contudo, conforme discorre o inciso I acima, só extinguirá o poder familiar se a morte se der a ambos os pais, caso contrário, o pai ou a mãe sobrevivente, deterá do poder familiar de modo exclusivo até que o filho atinja a maioridade. Porém, como o objeto do poder familiar é o filho se, este vier a falecer, haverá a cessação do mesmo.

Já no inciso II, na emancipação, trata-se de um ato de vontade dos pais para que o filho maior de 16 anos e menor de 18, possa atingir e exercer de forma plena sua capacidade de negociar e se manter. Isto é, é necessário que ambos os pais concordem com a emancipação e que o façam por intermédio de instrumento público. O juiz também pode sentenciar a emancipação se assim entender ser o melhor para o adolescente.

Sabe-se que poder familiar é exercido enquanto o menor não atinge a maioridade, mas há a cessação também, através do matrimônio; através do exercício do emprego público; pela relação empregatícia que dê ao menor economia própria, que o adquirisse a capacidade plena.

Com a adoção (no inciso IV), se extingue o poder familiar dos pais de biológicos e passa a vincular aos pais adotivos enquanto existir a menoridade.

## **2.4 Titularidade do poder familiar pelos pais separados**

O fato é que "vão se os anéis... ficam os filhos". Fica a compreensão de que apenas a relação amorosa acaba, já, a relação pais e filhos, nunca.

24 Art. 1.638 do Código Civil "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 anterior.

O Código Civil assegura em seu art. 1.632 que, a separação judicial, o divórcio e a dissolução de 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.

Quintas<sup>25</sup> afirma que, durante o casamento, os pais estão legalmente investidos dos mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Quando não estiverem mais juntos, encerrarão os papéis de marido e mulher ou companheiro em relação um ao outro, porém os papéis de pai e mãe continuam a existir, com todos os seus direitos e responsabilidades sobre os filhos, salvo se alguma razão especial dite o contrário em benefício do interesse da criança.

Havendo divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. Determina a lei que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas os ter em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o art. 1579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. A Lei nº. 12.013/2009 impõe à escola o dever de informar ao pai e à mãe, "conviventes ou não com seus filhos", sobre a frequência e o rendimento do filho aluno; não é só o guardião ou o responsável perante a escola que deve receber tais informações. O direito e dever à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita.<sup>26</sup>

Desse modo, como a Ruptura Conjugal passou a ser algo comum ultimamente, AKEL<sup>27</sup> ensina que, "deve prevalecer à igualdade de direitos e deveres entre os pais, para que melhor exerçam suas funções paternas, pois, [...] é direito dos filhos ter suas necessidades atendidas por seus genitores".

25 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada - de acordo com a Lei n. 11.698/2008, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

26 LOBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. 4 edição. editora: saraiva pag. 301

27 AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada, um avanço para a família p.32.

Para Diniz<sup>28</sup>:

"O divórcio, apesar de poder alterar as condições do exercício do poder familiar e da guarda dos filhos, [...] mantém inalterados os direitos e deveres dos pais relativamente aos filhos, mesmo que contraíam novo casamento, [...] salvo se houver comprovação de algum prejuízo aos interesses da prole."

Resta claro que, após a Ruptura Conjugal, na teoria, os pais, deveriam continuar titulares do Poder Familiar, presentes de forma ativa na educação, criação e desenvolvimento, mas na prática, acaba havendo limitações para o genitor que não obtiver a guarda de seu filho.



### **3 DA GUARDA**

Este capítulo tem como finalidade conceituar e dar origem a guarda, estudar suas modalidades, para, por fim, no próximo capítulo, enfatizar o tema principal desta monografia, que é a guarda compartilhada e a efetivação do princípio do melhor interesse da criança.

#### **3.1 Origem e evolução histórica**

A guarda 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 nos dispositivos do Código Civil que versam sobre o poder familiar.<sup>29</sup>

Quando se trata de definir a "guarda" de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que aqui, por óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstâncias que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar.<sup>30</sup>

Guilherme Gonçalves Strenger,<sup>31</sup> define: "Guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição."

Para Waldyr Grisard Filho: "a guarda de filhos é a locução indicativa, seja do direito ou dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei cível." Ressalva que é também "ato ou efeito

29 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.59-60.

30 ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Wesley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamento para análise da impropriedade da expressão "guarda de filhos" quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. Revista IOB de Direito de Família, v. 71, abr./maio 2012, p.88.

31 STRENGER, Guilherme Gonçalves. A guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998m p.32.

de guarda, vigilância, cuidado, amparo, de defesa de uma pessoa contra qualquer dano ou perigo, abrangendo a ideia de proximidade física".<sup>32</sup>

J.M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>33</sup> diz que: "A guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade".

Conforme demonstrado, a guarda sob a perspectiva do poder familiar, traz consigo, tanto o direito quanto um dever dos pais para com seus filhos. Isto é, os pais passam a ter a obrigação de zelar e educar seus filhos sob a pena de maus tratos e têm o direito participar de forma ativa da vida de seus filhos, seja: exigindo obediência, educando, orientando, querendo os filhos próximos de si.

Desta forma, diante do poder familiar, Silvana Maria Carbonera, destaca: "os pais têm o direito à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal, concretizado nos cuidados e educação dos mesmos."<sup>34</sup>

A guarda, todavia, não é da essência do poder familiar, podendo ser deste destacada e atribuída a somente um dos genitores ou até mesmo a terceiros.<sup>35</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art.33, descreve as hipóteses em que a guarda se afasta do poder familiar "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral, educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei n. 12.010, de 2009) :

32 BITTAR, Carlos Alberto. Os novos rumos do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

33 OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Guarda tutela e adoção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.53. 34 CARBONERA. Silvana Maria, ob.cit., p.75.

35 Guarda de menor. Criança criada pelos avós maternos. Reconhecido pelas instâncias ordinárias ser melhor para o menor permanecer na companhia dos avós maternos, com quem sempre viveu e a quem foi concedida a guarda depois da morte prematura da mãe, não cabe rever a matéria em recurso especial, seja porque se trata de matéria de fato, seja porque estão preservados os interesses da criança. Recurso não conhecido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 280.228-PB (2000/0099383-2] 4º Turma. Unânime.

Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data da decisão: 28-11-2000. DJ 12-2-2001, P. 125].

§1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro. §2º. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. §3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. §4º. Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como deve de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. [Incluído pela Lei nº12.010, de 2009].

Com base nesse preceito, o art. 1.584, §5º, do Código Civil aduz: "Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade". Como exemplo, casos em que os pais continuam com o pátrio poder, porém, a guarda é dada aos avós.

Há quem diga que a guarda é o poder/ dever dos pais com seus filhos enquanto menores de idade, no entanto, a guarda existe para estipular a pessoa que mais se adéqua a vida e as necessidades daquela criança até alcançar a sua maioridade.

Há muitos casos em que os familiares requerem a guarda do menor para deixá-los como dependente em plano de saúde, clube, para efeitos previdenciários e assim, de alguma forma ajudar suas famílias. Apesar da guarda ter como principal objetivo priorizar o interesse do menor, essas práticas não tem respaldo no ordenamento, tendo em vista aumentarem de

forma significativa as chances de fraudes no Brasil. A guarda existe como forma de regularizar uma disponibilidade efetiva sobre a criança, essa dependência que se cria perante o guardião é apenas uma consequência do fato.

### **3.2 Modalidades de guarda**

Sabe-se que, enquanto os pais conviverem juntos, a guarda dos filhos será conjunta. Porém, quando se tem o desfazimento do casal, a guarda do menor deverá ser escolhida com base no que parecer ser melhor e mais adequado para ele.

Conrado Paulino da Rosa diz que quando se trata de definir o exercício da guarda do infante, imprescindível a análise de qual possibilidade mais vantajosa para a sua formação e desenvolvimento, porquanto o bem jurídico mais relevante a ser preservado é, exatamente, o interesse da criança.<sup>36</sup>

Pelo Direito de Família ser regido por relações pessoais e relações de afeto, não se poderia deixar de constatar que, "cada caso é um caso" o que, ocasionou na criação de diversas modalidades.

#### *3.2.1 Guarda unilateral*

O Código Civil trata de algumas das modalidades de guarda em seus artigos 1.583 e 1.584, conforme:

Art.1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

36 ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei n. 13.058, de 22-12-2014: Saraiva, p.50

§ 1º. Compreende-se por guarda unilateral à 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;

§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; §3º. Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos;

§4º. (Vetado.); §5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art.1.854. A guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I. Requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II. Decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe; §1º. Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas; §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; §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; §4º. A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor; §5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade; §6º. Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de

R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Na guarda unilateral, no pós-ruptura, o genitor que obtenha a guarda assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro de ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação. Há assim, uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não guardião.<sup>37</sup>

Não é nada infrequente os juízes se depararem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição de guardador, muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, em que visam a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor. Tudo o que o juiz não pode é confundir o bem estar do filho com o desejo do filho, pois nem sempre sua vontade é suficientemente madura para decidir pelo que realmente lhe convém.<sup>38</sup>

Para Douglas Phillips Freitas, a guarda unilateral deve ser concedida àquele que propicie as melhores condições de saúde, educação e segurança ao filho.<sup>39</sup>

Uma das maiores críticas a esta guarda é que, via de regra, a mãe é quem sempre detinha a guarda da criança, ou seja, esta, tinha a oportunidade de criar uma relação de confiança e afeto com o seu filho, de se fazer participativa na vida do menor e o pai se resumia ao pagamento de pensão alimentícia, ao direito de visita que, na maioria das vezes

37 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada . 7. ed.São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014, p.105-106.

38 MADALENO, Rolf. Guarda Compartilhada. In: IBIAS, Delam Silveira, Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra Et Vida, 202, p.116.

39 FREITAS, Douglas Phillips. Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei 11.698, de 13 de Junho de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.53.

não era o tempo suficiente para construir uma relação de afeto e isso, acabou gerando muitos prejuízos para as famílias e principalmente para as crianças.

"Convém ser transcrita a manifestação de uma mãe guardiã, extraída de trabalho publicado pela professora Leila Maria Torraca de Brito<sup>40</sup>, na obra *Temas de psicologia jurídica*, em que aquela, contando com 46 anos e nível superior, assim declarou:"<sup>41</sup>

"Quando me separei fiquei com a guarda de meus filhos, que eram pequenos, e só deixava meu ex-marido vê-los nos dias de visita estabelecidos judicialmente. Ele sempre foi muito carinhoso com as crianças, mas eu estava com muita raiva e não o queria por perto, por isso acabei afastando o convívio das crianças com ele."

Esta guarda já foi muito adotada pelos Tribunais, porém, conforme o estudo da professora Leila Maria Torraca de Brito<sup>42</sup> do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, "muitos pais acabam por desaparecer da vida de seus filhos por não suportarem os desentendimentos intermináveis com a ex-esposa e por não concordarem com o papel de pais eventuais a que são relegados."

Com o crescente número de inserção de mulheres no mercado de trabalho, esse papel familiar começou a ser redistribuído e essa desigualdade entre os cônjuges foi extinto.

A guarda unilateral é atribuída pelo juiz para apenas um dos genitores (ou alguém que o substitua), normalmente, para o que possuir melhor condição de criá-la. Por isso, tal modalidade, atualmente, só é fixada em casos em que a guarda compartilhada não é possível.

40 Professora do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Curso de Especialização em Psicologia Jurídica, UERJ, em seu texto Competências e convivências: caminhos da psicóloga junto ao direito de família, in temas de psicologia jurídica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 171.

41 RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers, Poder familiar e guarda compartilhada, Rio de Janeiro: Saraiva, p.68.

42 BRITO, Leila Maria Torraca de. De competências e convivências: caminhos da psicologia junto ao direito de família, in Temas de psicologia jurídica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p.175-177.

### 3.2.2 *Guarda alternada*

De acordo com Fernanda Rocha Lourenço Levy, a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados.<sup>43</sup>

É bem verdade que inexistente uma fórmula mágica ou mesmo um manual de regras incontroversas que garantam o sucesso perante o relacionamento familiar, uma vez que o convívio- ou a ausência dele- envolve sentimentos humanos ambivalentes, tais como amor e ódio, aceitação e rejeição, afeto e desafeto.<sup>44</sup>

A ideia da guarda alternada, reflete um egoísmo sem fim por parte dos genitores. Faz com que o filho tenha duas residências, isto é, uma semana o menor moraria com a mãe, a próxima com o pai e assim seguiriam suas vidas.

Essa ausência de lar fixo, acarretou em diversos efeitos negativos no psicológico das crianças, e por isso, o judiciário não aderiu tal modalidade.

### 3.2.3 *Guarda nidal ou aninhamento*

A expressão "nidal" vem do latim *nidus*, que significa ninho. Traz consigo o sentido de que os filhos permaneceram no "ninho", e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos genitores ficará com seus filhos na residência original do casal. Não há nenhuma proibição para esse tipo de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em função dos aspectos práticos para os pais, ela é pouco utilizada.<sup>45</sup>

43 LEXY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar: São Paulo: Atlas, 2008, p.60.

44 BOULOS, Da Guarda "com-parte-ilhada" à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Grandes Temas de direito de família e das sucessões São Paulo: Saraiva 2011, p.64.

45 , PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.



Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, discorrem que essa espécie de guarda é muito rara em nossa jurisprudência, tendo maior efetividade nos países europeus, pois, tem como proposta atingir um público financeiramente mais elevado, tendo em vista que, precisarão manter, além de suas residências, aquela em que seus filhos moram. Ou seja, as crianças permanecem residindo na casa em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais já separados, moram em casas diferentes, e eles revezariam a moradia na casa de seus filhos.<sup>46</sup>

Uma das vantagens dessa modalidade de guarda é que a criança sempre terá um lar fixo, não precisando alternar entre as residências dos genitores, além de manter sua rotina de estudos e lazer.

Conforme dispõe, essa modalidade não prospera no Brasil tendo em vista que a necessidade sócio econômica deverá ser extremamente alta de ambos os pais para que arquem com suas respectivas casas, mais a casa do filho.

#### 3.2.4 *Guarda atribuída a terceiros*

A guarda, via de regra, é o atributo do poder familiar e consiste no direito/dever dos pais de terem os filhos em sua companhia e sob sua custódia material, cultural e patrimonial.<sup>47</sup>

Conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 33:

A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos

46 GAGLIANO, Pablo Stolze e RODOLFO PAMPLONA FILHO, Novo curso de direito civil. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. vol. 6. 5º edição. Editora Saraiva. pag. 609

47 GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. Revista IOB de Direito de Família. v. 61, ago./set. 2010, p.67

pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Trata-se de um instituto jurídico pelo qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite.<sup>48</sup>

Todavia, se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda dos seus genitores, deferirá guarda à pessoa que revele compatibilidade com o caso, levando em consideração o grau de parentesco e as relações de afinidade.

Apesar da guarda atribuída a terceiros ser uma exceção, fica claro que, o ideal é que a criança seja criada por seus pais.

Por último, a guarda compartilhada será estudada nos próximos capítulos.

48 CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de filhos na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000 p. 88.

## 4 ALIENAÇÃO PARENTAL

Em muitos casos, um dos genitores de forma involuntária busca estabelecer no menor a sua própria versão dos fatos com relação ao relacionamento fracassado, imputando ao outro responsabilidades de forma exclusiva e gravosa, de forma a se vitimizar e denegrir o outro genitor ou familiar. O famoso comportamento entre "lobos e cordeiros", onde, se cria uma perturbação afetiva a um (ou ambos) de seus genitores ou familiares.

A expressão *síndrome da alienação parental* [SAP] foi cunhada por Richard Gardner<sup>49</sup>, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, em Nova York, EUA, em 1985:

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

Rosana Barbosa Cipriano Simão<sup>50</sup>, uma das pioneiras no Brasil a trazer soluções judiciais concretas contra a prática da alienação parental, com participação efetiva na elaboração da Lei de Alienação Parental, ressalta que "o genitor alienador lança suas próprias frustrações no que se refere ao insucesso conjugal no relacionamento entre o genitor alienado e o filho comum", e o seu objetivo é distanciar o filho do outro, exercendo abusivamente o poder parental, consciente ou inconscientemente.<sup>51</sup>

49 Richard A. Gardner, O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental [SAP]? Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org>>. Acesso em 23 maio. 2017.

50 RAMOS, Patricia Pimentel Oliveira. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. 2 edição. editora: Saraiva pag.147

51 SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções Judiciais concretas contra a pernicioso prática da alienação parental, in Síndrome parental e a tirania do guardião. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007, p. 15.

A Lei n.12.318/2010 define e exemplifica o ato de alienação parental em seu art.2º e parágrafo único.

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

Parágrafo único. São formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros;

I. realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II. dificultar o exercício da autoridade parental; III. dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV. dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V. omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI. apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII. mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A Constituição Federal em seu art. 227 confere à criança e ao adolescente os direitos 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, a prática do ato de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o

adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes da tutela ou guarda.<sup>52</sup>

Para Guilherme Couto Castro<sup>53</sup>, a alienação parental são atos de interferência psicológica sobre a criança ou o adolescente, promovidos por ascendente ou por quem tenha autoridade sobre a criança, para que ela repudie o genitor ou para abalar o vínculo entre o menor e ele. Cujas a Lei n. 12.318/2010 em seu art. 6º, autoriza o magistrado a aplicar fortes sanções contra o infrator, desde multa à alteração da guarda.

Portanto, consolidada a alienação parental (com o auxílio imprescindível de profissionais interdisciplinares, com perícia psicológica ou biopsicossocial), o juiz, tendo ouvido o Ministério Público, deverá tomar medidas protetivas com relação ao menor como:

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. (Art. 6º da Lei n.12.318/2010).

52 RAMOS, Patricia Pimenttl Oliveira. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. 2 edição. editora: Saraiva pag.148.

53 CASTRO, Guilherme Couto. Direito Civil Lições: parte geral, obrigações, responsabilidade civil, reais, família e sucessões

## 5 GUARDA COMPARTILHADA

Este capítulo tem como principal objetivo tratar da guarda compartilhada no todo, como surgiu, o que significa, o que é necessário para se aplicar esse atributo, quais são os ônus e bônus, quais efeitos psicológicos surtidos tanto nos pais quanto nos filhos, como foi sua caminhada até a promulgação da lei nº 13.058/14, se realmente é efetivo ao princípio do melhor interesse da criança e por fim, como a guarda compartilhada acontece na prática.

### 5.1 Evolução histórica da guarda compartilhada

Conforme discutido nos capítulos anteriores, a ruptura conjugal tornou-se algo tão comum que, "a guarda teve sua evolução jurídica com o intuito de acompanhar os anseios e as necessidades de cada época. Em alguns momentos da história, a guarda foi atribuída ao pai; em outros; à mãe, e, atualmente, a guarda é atribuída a qualquer dos pais ou a ambos, levando-se em consideração os interesses dos filhos, analisados no contexto familiar"<sup>54</sup>.

Para Grisard Filho<sup>55</sup>:

"Se o divórcio ou a dissolução da união estável transformou-se em uma situação frequente, que pode ser entendida como uma transição "normal" no ciclo da vida familiar, torna-se cada vez mais indispensável a realização de estudos que produzam informações que permitem às famílias sobreviverem mais ajustadamente ao desastre que provoca. E a escolha de quem ficará com as crianças passa a ser feita tendo como fundamento quem estiver em melhores condições. Os dois, talvez."

A Constituição Federal de 1988, desconstruiu totalmente aquele modelo familiar desigual e discriminatório do Código Civil de 1916 e, trouxe uma nova interpretação acerca de sua legislação.

Vide art. 5º, I da CRFB/88<sup>56</sup>:

54 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada - de acordo com a Lei n. 11.698/2008, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

55 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.229.

Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Complementando o Constituinte Originário, no art. 226, § 5º<sup>57</sup>:

Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Diante desta alteração, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o princípio da paternidade responsável, o princípio do respeito à individualidade e não discriminação, o princípio da igualdade entre os filhos e o princípio do melhor interesse da criança foram apenas alguns dos princípios estabelecidos pela legislação para a proteção do direito de família.

Para Quintas<sup>58</sup>, a Constituição Federal de 1988 veio admitir a pluralidade de modalidades de estruturas familiares, atribuindo a homens e mulheres os mesmos direitos e deveres alusivos à sociedade conjugal e priorizar os direitos da criança e do adolescente, proibindo quaisquer designações discriminatórias, atinentes a ela, questões mais tarde enfatizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Este conceito de instituição familiar contemporânea valoriza os membros da família e não mais a preocupação da manutenção do casamento.

Atento às transformações no âmbito familiar, o Código Civil de 2002, acabou com a vinculação da guarda à culpa pela ruptura conjugal e começou a atribuir a guarda àquele que demonstrasse ter a melhor condição de criar o filho. Motivo que, o modelo de guarda unilateral não mais satisfazia os interesses da sociedade, pois, se ambos os pais se sentissem no direito/dever e tivessem a capacidade de criar e educar seus filhos, de acordo com essa guarda, não poderiam.

56 BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 2014)..

57 BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 2014).

58 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada - de acordo com a Lei n. 11.698/2008, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciososa guarda unilateral concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o filho), e de garantir o melhor interesse do filho, especialmente as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, quer do ponto de vista jurídico, quer do psicológico, enfatizam essas duas considerações. De um lado, revalorizam o papel da paternidade; por outro, trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o infante ou adolescente, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.<sup>59</sup>

Razão pela qual, a Lei 13.698/2008 estabeleceu que, ambos os pais exerceriam seu papel parental de forma plena. Visto isso, passou a ser dever do juiz, na audiência de conciliação, informar aos genitores o significado da guarda compartilhada, sua importância e igualdade de direitos e deveres impostos aos pais e as punições pelo seu descumprimento, conforme discorre o art. 1.584 §1º do Código Civil.

Em 2008, a guarda compartilhada era tratada de forma equivocada, tida como um direito de visita e muitas vezes confundida com a guarda alternada. No entanto, a Lei n.13.058/2014, trouxe uma efetiva modificação no instituto de convivência, conforme disposto no art. 1.583 §2º do Código Civil:

"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."

Resta claro que, vida de regra, a guarda compartilhada é a melhor modalidade a ser aplicada sempre que os pais se sentirem responsabilizados e forem capacitados para criar seus filhos, mesmo que não haja consenso entre si, salvo exceção.

59 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133. apud. ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da guarda compartilhada de acordo com a Lei n.13.058 de 22-12-2014



## 5.2 Conceito de guarda compartilhada

Compartilhar, como a palavra já sugere, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta.<sup>60</sup>

Quando há a ruptura conjugal, o filho é a pessoa que tende a ser a mais prejudicada. Afinal, na maioria das vezes, viveu acostumado a presença de ambos os genitores desde o seu nascimento e, de repente, se vê privado de um convívio rotineiro com o genitor não guardião, dando aquela sensação de abandono.

No entanto, a guarda compartilhada é a modalidade de guarda exercida por ambos os pais, em igualdade de condições, de forma simultânea mesmo diante de eventual separação, divórcio ou ruptura da relação.

A expressão "guarda compartilhada" faz referência à possibilidade de os filhos de pais separados terem a assistência de ambos os genitores. Ela têm como objetivo principal diminuir os danos sofridos pelos filhos após a ruptura conjugal e os manter unidos, preservando assim, a relação de afeto parteno-filial.<sup>61</sup>

Ana Maria Milano Silva<sup>62</sup> define a guarda, "como um fator encorajador de cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas. Fazendo com que os filhos percebam que continuam sendo amados pelos pais mesmo que estes não continuem sendo um casal."

De acordo com a Fernanda Rocha Lourenço Levy<sup>63</sup>: "A guarda compartilhada tem por fim precípua minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da quebra ou mesmo da

60 THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda Compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa n. 14. p. 17638.

61 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço; Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p.54.

62 SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada, p.105.

inexistência prévia de relacionamento conjugal. Busca preservar os laços paterno-filiais em condições de igualdade entre os genitores."

Conforme discorre o Código Civil<sup>64</sup>:

"A guarda compartilhada significa a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583, de modo que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses do filho (§2º."

Para Simone Costa Saletti Oliveira<sup>65</sup>, "a guarda compartilhada é o modelo ideal a ser seguido, porque o interesse dos filhos estaria sempre em primeiro lugar, seria um equilíbrio no poder familiar e uma garantia de igualdade entre os cônjuges."

Tal modalidade já era reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, porém, só ganhou foro legal após 2008, nos termos do art.1.584 §2º, do CC. Depois, com a inserção da Lei n.13.058/2014, a guarda compartilhada passou a ser regra:"encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada".

### **5.3 Aptidão para o exercício da guarda compartilhada**

De uma maneira geral, CARBONERA<sup>66</sup>, leciona que, "verificam-se as condições pessoais e características específicas dos pais, abrangendo a capacidade para satisfazer as necessidades dos filhos, o tempo que podem a eles dedicar, a saúde física e mental, o afeto demonstrado pelo filho, a ocupação profissional, a estabilidade do ambiente que cada um

63 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos:os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p.54.

64 RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers apud. civil, código

65 OLIVEIRA, Simone Costa Saletti. Revista IOB do direito de família, p.

21. 66 CARBONERA, Silvana Maria. ob.cit., p.128.

pode facultar aos filhos, a vontade que cada um deles manifesta de manter e incentivar a relação dos filhos com o outro genitor".

Via de regra, tanto o pai quanto a mãe são pessoas aptas para exercer o poder familiar e a guarda compartilhada e, quando comprovada tal aptidão, essa modalidade de guarda deverá ser aplicada em decorrência do melhor interesse da criança, conforme presume a Lei n.13.058/2014.

Há algumas situações em que não se faz viável a guarda compartilhada, tais como: quando o genitor estiver envolvido com drogas, praticar violência doméstica ou não ter condições de oferecer um lar saudável para criar seu filho.

Vale dizer que, havendo divórcio consensual com filhos no Brasil, deverá o acordo ser levado para a homologação judicial, vide art. 731 do NCPC<sup>67</sup> e, caberá ao Magistrado, com intervenção obrigatória do Ministério Público, homologar o acordo quanto à guarda dos filhos, na forma do art. 1.584<sup>68</sup> do Código Civil.

Conforme dito anteriormente em outro tópico, caberá ao juiz na audiência de conciliação, informar aos pais o significado da guarda compartilhada. Nessa hora, haverá duas hipóteses. A primeira, se houver consenso entre as partes, o magistrado, via de regra, aplicará a guarda compartilhada. Na segunda, caso não haja o consenso, o juiz só poderá aplicar a guarda compartilhada se ambos os genitores mostrarem interesse e capacidade de exercer a guarda, caso contrário, poderá estipular a guarda unilateral ou a que melhor se adequar ao caso.

67 A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.

O Poder Judiciário pode e deve, com auxílio da equipe profissional, esgotadas as técnicas de solução amigável do conflito, mesmo sem acordo entre os genitores, estabelecer a melhor modalidade de guarda e os dias de convívio, garantindo o direito da criança à convivência familiar.

O art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 89 vigorada pelo Decreto Lei n. 99.710/90<sup>69</sup>, considera a vontade do filho e os laços de afetividade fortes fatores a ser considerados na hora da escolha da guarda. Porém, vale frisar que, a opinião da criança maior de 12 anos será ouvida e levada em consideração mas, nunca, imposta a esta criança a escolha de com qual dos pais prefere viver. Prestando bastante atenção nas vontades dos filhos, pois esta, pode estar comprometida em razão da alienação parental.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos<sup>70</sup> elenca que: "o carinho, a disponibilidade, o amor pelos filhos, a possibilidade de dar à criança atenção e orientação, ainda que a saúde mental esteja um pouco abalada por conta da separação. Nem sempre, num primeiro momento os genitores serão capazes de incentivar a relação da criança com o outro, mas deve ser advertido para não incidir em hipóteses de alienação parental".

Nesse caso, a intervenção de uma equipe interdisciplinar, formada por assistentes sociais e psicólogos, faz-se altamente útil e necessária, seja antes ou após a intervenção de um mediador, na hipótese de resistência de um dos pais, possibilitando que os arranjos atendam aos interesses da família e às particularidades do caso concreto, garantindo ao infante o seu bem-estar e o direito à convivência familiar.<sup>71</sup>

### *5.3.1 O ônus e o bônus da guarda compartilhada*

69 Art. 12.1. assegura à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. assegura à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem 69

70 RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família, ed:Saraiva. Rio de Janeiro p.103.

71 RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família, ed:Saraiva. Rio de Janeiro p.105.

São muitas as vantagens dentro deste novo modelo de guarda, pois, essa decisão priorizará o que for melhor para a criança.

O sistema de guarda compartilhada, por ser flexível, e, por muitas vezes, oriunda de acordos, se adapta facilmente a eventuais mudanças que possam ocorrer com os envolvidos nesse laço. Muitas vezes os filhos precisam estar com a mãe, outras vezes, com o pai, essa flexibilidade é que faz a guarda compartilhada preferível.<sup>72</sup>

Conforme aduz Welter<sup>73</sup>:

"a lei da guarda compartilhada previne as manipulações, as tentativas de alienação parental, as falsas denúncias e toda perversão, que, com a nova lei, serão mais facilmente detectáveis; [...] os filhos não precisam apenas da companhia de um dos pais, e sim de ambos para seu perfeito desenvolvimento e equilíbrio psicossocial; [...] a guarda compartilhada fomenta os vínculos de afeto com ambos os pais, condição necessária para uma formação saudável dos filhos; [...] o direito à convivência em família é também um direito à integridade psíquica; [...] a guarda compartilhada é muito mais compreensiva, mais democrática [...]; [...] mesmo quando não há consenso, é possível a fixação da guarda compartilhada, porque os filhos têm o direito de conhecer e de compreender a infinita e ineliminável alteridade humana; [...] a diminuição do tempo de convivência entre pais e filhos faz reascender a competição [...] é preciso uma mudança de paradigma, para que a lei da guarda compartilhada seja compreendida pela principiologia constitucional, principalmente da convivência democrática [...]."

Nesse sentido, a guarda compartilhada proporciona tanto para os pais quanto para os filhos, uma relação continuada; uma convivência mais próxima, reduzindo assim, os conflitos existentes entre eles.

72 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque: Guarda compartilhada p. 97.

73 WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: DELGADO. Mário; COLTRO, Mathias (coord.). Guarda Compartilhada. p.63.

A guarda compartilhada assegura ao filho a continuidade da relação afetiva com os pais [...], já que a relação material se perpetua por força dos deveres decorrentes do poder familiar.<sup>74</sup>

Desse modo, Ana Carolina Silveira Akel diz:

A guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa normalmente de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e à união estável, a saber, a guarda, o sustento e a educação da prole. Não há dúvida de que, através deste sistema, o sentimento de culpa e frustração do genitor não guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos, são diminuídos de forma significativa. A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantido a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda unilateral. Ademais a adoção do exercício conjunto da guarda facilita a solução de diversos problemas decorrentes da responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores."

Percebe-se que a guarda compartilhada acaba por beneficiar todas as partes. Os filhos passam a ter uma convivência contínua com seus pais. Ambos os genitores continuam tendo as responsabilidades nos cuidados da rotina dos filhos. Os filhos não se sentem abandonados, culpados ou menos amados ocasião pela qual, diminuem seus problemas emocionais.

As vantagens parecem óbvias, os maiores beneficiários da guarda compartilhada, são sem dúvida, os filhos, por poderem usufruir de uma fração de tempo bem maior com seus pais<sup>75</sup>, diminuindo assim, sentimentos de culpa ou abandono por parte do genitor não guardião.

74 CASABONA, Marcial Barreto. Guarda compartilhada p.247-248.

75 ZIMERMANN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias. Guarda compartilhada p. 106.

Também é bastante beneficiado o cônjuge que não é o guardião das crianças menores, porquanto ela sai do papel de mero "visitante" e de mero provedor, para sentir-se plenamente como pai ou mãe com os mesmos direitos e deveres do outro cônjuge, assim podendo opinar sobre a escolha da escola, os costumes referentes à liberdade e aos limites necessários que devem ser ministrados aos filhos, etc.<sup>76</sup>

Com a guarda compartilhada os pais, os filhos e a Justiça são beneficiados. É uma opção que exclui diversos problemas, tanto para os filhos e genitores quanto para a própria justiça. Quando os pais se entendem com relação à Prole, não precisam "brigar" judicialmente para obter êxito em alguma situação, não deixando assim, a criança sentir-se culpada pelos desentendimentos entre os pais, se ela não for o motivo.<sup>77</sup>

Outra grande vantagem da guarda compartilhada é evitar a síndrome da alienação parental. Pois, com a convivência dos filhos com ambos os genitores, a probabilidade de um genitor denegrir a imagem do outro é bem menor.

As chantagens emocionais geram modificações nos sentimentos do menor, devastando o vínculo existente entre o genitor e a prole e fazendo com que a criança acredite que todos os fatos impostos pelo genitor guardião realmente são verídicos.<sup>78</sup>

Diante do fato narrado, resta clara a intenção do genitor guardião ficar com filho só para si, destruindo o vínculo existente entre o genitor não guardião e o menor. É extremamente prejudicial ao filho, fazer com que ele ache que um de seus pais o abandonou.

De acordo com Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas<sup>79</sup>, "uma das principais vantagens da aplicabilidade da guarda compartilhada é que é uma das modalidades que mais

76 DELGADO; COLTRO. 2009, p.106

77 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada p. 87-88.

78 DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias p.455-456.

se parece com a relação de família que existia com a prole enquanto os pais viviam juntos. Com o intuito de manter essa relação que existia durante o casamento, uma vez que, quem se separa é o marido e a mulher e não esses dos filhos, é que deve ser aplicado esse instituto, para continuar a convivência, o contato sempre que possível, entre pai e filho e mãe e filho, não havendo a necessidade, nem se pretende, que o ex-casal mantenha a mesma relação de quando eram marido e mulher".

No entanto, apesar da guarda compartilhada ter inúmeras vantagens, ela também tem suas desvantagens.

Nem sempre a guarda compartilhada vai ser considerada a modalidade de guarda mais adequada para o caso e, quando não for, não deverá ser aplicada.

Genitores que brigam muito, dificilmente vão conseguir obter os resultados esperados na boa criação do menor. Nesse sentido, quando os pais não conseguem se entender de forma alguma, dificilmente, a guarda compartilhada é a guarda que melhor vai atender aos interesses da criança, pois, como vão proporcionar uma boa educação, convívio e orientar na criação da personalidade da criança se não conseguem nem ao menos manter um bom diálogo entre si.

Outra grande desvantagem na guarda compartilhada, seria a alternância de residência. "A constante troca de residência - ora da mãe, ora do pai - provoca ao filho menor a falta de um ponto de referência, de um lugar fixo, onde possa se conscientizar como pessoa em desenvolvimento dentro da comunidade social."<sup>80</sup>

Com isso, a maior desvantagem na guarda compartilhada são os efeitos negativos que recaem de forma direta e indiretamente sobre os filhos, seja quando os pais não conseguem se

79 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada p. 67-68.

80 FUJITA, Jorge Shiguemistu. Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos. In: DELGADO, Mário ; COLTRO, Mathias. Guarda compartilhada, p. 203.



entender e criam confusões e transtornos na vida dessas crianças, seja quando os pais tentam envenenar os filhos uns contra os outros por conta de conflitos e relacionamentos mal acabados, seja pela mudança diária entre as casas dos pais, onde a criança parece não ter um lar fixo.

### *5.3.2 Dos efeitos psicológicos da guarda compartilhada*

A guarda compartilhada além de gerar efeitos positivos e negativos no aspecto moral da criança, gera também efeitos psicológicos.

Ferreira, apud Grisard Filho, "a complexa situação dos filhos que, de repente (normalmente sem pré-aviso), são privados do relacionamento com seus dois pais, exigiu que se pensasse rapidamente na questão da guarda e suas conseqüências. Logo, ouviram-se as manifestações de diversos profissionais, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, todos preocupados em minimizar os nefastos efeitos da saída de um dos pais da vida diária dos filhos, uma vez que a paternidade e a maternidade são, indiscutivelmente, realidades biopsicossociais.

Grisard Filho<sup>81</sup> afirma:

"A questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância descontínua deste, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro."

Conforme mencionado anteriormente, a guarda compartilhada visa amenizar as perdas que a Ruptura conjugal causa na vida dos filhos, beneficiando esse com a convivência com os pais, tendo a educação e carinho transmitidos por ambos, não gerando o medo de ser

abandonado pelo genitor que não mora no mesmo lar, tornando-se assim, a alternativa mais adequada à saúde psíquica da criança.<sup>82</sup>

Vale dizer que conforme Ana Maria Milano Silva<sup>83</sup> discorre, já existem comprovações de que o desenvolvimento psicoemocional das crianças que desfrutam da guarda compartilhada é de grau mais elevado que o daquelas que ficam a maior parte do tempo com um só dos genitores. São elas mais calmas e pacientes.

#### **5.4 Do pagamento de alimentos na guarda compartilhada**

A pensão alimentícia de pais para filhos, é a obrigação dos pais de prestar alimentos em relação aos filhos decorrente do poder familiar, sendo esses os encarregados de fornecer o necessário para a subsistência dos filhos.

A obrigação alimentar carrega diferentes características, que a destoam das demais obrigações civis, diante de sua especial natureza, vinculada à vida da pessoa, atuando em uma faixa de valores fundamentais, havidos por indispensáveis e indisponíveis para a subsistência do ser humano.<sup>84</sup>

O direito à prestação alimentícia é personalíssimo no sentido de que não pode ser passado a outrem, seja por negócio, seja por outro acontecimento jurídico. É assim considerado por tratar-se de uma das formas de garantir o direito à vida, assegurando

82 GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada - a efetividade do poder familiar. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias. guarda compartilhada, p. 151.

83 SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada p.104.

84 MADALENO, Rolf, curso de direito de família. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013,p.840.

constitucionalmente, e que não pode faltar ao cidadão o necessário à manutenção de sua existência, tanto concernente à alimentação quanto em relação à saúde, educação e lazer.<sup>85</sup>

Conforme dispõe o art. 22 do ECA, "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores [...]" e em seu parágrafo único, "a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhadas no cuidado e na educação da criança [...]".

Fica claro, a necessidade que os filhos tem para com seus pais, seja na alimentação, lazer, saúde, educação e vestuário. E, a obrigação dos pais em favor dos filhos, que, estão elencados nos arts. 229 da Constituição Federal<sup>86</sup>, art. 22 do ECA<sup>87</sup> e arts. 1.566, IV<sup>88</sup> e 1.568<sup>89</sup>, ambos do Código Civil.

Como mesmo descreve a música dos Titãs, "A gente não quer só comida, quer comida, diversão e arte"<sup>90</sup>, alimentação é muito importante mas, a quantia estipulada pelo juiz deve ser de forma razoável e compatível com a condição social de seus pais, tanto para alimentos, quanto para arcar com os estudos, vestuários, saúde e lazer.

Normalmente o pagamento de alimentos é destinado ao genitor não guardião. No entanto, quando fala-se em guarda compartilhada, quem deverá pagar o quê, e, para quem? Se ambos são genitores guardiões da criança.

85 SPENGLER, Fabiana Marion. Alimentos: da ação à execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.24-25. apud; ROSA, Conrado Paulino, Nova lei da guarda compartilhada de acordo com a Lei n. 13.058/2014. Ed: Saraiva. p. 97.

86 "Art. 229 da CF: "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores."

87 Art. 22 do ECA: "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.

88 Art. 1.566. do Código Civil: São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV- sustento, guarda e educação dos filhos.

89 Art. 1.568 do Código Civil: Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

90

Conforme dispõe os arts. 1.701 e 1.703 do Código Civil, cada genitor deverá contribuir na proporção de seus recursos, podendo pensionar o alimentado, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, até completar a maioridade.

Há duas vertentes nestas situações, uma diz que não seria necessário o pagamento de pensão alimentícia se, comprovado que ambos os pais ficam de igual tempo com a criança, nos períodos de alimentação, lazer, cuidado, e cada um pagasse algo para a criança. Já, a segunda vertente diz que há a necessidade, sim, do pagamento da pensão alimentícia, pois, dificilmente, a criança terá o convívio e os gastos com ambos os pais de forma igual.

Todavia, ambos sempre acham que estão gastando mais com seu filho do que o outro. Quem recebe os alimentos sempre acha que é insuficiente e quem paga, sempre acha que é mais do que suficiente

Vale dizer que, não é porque a guarda é compartilhada, que a prestação de alimentos será afastada. É direito dos filhos que ambos os pais arquem com seus gastos, neste caso, a melhor solução a ser tomada, será somar todos os gastos do menor durante o mês, dividir por dois e então, o juiz poderá estabelecer um valor que se adéque a realidade dos genitores para manutenção da subsistência da criança.

## **5.5 A guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança**

Conforme visto anteriormente, percebe-se que quando se fala na aplicabilidade da guarda de filhos, esta, está sempre atrelada ao princípio do melhor interesse da criança.

Porém, como bem aduz Maria Manoela Rocha de Albuquerque<sup>91</sup>:

"Não há como estabelecer um critério único que determine qual o melhor interesse da criança. O melhor interesse do filho dependerá de cada caso."

Para Suzana Oliveira Marques<sup>92</sup>, "pode-se dizer que esse princípio do melhor interesse, na realidade, revela-se como extensão do princípio, também constitucional, da dignidade da pessoa humana [...]"

A Carta Magna define, "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." (art. 227)<sup>93</sup>

Entende-se com isso que, aqui, a prioridade são os interesses dos filhos e não os interesses dos genitores. Não se trata de uma satisfação pessoal ou de provar ao outro genitor que é melhor ou que pode mais que o outro.<sup>94</sup>

Os interesses da criança são prioridade absoluta diante da vontade dos genitores por se tratar de jovens em processo de formação de personalidade<sup>95</sup>, como na ruptura familiar a guarda tratará diretamente do destino, proteção, criação e educação, deve-se priorizar seus interesses.<sup>96</sup>

91 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda compartilhada, p. 59.

92 MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do direito de família e guarda de filhos, p. 41. 93 Art. 227 da Constituição Federal de 1988.

94 AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: um avanço para a família. p. 65.

95 CRUZ, Maria Luiza Póvoa. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coord.). guarda compartilhada: visão em razão dos princípios fundamentais do direito. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo; Método, p.224

96 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda compartilhada, p. 56.

O princípio do melhor interesse da criança sempre foi o principal fundamento para decisões judiciais em matéria de guarda e, mesmo após a promulgação da Lei n.11.698/2008, objeto principal desta monografia, diante do princípio do melhor interesse da criança e sabendo da importância de ambos os pais na vida dos menores, muitos juízes continuaram atribuindo a guarda unilateral, preferencialmente a mãe.

A extinção de uma união livre costuma acarretar problemas em relação à guarda de filhos menores. Quando ocorre a ruptura dessa união, o que normalmente acontece é a continuação dos filhos em companhia materna.<sup>97</sup>

Levy<sup>98</sup> diz:

"Existe algumas etapas da vida da criança em que realmente talvez seja melhor ficar sob a guarda e cuidados da mãe, como por exemplo, no período de aleitamento materno. O pai visando o melhor para seu filho deve compreender e aceitar. Porém, nada o impede de visitar seu filho."

Ante o exposto, demonstra claro o pensamento de que a mãe é uma figura imprescindível, enquanto o pai é apenas um coadjuvante dispensável na vida do filho.

Conforme elucidada Levy, há etapas na vida da criança que a mãe consegue oferecer mais para a criança do que o pai, como por exemplo o aleitamento, e até aí, ok a guarda ser atribuída à ela, no entanto, e as outras etapas da vida da criança, quando ela não precisar se alimentar apenas de leite materno?

A presença do pai na vida dos filhos é tão importante quanto a presença da mãe. Os filhos crescem mais felizes e completos, com ambas as figuras dos genitores à sua volta.<sup>99</sup>

97 OLIVEIRA, José Francisco Basílio de, Guarda compartilhada, comentários à lei n°11.698/08, p.142.

98 . Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar, p. 109.

99 SILVA, Ana Maria Milano, a lei sobre guarda compartilhada, p. 140.

A figura paterna deixou de ser apenas a de um espectador dos cuidados das mulheres para com o filho, para tornar-se um elemento atuante na educação da criança. O pai moderno acompanha a [...] gravidez, [...] divide os cuidados.<sup>100</sup>

Marcial Barreto Casabona<sup>101</sup> descreve, "a criança e o adolescente indubitavelmente devem ser protegidos. Se amparados e bem conduzidos, têm probabilidade de serem felizes e se assegurar a si mesmos relações satisfatórias e construtivas no futuro.

O fato é que, a decisão da guarda exclusiva trouxe muitos problemas para todos os envolvidos, e tornou crucial a busca de novos meios que minimizassem tais sofrimentos e perdas<sup>102</sup>. Diante do exposto, a guarda compartilhada foi criada e desde a promulgação da Lei n. 13.058/2014, essa modalidade virou regra em decisões judiciais, pois, "a presença tanto do pai quanto da mãe é de extrema importância, não sendo aceita a atribuição a apenas um dos genitores, quando, na maioria das vezes, ambos tem condições de serem os guardiões."<sup>103</sup>

Por fim, pode-se dizer que a guarda compartilhada é uma grande prevenção a alienação parental. Por conta da criança passar a conviver de forma igual com ambos os genitores, as chances de haver uma alienação parental não extingue mas, diminui drasticamente.

## **5.6 Guarda compartilhada na prática**

Nada mais é que, a divisão do chamado poder familiar. Nesse tipo de procedimento, a criança tem uma residência fixa, mas, todas as decisões e responsabilidades pertinentes a criança é dividida igualmente pelos pais.

100 SILVA, Ana Maria Milano, a lei sobre guarda compartilhada, p. 139.

101 CASABONA, Marcial Barreto. Guarda compartilhada, p. 138.

102 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda compartilhada, p.44

103 QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda compartilhada, p.44

Diferente da guarda alternada, a referência a ser guardada pela criança não é o imóvel; a casa, mas sim a convivência com ambos os pais.

Na guarda compartilhada, o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Art. 1.583, §2º do Código Civil).

É preciso dizer que a convivência que a guarda compartilhada busca contemplar atende à criança em sua necessidade em contar com o pai e a mãe, e também a uma legítima reivindicação dos homens que descobriram a realização em exercer a parentalidade<sup>104</sup>.

É imperativa a manutenção da convivência com ambos os pais, garantindo a proteção dos respectivos direitos das crianças e dos adolescentes. Esse é o exercício da autoridade parental, que não é, e nem deve ser, atribuído apenas ao guardião, pois os deveres e os direitos inerentes ao instituto, relativamente aos filhos, não se extinguem com o divórcio do casal.<sup>105</sup>

Na fixação do regime de convivência deve ser buscada, em um ambiente ideal, uma construção conjunta dos dias, horários e locais de retirada, sempre pensando no melhor interesse da prole.<sup>106</sup>

O que se espera da guarda compartilhada na prática é que, os pais consigam criar conjuntamente uma rotina para a criança e estipular tarefas que ambos se façam presentes na vida de seus filhos. Como por exemplo, combinar de buscar e levar o filho em alguma atividade, como futebol, dança, natação, aula de inglês, aula de música, fisioterapia, médico.

104 GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada: Responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.171.

105 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática, 4.ed. São Paulo: Saraiva:2013. p.90. 106



A guarda compartilhada dá aos pais o direito de conviver com seus filhos mais do que alguns finais de semana, de participar de forma ativa em suas vidas; na educação, no esporte, na saúde, no lazer e de se fazer presente, necessário e útil. Eximindo assim, qualquer dúvida de uma possível culpa, falta de amor ou sensação de abandono.

O principal objetivo da Lei nº 13.058/2014 é apaziguar a família brasileira e trazer paz e tranquilidade para as crianças e adolescentes.

## **5.7 Mediação familiar**

Nem sempre o magistrado vai encontrar a melhor solução, principalmente, quando tratamos das cargas de conflitos humanos, marca principal do direito de Família.

Barbosa<sup>107</sup> conceitua mediação como:

"[...] a mediação utiliza uma terceira pessoa neutra para auxiliar as partes conflitantes (mediandos) a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito, chegando a uma solução."

Em determinados conflitos (como relativos à guarda), conforme observação de ALBA ABREU LIMA<sup>108</sup>, "As partes como seres em conflito, esvaziando a disputa inesgotável do perde/ganha. Trata-se de dever ético do analista e perito em impedir os litigantes de se digladiarem e usarem os filhos, como mísseis em suas batalhas", mostra que a mediação familiar apresenta bons resultados às partes e ao Judiciário, tendo em vista, a possibilidade do magistrado dar ouvidos a um profissional apto a resolver tal questão em discussão.

Sem qualquer dúvida, a mediação é instrumento indicado para os conflitos do Direito de Família, servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliar à

107 BARBOSA, Águida Arruda, cf. "Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário", cit., p.32-34.

108 LIMA, Alba Abreu, cf. Psicologia jurídica: lugar de palavras ausentes, cit. p.44.

deliberação de decisões mais justas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados.<sup>109</sup>

Percebe-se que, o mediador não interfere no cerne da questão, ele apenas procura mostrar às partes o caminho para o acordo, isto é, ele basicamente conduz o diálogo.

Sendo assim, podemos entender a mediação familiar como uma solução alternativa para um determinado conflito onde uma pessoa de fora, conduz o processo de forma a satisfazer ambas as partes.

Vale informar que, o mediador poderá ser um assistente social, advogado, psicólogo, pedagogo, e contam com a presença de um advogado para solucionar eventuais dúvidas jurídicas entre as partes e homologar o acordo perante o juiz, isto é, o mediador, não bate o martelo, ele apenas orienta as partes a chegarem a um acordo que atenda da melhor forma aos interesses do filho.

Ressalta-se que "Em suma, a mediação interdisciplinar é um método disponível para prestar apoio aos pais na busca de um modelo ideal de compartilhamento do convívio com os filhos, após a ruptura da célula familiar."<sup>110</sup>

Portanto, a mediação é, de fato, uma forma efetiva de assessorar as famílias a pensar nos seus conflitos, conversarem e tentarem de algum jeito resolverem entre si, ou de aprender a seguir com eles, afinal, os filhos têm direito de viver em harmonia com seus pais, mesmo que estes, estejam separados. Dessa forma, os interesses do menor são preservados.

109 ROSEVANLD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves, "Curso de Direito Civil: Famílias". cit., p.68-110 SILVA, Ana Maria Milano, A lei sobre guarda compartilhada, p. 164.

## 6 CONCLUSÃO

O que se pretende com esta monografia é mostrar que a modalidade de guarda compartilhada, raras as exceções, é o modelo que mais se adequa aos interesses e garantias do menor.

Ao analisar a evolução dos laços familiares na sociedade, desde a guarda unilateral como forma de punição ao genitor culpado na época do desquite, o poder-dever de forma igualitária entre os genitores até a ruptura conjugal, restou claro as diversas modificações sofridas pelo ordenamento jurídico para que este, pudesse se adequar as necessidades e melhorar a convivência da sociedade.

Pretendendo esclarecer melhor os questionamentos da guarda compartilhada, se essa modalidade realmente seria a que mais se encaixa para a efetivação do princípio do melhor interesse da criança, foi realizado um estudo comparativo que, dentre todas as modalidades, apenas esta, assegura aos pais da convivência frequente com seus filhos; que continuem tendo o papel ativo na educação, saúde, alimentação e principalmente, sem perder os laços afetivos do responsável não guardião.

Vale ressaltar que, nem sempre a guarda compartilhada é vista de forma positiva. O ideal é que sempre que houvesse a dissolução matrimonial, os pais levassem em consideração os interesses do menor e, jamais, em hipótese alguma, usar a criança como um meio para atingir o ex-companheiro em qualquer que seja a situação, porém, quando os pais terminam essa relação de forma abrupta, e não conseguem resolver seus problemas devido a magoas e imaturidade, a guarda compartilhada poderá não ser uma boa alternativa.

Nem sempre os pais vão estar em comum acordo e, quando isto acontecer, o juiz poderá com a ajuda de profissionais aptos tais como: psicólogos e assistentes sociais, atribuir a guarda do menor para um dos genitores, visando sempre o princípio do melhor interesse da

criança. Contudo, volta a frisar, esses são os casos excepcionais, sempre que possível, o ideal é optar pela aplicabilidade da guarda compartilhada conforme disposto nos artigos 1.593 e 1.594 do CC/2002.

Para que se aplique a guarda compartilhada, é necessário que os pais tenham pelo menos o mínimo de contato e que tenham a mesma finalidade, querer o melhor para seu filho, pois, essa modalidade existe para minimizar os efeitos negativos na criança e por conseguinte, dar a oportunidade dos pais continuarem a ser guardiões e permanecerem de forma ativa na vida de seus filhos seja na educação, lazer, saúde, moradia e afeto, sem perder a convivência em família mesmo os genitores não convivendo mais.

Uma outra forma que vem ganhando bastante resultado positivo é através da mediação familiar, ocasião em que os pais definem o que é melhor para a criança através de uma pessoa neutra chamada mediador.

Por fim, conclui-se que, o afeto e as relações pessoais são os principais norteadores de qualquer questão relacionada ao Direito de Família e, que, mesmo não tendo certeza do que realmente será mais adequado, é preciso que se busque o que melhor atenderá as necessidades do menor para que se desenvolva de forma saudável e feliz, ocasião em que foi provada que a aplicabilidade da guarda compartilhada é a que melhor trás vantagens para todos.

## 7 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

- AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: um avanço para a família.
- ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslly Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamento para análise da impropriedade da expressão "guarda de filhos" quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. Revista IOB de Direito de Família, v. 71, abr./maio 2012.
- BARBOSA, Águida Arruda, cf. "Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário".
- BIANCA, C. Massimo. Diritto civil: la famiglia- le successioni.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os novos rumos do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRITO, Leila Maria Torraca de. De competências e convivências: caminhos da psicologia junto ao direito de família, in Temas de psicologia jurídica. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.
- BOULOS, Da Guarda "com-parte-ilhada" à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Grandes Temas de direito de família e das sucessões São Paulo: Saraiva 2011.
- CASABONA, Marcial Barreto. Guarda compartilhada.
- CASTRO, Guilherme Couto, Direito Civil Lições, Parte geral, obrigações, responsabilidade civil, reais, família e sucessões. vol.5. 2012.
- CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de filhos na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta, cf. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica.
- CRUZ. Maria Luiza Póvoa. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coord.]. guarda compartilhada: visão em razão dos princípios fundamentais do direito. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo; Método.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias.

DINIZ Maria Helena. Código Civil anotado 14.ed. São Paulo: Saraiva 2009 e Curso de Direito Civil Brasileiro. 5. Direito de Família. 22° Ed:Saraiva.2007.

FERRAZ, Fernanda de Figueiredo. Resumo Jurídico de Direito de Família, v.15.

FREITAS, Douglas Phillips. Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei 11.698, de 13 de Junho de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemistu. Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos. In: DELGADO, Mário ; COLTRO, Mathias. Guarda compartilhada

GAGLIANO, Pablo Stolze e RODOLFO PAMPLONA FILHO, Novo curso de direito civil. direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. vol. 6. 5° edição. editora saraiva.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. Revista IOB de Direito de Família. v. 61, ago./set. 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada . 7. ed.São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada: Responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEXY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar: São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. 4 edição. editora: saraiva .

LOURENÇO, Fernanda Rocha. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva 2013.

MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do direito de família e guarda de filhos.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de, Guarda compartilhada, comentários à lei nº 11.698/08.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Guarda tutela e adoção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. 11. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIZZOL, Alcebir Dal. Estudo social ou perícia social? Um estudo teórico-prático na justiça catarinense. 2.ed. Florianópolis: Insular, 2006.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers, Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família 2 edição. ed. Saraiva.

Richard A. Gardner, O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental [SAP]? Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org>>. Acesso em 23 maio. 2017.

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

ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei n. 13.058, de 22-12-2014: Saraiva

ROSENVALD, Nelson; Farias, Cristiano de. Curso de Direito Civil- Famílias- vol.6. ed: Juspotivm. 2012.

SILVA, Ana Maria Milano, A lei sobre guarda compartilhada.

Silvio Rodrigues, op. cit., p.361; Antonio Carlos Morato, Dano moral pela violação da autoridade dos pais.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções Judiciais concretas contra a perniciosa prática da alienação parental, in *Síndrome parental e a tirania do guardião*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. Alimentos: da ação à execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.24-25. apud; ROSA, Conrado Paulino, Nova lei da guarda compartilhada de acordo com a Lei n. 13.058/2014. Ed: Saraiva.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. A guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda compartilhada e autoridade parental. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2009.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda Compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa n. 14.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada - de acordo com a Lei n. 11.698/2008, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: DELGADO, Mário; COLTRO, Mathias (coord.). Guarda Compartilhada.