



Amanda Costa Silveira

**GUARDA COMPARTILHADA EM CONFORMIDADE COM O
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

**IPATINGA/MG
2020**

AMANDA COSTA SILVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA EM CONFORMIDADE COM O
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Ferreira da Silva Filho.

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA/MG
2020**

*A Deus, pela força e sabedoria concedida para
vencer os obstáculos surgidos ao longo dessa
caminhada, DEDICO.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar presente em todos os instantes guiando-me com sua luz e protegendo-me com suas bênçãos.

Aos meus pais e aos meus irmãos pelo amor, incentivo e apoio incondicional nesta caminhada, corroborando com minha formação profissional, bem como, pessoal.

À minha madrinha, pelos grandes ensinamentos, impulsos, por não deixar em momento algum desistir dos meus sonhos.

Ao meu namorado, por seus estímulos diários, amor, carinho, por despertar o melhor de mim e ser um presente de Deus em minha vida.

À minha segunda família, meus sogros e minha cunhada, por todo apoio e carinho.

Aos meus amigos e companheiros de trabalho da secretaria da Comarca de Açucena/MG, por terem me acompanhado e ajudado nesta trajetória.

Aos amigos e amigas de classe, que desde o primeiro semestre estavam unidos, permutando conhecimentos, experiências e compartilhando amizade.

Aos professores por contribuírem com meu aprendizado.

Aos momentos mais difíceis que enfrentei, pois serviram de aprendizado e experiência para minha vida, impulsionando-me, de alguma forma, para que eu seguisse tentando.

O caminho é longo, mas é compensador. A todos que me auxiliaram, o meu agradecimento.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

(Charles Chaplin).

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso é requisito parcial para obter o título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito Ipatinga- FADIPA, o qual possui como objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Inicia-se este trajeto partindo do que se entende por poder familiar, o poder exercido dentro das instituições familiares e que designa toda a relação de direitos e deveres neste âmbito. Prosseguindo na pesquisa, parte-se para o que seria a guarda propriamente dita, suas origens, conceitos, até alcançarmos o ápice do referido trabalho ao apresentar a guarda compartilhada. Analisa seus antecedentes históricos, a evolução do instituto no direito comparado e seu surgimento no ordenamento jurídico pátrio. Verifica as transformações ocorridas na sociedade contemporânea, em especial no conceito de família. Aborda os aspectos intrínsecos de tal guarda sua aplicação, viabilidade e consideração de que, sem dúvidas, deve ser considerada um tipo de guarda aplicável e cabível no direito atual, servindo como garantia de igualdade entre os pais na condução da educação, convívio e participação ativa na vida de seus filhos, frente aos constantes rompimentos das relações conjugais.

Palavras-chave: Família. Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Melhor interesse da criança e do adolescente.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 PODER FAMILIAR	08
2.1 Conceito de poder familiar	09
2.2 Direitos e deveres decorrentes do poder familiar .Erro! Indicador não definido.	
2.3 Suspensão, perda ou destituição e extinção do poder familiarErro! Indicador não definido.	
2.4 Poder familiar após a ruptura conjugal	12
3 GUARDA DE FILHOS	13
3.1 Conceito de guarda	13
3.2 Da evolução do instituto da guarda no direito brasileiro	15
3.3 Modalidades de guarda.....	17
<i>3.3.1 Guarda Unilateral</i>	<i>17</i>
<i>3.3.2 Guarda Compartilhada</i>	<i>17</i>
<i>3.3.3 Guarda Alternada</i>	<i>17</i>
<i>3.3.4 Aninhamento</i>	<i>17</i>
3.4 Princípio do Melhor Interesse da criança e adolescente	17
4 A GUARDA COMPARTILHADA EM ANTEDIMENTO AO PRÍNCIPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	20
4.1 O Instituto da Guarda Compartilhada após a Lei 13.058/2014, sua imposição e o princípio do melhor interesse	21
4.2 Vantagens do novo modelo de guarda.....	22
4.3 A mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável.....	22
4.4 Guarda Compartilhada: um passo à frente em favor dos filho.	22
4.5 Desvantagens do novo modelo de guarda.	22
4.6 Alimentos na guarda física compartilhada.	22
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
REFERÊNCIAS.....	24

1 INTRODUÇÃO

O instituto da guarda tem grande importância no Direito, vez que, por meio dele, se garante o cumprimento de inúmeros direitos fundamentais.

A lei da guarda igualdade parental – Lei 13.058/2014 – determina a guarda compartilhada como regra, sendo assim, mesmo que haja oposição por parte dos genitores quanto à guarda do filho, o juiz determinará o compartilhamento, salvo quando existir manifestação por parte de um dos genitores desistindo da guarda em favor do outro.

O objetivo do presente trabalho é analisar se a guarda compartilhada obrigatória é a melhor opção como regra, considerando a disparidade de alguns casos, uma vez que esta necessita do bom relacionamento e respeito entre os genitores, o que nem sempre ocorre o fim do enlace matrimonial, no entanto, são necessidades dos filhos que devem ser atendidas independentes do fim da relação conjugal o laço afetivo entre os genitores e seus filhos não deve ser rompido.

Como objeto de pesquisa também será levado informações a respeito do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema guarda compartilhada como regra em nosso ordenamento jurídico e qual é o fundamento usado para a sua aplicabilidade.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser entendido como fundamental em todas as ações direcionadas às crianças e adolescentes, sendo que, qualquer orientação ou decisão, deve em conta o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até o mesmo aos interesses dos pais, visando assim, a proteção integral dos seus direitos.

Desta forma, será verificada a aplicação, abrangência e eficácia da mencionada norma, sobre a ótica do princípio do melhor interesse da criança, e somente sob esse prisma, veremos se a lei goza de real efetividade, frente aos problemas e limitações no seio familiar.

2 PODER FAMILIAR

O presente capítulo tratará do instituto do poder familiar, os direitos e deveres decorrentes desse poder, as sanções impostas aos genitores quando exercem de maneira irregular o poder familiar, sendo elas a perda, extinção e suspensão, por fim, como se dá o exercício do poder familiar após a ruptura do vínculo conjugal dos genitores. O objetivo do presente capítulo é demonstrar que a guarda decorre da existência desse poder, sendo semelhante nos seus direitos e deveres.

2.1 Conceito de poder familiar

A arcaica expressão pátria poder familiar equivalia, ao exercício de um “direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.” (RODRIGUES, 2004 *apud* DIAS, 2013, p.412). O atual Código Civil a substituiu por poder familiar porque seu anterior significado não mais se prestava à realidade constitucional da família contemporânea.

A partir da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, foi reconhecida a isonomia entre homes e mulheres perante a lei, assegurando-lhes assim, iguais e direitos e deveres, incluindo aqueles referentes à lei a sociedade conjugal, estes previstos no artigo 226, § 5º da Constituição Federal, in verbis: “A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher.”

Entretanto, podemos afirmar que a igualdade entre gêneros trazida pela Constituição Federal de 1988 só teve sua eficácia e efetividade plena após a entrada em Vigor do Código Civil de 2002. Sob o conceito do Direito de Família, Guimarães e Vieira (2009) diz que é chegada a hora de reconhecer que mães e pais têm a mesma importância na vida dos filhos e têm, ambos, de participar ativamente no respectivo crescimento.

Tal isonomia afetou também a relação existente entre pais e filhos, de modo que o “pátrio poder”, presente no Código Civil de 1916, dispunha em seu artigo 379, que os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estariam sujeitos ao pátrio poder enquanto menores, com o Código Civil de 2002,

rompeu a tradição machista arraigada na dicção anterior, para consagrar a expressão “poder familiar”.

Com as mudanças promovidas pela CF/1988, o filho deixou de ser objeto de direito e passou a ser diárquica, isto é, exercida conjuntamente pelo homem e mulher. Em consequência, o poder familiar é exercido conjuntamente pelo pai e mãe.

Através desta primeira análise é possível concluir que as mudanças trazidas pela Carta Magna de 1988 quanto pelo Código Civil de 2002 deram ensejo ao surgimento de uma nova visão sobre o poder familiar, qual seja: as obrigações, os deveres e os direitos sobre os filhos devem ser divididos igualmente entre pai e mãe.

De acordo com os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo (0000, p. 000):

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem ser transferidos ou alienados.

Conforme visto anteriormente, o poder familiar detém um caráter protetivo, com o propósito único de garantir o melhor interesse do filho enquanto menor, que dispõe de condição física e psicológica para cuidar de si realizar tomadas de decisões.

Para Stolze (2017), o poder familiar como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes.

No pensamento de Akel (2008), a conceituação de poder familiar é menos poder e mais dever, ou seja, e um encargo legal atribuído aos genitores, do qual decorre uma série de obrigações, sendo a principal delas, zelar pela integridade e pleno desenvolvimento dos filhos.

Quanto à natureza jurídica do poder familiar, Madaleno (2013) explica que o poder familiar é baseado em um direito natural, haja vista os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus genitores, com absoluta dependência, desde o nascimento, só reduzindo a necessidade, na medida em que a capacidade de decisão e percepção do mundo é criada.

Pode se afirmar hoje que o poder familiar seja efetivamente uma função conferida aos pais garantir a proteção dos filhos, proporcionando melhores

condições de desenvolvimento na formação do caráter e da cidadania, sempre em defesa de seus interesses.

2.2 Direitos e deveres decorrentes do poder familiar

No quinto capítulo, o Código Civil de 2002 trata especificamente do poder familiar e dispõe, logo no primeiro artigo do capítulo (artigo 1.630 do CC), que “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” No seguinte artigo, ele limita a competência do referido poder aos pais, na constância do casamento ou da união estável, e na falta ou impedimento de um deles, decreta que o outro exercerá tal poder com exclusividade. Em seguida no parágrafo único o mesmo artigo (art. 1.631), determina que o “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer juízo para solução do desacordo.”

No citado Código, fica evidenciado a priorização não só do convívio harmonioso dos pais com seus filhos menores, como também da responsabilidade deles entrarem em acordo quanto ao exercício do poder familiar em relação aos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente converge com o Código Civil na questão da proteção desses direitos, porém, trata em pormenores os deveres da filiação, enquanto a legislação civil se limita a tratar sobre o exercício do poder familiar, conforme explicita Lôbo (2010, p. 296):

Quanto ao direito material, há convergência entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o Exercício conjunto pelo pai e mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o Código Civil, opta pelas dimensões do exercício dos poderes.

Fato é que poder familiar é menos poder e mais dever. O artigo 227 da Constituição Federal dispõe sobre o conjunto mínimo de deveres da família em benefício do filho. A família recebe a proteção estatal, tendo o dever juntamente com a sociedade e o Estado de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Já o artigo 229 da Constituição Federal prevê o conteúdo constitucional da autoridade parental, a quem atribui um múnus de criar, assistir e educar os filhos, enquanto menores.

Nessa vertente, a reponsabilidade dos pais trata-se de dever indisponível. Entretanto, o próprio Código Civil faz menção à possibilidade de um ou até mesmo ambos os pais não serem detentores do poder familiar, e dá margem ao aparecimento de uma terceira figura, o tutor e o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê hipóteses de extinção, suspensão e destituição do poder familiar. Diz o artigo 1.633 do CC: “O filho não reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.”

No pensamento de Akel (0000, p. 11) um avanço para a família,

[...] o poder familiar, nos tempos familiar, nos tempos atuais, constitui uma gama de obrigações dos pais, sem qualquer preocupação de incluir em sua definição direitos a eles inerentes. Assim, poder familiar é menos poder e mais dever, exteriorizado através de um *munus*, ou seja, um encargo legal atribuído aos pais, em virtude de certas circunstâncias, o qual não se pode contestar.

Flávio Tartuce (2014, p. 437) explana que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. O dispositivo acaba trazendo um direito à convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia. Nessa norma reside fundamento jurídico substancial para a responsabilidade civil por abandono afetivo, eis que a companhia inclui esse afeto. Anota-se, mais uma vez, que a menção à separação judicial deve ser vista com ressalvas, eis que a categoria foi extinta pela Emenda do Divórcio (Emenda Constitucional 66/2010).

A respeito do conteúdo dos “poderes” dos pais acerca dos filhos, o Código Civil tratou de elencar um rol com nove incisos, que reforçam o princípio da igualdade do poder de decisão de ambos os pais, em seu artigo 1.634:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos;

- 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 ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem uma 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 (dezesseis) 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 lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

O principal dever dos pais no exercício do poder familiar é o de criação e educação dos filhos. O descumprimento sujeita os pais aos crimes de abandono material, abandono moral e intelectual, previstos no Código Penal.

Ter a companhia e a guarda dos filhos é complemento do dever de educá-los e criá-los. O direito de guarda é indispensável para que possa exercer a necessária vigilância sobre a criança ou adolescente.

Os filhos menores estão sujeitos aos pais, no que trata do consentimento para o casamento.

A nomeação de tutor por testamento ou documento autêntico justifica-se em razão da impossibilidade do outro genitor de exercer o poder familiar, como em caso de morte ou incapacidade.

A representação pelos pais até os dezesseis anos e a assistência, após essa idade, nos atos da vida civil é uma proteção legal atribuída aos filhos menores a fim de impedir que a inexperiência os dirija à atos prejudiciais.

O direito de reclamar os filhos menores só se legitima quando dirigido contra pessoa que ilegalmente os detenha, em face do direito de guarda.

Por fim, o direito dos pais em exigir obediência, respeito e a prestação de serviços próprios da idade faz parte da criação e educação dos filhos. Esse direito deve ser desempenhado com prudência, pois eventual abuso pode levar à cessação do poder familiar, bem como às sanções penais cabíveis.

Os poderes assegurados pelo Código Civil somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição Federal. Madaleno (2013, p. 680) ensina:

Sob o prisma do artigo 1.634 do Código Civil, o dever dos pais de criarem os filhos menores deve ser compreendido como o ato de promover o seu sadio crescimento, e assegurar à prole, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos inerentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (CF, art. 227; ECA, art. 4º).

A criança e o adolescente no contexto familiar devem ser preservados, a legislação segue no sentido de resguardar o interesse, a proteção, o desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Deve ser destacado o papel exercido pelo Estado para garantir essa proteção dos pais para com seus filhos, através da legislação vigente. (GONÇALVES, 2013, p. 416).

Nesse contexto Gonçalves (2013, p. 416) preleciona:

Modernamente, graças a influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito público. Interessa ao Estado, com efeito assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um múnus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

Rizzardo (2011, p. 539) discorre sobre as obrigações inerentes ao poder familiar:

É o poder familiar indispensável para o próprio desempenho ou cumprimento das obrigações que têm os pais de sustento, criação e educação dos filhos. Assim, impossível admitir-se o dever de educar e cuidar do filho, ou de prepará-lo para a vida, se escolhidos o exercício de certos atos, o cerceamento da autoridade, da reposição ao estudo, do afastamento de ambientes impróprios etc. Daí a íntima relação no desempenho das funções derivadas da paternidade e da maternidade com o exercício do poder familiar.

Quanto aos bens dos filhos, o Código Civil trata sobre o usufruto e administração dos bens dos filhos menores. Dispõe o artigo 1.689 do diploma civil “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.” (BRASIL,2016).

O artigo 1.690 do Código Civil explica que “Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis

anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.” (BRASIL, 2016).

Se faz necessário proteger os bens dos filhos menores dos possíveis atos de má administração exercidos pelos pais, durante o exercício do poder familiar. O objetivo da norma é a garantia, a preservação do patrimônio dos filhos, assim como a segurança do terceiro que integra a relação jurídica.

Visando a proteção da criança ou adolescente, o artigo 1.691 do Código Civil inviabiliza a alienação de bens imóveis. Para isso, é necessária autorização judicial, conforme a seguir:

Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo: I - os filhos; II - os herdeiros; III - o representante legal. (BRASIL, 2016).

Caso haja divergência de interesses entre a criança e o adolescente e os seus pais, nomear-se-á curador especial para representá-lo, a requerimento do filho ou do Ministério Público conforme artigo 1.692 do Código Civil.

O Código Civil, em seu artigo 1.693, disciplina os bens excluídos do usufruto, assim como da administração dos pais:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. (BRASIL, 2016).

Conclui-se que para bem dirigir ou encaminhar os negócios do filho, é necessário que a legislação vigente lhe reconheça o direito de administrar o patrimônio respectivo.

2.3 SUSPENSÃO, PERDA OU DESTUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

2.3.1 *Suspensão do poder familiar*

A suspensão é a medida menos grave, refere-se a uma limitação de um dos pais ou de ambos no exercício do poder familiar e que será imposta pelo juiz pelo tempo que entender necessário, visando a proteção dos interesses dos filhos e também como uma sanção aos pais que deixaram de cumprir com suas obrigações estabelecidas pela lei.

A suspensão do poder familiar tem vez e voz no artigo 1.637 do Código Civil:

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. (BRASIL 2002).

A suspensão poderá ser suscitada de ofício, por outro parente ou pelo Ministério Público, quando observado um comportamento dos pais considerado incompatível com a função que genericamente causas que determinam a suspensão aplicada pelo juiz, sendo elas: o abuso de autoridade por parte da mãe ou do pai, quando estes descumprem com os deveres referentes ao poder familiar, como proporcionar os filhos o bem estar e lazer, colocando-os em situação de risco, deixar de prover-lhes alimentos ou proibindo que frequentem a escola. E ainda, quando os bens dos filhos são mal administrados por seus pais e acabam sendo danificados, ou quando houver condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Mas apesar das situações previstas no referido artigo, o rol não é taxativo, devendo o juiz observar o caso concreto e aplicar a suspensão do poder familiar em qualquer caso que entender que os pais estão descumprindo as funções ditadas a eles pelos diplomas legais.

A suspensão será aplicada temporariamente, explica melhor Madaleno:

A suspensão é temporária e perdura enquanto se apresenta efetivamente necessária, sendo muito frequente a sua aplicação judicial nas disputas

sobre o sagrado direito de convivência, quando o genitor guardião, por mera vindita, procura obstruir as visitas do outro progenitor, tratando o Judiciário de alterar a guarda, como também de suspender o poder familiar quando constatar uma infausta ascendência do pai ou da mãe sobre o indefeso dependente, verdadeiro clima de transferência de responsabilidade e uma desmedida e covarde cobrança de dever de lealdade, aterrorizando o inocente filho pelas faltas que nunca causou. (MADALENO, 2018, p. 921).

Uma vez cessada a suspensão, retoma o ascendente o poder familiar, necessitando se submeter a uma avaliação psiquiátrica a bem da higidez psíquica e do futuro da criança ou do adolescente, podendo até ser compelido judicialmente à avaliação ou a uma terapia pela imposição de astreintes. A suspensão do poder familiar pode ser parcial, sendo atribuída para a prática de certos atos, ou total. Ainda, a suspensão pode ser revista a qualquer, desde que superados os fatores que a ensejaram (LÔBO, 2011). O artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe acerca da perda e suspensão do poder familiar:

A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado os deveres e obrigações a que alude o art. 22.

De acordo que dispõe o artigo acima citado, a suspensão e a perda do poder de família serão decretadas judicialmente, qualquer que seja a causa que enseja tal medida. É importante assegurar as partes envolvidas a possibilidade de ampla defesa, para assegurar a imparcialidade e a justiça na decisão. Os artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o rito a ser seguido. É importante salientar que a suspensão atinge somente o exercício e não a titularidade da função paterna, esta permanece intacta. Conforme visto, pode-se constatar que suspensão do poder familiar é a medida menos grave, podendo ser vista como uma sanção atribuída aos genitores que vieram a exercer de forma irregular as relações parentais.

2.3.2 Perda ou destituição do poder familiar

A destituição do poder familiar é a sanção mais gravosa imposta aos pais. É realizada mediante decisão judicial, quando ocorre infração grave dos pais quanto aos seus deveres.

A perda do poder familiar deve ser aplicada quando puser em risco a segurança e a dignidade do filho. Não deve haver imposição no caso de prejuízo ao menor (LOBO, 2017, p. 298).

Para Pereira (2017, p. 540), a perda do poder familiar representa a sanção mais gravosa aos pais em virtude do descumprimento dos deveres com o filho. Para ele, a perda decorre tanto no abuso de autoridade quanto no incumprimento dos haveres dos filhos.

Inegavelmente, assim como a suspensão, a perda do poder dos pais decorre das mesmas causas, ou seja, tanto pelo abuso de autoridade, quanto pela falta de cumprimento dos deveres pertinentes ao exercício do poder familiar. Entretanto, o que os diferencia é a intensidade da sua prática. Não é à toa que a primeira é medida temporária e a segunda é aplicação permanente, não facultativa, que pode levar até a extinção do poder familiar.

Ademais, Dias (2017, p. 498) sustenta que não deve haver uma distinção entre perda e extinção, é um equívoco tratá-los como diferentes. Por sua vez, Gonçalves (2017, p. 426) afirma que a destituição do poder familiar é uma condição de extinção mediante decisão judicial.

O Código Civil de 2002 manteve a redação original do Código Civil de 1916 acrescentando apenas mais uma hipótese. Os pais que praticassem reiteradamente as causas anteriores também poderiam perder o poder familiar. Assim, pode-se perder o poder família em razão da aplicação aos filhos: I) castigos imoderados; II) abandono; III) atos contrários à moral e aos bons costumes; IV) infrações reiteradas do artigo anterior.

Na redação do inciso I) castigar imoderadamente o filho, é possível perceber que a lei proíbe a aplicação de corretivos desmoderados. Por trata-se de cláusula aberta, da interpretação do inciso é possível concluir que os pais podem aplicar medidas corretivas, contudo no liame da razoabilidade.

Nas palavras de Gonçalves (2017, p. 427), “a doutrina em geral entende que o advérbio “imoderadamente” serve para legitimar o *jus corrigendi* na pessoa do pai, pois a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo”. Da mesma forma compartilha Maciel (2011, p. 178), “caso entendamos que a correção física se inclua nos meios legais de educação, ela deve ser empregada de forma moderada e, somente, quando extremamente necessária, de maneira a não lesionar o filho.”

Em vista disso, os doutrinadores vislumbram a possibilidade de aplicação de castigos pelos pais, mas desde que com consenso. Não haja extrapolação dos limites legais. O dever de educar dos pais é discricionário, limitado pelas normas, como exemplo a Lei da Palmada (13.010/2014). Esta tem por finalidade conscientizar os pais nos cuidados com a educação dos filhos, o objetivo não é proibir o castigo físico, e sim conscientizar a sua aplicação, inclusive a lei não apresenta nenhum tipo penal novo (PEREIRA, 2017, p. 530). Diante disso, tudo que não esteja defeso, é permissível no nosso ordenamento.

Em relação ao inciso II) deixar o filho em abandono, a palavra abandonar significa desamparar. Conseqüentemente, o pai ou mãe que se afasta dos seus filhos menores, não tem condições de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar.

A Constituição Federal assegura as crianças o direito básico a convivência familiar. Um adolescente ou criança abandonada é cessado desse direito (GONÇALVES, 2017, p.428). Como consta no artigo 227 da Constituição Federal, que dispõe:

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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (EC nº 65/2010).

Em outras palavras, o abandono afeta o direito primordial dos filhos menores, o dever de cuidado e assistência dos pais. O abandono pode ser caracterizado de diversas maneiras: abandono material, abandono intelectual, abandono afetivo, sendo caracterizados como tipos penais. No passo, o genitor tem o dever de criar e guardar, o dever de educar, o dever de sustento, além do dever de assistência e representação, não podendo desamparar os filhos. Assim, com o abandono seria mínima a probabilidade de os pais exercerem corretamente suas funções.

Quanto ao inciso III) prática de atos contrários à moral e os bons costumes, esse dispositivo tem caráter eminentemente originário aos valores sociais. Os pais são responsáveis por transmitirem para seus filhos, no seio do ambiente familiar, os valores, as crenças e as tradições da sociedade. Assim, em caso de praticar atos divergentes das valorações sociais, os pais poderão perder o poder familiar.

Como forma de fiscalizar de modo mais eficaz, o legislador do Código Civil de 2002 acresceu ao dispositivo de perda do poder familiar, o inciso IV) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. Ou seja, os pais que foram condenados mais de uma vez por sentença criminal irrecorrível, cuja prisão exceda dois anos perderão o exercício do poder familiar.

Tal entendimento fora discutido e há divergência na doutrina quanto à aplicação desse parágrafo único do art. 1.637 do Código Civil. Alguns doutrinadores o entendem como incongruente, mas a jurisprudência tem aplicado com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, segundo Dias (2017, p. 498) o rol de perda do poder familiar é meramente exemplificativo, devendo predominar sempre o interesse da criança e do adolescente. Assim, “as hipóteses do Código Civil são exaustivas e não permite interpretação extensiva, uma vez que a destituição do poder familiar é medida excepcional e deve visar, aos interesses do menor.” (COMEL, 2005, p. 286).

Destarte, o Magistrado não deve se ater apenas as possibilidades expostas no dispositivo. Tanto a suspensão quanto a perda do poder familiar devem ser baseadas na proteção ao melhor interesse da criança ou do adolescente. Uma vez infringidos os direitos básicos do infante-juvenil, o Judiciário deve intervir para resguardar a dignidade deles. Mesmo que a conduta praticada por um dos titulares do poder familiar não esteja prevista no rol de artigos do Código Civil, se for com a finalidade de defender os direitos da criança, o magistrado terá respaldo para interceder com a medida de suspensão ou destituição.

Ademais, a lei 13.509/2017 acrescentou o inciso V ao artigo 1.638 do Código Civil que impõe aos pais que entregarem de forma irregular seus filhos para terceiros, com o intuito de adoção perderá o poder familiar.

A adoção no Brasil é estabelecida por procedimento em lei, ou seja, esse instituto é regulamentado pelo ordenamento jurídico, de modo a evitar a sua mercantilização. Assim, os pais não podem entregar os filhos para terceiros, salvo nos casos previsto em lei, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Antes da lei 13.509/17 era proibida a entrega dos filhos para adoção, o legislador infraconstitucional entendia como uma adoção irregular, fora dos ditames legais. Com a criação da Lei supra houve alterações e acréscimos a diversos dispositivos do ECA, inclusive a viabilidade da mãe ou gestante entregar o filho para

adoção e ainda ser acompanhada por profissionais da saúde e assistência social. No entanto, sempre estabelecendo mecanismos de priorizar a manutenção da criança na família biológica.

Conseqüentemente então, inseriu-se mais um inciso ao artigo do Código Civil que regulamenta as hipóteses de perda do poder familiar. Como houve regularização e ampliação no procedimento adotivo, os genitores que não seguirem esse modo perderão o poder familiar.

Semelhante a isso, recentemente foi promulgada a Lei 13.715/18 que alterou o art. 23, § 2º do ECA e o art. 1.637 do Código Civil. Nos casos em que um dos titulares praticar, contra o outro ou contra os filhos ou descendente homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, ou quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

A Lei 13.715/18 é de suma importância para sociedade brasileira. Diante dos crescentes casos de violência doméstica, nada mais certo do que a priorização à proteção a dignidade do infante-juvenil. Seria incoerente a manutenção da criança sob o seio familiar, nas situações em que um dos titulares do poder familiar comete contra o outro titular, ou até mesmo a própria criança, uma conduta qualificada como crime.

Doutrinadores como Pereira (2017, p. 542) defendia que nas situações de violência no seio da família, ou entre os membros familiares, poderia o ente jurídico interferir independente de requerimento para garantir a proteção da criança e do adolescente. Isto é, diante de circunstâncias de violência doméstica, o juiz estaria autorizado a intervir, mesmo sem anuência das partes do polo ativo ou passivo.

Assim, a perda do poder familiar encontra hipóteses elencadas no dispositivo do Código Civil, contudo o Poder Judiciário não deve se prender apenas essas possibilidades.

2.3.3 Extinção do Poder Familiar

A extinção é a cessação do vínculo jurídico parental, com origem em evento natural, como a morte, ou mediante decisão judicial, ou procedimento previsto em

lei. Com previsão no art. 1.635 do Código Civil, a extinção tem por objetivo romper definitivamente o exercício do poder familiar

Nas palavras de Rizzardo (2011, p. 543) “A extinção é a forma menos complexa, verificável por razões decorrentes da própria natureza, independentemente da vontade dos pais, ou não concorrendo eles para os eventos que a determinam.”

O art. 1.635 do Código Civil Brasileiro trouxe 5 hipóteses de extinção do poder familiar:

- Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
- 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 artigo 1.638. (BRASIL, 2002).

Contudo, embora a lei seja taxativa em relação as causas de suspensão e extinção do poder familiar, elas devem ser demonstradas ao Poder Judiciário de maneira abrangente, com o intuito de que o juiz possa ter ampla liberdade para indicar os fatos e leva-los ao distanciamento temporário ou definitivo das funções dos genitores (PEREIRA, 2006).

Em relação ao inciso I) pela morte dos seus pais ou filhos, decorre de fenômeno natural, não há interferência, vontade de nenhuma das partes. Se um dos pais falece, o outro permanecerá no exercício do poder, caso os dois morram o poder será extinto, o mesmo ocorre com a morte do filho.

Bem manifesta Gonçalves (2017, p. 426), “com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A de ambos impõe nomeação de tutor, para se dar sequência à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão”. No caso, com a cessação do poder será nomeado um tutor para exercer a proteção ao menor de idade, àquele que terá a guarda, sendo o responsável pela tutela.

Quanto ao inciso II) a emancipação, nos termos parágrafo único do art. 5º é medida que antecipa os efeitos da maioridade civil, antes da idade prevista em lei, aos indivíduos com idade a partir de 16 (dezesseis) anos completos, podendo se dar na forma legal, judicial ou voluntária.

A emancipação legal decorre de eventos previstos em lei. O casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau em curso de ensino superior ou o estabelecimento civil ou comercial ou a relação de emprego que o menor de 16 anos completos tenha economia própria são condições que podem ocasionar a emancipação, segundo art. 5º do Código Civil. A prática desses atos caracteriza a capacidade plena do indivíduo. Portanto, seria incongruente impedir a antecipação da capacidade desses menores (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 300).

Pode-se dizer que a emancipação judicial serve para suprir a vontade dos pais, ressalvada algumas hipóteses. Essa modalidade de emancipação ocorre quando o menor de idade estiver sob tutela, não podendo o tutor decidir quanto a sua emancipação. Além das situações em que os pais não estejam no exercício da autoridade parental (casos de morte, ausência ou perda do poder familiar) (CHAVES; ROSENVALD, p. 301).

Nas hipóteses supramencionadas, cabe ao Magistrado decidir diante do caso concreto a supressão da vontade dos pais para conceder a emancipação. Assim, com a sentença de decretação de emancipação é realizada a averbação no cartório de imóvel (CHAVES; ROSENVALD, p. 301).

Quanto à emancipação voluntária, esta é resultado da vontade dos pais. Esse tipo de emancipação ocorre por intermédio de escritura pública, registrada no Cartório do Registro Civil, no mesmo local do registro de nascimento, sendo esse ato pressuposto de validade e de eficácia. Caso não haja consenso entre a escolha dos pais, esta será suprimida por decisão judicial (CHAVES; ROSENVALD, p. 299).

No que se refere ao inciso III) pela maioria civil, os pais serão extintos do poder quando os filhos atingirem 18 (dezoito anos) completos. Nas normas anteriores a 1916, a maioria não era atingida de forma automática, o filho ficava sujeito a uma condição. No Código Civil de 1916, a capacidade civil era atingida aos 21 (vinte e um) anos completos. No Código Civil de 2002 houve diminuição da idade mínima para prática de atos da vida civil, aos 18 anos completos, o indivíduo será responsável pelos seus atos.

Assim, “presume a lei que os maiores de 18 anos e os emancipados não precisam da proteção conferida aos incapazes. A maioria faz cessar inteiramente a subordinação dos pais.” (GONÇALVES, 2017, p. 427). Tendo em vista que o instituto do poder de família preza pela proteção dos menores de idade, não seria

justificável a manutenção da autoridade parental, uma vez que os filhos com a maioridade e a emancipação podem reger a sua própria vida, administrar seus bens.

No que se concerne ao inciso IV) pela adoção é possível extinguir o exercício do poder familiar. O ECA traz que a adoção é medida excepcional e irrevogável, portanto, a colocação do menor em família substituta é a última medida para propiciar a criança um ambiente saudável a convivência familiar.

A adoção extingue o poder, pois atribui ao filho adotivo o mesmo status de filho biológico, como define o ECA (COMEL, 2003, p. 305). Dessa forma, possui descendência sucessória como os filhos biológicos, tendo direito ao patrimônio dos pais.

Além disto, o poder familiar pode ser extinto conforme inciso v) por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 do Código Civil. Em outras palavras, as hipóteses de perda podem ensejar também a extinção do poder familiar.

À vista disso, é possível notar que a extinção do poder familiar é a forma menos complexa, verificável por razões decorrentes da própria natureza, independentemente da vontade dos pais, ou não concorrendo eles para os eventos que a determinam. (RIZZARDO, 2019, p. 562).

2.4 Poder Familiar após a ruptura conjugal

Verificou-se, até aqui, que o poder familiar não advém do casamento ou da união estável, o poder familiar é decorrente do estado de filiação, ou seja, é atribuído aos genitores desde o nascimento dos filhos.

Segundo Dias (2013, p. 438):

O encargo é exercido pelos dois, porquanto decorre da paternidade e da filiação, não do casamento ou da união estável. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.

Deste modo, o poder familiar persiste mesmo após a dissolução do vínculo conjugal, e esse poder é exercido por ambos os genitores de forma igualitária.

No início do presente capítulo, fora demonstrada a evolução histórica do poder familiar, sendo que na antiguidade, o exercício recaia tão somente sobre o pai de família. Dentre as alterações, principalmente com o advento da Constituição

Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder familiar passou a ser atribuído aos dois genitores, sendo que o exercício do poder é realizado em igualdade de condições.

Inclusive, o genitor que contrair novo casamento ou a nova união estável de qualquer um dos cônjuges ou dos companheiros, cujo primeiro casamento ou primeira união estável se desfez por morte, ou pelo divórcio, ou pela sua dissolução, importará em extinção do poder familiar. Não traz o novo casamento ou a nova união estável qualquer efeito prejudicial ao cônjuge ou companheiro relativamente aos filhos do leito anterior. Igualmente na situação de solteiros o pai ou a mãe, que casarem ou estabelecerem união estável. (RIZZARDO (2019, p. 562).

Os direitos e deveres atribuídos aos genitores persistem de igual modo após o término da relação, entretanto, sabe-se que os filhos, após a separação dos genitores estão sujeitos a fixação de guarda sob a pessoa de um dos pais ou de ambos.

Conforme preconiza Lôbo (2011), a atribuição da guarda a um dos genitores não exclui o poder familiar do outro, devendo os genitores compartilharem as decisões fundamentais que dizem respeito aos filhos em comum.

Neste seguimento, após ser atribuída a guarda a um dos genitores, apesar do poder familiar persistir, há uma diminuição do tempo de convivência entre o genitor não detentor da guarda e o menor. Frente a isso, verifica-se uma restrição ao exercício do poder familiar, mas não uma limitação (DIAS, 2013).

A norma do art. 1.632 (art. 381 do Código da Lei nº 3.071) revela com exatidão essa solução: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que os primeiros cabem, de terem em sua companhia os segundos.” (BRASIL, 2002).

A explicação de Clóvis Beviláqua, a respeito, é clara e singela: ‘O desquite dissolve a sociedade conjugal, porém não a paternal, entre pais e filhos, cujos laços, feitos de afeto, direitos e deveres recíprocos, subsistem, apenas modificados, tanto quanto é necessário para atender-se à separação dos cônjuges e à necessidade de conservar os filhos na companhia do inocente ou daquele a quem couber este direito [...]’ (Código Civil Comentado, vol. 2º/355, 1928).

Nesse seguimento, Madaleno (2018) afirma que a convivência familiar é um direito garantido, tanto dos genitores, que não possuem a guarda fática, como da criança e do adolescente. Inclusive, a convivência é um fundamento jurídico

considerável para a caracterização do abandono afetivo, caso não respeitado, uma vez que da companhia também decorre o afeto.

Um ponto de extrema relevância que deve ser observado após a dissolução conjugal dos genitores é o estado emocional da criança. Os pais, dentre as funções a eles atribuídas, devem zelar pelo crescimento e desenvolvimento saudável da criança, portanto, a separação não deve infringir na esfera do filho, mesmo que a separação tenha caráter litigioso.

Sobre o conteúdo, Madaleno (2017, p. 703), dispõe que os filhos são preservados quando não estão sendo usados como instrumento de máxima vingança dos pais. Adultos corrompem covardemente a inocência das crianças e adolescentes quando se utilizam da Síndrome de Alienação Parental (SAP), regulada no Brasil através da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. A alienação parental configura-se quando o filho é programado para odiar o outro genitor, por meio de falsas memórias que lhe são implantadas. (RIZZARDO, 2019).

Portanto, o poder familiar, mesmo após a ruptura conjugal, deve ser exercido por ambos os genitores, sendo que aos dois cabe o dever de prover de todos os meios necessários para garantir as necessidades e aspirações dos filhos menores. (MADALENO, 2018).

O presente capítulo objetivou a compreensão do poder familiar, uma vez que a guarda, enfoque principal deste trabalho, decorre desse poder. O estudo da evolução, conceituação, deveres é necessário, visto que a guarda dos filhos deve ser exercida em consonância com o poder familiar.

Considera-se assim, o ponto de partida para a compreensão do instituto da guarda compartilhada, o qual deve ser observado em conformidade com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, garantido a proteção integral do menor no seio familiar.

Frente a isso, o próximo capítulo abordará o instituto da guarda na legislação brasileira, bem como discorrerá acerca das modalidades de guarda previstas na legislação.

3 GUARDA DE FILHOS

3.1 Conceito de Guarda

A guarda de filhos se apresenta como um dos atributos do poder familiar e, no seu sentido jurídico, é representada pela convivência do menor com seus genitores ou com quem o detenha, atendendo com a obrigação de assistência material e psicológica necessários para que a criança ou adolescente se desenvolva de forma plena e saudável até que estes alcancem a capacidade civil.

Grisard Filho (2016, p. 667) ao tratar sobre tema, dispõe que a guarda é um direito ou dever que compete aos pais, ou a um dos cônjuges, de ter os filhos em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda neste sentido, tanto, significa a custódia como a proteção, que é devida aos filhos pelos pais.

Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 48) esclarece que o termo de guarda surge com o direito-dever do estado consistente na convivência com seus filhos, possibilitando o exercício das funções parentais que dizem ao poder familiar.

Conforme disposto no art. 33 do Estatuto da Criança ou Adolescente (BRASIL, 1990) “a guarda visa regularizar a posse de fato da criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor obrigações e direitos para com os mesmos”.

Se o dever de cuidado dos pais para com sua prole for descumprido, Rossato Lépre e Cunha (2011, p. 178, dispõe: “O dever de guarda se destacará do poder familiar e ganhará natureza jurídica diferenciada, transformando-se em modalidade de colocação em família substituta.”

Como refere Norberto Novelino citado por Rolf Madaleno (2013), trata-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, através do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menores sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental.

3.2 A evolução do Instituto da Guarda no Direito Brasileiro

No âmbito da história do Brasil, o Direito de Família, e de fato do Direito brasileiro em um contexto geral, originou-se dos valores morais, sociais e culturais portugueses, que foram inseridos no território no momento da chegada dos colonizadores nas terras brasileiras (DIAS, 2016, p. 510). Ressalta-se que os valores aqui incorporados são intensamente norteados por dogmas católicos, o que justifica o sistema patriarcal imposto.

Nesses termos, tem-se que a tradição familiar portuguesa adotada pela sociedade colonial brasileira se encontrava baseada em um forte caráter patriarcal, posto que elegia o homem como a autoridade central da família, com vasto amparo legal. Além disso, é possível identificar uma forte adstrição à doutrina católica de unicidade e irrevocabilidade da união matrimonial, a ideia de que o casamento efetivamente realizado constituiria união inviolável e indelével, a qual, portanto, restaria como eterna. Assim, a anulação de um casamento constituía ato apenas concedido em circunstâncias extremas.

Nessa época, como se sustentava a ideia de que o pai possuía o poder de comando e da representação da família, haja vista que possuía os meios necessários para o sustento desta, a mulher era vista como relativamente incapaz, sendo submissa ao marido, logo, cabia ao pai a guarda exclusiva, bem como o pátrio poder sobre os filhos.

Com o avanço industrial, tais pensamentos sobre a custódia dos filhos foram tomando outro direcionamento, uma vez que o homem começou a passar mais tempo fora de casa, enquanto a mulher ficava inteiramente encarregada dos cuidados do lar e da prole, tornando está mais apta a possuir a custódia dos filhos menores, então, neste momento, a preferência na guarda era dada à mãe ao invés do pai (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 693).

Ainda nessa trilha da revolução, houve uma intensificação da luta feminista, uma vez que até então, o homem ainda era a figura central da entidade familiar, por isso, elas lutavam por igualdade de direitos. Nesta seara, a mulher foi gradativamente tomando espaço fora do âmbito privado, podendo ingressar no mercado de trabalho, o que, conseqüentemente, causou uma divisão de responsabilidade entre os genitores na criação e educação dos filhos.

Essas mudanças e a aprovação da Lei do Divórcio no Brasil (Lei nº 6.515/1977) e do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) modificaram novamente o entendimento do ordenamento jurídico acerca da guarda, dado que ela estaria ligada ao comportamento do cônjuge durante a união conjugal. Então, naquele momento, a guarda ficaria com o cônjuge considerado “inocente” na ruptura do casamento e não com aquele que atendesse melhor os interesses daquele menor em questão (DIAS, 2016, p. 511).

Finalmente, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma nova realidade jurídica. Ela possui como princípio base o da dignidade da pessoa humana, o que gerou um campo propício para a superação de certas desigualdades que ainda estavam presentes no nosso ordenamento jurídico.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode deixar de citar dois outros princípios acolhidos pela Constituição Federal que possuem relevância ímpar: o da igualdade e o da liberdade. A igualdade ressoou por todo o direito de família, de modo a impedir a manutenção de distinções injustificáveis, quer entre homem e mulher, quer entre os integrantes da sociedade conjugal, quer entre filhos, quer ainda entre as próprias entidades familiares. Os primados citados influenciaram profundamente o direito de família, contribuindo para a construção de um novo modelo de família, por muito chamado de família constitucional (CALDERÓN, 2013, p. 238).

Jamais se pode deixar de citar os enormes avanços apresentados pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), uma vez que ela foi responsável por estabelecer a Doutrina da Proteção Integral, doutrina basilar e orientadora, que trouxe consigo três pilares essenciais que garantem e reconhecem direitos fundamentais às crianças e adolescentes por meio do art. 227 da CF/88 e do ECA. Por intermédio desta doutrina, crianças e adolescentes deixaram de ser meramente um objeto de proteção do Estado e passaram a ser, finalmente, sujeitos de direitos. Além disso, foi assegurado prioridade absoluta na aplicação de seus direitos fundamentais, ou seja, impuseram ao Estado o dever de implantar medidas que atendam às necessidades dos menores, tendo em vista sua condição natural de pessoa em desenvolvimento. (AMIN et al., 2016, p. 64).

Então, é possível perceber a mudança de paradigma, tendo em vista que, anteriormente, a guarda possuía um viés “punitivo”, pois o Código Civil de 1916 previa que, em caso de desquite, a custódia era dada ao cônjuge inocente. Agora,

com as mudanças trazidas pela Carta Constitucional de 88 e pelo ECA, o instituto da guarda “precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo”. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 694).

A vigência do Código Civil de 2002 consagrou ainda mais o entendimento de que a fixação da guarda deve ter apenas um único propósito, que é o de atender inteiramente aos interesses da prole. Deve-se enfatizar que esta guarda não deve ser concedida ao genitor que possuir maior capacidade econômica, sua finalidade é garantir que o menor cresça no ambiente que melhor lhe propicie desenvolvimento e proteção espiritual, afetiva, mental e moral.

No dia 13 de junho de 2008, foi editada a Lei nº 11.698 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, introduzindo e disciplinando no ordenamento jurídico nacional a guarda unilateral e compartilhada, dando preferência a esta última, tendo em vista priorizar a convivência equilibrada entre ambos os genitores, fazendo com que o poder familiar seja exercido de forma efetiva, atendendo os interesses do menor, conforme ordena a Carta Magna brasileira.

Deve ser ressaltado que, apesar da Constituição Federal ter instituído em seu conteúdo princípios como o da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar e da igualdade entre homens e mulheres e determinar a estes os mesmos direitos e deveres.

3.3 Modalidades de Guarda

A legislação brasileira e jurisprudência preveem modalidades de guarda que devem ser aplicadas em consonância com o núcleo familiar em que a criança está inserida, resguardando seus interesses, origem e finalidade (MADALENO, 2018).

O Código Civil de 2020, no Capítulo XI – Da proteção da Pessoa dos Filhos, prevê, em principal, a modalidade de guarda unilateral e compartilhada e, atualmente, preconiza a atribuição da guarda compartilhada, visando conceder aos genitores a criação de forma igualitária da prole (BRASIL, 2002).

O presente tópico abordará quatro modalidades de guarda, a unilateral, compartilhada, alternada e aninhamento, porém tais modalidades não são as únicas existentes na Lei e aplicadas pela jurisprudência.

Importante destacar que a competência para julgar as ações de guarda será atribuída ao Juízo da Vara da Infância e da Juventude, quando o menor se encontrar situação de risco, e, nos demais casos, aos Juízos das Varas de Famílias. Ainda, a decisão que fixa a guarda da criança e do adolescente é passível de mudança, podendo ser revista a qualquer tempo, um vez que precisa estar sempre de acordo com o melhor interesse do menor. (MADALENO, 2018).

De início, tratar-se-á da modalidade de guarda unilateral, normalmente preferida pelos genitores após a ruptura conjugal e amplamente utilizada antes do advento da Lei 11.698/2008 e 13.058/2014, que instituíram ao Código Civil de 2002 a guarda compartilhada.

3.4 Guarda Unilateral

A Lei n. 11.698/2008, que tinha por alvo alterar as redações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, regulamentava que a guarda unilateral era atribuída quando o genitor possuía maior aptidão para propiciar aos filhos afeto; saúde, segurança e educação (BRASIL, 2008). No entanto, tal redação foi alterada pela Lei 13.058 de 2014, a qual presente no atual Código Civil.

Atualmente, o Código Civil em seu artigo 1.583, § 1º, prevê que a guarda unilateral é o tipo de guarda atribuída a um só dos genitores ou a alguém que os substitua (BRASIL, 2002).

A modalidade unilateral de guarda se caracteriza quando o filho está sobre os cuidados exclusivos de um dos pais, cabendo ao outro o direito de visitas, sendo a modalidade mais comum e utilizada no Brasil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Com atribuição da guarda unilateral, ao genitor não detentor da guarda é resguardando o direito às visitas. Além do direito à convivência familiar, a mesma obriga que não detenha a guarda a supervisionar os interesses dos filhos, podendo solicitar informações ou prestações de contas em assuntos que envolvem os interesses da prole. (BRASIL, 2002).

As visitas são direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos, nesse sentido:

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor seria o uso da expressão direito de

convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. (DIAS, 2011, p. 447).

Para Levy (2008), os dias de visitas preestabelecidas são favoráveis à rotina e ao bom desenvolvimento dos filhos, visto que evita a ocorrência da ansiedade. De outro lado, dever ser levado em conta o período que as partes ensejam vivendo, podendo os encontros serem flexibilizados. Dias (2011) vai de acordo com a condição de vida dos genitores.

Ainda quanto ao direito de convivência, importante ressaltar que este não é atribuído somente ao genitor não detento da guarda, não existindo limites entre genitores e filhos. A preservação dos laços afetivos com todo o núcleo familiar detém caráter importante para o desenvolvimento da criança, podendo os avós, tios, padrinhos etc. buscarem o direito de conviver com as crianças e adolescentes, quando da existência de afetividade (DIAS, 2011).

Para Levy (2008), outro fator que atribui a guarda unilateral a um dos genitores é a inexistência do reconhecimento de paternidade do filho, uma vez que a titularidade do poder familiar é reconhecida somente na pessoa da mãe, cabendo a ela exercer a guarda de maneira individual sobre a pessoa do filho.

Para a aplicação da guarda unilateral, é necessário considerar a oitiva da criança e do adolescente durante o processo judicial, entretanto Lôbo (2011) destaca o alerta dado pelos especialistas na questão do envolvimento da criança na hora da decisão, ainda que lhe seja assegurado o direito de ser ouvida, pois tal escolha pode desenvolver sentimentos contraditórios e gerar pressão psicológica sobre a decisão da criança.

A guarda unilateral era priorizada na vigência do Código Civil de 1916, isto porque, naquela época, a guarda era atribuída ao genitor inocente quando da ruptura do vínculo conjugal, não levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente (LÔBO, 2011).

Maria Berenice Dias afirma que a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

Insta destacar que a concessão da guarda unilateral tornou-se exceção, devendo ser devidamente comprovada nos autos, mediante prova documental, testemunhal e pericial, porque ela não condiz mais com a realidade da família

contemporânea, ao não garantir à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Por fim, a atribuição da guarda e a definição do regime de visitas não possuem caráter permanente, podendo ser modificadas a qualquer tempo, levando em considerando o melhor interesse da criança e do adolescente (MADALENO, 2013).

3.5 Guarda Compartilhada

De acordo com professor Desembargador aposentado José Carlos Teixeira Giorgis (2015),

a demolição do prédio conjugal por consenso implica no acertamento do destino dos filhos: é opção traumática, pois ninguém abdica de pedaços de coração ou dos frutos genéticos do afeto. Quando não acontece solução pacificada, cabe ao juiz decidir a sorte dos menores apontando o guardião que os vai cuidar; e o direito de visitas para o genitor carente.

O compartilhamento da guarda confere aos dois genitores a responsabilidade pela condução da vida dos filhos. Segundo o artigo 1. 583, §1º, Código Civil de 2002, guarda compartilhada caracteriza-se pela 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 (BRASIL, 2002).

Ainda, o §3º do referido artigo dispõe que na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos (BRASIL, 2002). Todavia, frisa-se que a aplicação da guarda compartilhada deve ser analisada individualmente, verificando sua viabilidade para cada caso concreto, visto que em muitas rupturas conjugais há a mudança de residência de um genitor para outra cidade/estado e, apesar de não existir limites geográficos para a aplicação da modalidade compartilhada de guarda, tal ponto pode levar ao distanciamento da prole (BURATTO; PEDROSO, 2017).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011), a guarda compartilhada passou a ser a modalidade preferível no ordenamento jurídico, devendo, inclusive, sua aplicação ser incentivada pelos juízes.

Segundo Silvio Venosa entende que a guarda compartilhada é a divisão dos direitos e deveres em relação aos filhos, menores de 18 anos, não emancipados, ou

maiores incapacitados enquanto durar a incapacidade, proporcionando que as principais decisões sejam tomadas sempre em conjunto pelos genitores, mesmo estando separados.

Ainda, a aplicação da guarda compartilhada só deve ser distanciada quando restar comprovado que a guarda unilateral será mais benéfica ao filho, levando em considerando o princípio do melhor interesse (LÔBO, 2011).

O instituto da guarda compartilhada foi acrescido ao Código Civil por meio da Lei 11.698/2008 e, após, pela Lei 13.058/2014, ampliando os artigos 1.583 e 1.584 do referido diploma, com o propósito de proteger os interesses da criança e adolescente, garantindo aos genitores a participação ativa no desenvolvimento ético, moral, educacional e psicológico do menor.

A nova disposição do artigo 1.584, §2º do Código Civil regulamenta: " 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." (BRASIL, 2002).

Para Madaleno (2017, p. 424):

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e sigam responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando se parados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais.

Conforme Dias (2011), o compartilhamento da guarda é uma maneira de garantir a corresponsabilidade parental, permitindo um vínculo mais estreito dos pais em relação aos filhos e, também, a participação mais ativa na educação e formação do menor, sendo essa modalidade o espelho mais próximo do poder familiar. Segundo o artigo 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".

Nesse diapasão, Rizzardo (2019, p. 237) preleciona:

A guarda compartilhada revela um avanço no trato dos filhos cujos pais se separam. Já que o ser humano, na fase de sua formação, não prescinde de mãe e pai para o crescimento equilibrado e o desenvolvimento sadio da

personalidade, busca-se, com este tipo de guarda, atender suas necessidades básicas e imprescindíveis, fazendo mais presentes os pais.

A guarda unilateral também tem a característica de propiciar a prática da alienação parental, em razão da disputa entre os genitores em relação aos filhos e a influência de um só genitor sobre as decisões da prole. (RODRIGUES; ALVARENGA, 2014).

A Lei da Alienação Parental – 12.318/2010 – dispõe em seu artigo 6º que uma das medidas para inibir a prática da alienação parental ou minimizar os efeitos dela oriundos é, segundo o inciso V, alterar a guarda para a modalidade compartilhada (BRASIL, 2010).

Nesse seguimento, Dias (2011, p. 445) afirma que a ideia da guarda compartilhada é um avanço, uma vez que propicia a relação dos filhos com ambos os genitores e retira da guarda a característica de posse.

Para a aplicação da guarda compartilhada, em tese, os genitores deveriam compartilhar de um consenso quanto às decisões referentes aos filhos em comum. Entretanto, a ideia de consenso não está caracterizada nos dispositivos do Código Civil, uma vez que a previsão legal estabelece que a aplicação desta modalidade de guarda ocorrerá quando não houver consenso entre os genitores, mas ambos forem aptos para exercerem o poder familiar (BRASIL, 2002).

De outro modo, Madaleno (2013, p. 442) ensina:

A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egoísta dos pais. Deve ser tido com o indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, em bora tenha perdido a sua sintonia efetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de plena realização parental, ao cuidar de priorizar o fundamental interesse da prole e realizar no plano concreto a felicidade dos filhos.

A guarda compartilhada pode ser requerida pelas partes ou ser decretada pelo juiz, levando em consideração as necessidades específicas do filho. Ainda, o juiz sempre deverá informar as partes 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 (BRASIL, 2002).

Quanto aos períodos de convivência e as atribuições do pai e da mãe, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pode se orientar através de

laudos técnicos-profissionais ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (BRASIL, 2002).

Segundo afirma Dr. Deirdre Neiva: [...] a guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Portanto a guarda compartilhada se mostra mais adequada para aplicação (na medida do melhor interesse da criança) para que seja mantida os laços parentais da criança, possibilitando que os genitores permaneçam presentes nas principais decisões da vida do filho, e mantendo ainda, uma convivência cotidiana com a criança.

3.4.5 *Guarda Alternada*

A guarda alternada é um a modalidade de guarda que não possui previsão no ordenamento jurídico, mas é aceita pela jurisprudência. A sua utilização não é frequentemente adotada, sendo estabelecida, normalmente, por convenção das partes (MADALENO, 2018).

Embora semelhante com a guarda compartilhada, a guarda alternada possui características próprias. Ao ser atribuída, os pais revezam os períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro, naquele período, o direito de visitas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Segundo Amaral (1997, p. 168 *apud* MADALENO 2018, p. 103):

[...] possibilidade e de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser de um ano escolar, um mês, um a semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada do dia a dia e, conseqüentemente, durante este período de tempo, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes deveres que integram o poder parental.

Para a doutrina, a modalidade de guarda alternada não é benéfica para a criança e adolescente, visto a ausência de rotina, referência. Os menores, principalmente por estarem em período de desenvolvimento, carecem de um ambiente previsível e estável (MADALENO, 2018).

Nessa sequência, Carvalho e Miranda (2008) mencionam acerca da desvantagem psicológica causada ao filho na atribuição da guarda alternada, visto que a transação entre dois lares pode acarretar em medo de abandono, visto que não detém continuidade e rotina.

Há que se citar, também, que par a Levy (2008, p. 60): “[...] a guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objeto de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.”

Eis o pensamento de Maria Berenice Dias, a respeito: “[...] não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais concentra-se no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança [...]”

No entanto, apesar de admitida pela jurisprudência, a guarda alternada não é fortemente aplicada e não beneficia o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, que necessitam de estabilidade no período em que se encontram.

3.4.6 Aninhamento

O aninhamento é pouco utilizado no Brasil, tendo forte ocorrência em países europeus. Se caracteriza pela permanência do filho no lar que, antes, era da família, e os pais se revezam na companhia do mesmo, morando cada qual em sua residência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Não ocorre nenhuma proibição a este modelo em nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas em detrimento aos aspectos práticos e econômicos para os pais, ela é pouco utilizada. Posto que, são necessárias três residências para efetivação deste modelo, uma residência para a prole e uma para cada um dos genitores.

Nesse sentido Madaleno (2018, p.104):

[...] um tipo de guarda totalmente impraticável, porque em vez de o menor se deslocar entre as residências dos seus progenitores, tal qual ocorre com a guarda compartilhada e com a guarda alternada, neste modelo, os pais se revezam em períodos alternados de tempo para a morada onde vive o filho. Desta forma, cada um dos pais de veria ter sua residência individual, e ainda uma terceira moradia para acomodar o filho e alternar o tempo de convívio.

O objetivo do aninhamento é não modificar as rotinas e costumes com os quais a criança já está habituada (PEDRINI; GOULART, 2015).

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desestimulam, outro fator que pode vir a atrapalhar esta modalidade é um novo enlace dos pais e com isso o nascimento de outros filhos, restaria prejudicada a modalidade pretendida.

Para Rosa (2015), uma das vantagens do aninhamento é a permanência do filho em um único lar, não existindo a alternância entre as residências materna e paterna. De outro lado, a modalidade implica em alto custo de vida, visto que os genitores arcam com gastos provenientes de três residências.

3.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Primeiramente, é indispensável destacar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento precípua da atual Constituição Federal brasileira, previsto em seu artigo 1º, inciso III, é igualmente aplicado, sem quaisquer ressalvas, ao direito de família e, nas palavras de Tepedino (2004, p. 398 *apud* TARTUCE, 2017, p. 18) “a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”. Moraes (2008, p. 499 *apud* PEREIRA, 2017, p. 64) ensina que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana “por constituir um direito fundamental, sob perspectiva subjetiva, [...] confere aos seus titulares a pretensão a que se adote determinado comportamento [...] e [...] compõe a base da ordem jurídica”.

Mesmo com o princípio basilar da carta magna brasileira, crianças e adolescentes carecem de proteção especial por serem totalmente vulneráveis em qualquer relação ou meio em que se encontrem. Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069/1990 destaca o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Nos ensinamentos de Lisboa (2012, p. 430) esse

princípio é indispensável para garantir às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar “[...] cujas necessidades são consideradas mais relevantes do que as dos demais”, pelo sistema jurídico brasileiro.

O ECA regulamentou a proteção advinda do preceito constitucional, definindo como criança a pessoa com idade entre zero e doze anos completos e adolescente o jovem entre 12 e 18 anos de idade, reforçando em seu artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de proteção integral, assegurando-lhes todas as oportunidades para o seu desenvolvimento (TARTUCE, 2017).

Nesse seguimento, embora não exista a previsão legal acerca do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Kreuz (2012, p. 74) apud Paixão e Costa (2017, p. 19) ensina:

Serve com o um importante elemento de solução de conflitos em relação à criança, buscando-se sempre o que lhe for mais favorável ao seu desenvolvimento”, devendo ser entendido “com a norma, como imperativo, para a concretização de todos os direitos assegurados às crianças e adolescentes.

Assim sendo, o princípio do melhor interesse deve ser utilizado como acessório nas decisões que versem sobre direito de menores, devendo cada caso ser analisado em especial, com a garantia de que a decisão mais favorável será aplicada. Ainda, o princípio do melhor interesse deve estar em conjunto com o princípio da proteção integral, garantindo que as crianças e adolescentes gozem da vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, profissionalização, lazer e esporte de forma plena, com o objetivo de proporcionar um desenvolvimento saudável, tanto na esfera pessoal como na social (ELIAS, 2005).

Para Akel (2008), é dever dos genitores, enquanto os filhos estiverem sob a sua dependência, agirem de acordo com os interesses dos menores, devendo a prole ser vista como pessoas detentoras de um conjunto de direitos, já mencionados, garantindo-lhes o seu desenvolvimento, seja no âmbito físico, psíquico ou intelectual.

Lauria (2003, p. 62 *apud* PAIXÃO, COSTA, 2017, p. 19) discorre acerca do aspecto prático do princípio do melhor interesse “[...] para o respeito total desse princípio, não basta que a decisão seja proferida com base nele, é preciso que, na

prática, seu cumprimento seja efetivado de forma a preservar o interesse das crianças e adolescentes envolvidos, mesmo após a decisão judicial.”

O capítulo exposto teve o propósito de propiciar a compreensão de diversas modalidades de guarda existentes, com foco nas mais utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do que foi apresentado, o capítulo seguinte terá como essência do guarda compartilhada, objetivando análise de sua aplicação em amparo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como os efeitos positivos e negativos. Ainda abordará os instrumentos que facilitam a sua aplicação, e por fim, a finalidade da norma no que fiz respeito ao tema.

4 A GUARDA COMPARTILHADA EM ANTEDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O terceiro capítulo, objetiva apresentar em quais situações o instituto da guarda compartilhada atende inteiramente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, buscando ao mesmo tempo, a imposição que o Código Civil de 2002 traz, na essência da aplicação da guarda compartilhada ser regra no ordenamento jurídico.

O tópico também elencar alguns dos pontos positivos e negativos que transcorrem do instituto da guarda compartilhada. Por fim abordará alguns instrumentos que facilitam a aplicação da guarda compartilhada nos núcleos familiares conflituosos.

4.1 O Instituto da Guarda Compartilhada após a Lei 13.058/2014, sua imposição e o princípio do melhor

A guarda compartilhada foi inserida ao Código Civil para regularizar uma situação que já ocorria na prática, possibilitando aos genitores o exercício conjunto da guarda, mantendo a igualdade entre os direitos dos pais e filhos e a convivência com a figura materna e paterna (CARDOSO, 2016).

O bem-estar da criança e do adolescente é um direito essencial, como o direito à vida, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, a proteção à maternidade, previsto no artigo 5º, caput, e o direito à infância, que é um direito social, previsto no artigo 6º do texto constitucional (BRASIL, 1988). Todos os princípios devem ser observados para a aplicação da guarda compartilhada, visando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Posteriormente as alterações do Código Civil de 2002, a aplicação da guarda compartilhada se tornou regra, inclusive nos casos em que não exista consenso entre os pais e ambos forem aptos para o exercício do poder familiar. Com a redação dada pelo artigo 1.584, II, §2º, do referido diploma, não é possível concluir se o instituto do compartilhamento da guarda é uma alternativa ou uma imposição legal (BRASIL, 2002).

Para Santos, Leite e Vieira (2007) o melhor interesse da criança e adolescente está ligado às práticas que refletem no bom desenvolvimento moral, social, psicológico, emocional etc. dos menores:

O problema está na atenção ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, cujo res peito é subjetivo e, portanto, não admite generalizações, devendo o juiz, com o auxílio de um a equipe multidisciplinar e em atenção à legislação civil, ao Estatuto da Criança e do Adolescente e aos direitos fundamentais da população infantojuvenil (que prevalecem sobre os dos adultos e estão assegurados pela Constituição Federal e Convenção Internacional dos Direitos da Criança), verificar, independentemente da redação do artigo 1.584, inciso II, §2º do Código Civil, se, no caso concreto, a imposição da guarda compartilhada é a medida adequada. (PAIXÃO; COSTA, 2017, p. 28).

Diante das mudanças implementadas pela Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada se tornou a modalidade que melhor atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, porém há forte divergência quanto a sua aplicação.

A guarda compartilhada é regra geral e deve ser o regime fixado normalmente pelo juiz, até mesmo em guarda provisória, mas pode ser excepcionado não somente quando um dos pais recusar expressamente a guarda, mas também quando verificar que pode haver algum dano à criança ou ao adolescente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 618).

Para os autores os requisitos a serem seguidos consistem no bom relacionamento entre os genitores, possibilitando o diálogo entre o núcleo familiar e fazendo com que as decisões das questões relacionadas aos filhos sejam tomadas por ambos, prevalecendo o que realmente interessa para a prole (RODRIGUES; ALVARENGA, 2014).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011), a imposição da guarda compartilhada, nos casos de desavença entre os genitores, pode colocar em risco a integridade dos filhos. Ainda, Akel (2008) complementa que os pais, que não cooperam entre si para o cuidado da prole, podem prejudicar o seu desenvolvimento, seja nas relações sociais como pessoais, uma vez que não há qualquer possibilidade de diálogo.

Ressalta-se que para Grisard (2009, p. 177):

Em casos de pais que vivem em conflitos constantes, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos que agem em paralelo, que contaminam o tipo de

educação dado aos seus filhos, nesses casos, o arranjo da guarda compartilhada pode ser muito lesivo aos menores. Para essas famílias, destruídas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Muitos pesquisadores se referem ao conflito parental como sendo uma das possíveis contraindicações ao estabelecimento da guarda compartilhada, destacando a manutenção do contato entre os membros do ex casal, requerido nestes tipos de guarda. Afirmam que em certos casos pode provocar a continuidade do conflito entre os pais, prejudicando as crianças, provocando, ao invés de solucionar um problema, acabar gerando outros ainda maiores.

A maior parte da doutrina reconhece que a necessidade do acordo entre os pais para a aplicação da guarda conjunta atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como observa Rolf Hanssen Madaleno (2010, p. 144):

A guarda compartilhada não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. Deve ser tida como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora, tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental, empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole.

Fundamento com esse posicionamento, Paulo Luiz Neto Lobo (2009, p. 92) assim dispõe:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho [...].

Desta maneira, segundo essa concepção, para uma efetivação concreta do instituto da guarda compartilhada, o casal deve priorizar o bem-estar dos filhos e não se ater apenas ao conflito existente entre si. O que deve prevalecer com o advento da separação é um comportamento pacífico, pois isso se torna um parâmetro para o consentimento judicial, sendo que se necessário, a guarda poderá ser alterada a pedido das partes, sejam os pais, os filhos e até mesmo de ofício pelo juiz.

O juiz deverá observar a relação em que vivem os pais para o estabelecimento da guarda, devendo estimular os mesmos a optarem pela compartilhada.

Dessa forma, o código civil brasileiro determina que quando não houver acordo entre os pais na questão da guarda dos filhos, seja aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Para que se estabeleçam quais as atribuições de cada um dos ex-cônjuges e o tempo de convivência com a prole, o juiz poderá buscar subsídio para sua decisão em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

Partindo do que seja a essência do compartilhamento da guarda dos filhos após a ruptura conjugal ou da união estável, Waldyr Grisard Filho (2000, p. 29) salienta:

O desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos e o desses de manterem adequada comunicação com ambos os pais, de forma contínua e simultânea, motivou o surgimento deste novo modelo de guarda e responsabilidade parental: a guarda compartilhada.

Fica evidente que a guarda compartilhada tem o objetivo de privilegiar o melhor interesse da criança, já que a responsabilidade parental tem impacto decisivo no desenvolvimento social, emocional e afetivo do menor. A natureza do poder familiar tem como embasamento, como já dito, no respeito aos princípios da dignidade humana, da liberdade de exercício das funções de pai e mãe e do melhor interesse dos filhos, assim como nos deveres inerentes à condição de pais, elencados pelo artigo 227 da CF/88.

Portanto, grande parte da jurisprudência e da doutrina e inclusive estudiosos de outras áreas, como psicólogos entendem que mesmo em situações de conflitos entre os pais, como numa separação litigiosa, o melhor caminho a ser adotado, ainda será a guarda compartilhada, uma vez que o interesse do menor se sobrepuja ao dos pais.

Sob esta ótica, Suzana Borges Viegas de Lima (2008, p.41) reforça o entendimento de que “o juiz poderá arbitrar a adoção da guarda compartilhada, mesmo diante de situações envolvendo determinado grau de disputa, desde que a sua recomendação seja em benefício único e exclusivo dos filhos.”

O psicanalista Evandro Luiz Silva manifesta-se no sentido de que:

Se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra “visita” já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado “mais importante”, já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.

Assim, conclui o psicanalista, mesmo em litígio, a guarda compartilhada, em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos:

Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc. (Disponível em: <<http://www.apase.org.br/>>. Acesso em 10 de agosto de 2014).

Observa-se, portanto, que as opiniões são divergentes sobre a aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio. Para alguns profissionais do direito tal instituto só deve ser aplicado em separação consensual, pois existe a harmonia e diálogo entre os pais, permitindo o desenvolvimento do menor de forma adequada. Corrente doutrinária divergente, de outro lado, entende que o fato de haver litígio não inviabiliza a guarda compartilhada porque a criança precisa ter contato com ambos independentes do tipo de guarda.

Destarte, nota-se que com o passar do tempo, começa a se solidificar um novo entendimento nos Tribunais Brasileiros:

Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. (TJRJ, Processo 0001352-19.2004.8.19.0011).

O fato é que ao ser exigida uma boa relação entre os ex-cônjuges para a aplicação da guarda compartilhada, unifica-se o que é do âmbito da conjugalidade ao da parentalidade, situações que hodiernamente se entende devem ser dissociadas após a separação do casal. A questão conjugal pode até ser quebrada, no entanto, a parental jamais, devendo ser assegurada por ambos os genitores com continuidade até a idade adulta dos filhos. (Torres, apud Brito e Gonçalves, 2009).

Nos dias atuais o que se recomenda é que, quando a guarda seja determinada, o foco não esteja nos vínculos mantidos pelo ex-casal, mas sim nas no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.1 Vantagem do novo modelo de guarda

Uma grande vantagem da guarda compartilhada é que o menor evita de ficar sem o contato com o genitor que não detém a guarda, como no caso da guarda unilateral. Ambos os genitores dão ênfase à melhor proteção do menor.

Quanto ao auxílio necessário entre os pais, Grisard Filho (2009, p. 217) afirma que:

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

À vista disso, requer respeito mútuo entre os genitores guardiões, pois isso reflete indiretamente na vida e na formação do menor que passa a conviver com seus genitores em residências diferentes.

A guarda compartilhada possibilita que as vidas dos filhos reconheçam que ambos os genitores têm a mesma importância para sua formação pessoal, não sofrendo alterações bruscas e que não lhes seja conferida a obrigação de decidir com qual o genitor irá ficar com a guarda. Quanto a essa possível escolha por um dos pais, adotada por alguns magistrados quando o menor já tem certo discernimento, Akel (0000, p. 000) expõe que:

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. [...]. Não há dúvida de que, através desse sistema, os sentimentos de culpa e frustração do genitor não-guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos são diminuídos de forma significativa.

Constatar-se que a escolha por um dos pais gera inúmeros conflitos para o filho e, por outro lado, para o genitor que permaneceu ou não com a guarda. No entanto, gera a indecisão diante de seus pais e o receio de sua possível escolha

beneficiar algum deles. Já para o pai ou a mãe que não fica como guardião, geram vários sentimentos, dentre eles o de culpa, além do constante questionamento do porque o filho não o escolheu, além de despertar receio pelo outro genitor.

Para que isso não ocorra, a guarda compartilhada surge com o intuito de privilegiar a igualdade entre os genitores, gerando, inclusive, respeito mútuo entre todos os atores sociais envolvidos (filho e pais).

Conforme afirma Grisard Filho (2009, p. 222), não são só os filhos que se beneficiam desse modelo de guarda, mas também os genitores:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das elações entre cada um deles e seus filhos, minimizando o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.

A guarda compartilhada busca estabelecer o melhor interesse do menor. Os genitores continuam a ter participação na vida do menor como se dava no período em que viviam sobre o mesmo teto.

Os sentimentos de todos os envolvidos também são afetados de forma positiva, conforme destaca Dias (2017, p. 1):

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Conquanto existam todas essas vantagens que foram elencadas, a guarda compartilhada apresenta suas desvantagens, uma vez que qualquer tipo de guarda é acompanhado por problemas, oriundos das relações sociais.

A guarda compartilhada pressupõe a capacidade de diálogo dos pais na tomada de decisões de interesse do menor.

Nas lições de Peluso (2017, p. 1728-1729), fica evidente que: “[...] Na guarda compartilhada os pais têm responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos. O poder familiar é exercido por ambos, que tomarão conjuntamente as decisões do dia a dia.”

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE¹. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.² A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.³³ (STJ. resp 1428596 rs 2013/0376172-9. relator ministra Nancy Andrighi, 2014).

As vantagens do modelo devem ser expressas pelo juiz na audiência de conciliação; não havendo acordo no divórcio, toca ao julgador estabelecer a guarda compartilhada, sempre que possível; não o sendo, escolhe um dos genitores como guardião, depois de ponderar o melhor proveito do descendente; em casos extremos, a guarda é atribuída a um terceiro, de preferência o parente que demonstre afinidade com o menor. (TEIXEIRA, 2015, p. 1).

4.2 A mediação como instrumento para construção de um acordo parental

A recente Lei 13.058/14, que oferece nova disciplina à guarda compartilhada, tem por principal mérito a função pedagógica e cultural de destacar a guarda compartilhada como o melhor modelo de guarda de filhos para pais que têm por desafio e meta proporcionarem aos filhos um sentimento de pertencimento a uma família que já não conjugal, permanece parental.

Entretanto, entendemos que o estabelecimento de guarda compartilhada deva ser sugerido, aconselhado e incentivado, mas não imposto por decisão judicial a

pais que estejam em desacordo, pois pode gerar efeitos negativos ao já instalado conflito, potencializando-o.

Perante da impossibilidade de acordo parental e tendo por parâmetro a proteção integral dos filhos, antes do advento da nova Lei, restavam dois caminhos: a construção do consenso parental para obtenção da guarda compartilhada ou a estipulação de guarda unilateral para o genitor com melhores condições para exercê-la. Agora, o juiz é instado a conferir a guarda compartilhada aos pais que apresentem as mesmas condições de exercê-la, ainda que sobre o cenário das disputas. (TEIXEIRA *et al.*, 2015, p. 135).

Em respeito à diretriz legal, e pensando em trilhar um caminho viável para a guarda compartilhada, apontamos a mediação como um instrumento adequado e eficaz para a construção do consenso parental, abrindo uma oportunidade de elaboração de escolhas apropriadas para cada caso, escolhas essas pensadas, construídas e decididas pelos próprios pais em prol do bem-estar de seus filhos.

A guarda compartilhada torna-se viável e sustentável na medida em que acordos possíveis de serem cumpridos são estabelecidos pelos próprios pais e não foram impostos por decisão judicial.

4.3 Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos

A guarda compartilhada é, inegavelmente, um decisivo passo à frente no cenário jurídico e social no Brasil, na medida em que procura atender, prioritariamente, os interesses e direitos dos filhos, reconhecidos constitucionalmente, mas, até agora, olvidados.

Os direitos-deveres dos pais em relação à sua prole, deve-se acrescentar o de proporcionar aos filhos “carinho, afeto e companheirismo”³⁵ sem os quais o menor cresce fragilizado, torna-se adolescente com revolta pessoal e inconformismo com a vida, trazendo na vida adulta as marcas profundas provocadas pela ausência do afeto.

A guarda compartilhada chama os pais a uma profunda reflexão quanto ao seu papel de extrema responsabilidade na consecução da felicidade de seus filhos, os quais poderão crescer e se desenvolver em paz e com equilíbrio, necessário à sua sólida formação moral e espiritual, mesmo estando seus pais separados ou divorciados.

Seu exercício exige, antes de tudo, a compreensão e a boa vontade dos pais, objetivando um futuro promissor para seus filhos, o que, convenhamos, após a separação entre eles, legal (judicial ou extrajudicial) ou de fato, ou divórcio, ou dissolução da união estável, são elementos de difícil obtenção, mas que poderão ser alcançados com o esforço conjunto em prol dos menores (AZEVEDO, 2004, p. 16)

Embora não possa ser generalizada e imposta para todos os casos, a guarda compartilhada, uma vez acolhida pelos pais, certamente trará benefícios não apenas aos filhos, mas também aos próprios pais e à comunidade social como um todo.

4.4 Desvantagens do novo modelo de guarda

Segundo o entendimento de Ana Carolina Silveira Akel (2009, p. 111):

Há que se distinguir, definitivamente, o exercício alternado da guarda do exercício compartilhado, no qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os menores cumprirem suas obrigações e receberem que lhes é de direito.

Com o fim do relacionamento, surgem as desvantagens. Os pais se encontram em conflito um com o outro por não aceitarem a separação entre ambos e, conseqüentemente, não aderem ao instituto da guarda compartilhada de seus filhos com o outro genitor.

Conforme Akel (2009), a modelo de guarda compartilhada tem um lado legal e outro físico. Quanto ao plano legal associa-se às decisões relativas ao bem-estar do menor e, para a autora, as desvantagens surgem quando não existe acordo entre os genitores.

Já no plano físico, que é a efetiva presença do menor ao lado do genitor, as desvantagens estariam associadas ao fato de que o menor passa a sofrer mudanças cotidianas, pois ora está em uma residência, ora está em outra, pois quanto mais mudanças, menos identidade o menor passa a ter. (GUARDA COMPARTILHADA..., 2017).

Contudo a guarda compartilhada pode gerar verdadeiras tragédias, pois as crianças perdem o referencial de lar, já que recebem orientações diversas dos pais e das mães.

Neste sentido, foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA COMP ARTILHADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS. GUARDA UNILATERAL. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DEVIDA. I - A GUARDA COMPARTILHADA PRESSUPÕE A CAPACIDADE DE DIÁLOGO DOS PAIS NA TOMADA DE DECISÕES DE INTERESSE DO MENOR. O GRAU DE ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES, RELATADO NOS AUTOS, ACONSELHA A FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL. PREVALECE, PORTANTO, O DISPOSTO NO ART. 1.583, § 2º, DO CC, POIS A MÃE VEM PROPICIANDO AS CONDIÇÕES IDEAIS DE DESENVOLVIMENTO AO ADOLESCENTE SOB SUA GUARDA. II - PARA OBTER A SEPARAÇÃO, A AUTORA PRECISOU INGRESSAR COM AÇÃO LITIGIOSA E, UMA VEZ CITADO, O REQUERIDO VEIO AOS AUTOS CONFIRMAR A EXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. LOGO, O ACOLHIMENTO DO PEDIDO INICIAL ACARRETA A SUCUMBÊNCIA E TORNA APLICÁVEL O ART. 20, § 4º, DO CPC. III - APELAÇÃO IMPROVIDA.

A situação complica quando um dos pais ou ambos colocam em jogo fatores externos como, por exemplo, a obrigação alimentar, pois um genitor pode escolher a guarda compartilhada para negociar valores financeiros com o outro genitor. Isso ocorre porque, geralmente, ao compartilharem a guarda ambos passam a dividir as despesas inerentes à formação do menor.

Ainda em relação aos casos que as crianças têm pouca idade para a aplicação da guarda compartilhada, diversos são os entendimentos que esta modalidade de guarda não é recomendável para estes casos, visto que a criança pode ter muita dificuldade para a adaptação em dois lares. A dificuldade de compreender a situação também é levada em consideração, visto que pode confundir ainda mais as ideias, ainda em formação, para as crianças muito novas.

A respeito deste assunto a jurisprudência possui o mesmo entendimento, como demonstra o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO. Se a criança está ainda em tenra idade e desde o nascimento encontra-se sob os cuidados do casal guardião, que lhe tem devotado o afeto e as atenções próprias de pais, e se a regulamentação de visitas em favor do pai biológico já estava regulamentada e agora foi ampliada pelo julgador, proporcionando uma maior aproximação entre pai e filho, descabe ampliar ainda mais a visitação, de forma a aproximá-la de uma guarda compartilhada, pois isso implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, AGI Nº 70006449912, Relator: Sérgio

Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003, DJ).

Quanto à desvantagem que pode vir a atingir a criança ou adolescente, esclarece Maximovitz citado por Fernanda Verniz (2013, p. 41):

Outra desvantagem à adoção da guarda compartilhada é a questão do referencial de lar do menor. Pois com esta modalidade de guarda, a residência do menor sofre grandes mudanças em seu cotidiano, pois às vezes está na casa de um dos genitores, e às vezes na casa do outro. Podendo também deixar o menor confuso, vez que em cada residência receberá ordens e orientações dos genitores, que geralmente são diversas.

Para Maria Berenice Dias (2016), o filho é utilizado como instrumento de agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido a tradição de que a mulher seria a mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos.

Entretanto, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores.

Uma última ressalva a ser feita é que as desvantagens desde modelo de guarda não podem ser tidas como absolutas, pois sua eficácia dependerá da análise do caso concreto, já que o legislador apenas editou a lei que criou o instituto, deixando à escolha dos magistrados como aplicá-lo.

4.6 Alimentos na guarda física compartilhada

Ponto importante é que com relação a alimentos a situação não muda, pois a guarda compartilhada não impede a sua fixação. O dever de sustento é obrigação natural dos pais de educar e prover a subsistência dos filhos, tanto moral como materialmente, dando-lhes casa, comida, vestuário, entre outros, cessando com a maioridade ou emancipação.

Artigo 22 do Estatuto da criança e do adolescente diz: “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.” (BRASIL, 1990).

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p.406):

A fundamentação dos alimentos encontra-se no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, parentalidade socioafetiva, entre outras.

Compartilhar fisicamente a guarda dos filhos não quer dizer dividir igualmente o tempo deles com seus pais, como o fato de ambos os genitores trabalharem também não significa e quase nunca representa considerar que os dois recebam idênticos proventos. (MADALENO, 2018, p. 592).

No entanto, os genitores podem ter condições econômicas diferentes, podendo ser a obrigação exigida judicialmente. O artigo 1.568 do código civil determina que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”. Entende-se, portanto, que aquele que tem necessidade terá ajuda do outro cônjuge dentro de suas possibilidades, não importando qual o modelo de guarda adotado.

Grisard Filho (2009, p. 191) fala que “o dever de sustento depois de instituída a guarda compartilhada, deve ser prestado pelos pais, de forma igualitária, porquanto, ambos são titulares dos deveres em relação aos filhos menores”.

Sabe-se, portanto, que a guarda compartilhada reflete uma troca de papéis entre o homem e a mulher, ao aumentar a disponibilidade para com os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia e melhora o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na criação e educação de seus filhos.

5 CONCLUSÃO

O grupo familiar sofreu e vem sofrendo avanços significantes nos últimos anos, a começar de sua composição e estrutura, pois antes se tinha a família como sendo composta por pais e filhos, na qual predominava a figura paterna. Atualmente, o simples companheirismo passa a ser considerado como entidade familiar, e a figura de chefe de família não predomina, uma vez que as mulheres passaram a ter os mesmos direitos que os seus esposos e/ou companheiros, prevalecendo o princípio da igualdade, fruto da Constituição Federal de 1988.

A família, com essas influências da vida moderna começam a ter mais dificuldades, entre elas a de convivência e, sobretudo, no momento da dissolução dos laços matrimoniais ou afetivos. O fato torna-se mais complicado quando existem filhos, pois além do sofrimento dos pais, tem-se o dos filhos, que sofrem muito com o rompimento da relação cotidiana entre ele e seus genitores.

À visto disso, faz-se necessário o uso do instituto jurídico denominado guarda. Sendo que, com as influências sociais e culturais no âmbito familiar, os modelos tradicionais de guarda não mais atingiam as expectativas das famílias, sobre o modelo unilateral, no qual um dos pais detém a guarda e tentam fazer uma imagem negativa do outro genitor (alienação parental).

A partir da constitucionalização do direito de família e a inserção do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes de sua regulamentação na lei própria, posto que não era proibido o deferimento, o legislador objetivou aplicar a norma constitucional e observar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda que existindo falta de sintonia entre os pais, com a nova redação da Lei 10.058/2014, a guarda compartilhada tornou-se regra geral e o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada.

No entanto, vale salientar, a convivência entre os genitores e a sua prole reclama muito mais um equilíbrio consensual no desempenhar das tarefas familiares do que numa divisão igualitária do tempo despendido no exercício do poder dever parental.

No caso dos genitores que simplesmente intercala a convivência com os filhos, sem manter um mínimo de diálogo para decidir questões que envolvem a criação e a educação dos menores, não cabe dizer que praticam uma guarda

compartilhada, mas apenas um arremedo desta ou, quando muito, uma guarda alternada, instituto em que, como visto anteriormente, é amplamente rejeitado por diversos especialistas no assunto.

O exercício do poder familiar, por óbvio, não cessa após o rompimento do vínculo entre os genitores e está relacionado ao cumprimento das obrigações típicas da função paterna e materna, independentemente do tipo ou do fim do relacionamento, sempre tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente.

A guarda compartilhada, a partir de sua nova redação, visa cumprir os mandamentos constitucionais do direito de família, dando destaque ao melhor interesse da criança e do adolescente, que é o de desfrutar da companhia e convivência harmônica com os pais, bem como poderem contar com o carinho e o afeto que deles esperam receber. Só assim, contribuirão os pais, efetivamente, para o equilíbrio da família e o pleno correto desenvolvimento dos filhos.

REFERÊNCIAS

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

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMIN, Andréa Rodrigues *et. al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTATUTO das famílias: Projeto de Lei nº 2285/2007. Belo Horizonte: Magister, IBDFAM, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, v.6: famílias.** 7. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Atlas. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, v. 6: famílias.** 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v.6: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, v. 6:** direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.1:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v.6:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. **Direito civil aplicado, v.5:** direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. **Direito civil aplicado, v.5:** direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5:** direito de família e das sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado.** São Paulo: Atlas, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *In:* _____. **Curso de direito da criança e do adolescente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 87-102.

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

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada:** física e jurídica. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa. Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 10, n. 2, 2013.

PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, v. 5: direito de família**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Família e dignidade humana - Anais V Congresso Brasileiro de Direito**. Ibdfam, 2006.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil, v.6: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda dos Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Método, 2014.

TEIXEIRA, Cristiano Chaves de Farias *et al.* **Guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. 25 jul. 2017. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/a-disciplina-da-guarda-e-a-autoridade-parental-na-ordem-civil-constitucional/. Acesso em: 20 jun. 2020.