

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ARIELE MOARA RODRIGUES DE PAULA SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA:
REFLEXÕES

TAUBATÉ – SP
2017

ARIELE MOARA RODRIGUES DE PAULA SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA:

REFLEXÕES

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté como requisito parcial para a obtenção do título de bacharelado em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito De Família

Orientador Prof.: Robson Flores Pinto

TAUBATÉ-SP

2017

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

S237g Santos, Ariele Moara Rodrigues de Paula.
Guarda compartilhada : reflexões / Ariele Moara Rodrigues de Paula
Santos. -- 2017.
50 f. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2017.

Orientação: Prof. Me. Robson Flores Pinto, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Direito de Família - Brasil. 2. Guarda compartilhada. 3. Pais em
tempo parcial. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

SANTOS, Ariele Moara Rodrigues de Paula. **Guarda Compartilhada: Reflexões.** Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté como requisito parcial para a obtenção do título de bacharelado em Ciências Jurídicas. Área de concentração: Direito de Família.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Robson Flores Pinto (ORIENTADOR)

Departamento de Ciências Jurídicas - Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof.

Departamento de Ciências Jurídicas - Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

*Dedico este trabalho, ao único que é digno de receber toda a honra e
toda a glória para sempre, Jesus Cristo, Papai querido, o qual me fez
viva até aqui para apresentar esta pesquisa.
Pois assim seja: De sorte que haja em vós o mesmo sentimento que
houve também em Cristo Jesus,
Que, sendo em forma de Deus, não teve por usurpação ser igual a
Deus,
Mas esvaziou-se a si mesmo, tomando a forma de servo, fazendo-se
semelhante aos homens;
E, achado na forma de homem, humilhou-se a si mesmo, sendo
obediente até à morte, e morte de cruz.
Por isso, também Deus o exaltou soberanamente, e lhe deu um nome
que é sobre todo o nome;
Para que ao nome de Jesus se dobre todo o joelho dos que estão nos
céus, e na terra, e debaixo da terra,
E toda a língua confesse que Jesus Cristo é o Senhor, para glória de
Deus Pai.
Filipenses 2:5-11*

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, o qual carregou comigo esse jugo, tornando-o mais leve e me deu forças para continuar sem cessar.

À minha família, especialmente meu marido, minha mãe e minha irmã, os quais me apoiaram deste o início para que eu pudesse estar aqui apresentando esta pesquisa.

Aos professores, grandes mestres, que com sua grandiosa experiência me guiaram até o fim desta jornada.

Aos amigos e colegas pela parceria e companheirismo, ao quais tornando essa estrada longa de 5 anos mais alegre.

Aos funcionários da Universidade de Taubaté, que de alguma forma seja ela direta ou indiretamente, auxiliaram para que esse projeto fosse apresentado.

RESUMO

Este estudo apresenta uma modalidade de guarda garantida pelo Direito de Família Brasileiro, a guarda compartilhada. A partir disso, é possível perceber que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma divergência de entendimento sobre o tema. Diante disso, esta pesquisa justifica-se, para fim de estudo, abrir o tema em si e comentar suas reflexões. Os objetivos desta pesquisa é apresentar a origem no poder familiar no Direito brasileiro, depois passaremos para o conceito de guarda e suas respectivas modalidades e no fim será adentrado especificamente na modalidade da guarda compartilhada. A metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária, na qual será especificado o entendimento jurisprudencial majoritário, as vantagens e desvantagens e o envolvimento dos filhos nesta espécie de guarda. O resultado alcançado deste trabalho foi perceber que a guarda compartilhada deve ser aplicada em casos específicos, pois demanda de análise de cada caso concretamente, pois é exigido uma renúncia de ambas as parte e principalmente do filho, pois fica vulnerável à possíveis desavenças entre os pais, sendo necessário a intervenção de profissionais sociais para que a aplicação seja eficaz. No mais, a modalidade possui grandes vantagens aos filhos, pois têm o direito de serem criados e educados por ambos os pais, garantindo assim, um crescimento saudável e produtivo à eles.

Palavras-chave: poder familiar. guarda. guarda compartilhada. vantagens e desvantagens.

ABSTRACT

This study presents a mode of custody guaranteed by the Brazilian Family Law: The shared custody. From this, it is possible to perceive that in the Brazilian legal system there is a divergence of understanding on the subject. Therefore, this research is justified, for study purposes, to open the theme itself and comment its reflections. The objectives of this research is to present the origin of family power in Brazilian law, then we will move on to the concept of guard and its modalities and at the end it will be specifically entered in the shared custody modality. The methodology used was the doctrinal research, which will specify the majority jurisprudential understanding, the advantages and disadvantages and the involvement of the children in this kind of guard. The obtained result of this work was to realize that shared custody should be applied in specific cases, demanding a new analysis on every different concrete case, there way be a renunciation of both part and especially of the child and there also way be disagreements between parents, and the intervention of social workers is necessary for effective application. In addition to that, the modality brings great advantages for the children, since they have the right to be raised and educated by both parents, thus guaranteeing a healthy and productive growth to them.

Key words: family power. guard. shared guard. advantages and disadvantages.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO PODER FAMILIAR	10
2.1 Do pátrio poder	10
2.2 Um novo conceito de poder familiar	11
2.3 Direitos e deveres do poder familiar	11
2.4 Suspensão do poder familiar	13
2.5 Perda do poder familiar	14
2.6 Extinção do poder familiar	14
2.7 O poder familiar após a ruptura conjugal	15
3 DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	17
3.1 Conceito	17
3.2 Critérios para determinação da guarda	18
3.3 Modalidade de Guarda	20
3.3.1 <i>Guarda Comum</i>	20
3.3.2 <i>Guarda unilateral</i>	20
3.3.3 <i>Guarda alternada</i>	21
3.3.4 <i>Guarda de Fato</i>	21
3.3.5 <i>Guarda Compartilhada</i>	22
4.DA GUARDA COMPARTILHADA	23
4.1 Conceito	23
4.2 Vantagens	24
4.3 Desvantagens	28
4.4 Efeitos no desenvolvimento do infante	30
4.4.1 <i>Da Fixação da Residência</i>	32
4.4.2 <i>Da Fixação dos Alimentos</i>	33
4.4.3 <i>Da Convivência Familiar</i>	34
4.4.4 <i>Efeitos psicológicos da alienação parental</i>	35
5. O ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	38
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe no seu corpo novos modelos de entidades familiares, pois quis se adaptar a evolução das décadas, para no fim atender o princípio da igualdade, que ela mesma também preconiza.

Com a mudança do pátrio poder para o poder familiar, foi possível que a legislação consequentemente evoluísse, surgindo, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), alterando, portanto, o atual Código Civil de 2002, para atender as novas realidades da família brasileira.

A mulher passou a ser introduzida no mercado de trabalho e o aumento das separações e divórcios foram surgindo, dando espaço para a rejeição da guarda unilateral, pois não atenderia o princípio da igualdade estabelecido pela Constituição da República, como fora dito anteriormente, bem como o interesse de fato do menor.

Diante dessa evolução o pai saiu do centro, titular de direitos e deveres sobre o menor, e passou a figura o filho como a parte mais importante da lide, atendendo o seu melhor interesse, priorizando a relação parental.

Tendo em vista que a guarda é um poder-dever instinto dos genitores, e diante da atualização no corpo do ordenamento jurídico, as modalidades de guarda também se expandindo, surgindo então, a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada foi introduzida no direito brasileiro pela Lei 11.698/08 alterando os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, porém como sua aplicação se dava quando “sempre que possível”, os magistrados passaram a ter interpretações diversas da que o legislador gostaria que alcançasse.

Desta forma, para que não houvesse equívocos e entendimentos abstratos, foi promulgada a Lei 13.058/14 “Lei da Guarda Compartilhada”, a qual alterou os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil, substituindo a lei supramencionada. Essa lei passou a determinar que a modalidade estudada se tornasse regra de aplicação, garantindo a igualdade entre os genitores no exercício do poder familiar.

O presente trabalho busca apresentar o tema “Guarda Compartilhada” e serão examinados as vantagens e desvantagens da modalidade bem como o entendimento dos

magistrados na determinação desta espécie, pois como será percebido a seguir, é claro que ela ainda sofre de más interpretações e deve ser entendida e aplicada com cautela para suas consequências sejam reais.

Cada família possui suas particularidades, o que é impossível generalizar uma espécie de guarda apenas, para aplicação. No fim, será claro que esta modalidade que estudaremos, tem um único fim específico, atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 DO PODER FAMILIAR

2.1 Do pátrio poder

O instituto família foi criado na Roma antiga para servir de alicerce na designação de grupos submetidos à escravidão agrícola, sendo a palavra em sentido estrito originada do latim *famulus*, e que dizer “escravo doméstico” (MIRANDA, 2001, p. 57-58).

No contexto da família patriarcal, a afetividade com as proles eram mínimas, pois elas eram membros de produção para força. Apenas quando a escolas foram introduzidas para além dos padres, é que se notou o interesse de afeto dos pais com os filhos. (FACHIN, 2001, p. 45).

Em contrapartida, o pátrio poder no direito romano entendia o instituto como uma doutrina, o qual a autoridade era imposta ao “cabeça” da família sobre todas os aspectos, incluindo as pessoas assemelhadas, os filhos, seus escravos e a própria esposa.

Ensina Grisard Filho (2016, p.47) que, nessa época o *pater familias* (exercido pelo varão da família), tinha o poder de vender o filho, de abandoná-lo, e de matá-lo. Com o passar dos anos, o absolutismo opressivo dos pais reduziu-se a simples direito de correção.

No mesmo sentido Lafayette Pereira (1910, p. 234) conceitua o pátrio poder como “um todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho”.

Os dois autores, como se pode perceber afastaram a figura materna no conceito do pátrio poder, fato este que já não há mais preconceito, tratando-se nos dias de hoje a mãe com estrita e ampla igualdade com relação à figura paterna. Fato este, consagrado no art. 1631 do Código Civil.

No entendimento de Grisard Filho (2016, p. 46), “existe uma uniforme concepção *filhocentrista*, que desloca o seu fulcro da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos”.

2.2 Um novo conceito de poder familiar

Diante da evolução social ocorreu a morte do pátrio poder, no sentido de domínio sobre seus parentes e passou a alcançar o sentido de proteção, como hoje é reconhecido pelo ordenamento jurídico.

A Lei 12.010/2009 em seu art. 3º ordenou que a expressão “pátrio poder” fosse substituída então para “poder familiar”, conotação esta contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo a tona mais um sentido de dever de dupla face, pois os pais dever assistir, educar e criar seus filhos menores, mas também os filhos dever ajudar a amparar os pais.

Assim, modernamente, com grande influência do cristianismo, o poder familiar constitui um apanhado de deveres, tornando-se de caráter definitivamente protetivo, ingressando no interesse público para que se garantam as novas gerações, beneficiando a sociedade. (GONÇALVES, 2014, p. 585).

Ou seja, entende-se como poder familiar o conjunto de direitos e deveres que os pais têm com relação aos filhos menores, contido no Código Civil no artigo 1634. Sendo este instituto, mais abrangente do que a guarda em si, pois a guarda está contida dentro do poder familiar.

Desta maneira, o poder familiar é um instituto do direito com bastante presença na doutrina que utiliza do direito romano como ponto de partida para seu estudo na evolução jurídica.

2.3 Direitos e deveres do poder familiar

Atualmente, no tocante ao exercício do poder familiar pelos cônjuges, a Carta Magna de 1988 consagrou o instituto no artigo 226, § 5º, o qual dispõe que:

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

Em mesma linha de raciocínio, entende o Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina em seu artigo 21:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Com isso pode-se entender que o poder familiar busca atender os interesses dos filhos e da família, respeitando um princípio consagrado na Carta Magna de 1988, que é o da Paternidade Responsável, que se encontra no artigo 226, § 7º.

Neste sentido, o poder familiar abrange os direitos e deveres que tange aos pais, no que diz respeito aos filhos menores e a seus bens.

Sobre os filhos menores, o Código Civil, no artigo 1.634, preceitua a competência dos genitores sobre os filhos, no que tange à sua criação, guarda, educação e companhia, senão vejamos:

Art. 1634 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 sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (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.

Com relação aos bens dos menores, que por sua natureza não possuem capacidade de direito para administrar seus bens, o artigo 1.689 deste mesmo código reza sobre os deveres dos pais sobre os filhos, e que resumidamente, diz que os pais são usufrutuários dos bens dos filhos, os quais têm sobre si a autoridade da administração destes bens.

Porém, os atos de administração não possibilitam, em regra, a alienação destes bens, como determina o art. 1.691 do Código Civil:

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.

2.4 Suspensão do poder familiar

O poder familiar perdura por toda a menoridade dos filhos e é função típica dos pais, sendo inválida a renúncia deste poder, voluntariamente, considerando-se ele indelegável, inalienável e irrenunciável.

Quando se está diante de causas incompatíveis com o exercício do poder familiar surge-se a possibilidade de suspensão do poder.

Essa suspensão está contida no art. 1637 do Código Civil que diz:

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. (o original não ostenta grifos)

O mecanismo de suspensão é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 24 e 155 a 163.

Estes artigos regulam a competência para julgar a suspensão, o qual será feito judicialmente, e seu respectivo procedimento.

A suspensão é temporária, perdurando somente até quando cessar a necessidade. Com o fim dos motivos, o genitor que teve seu poder suspenso, retorna a tê-los. Podendo essa suspensão ser parcial, informando qual dos poderes foi suspenso, ou pode ser total, que envolverá todos os poderes referentes ao poder familiar e, além de poder incidir em apenas um filho, nos casos em que há mais de um.

2.5 Perda do poder familiar

Segundo Rosa (2015, p.30), devido a gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal grandeza que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade da prole.

Ou seja, a perda do poder familiar é permanente, mas não pode dizer que seja definitiva, pois os genitores podem, por medida judicial, recuperá-las, desde que provem que o motivo que ensejou a perda extinguiu-se.

No entendimento de Dias (2015, p. 492) “Perda é uma sanção imposta por sentença judicial”. Sendo o art. 1638 do CC que explica os motivos para a destituição deste poder, a qual é imperativa e abrange todos os filhos, sendo estes mais graves que os de suspensão.

Em mesma linha de raciocínio, caso as faltas que acarretam a suspensão do poder familiar forem reiteradas, poderão ensejar na perda deste poder.

Já o excesso do poder familiar é tipificado em figuras penais, conforme art. 129 e 136 do Código Penal, acarretando em maus-tratos, e conseqüentemente, configurando a propositura de ação penal pública.

2.6 Extinção do poder familiar

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, ou seja, por decisão judicial ou de pleno direito.

Segundo Dias (2015, p. 492) a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo.

O artigo 1635 do Código Civil traz as hipóteses de extinção, quais sejam: pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial (art. 1638 do mesmo diploma), sendo nenhum destes por conotação punitiva.

Em especial, o ato da adoção, extingue o poder familiar do pai biológico, transferindo-se, assim, aos adotantes.

Nogueira (2011) conclui que “a extinção do poder familiar ocorre de forma automática e natural, tendo como efeito o termino definitivo da função paterna, encerrando a tarefa de proteção que existia entre os pais e filhos”.

2.7 O poder familiar após a ruptura conjugal

O poder familiar não altera quando há a dissolução do casamento ou da união estável.

Não obstante, tem-se o art. 1631 do Código Civil, dispondo que durante a união estável e o casamento o poder familiar compete aos pais e no impedimento ou falta de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Em mesma linha de raciocínio o art. 1632 do CC dispõe que o poder familiar está vinculado á filiação e não à relação conjugal:

Art. 1632. 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.

Com a ruptura conjugal, enfatiza Quintas (2009; p. 17) que, levando em conta que os pais sejam casados e que venham a se divorciar, nada vai alterar em relação ao exercício do poder familiar.

Assim, mesmo que não seja concedida a guarda, o pai não guardião não perde os deveres e direitos que decorrem do poder familiar, sendo-lhe atribuído o direito de ter as proles em sua companhia, como reza o art. 1634 do CC.

O legislador buscou garantir aos filhos que estes tenham um convívio contínuo com os pais, trazendo á estes uma garantia que sua prole terá sempre um contato com os dois genitores.

É certo que deve prevalecer a igualdade de direitos e deveres entre os pais, de forma que eles exerçam suas funções paternas de forma plena, pois os filhos têm o direito de que suas necessidades sejam atendidas pelos genitores.

Diniz (2009, p. 1111), diz que:

O divórcio, apesar de poder alterar as condições do exercício do poder familiar e da guarda dos filhos, mantém inalterados os direitos e deveres dos

pais relativamente aos filhos, mesmo que contraíam novo casamento, salvo se houver comprovação de algum prejuízo aos interesses da prole.

Em casos quando há filhos não reconhecidos pelo pai, o pátrio poder será exercido pela mãe e, se esta for desconhecida, ou incapaz de exercer o poder familiar, dar-se-á tutor ao menor, como dispõe o art. 1633 do CC.

3 DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 Conceito

Segundo o dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa (1999, p. 480), guarda, etimologicamente falando, que dizer vigilância, a qual busca defender ou conservar, sendo esse decorrente de um termo alemão antigo *Warda*, ou seja, vigiar buscando resguardar, proteger, abrigar.

Guarda está também relacionada com a questão de companhia, cuidados diários, rotina do menor, bem como as responsabilidades diárias da criança e do adolescente.

Porém, é possível perceber que se encontram outros entendimentos sobre o tema, uma vez que também é uma atribuição legal dirigida aos pais ou á outrem de manter em sua companhia a prole.

O entendimento de Waldyr Grisard Filho (2009, p.56), é de que a palavra guarda é utilizada genericamente para demonstrar administração, vigilância e observância.

Também afirma o autor, que a guarda das proles é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas circunstâncias indicadas na lei cível. (GRISARD FILHO, 2009, p.57).

Conforme Santos Neto, (1994, p. 55): “a guarda trata-se de um direito consistente na posse do menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”.

Segundo Miranda, (1983, p.94-101):

Guarda é sustentar, é dar alimento, roupa, e, quando necessário, recursos médicos, e terapêuticos; guarda significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.

Não obstante, o Estatuto da Criança e do Adolescente ensina em seu artigo 33 que: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Por fim, para Carbonera, (2000, p.64), a guarda é um instituto jurídico no qual se confere a certo indivíduo, o guardião, um conjunto de direitos e deveres a serem realizados no

intuito de suprir a carência da criança e protegê-la. Tudo isso, em decorrência de decisão judicial ou em virtude da lei.

Desta forma, é possível constatar que a guarda, como um instituto legal, é pedra fundamental para o bem estar do menor, preservando-o na educação, saúde mental e física, sustento, enfim, meios que auxiliem na vida digna deste ser vulnerável.

3.2 Critérios para determinação da guarda

A constituição da guarda possui condições determinadas pela Lei, como, por exemplo, a Constituição da República, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Divórcio, os quais se utilizam de princípios fundamentais para a sua constituição. O princípio mais notório é o do melhor interesse do menor, que visa proteger este, das obrigações atribuídas ao guardião, e considerando sua idade, sexo etc.

A Lei do Divórcio, instituída em 1977, preocupou-se em proteger os filhos em casos de ruptura conjugal, estabelecendo regras para a determinação da guarda, como se vê a seguir:

Art. 9º No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Ocorre que, não eram todos os divórcios que eram feitos com o consentimento de ambos os cônjuges, para esses casos aplicava-se o artigo 10 da referida lei.

Art. 10 Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a não houver dado causa.

A Carta Magna de 1988 também atentou-se em firmar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente haja vista que priorizou o instituto da família nos termos do artigo 226 *caput*, momento em que traz o sinal de família como alicerce da sociedade assegurando as garantias especiais destes indivíduos, recebendo prioridade de garantia do Estado.

Bem ensina Madaleno (2015, p.60):

Nas legislações posteriores, o foco das questões envolvendo a disputa de guarda dos infantes finalmente passou a ser o bem-estar das crianças e adolescente. Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou expressamente assegurado ser um dever, primeiro a família, depois da

sociedade e do Estado, garantir às crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 da CF/1988).

Por conseqüência desta intromissão estatal nas relações privadas, e com o intuito de resguardar os direitos fundamentais dos menores, logo em seguida foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei 8.069/1990 e cuja grande contribuição foi a de resguardar a posse de fato do menor que se encontrava em situação irregular.

Ademais, garante o Estatuto da Criança e do Adolescente, proteção do menor, uma vez que prioriza o desenvolvimento social, moral, mental, espiritual e físico, nos termos de seu artigo 3º:

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

Não obstante, o ECA também garante outras prerrogativas como:

Art. 34 O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

Art. 35 A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvindo o Ministério Público.

Defende Leite (1997, p.195) que na família unida, ou interesse presumido da criança é de ser educada por ambos os genitores: mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito.

Diante disso, visando garantir uma aplicação justa, estes critérios devem ser utilizados como norte para os julgadores, garantindo guarda responsável dos genitores. O que deve ser priorizado pelo ex-casal são os direitos e deveres relativos ao desenvolvimento da prole, uma vez que estes não se rompem com a dissolução do casal, haja vista que a autoridade parental ainda é mantida.

3.3 Modalidade de Guarda

3.3.1 *Guarda Comum*

A guarda comum é aquela exercida igualmente pelos dois genitores, ou seja ambos possuem direitos e deveres em decorrência do auto poder familiar, na constância do estado de filiação do casal.

Segundo Madaleno, (2015, p. 103): “A guarda comum é aquela espécie de guarda exercida igualmente por ambos os genitores na constância do relacionamento conjugal, o qual não precisa ser necessariamente oficializado pelo casamento”.

3.3.2 *Guarda unilateral*

Segundo o Código Civil, no seu artigo 1581, § 1º, a guarda unilateral é concedida a um único dos genitores ou àquele que o substitua o direito em relação à criança, ou seja, apenas um dos genitores vai ficar responsável pelos cuidados diários da criança, como educação, orientação religiosa etc. Restando ao outro genitor, apenas a supervisão das incumbências.

Apenas será atribuída a guarda exclusiva ao genitor que apresentar as melhores condições para exercê-la, ou seja, maior idoneidade, buscando atingir o interesse do menor, tendo em vista que atingirá fatores como: a relação afetiva com o genitor guardião, bem como as questões de saúde e segurança.

Essa modalidade, como fora supra mencionada, atribui ao não guardião a prerrogativa de supervisão objetiva e subjetiva da prole, sobre assuntos que possam afetar a educação, segurança e saúde dos filhos.

Assim, explica Dias (2015, p. 523):

(...) poderá ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Tanto isso é verdade que a escola tem o dever de informar, mesmo

ao genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e o rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

3.3.3 *Guarda alternada*

A guarda alternada não possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro mas, em alguns casos é aceita pela jurisprudência, no entanto, sua aplicação é rara, acontecendo apenas pela convenção das partes.(MADALENO, 2015, p. 111).

Essa modalidade defende a divisão de residências constantes por tempo determinado. Preconizando que o período de convivência da criança seja igualmente dividido entre seus pais, alternando-se entre moradias paterna e materna, em intervalos de tempo definidos previamente pelos genitores de acordo com seus interesses.

Esse modelo de guarda faz com que a criança não tenha formação de rotina e hábitos diários da semana, como ir à natação e lanchar com os colegas, de modo que em cada período do mês encontra-se em residências diferentes, trazendo contratempos na vida do menor.

Aponta Levy, (2008, p. 60) que essa modalidade é um “reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”.

3.3.4 *Guarda de Fato*

A guarda de fato está ligada a um aspecto de cotidiano, ela independe de um pronunciamento do juiz para subsistir, ela existe pela vontade daquele que se encarrega dos cuidados com o menor e, por isto, recebe esta denominação, posto que tem a sua origem nos fatos e não em uma ordem judicial. (MADALENO, 2015, p.104).

Deste modo, essa modalidade de guarda relaciona-se realmente à uma situação de fato, em que alguém mantém uma criança ou um adolescente sob sua proteção, cooperando em sua educação e concedendo afeto e moradia.

Segundo o doutrinador Levy, (2008, p. 52), as crianças estão sendo amadas, cuidadas e educadas por pessoas que se que são seus genitores biológicos e tampouco possuem uma situação jurídica regular.

Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente preocupou-se com essa situação que se encontravam os infantes e estabeleceu um modelo de formalidade, previsto no artigo 33, § 1º:

Art. 33, §1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

O Enunciado número 334 da jornada de Direito Civil aponta a importância deste preceito:

A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.

3.3.5 Guarda Compartilhada

Desenvolvida na Itália a guarda compartilhada defende a co-responsabilidade e a co-participação de ambos os genitores, privilegiando a conservação da união entre os pais e filhos, não havendo espaço para discussões referentes à ressentimentos.

Ela objetiva conferir à prole a oportunidade de ter um contato maior com ambos os genitores, dividindo de forma igualitária os direitos e deveres sob a criança.

Esta modalidade por ser o objeto principal da presente pesquisa, fora destinado à ela uma capítulo especial para discussão de seu tema, o qual será apresentado a seguir.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Conceito

No século XIX, o patriarca da casa detinha de todo o poder familiar e a genitora era subordinada a este. E, para os exercícios da vida social, a mãe era completamente incapaz. Apenas no século XX é que a mulher passou a ser reconhecida no mundo social.

Em meados dos anos 60, os Tribunais passaram a entender que seria injusto atribuir a guarda exclusiva á um dos genitores, assim, os magistrados passaram a discutir a possibilidade de atribuir o direito de guarda aos dois genitores.

Tempos anteriores ao Código Civil de 2002, era comum, com a dissolução do casamento, que os genitores combinassem a guarda dos filhos consensualmente. Porém, quando não havia acordo entre o ex-casal, o indivíduo que deu causa à separação, não teria o direito de ter a guarda dos filhos para si.

Com o advento do Código Civil de 2002, esse entendimento caiu por terra, uma vez que era inconstitucional, passando a conferir a guarda ao genitor que tiver melhores chances para realizá-la.

O legislador atentou-se dessa vez em atender apenas os interesses dos filhos, baseando-se no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição da República, com o advento da Lei da Guarda Compartilhada de nº 13.058/2014.

Anteriormente, partia-se da premissa que a mulher, desde que não culpada pela separação ou divórcio, seria a guardiã natural dos filhos do casal rompido. Posteriormente houve a introdução da guarda compartilhada, que, no entanto, figurou como mera alternativa e às vezes excepcionalmente. Porém, agora, por força desta lei, a “guarda compartilhada” tornou-se regra. (ALMEIDA JUNIOR, 2015, p. 21).

Esta lei modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, os quais determinam que quando os dois genitores têm o interesse em exercer a guarda, a modalidade aplicável deve ser a da guarda compartilhada, pois não há a concordância entre o pai e mãe.

Desta forma, a guarda compartilhada passou a ser a regra, como dispõe claramente o artigo 1.584 §2º do Código Civil:

Art. 1.584. [...] §2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

A lei 13.058 de 2014 trouxe novos parâmetros e regras para o regime da guarda compartilhada, a qual se defende entendendo que é devido estabelecer certo tempo equilibrado para formar uma rotina para o menor com os pais.

Essa lei assegura o exercício pleno da autoridade parental, na qual os dois genitores exercem concomitantemente esse papel.

Atualmente, a guarda em comum, tem como objetivo atender os interesses dos pais em compartilharem a educação de sua prole, depois da ruptura conjugal, bem como atender os interesses dos filhos em um convívio familiar amplo de ambos os pais.

Ademais, “compartilhar” como o próprio modelo indica, é o dever dos genitores dividirem as prerrogativas de convívio, educação e subsistência das proles, de maneira conjunta e direta.

4.2 Vantagens

Segundo Grisard Filho (2016, p. 243) a guarda compartilhada dá a ambos os genitores a guarda jurídica, ou seja, ambos exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relacionados aos seus filhos.

Presume-se o duplo auxílio dos genitores, uma vez que, as decisões relativas às proles, são assumidas em grupo, diferente da guarda alternada, em que cada pai, no período de tempo em que permanece com a guarda da criança ou do adolescente, decide sozinho sobre esta, em relação ao seu cotidiano.

A guarda compartilhada busca promover laços de união entre os pais e a criança e o adolescente, após uma separação conjugal, auxiliando para que os genitores, juntos, atuem na educação e principalmente na criação de seus filhos, evitando grandes sofrimentos pela

ausência de um dos pais no convívio diário. Quando os filhos precisam escolher entre um dos pais, eles ficam completamente aflitos, pois têm o desejo de ficar ligados a ambos os genitores.

Ensina Grisard Filho, (2009, p. 217-222):

Havendo maior cooperação entre os pais, menores serão os conflitos entre eles, tendo por consequência o benefício dos filhos. É duvidoso, 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.

Essa modalidade de guarda favorece a igualdade de direitos e deveres dos genitores, afastando da criança e do adolescente a obrigação de escolher um dos genitores para conviver.

Diferentemente da guarda unilateral, a guarda compartilhada obriga a ambos os genitores de se responsabilizarem pelos atos dos seus filhos, o que na guarda exclusiva passa a ser responsabilidade apenas de quem detém o poder sobre a prole.

A responsabilidade civil do filho, como forma de exemplo, é atribuída aos dois genitores, ou seja, ambos sempre responderão pelos danos causados pelas proles. Porém, a responsabilidade recairá sobre o genitor que detinha a criança no momento da ação ou omissão, baseada na culpa *in vigilando*, que advém da ausência de atenção.

Melhor explicando, Miranda (2001, p. 137) diz que:

A culpa do responsável consiste em não haver exercido, como deveria, o dever de vigiar, de fiscalizar (*culpa in vigilando*) ou de não haver retirado do serviço ou de haver aceitado quem não podia exercer com toda correção o encargo (*culpa in eligendo*)

Além da tomada conjunta das decisões para os filhos, os genitores, na guarda compartilhada, trabalham juntos para a criação e desenvolvimento dos filhos, objetivando o ápice de sua formação social e moral adequada.

Aconselha Grisard Filho (2016, p. 245):

“A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles.”

A guarda em conjunto busca conceder ao filho a chance de conviver e de ter um acesso maior com ambos os pais, no qual os dois genitores possuem direitos e deveres sobre a criança e o adolescente, dividido de forma igualitária. (SOUSA, 2016).

Entende Madaleno (2015, p. 212) que:

A convivência sucessiva e sem grandes intervalos de tempo seria a garantia de uma estabilidade emocional dos filhos, diminuindo a ansiedade que usualmente aparece pelo prolongado afastamento do outro ascendente não guardião, que causa, muitas vezes, na própria criança ou adolescente, um sentimento de culpa pela separação dos pais e se os progenitores partilharem seu tempo com seus filhos haverá um aumento da autoestima e da confiança do menor.

Explica Grisard Filho (2016, p. 243):

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos.

O julgamento do REsp. 1.251.000/MG é esclarecedor ao dizer pela Ministra Nancy Andrighi que o litígio entre a mãe e o pai, isto é, a falta de consenso entre si, não opõe a guarda compartilhada dos filhos, a qual deve ser priorizada como preceito geral, havendo a participação de um quadro interdisciplinar, desenvolvida por assistentes sociais e psicólogos judiciais como reza o art. 1584, §3º do Código Civil.

É possível perceber no julgamento que a Ministra reconheceu que a partilha da guarda poderá ser agravada pela intolerância do ex-casal, porém ressalta que:

A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, por que sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física, ficará com um dos pais, permite que a rotina do filho seja vivenciada á luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade pratica de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filhos, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotina do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. A guarda compartilhada deve ser dita como regra e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. Recurso Especial Não Provido.” (STJ, REsp. 1.251.000/MG, 3ª T., J. 23.08.2011, réu. Min. Nancy Andrighi).

Observa-se que, o entendimento jurisprudencial não se diverge, pois em outro acórdão constata-se que as “melhores condições” para fixação da guarda, deve-se observar o seguinte:

A guarda devera ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para proporcionar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no grupo familiar e social em que está a criança ou adolescente inserido, saúde, segurança e educação. Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidenciam, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos a prudente ponderação exercida pelo juiz que analisa o processo. Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, semcontudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer á criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade, civilidade, não deve, em absoluto substituir à testa criação de seus filhos, sob pena de acusar-lhe irrecuperáveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para a vida toda adulta”. (STJ, REsp. 964.836/BA, 3ª T., j. 02.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, REsp. 916.350/RN; 3ª T., j. 11.03.2008, rel. Min. Nancy Andrighi).

É possível entender que, os juízes costumam ouvir os filhos, porém sem deixar que esse seja o único motivo da sua decisão, o magistrado deve sentir o pensamento da criança sem a exigência de que ela escolha com quem ficar.

Esclarece Grisard Filho (2016, p. 243):

No contexto da guarda compartilhada, norteado pela continuidade das relações pais-filhos e a não exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de coeducação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.

Desta forma, é possível concluir que a guarda compartilhada promove um relacionamento mais íntimo com ambos os genitores e o envolvimento com os filhos, após o divórcio, é facilitado. É até possível dizer que, o contato com os avós é aumentado e que as mães deixam de ser responsabilizadas pelo cuidado que muitas das vezes é apenas atribuído à elas, liberando-as para alcançar outras metas em suas respectivas vidas.

Não obstante, em relação aos genitores, à eles é proposto a tomadas de decisões conjuntas sobre o futuros de seus filhos, reduzindo o conflito parental e minimizando os sentimentos de frustração pela falta de cuidado com as proles. Deixar que o outro genitor também possa realizar outras atividades também é um ponto a ser alcançado por essa

modalidade de guarda, concedendo aos ex-companheiros a sugestão de reconstrução do cotidiano pessoal e social.

4.3 Desvantagens

Assim como acontece com outras modalidades de guarda, há desvantagem na guarda compartilhada, possuindo vários objetos de desfavores.

Inicialmente, é preciso entender que, o que pode funcionar perfeitamente em uma família, pode muito bem ser um desastre para outra.

Ensina Gontijo (1997, p. 563-564):

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, (...) em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em ioiôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquelas nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico etc.

Num dos casos, litigou-se por mais de um ano sobre qual escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa ou a escolhida pelo pai, próxima da dele! Noutro, o Desembargador Bady Cury decidiu: “Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável.”.

O que esse autor realmente quis dizer é sobre a guarda alternada. A falta de separação entre a guarda compartilhada e a alternada gera grandes conflitos e críticas, pois a guarda compartilhada em si não tem como pressuposto a associação na educação das proles em lares separados.

Essa modalidade de guarda é apenas aconselhável para pais cooperativos, que têm a capacidade de isolar suas brigas particulares dos filhos, porém há um fracasso frequente, pois muitas das vezes é utilizado, esse modelo, por pais que estão em conflito constante e não sabem dividir a “vida de adulto” com o convívio dos filhos.

Ensina Grisard Filho (2016, p. 250) que:

Pais em conflito constante, não cooperativos, em diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

No contexto da guarda compartilhada, legal (responsabilidade conjunta pelas decisões relativas aos filhos) e a física (acordos de visita), os diferentes planos de acesso só terão sucesso, como dissemos, se os pais proporcionarem aos filhos continuidade de relação sem exposição a lutas pelo poder. Os arranjos de tempo igual (semana, quinzena, mês, ano, casa dividida) também oferecem desvantagens ante o maior número de mudanças e menos uniformidade de vida cotidiana dos filhos.

O aumento das mudanças no cotidiano dos filhos causa confusão na mente destes, pois eles perdem o referencial de lar e conseqüentemente recebem ordens diversas da mãe e do pai, assim sua evolução permanece deformada, pois não há estrutura que suporte essas adequações, principalmente quando se envolve filhos com idade reduzida.

Bernardo Cruz Galhardo é categórico ao dizer não ser a Guarda Compartilhada modalidade para ser implementada em qualquer ruptura de casais com filhos menores, sendo antes, um regime alternativo de convivência que exige para a sua aplicação a reunião de alguns pressupostos imprescindíveis para o seu adequado funcionamento e a efetiva proteção dos preponderantes interesses do filho menor de idade. (MADALENO, 2015, p. 195)

A guarda compartilhada exige uma renúncia drástica dos pais, pois ora estão surpresos com a organização do seu cotidiano para deixar compatível com a do filho, ora são surpreendidos com despesas adicionais e grandes adaptações, que demandam grande energia tanto física, como mental.

Neste passo, é cediço que a aplicação destas vantagens e desvantagens não podem ser esqueleto para a determinação desta modalidade, sendo apenas um norte de aplicação ao caso concreto, aplicação esta feita pelo juiz, o qual levará em consideração principalmente o interesse dos filhos.

4.4 Efeitos no desenvolvimento do infante

Com a aplicação da modalidade da guarda compartilhada, surgem efeitos que afetam no desenvolvimento do menor, os quais serão apresentados a seguir.

Antes de adentrar aos efeitos, é necessário apresentar condições para aplicação da modalidade de guarda compartilhada, neste sentido, Madaleno explica (2015, p. 212):

E tudo isto vai em detrimento das crianças que sofrerão com a natureza da guarda e não em razão da residência onde ela vai ocorrer, de modo que a custódia compartilhada só seria viável quando três disposições fossem realizadas:

1. os dois pais são razoavelmente capazes de assumir as responsabilidades parentais, envolvendo-se com os filhos em igualdade de afeições, pois quando houver uma significativa diferença entre os pais nesta área do afeto, outro arranjo de custódia deve ser considerado;
2. os pais precisam demonstrar sua capacidade de cooperarem significativamente em assuntos relacionados com a educação dos seus filhos, devendo mostrar a sua habilidade de se assegurar a viabilidade do arranjo. Sua palavra de ordem é a cooperação e comunicação.
3. crianças que se movem de uma residência para outra não devem ter perturbadas a sua situação escolar. Estes arranjos em geral só são possíveis quando os dois pais vivem no mesmo bairro ou razoavelmente perto da escola dos filhos.

Com a ruptura conjugal, todas as decisões a serem aplicadas com a relação aos filhos são de suma importância ao interesse destes, uma vez que a separação dos pais causam nos filhos um sentimento de que a separação também afetaria eles. Melhor explicando, é como se o amor que foi desgastado pelo casal, atingisse indiretamente as crianças, causando-lhes um sentimento de perda ou até mesmo que os pais deixam de amá-los.

Não obstante, com o término da relação, as brigas do ex-casal extinguem-se, porém inicia-se uma nova etapa, em que o conflito já não é mais sobre a relação conjugal, mas sim sobre os filhos, pois estes se sentem abandonados e com receio de não ter o relacionamento entre pais e filhos como era antes da ruptura.

A falta de contato entre os pais, em decorrência da separação, não pode afetar o desenvolvimento das proles, devendo esses elevarem os interesses dos filhos priorizando a vontade deles.

Nesta perspectiva, Dias (2005, p. 410) explica:

A proposta da guarda compartilhada como dito servirá para superação das limitações e reflexos negativos da guarda unilateral como a síndrome da alienação parental ou implantação de falsas memórias, onde o guardião induz a criança a afastar-se e odiar o outro genitor, por meio de uma prática de desmoralização e manipulações de fatos com o único intuito de usar a criança como arma ou objeto de dor ao outro.

Foi desenvolvida pela juíza de Direito Jaqueline Cherulli uma cartilha muito bem idealizada e distribuída pelo TJMT, a qual relata as mais importantes informações sobre o entendimento que deve ser dado á Lei da Guarda Compartilhada 13.058/2014, no qual ela relata:

O equilíbrio não deve ser matemático e sim afetivo, ou seja, não é o tempo que conta de permanência dos filhos com cada um dos pais, mas, sim, a igualdade na qualidade dos cuidados e dos afetos, até mesmo porque duas casas representam:

1. um esforço da criança para o movimento pendular de deslocamento;
2. um funcionamento rotineiro distinto;
3. diferentes códigos de comportamento;
4. diferentes expectativas;
5. dois espaços psicológico e emocionalmente distintos;
6. crianças que assumem diferentes personalidades. (MADALENO, 2015, p. 205).

Diante do que foi exposto, é possível constatar que para determinar o melhor modelo de guarda a ser aplicado, deve-se, antes de tudo, analisar a família que existe após a ruptura conjugal, se houver mais pontos relevantes de consenso, será possível aplicar a guarda compartilhada. Mas, se houver contendas entre os ex-companheiros o melhor para a prole será o que atender o interesse deste.

Ademais, é necessário entender que o modelo de guarda compartilhada torna-se adequado quando há a colaboração de ambos os pais, uma vez que é agradável a proposta realizada pelo legislador, porém a má aplicação deste instituto pode causar danos irreversíveis, psíquico e moralmente falando. Por isso, não deve ser aplicada como regra, mas sim com a cautela necessária do magistrado, para atender o melhor interesse dos filhos.

4.4.1 Da Fixação da Residência

Um dos efeitos que afetam o desenvolvimento dos filhos é a fixação da residência, pois a dúvida é: se a prole permanece em uma só casa ou se é distribuído à ela, mais de uma, sendo uma do pai e outra da mãe?

Não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como referência, explica Dias (2015, p.527), porém, para que não fique à mercê da vontade do outro, especialmente quando não existe consenso, caberá ao magistrado fixar as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada.

O Código Civil em seu artigo 1583, §3º, preconiza que:

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

Segundo Rosa (2015, p.77) o critério para a determinação da moradia dos filhos, na mesma cidade ou não, baseia-se pelo legislador, que determinará a residência que melhor atenda o interesse das proles. Porém se não houver acordo, o magistrado utilizará perícia social e psicológica para auxiliá-lo na determinação da residência.

O autor ainda relata que é possível que os técnicos utilizem de meios como testemunhas, fotografias e desenhos.

Também explica o artigo 473, § 3º do Código de Processo Civil que:

§3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias, ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

Não obstante ao que fora mencionado, ambos os genitores devem ter condições físicas de acomodar seus filhos em suas respectivas residências, para proporcionar um ambiente saudável e livre de impedimentos ao convívio familiar.

A criança deve ter a consciência que há “um canto seu” em cada casa de seus genitores, local em que sentirá que é sua casa também. (ROSA, 2015, p.77)

De outra sorte, quando um dos genitores muda de domicílio, este não se destitui da guarda, muito menos perde o poder de exercer a guarda compartilhada, pois atualmente é possível o relacionamento paterno de várias maneiras, facilitando assim a comunicação. Uma das formas de convívio seria o via telefone, internet, vídeo-conferência etc.

Obstar o pai de mudar-se de residência estaria violando o seu direito de ir e vir, estabelecido na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, XV.

Conforme Dias (2007, p. 550):

As consequências das mudanças internacionais de domicílio, envolvendo crianças, levou o Brasil a participar da Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mais conhecido hoje como “Convenção de Haia” (1980), mas que só foi incorporada no sistema jurídico brasileiro em 2000, após ser ratificado. O sequestro, delito previsto no Código Penal Brasileiro, não corresponde ao sequestro internacional parental, já que este, não se encontra tipificado no nosso ordenamento jurídico. Para se configurar o sequestro parental, se faz necessário estar presente a má-fé do genitor que reteve ou removeu a criança, sem a intenção de devolvê-la.

Outro propósito para esse tema ainda, é com relação à área geográfica em que os pais residem, sobre isso:

Isto não significa afirmar que a distância geográfica impeça o compartilhamento físico da guarda, contudo, servirá como motivação para a aplicação de uma alternância de períodos mais extensos e se os pais morarem em cidades diferentes, talvez tenham de considerar lapsos maiores de tempo e que comportem o planejamento do calendário escolar, mas somente se a opção for definitivamente prazerosa e realizada no efetivo superior interesse do menor. (MADALENO, 2015, p. 199).

4.4.2 Da Fixação dos Alimentos

O dever de prover alimentos é primordial em qualquer das modalidades de guarda, e na guarda compartilhada não seria diferente. A obrigação de alimentação continua em vigor, pois a guarda de fato permanece a apenas um dos genitores, para que o outro que não detém a posse auxilie nas despesas financeiras.

Nessa modalidade de guarda, deverá haver um consenso entre os genitores, com vistas a não prejudicar nem beneficiar ambos os pais, pois deverá ser atendido o acordo que

fora anteriormente firmado judicialmente, onde foi fixado as condições do fornecimento dos alimentos.

O propósito da guarda compartilhada, foi principalmente dar melhores condições de vida ao menor, para favorecer a vida psicológica e física destes. Porém muitas das vezes os genitores imaginam que se eximirão da responsabilidade de alimentos, por motivos de cogitarem que cada um dos pais, apenas arcaria com as despesas no momento em que está de fato com os filhos, mas esquecem-se que é possível que outros gastos surjam extraordinariamente e que ambos estão responsáveis por responderem por esses dispêndios.

Vale lembrar que a guarda compartilhada não exclui os alimentos provisionais, pois em ações de divórcio o casal busca optar pela guarda compartilhada pensando em exonerar-se de pagar a pensão alimentícia ao menor, pensando que por haver co-responsabilidades entre os ex-casal, cada um arcaria com a sua quota parte.

4.4.3 Da Convivência Familiar

Sobre a convivência familiar, o atual Código Civil em seu artigo 1589, estabelece as regras de companhia entre os genitores e os filhos, senão vejamos:

Art. 1589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Melhor explicando, o genitor que não possui a guarda física da prole, poderá no mínimo visitar e ter o menor em sua companhia, de acordo com o que ficou estabelecido judicialmente ou segundo a conveniência dos pais.

Alguns doutrinadores criticam a expressão “visitas”, pois estaria violando princípio constitucional estabelecido no artigo 227 da Carta Magna de 1988, a qual preconiza o direito à convivência familiar, e não tão somente visitas.

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

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos nossos)

Ademais, não há certamente um modelo específico para um convívio familiar, deve-se necessariamente estabelecer critérios de rotina, no mínimo, para que o menor não perceba essa mudança.

O ponto mais crucial seria definir um tempo efetivamente igualitário de convivência, ou seja, 50% de tempo para o pai e 50% para a mãe, de sorte que é imprescindível priorizar os interesses da criança ou do adolescente.

4.4.4 Efeitos psicológicos da alienação parental

A alienação parental surge quando na maioria das vezes um dos cônjuges não aceita a idéia da separação. Então se cria na mente do genitor que ficou com a guarda da criança ou do adolescente um pensamento de ter a tutela exclusivamente para si, sem espaço de divisão com o outro pai.

Uma vez que a guarda foi definida, o genitor que a detém, cria uma imagem no seu filho, para que ele seja uma ferramenta contra o outro genitor, a fim de distanciar a prole dele.

Fonseca (2006) informa que a Alienação Parental pode ensejar a Síndrome da Alienação Parental (SAP), em decorrência do apego excessivo com a criança e, a relação com o outro pai alienado, permanece afastada, bem como dos amigos e familiares dos mesmos. Antes de a SAP se instalar, é possível reverter essa situação com o auxílio do Poder Judiciário e de terapias.

Promulgada em 26 de agosto de 2010, a lei 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental, dispõe sobre esse fenômeno que vem interferindo nas relações parentais.

A alienação parental, constantemente chamada de implantação de falsas memórias, vem, de tempos para cá, influenciando grande parte das famílias brasileiras.

A referida lei, em seu artigo 2º, parágrafo único, estabelece formas exemplificativas de alienação parental:

Artigo 2º. (...)

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

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

Difamar seu antigo parceiro à amigos e parentes, planejar passeios desinteressantes com o alienado, controlar extremamente o horário de visitas, não comunicar o alienado dos passeios da escola, lembrar a criança ou adolescente fatos que o alienado tomou ações diversas da esperada, proibir a prole de receber certos presentes do pai, são formas de causar nos filhos uma possível Síndrome da Alienação Parental, trazendo consigo uma confusão mental e emocional.

A depressão do cônjuge alienante é um dos motivos apontados para as causas de alienação parental.

Brito (1997, p. 140) expõe:

“Uma das dificuldades da separação conjugal quando o casal possui filhos é o fato paradoxal de querer desligar-se de alguém que na verdade não se poderá desprender totalmente, dada a parentalidade comum”.

Percebe-se em vários casos que muito embora tenha havido a separação de fato dos cônjuges, ainda não foi bem recebido a separação emocional. Esse casal continua produzindo sentimento de raiva, traição e uma vontade consciente, ou não, de se vingar do outro pelo sofrimento causado. As proles, por vezes, são envolvidas no conflito como uma forma de atingir o ex-companheiro, que acaba contribuindo para a manutenção do litígio. (SOUSA, 2010, p.21)

Como consequência desse fenômeno, a prole poderá desencadear sérios distúrbios psiquiátricos, prejudicando sua saúde mental por toda a vida.

É possível perceber que a criança e o adolescente poderão desenvolver vida polarizada, ansiedade, nervosismo, depressão crônica, problemas de identidade e imagem, falta de auto-estima, insegurança, mal estar, comportamento agressivo e hostil, sentimento de culpa, dificuldades com relação ao seu gênero etc, e em situações mais extremas, suicídio.

Silveiro (2012) expõe:

De igual modo, a criança pode ser atingida por consequências mais sérias, como a depressão crônica, desespero, transtornos de identidade e de imagem, incapacidade de adaptação, isolamento, incontrolável sentimento de culpa, desorganização, comportamento hostil, dupla personalidade, podendo chegar a casos mais graves ao envolvimento com entorpecentes.

Esses sentimentos podem ser causados quando o filho lesionado sente que viveu como cúmplice das injustiças praticadas contra o pai ou a mãe alienada, além de inclinar-se para o uso abusivo de drogas e álcool.

Não obstante, outra consequência deste distúrbio é que a prole passa a contribuir involuntariamente para a desmoralização do cônjuge alienado e tornar o genitor alienante, seu modelo de pessoa ideal, dificultando sua formação de caráter pessoal.

O tratamento para essa Síndrome é através de psicoterapia, intervindo profissionais da área terapêutica, e conforme o tempo a criança e o adolescente retornam ao convívio habitual com os dois pais, auxiliando na sua identidade saudável.

Esses tratamentos auxiliam a evitar uma possível patologia no menor, porém é importante também que o genitor alienante faça uma terapia para não prejudicar o andamento do tratamento de seu filho.

Ademais é necessário que os genitores alienantes se conscientizem que essa má influencia ao alienado apenas causará prejuízos ao seu filho, e não ao próprio genitor alienado, buscando garantir a saúde emocional de seus filhos, evitando um mau futuro na formação de seu caráter.

5 O ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Em caso que há disputa sobre a guarda das proles, a guarda compartilhada é a solução atual para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). No entendimento deste juízo, a guarda compartilhada deve ser vista como regra, mesmo que não haja um consenso entre o casal.

Em conformidade com os ministros do STJ, o estabelecimento de um período de convivência da criança e do adolescente e a estipulação de atribuições para cada um dos pais, em momentos que não há acordo, são precauções grandiosas, porém muito importantes na escolha pela guarda compartilhada.

No acórdão do Recurso Especial n. 1.217.415, a Ministra Nancy Andrigui defende que a implementação da guarda compartilhada quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral.

Em outro julgamento, que não foi possível adquirir o número, por se tratar de segredo de justiça, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foi determinado a reforma da decisão do Tribunal Estadual que não tinha concedido a guarda compartilhada aos pais por motivos de falta de convivência harmônica entre eles. Porém, em Superior Instância, o advogado que defendera o pai alegou violação ao artigo 1584, parágrafo 2º, do Código Civil.

A alegação foi bem acolhida pelo Ministro, que julgou procedente o recurso, informando que a guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro e que os dois pais tinham o direito de exercer a guarda dos menores.

No fim o Ministro ainda relata que os fundamentos apresentados em recurso não eram muito graves ao ponto de concessão da guarda unilateral, apesar de haver dificuldade de convívio entre os ex-cônjuges.

O mesmo ilustríssimo Ministro, Paulo de Tarso Sanseverino, escreve em seu julgado o seguinte:

Recurso Especial n. 1.560.594 RS (2014/0234755-0): “Efetivamente, a dificuldade de diálogo entre os cônjuges separados, em regra, é consequência natural dos desentendimentos que levaram ao rompimento do vínculo matrimonial. Esse fato, por si só, não justifica a supressão do direito de guarda de um dos genitores, até porque, se assim fosse, a regra seria a guarda unilateral, não a compartilhada”.

A jurisprudência que é a favor da modalidade estudada combate a contradição dizendo que essa medida garante a plenitude do melhor interesse do infante e que deve ser aplicada mesmo que isso demande dos pais uma reestruturação e adequações variadas, para que a criança e o adolescente possam, no seu período de formação, desfrutar de um convívio de duplo ideal.

Assim, a guarda compartilhada é a regra a ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. (Agravado de Instrumento n. 70064723307, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 25/06/2015)

No próximo julgado que será exposto, é possível perceber que o julgador informa que é prematuro os autos para a concessão do pedido que requereu a modificação da guarda, assim é imprescindível que o recurso apresente provas claríssimas para a alteração da modalidade, pois como se verá a criança encontrava-se com 4 anos de idade e esse foi o pretexto utilizado pelo pai para requerer a guarda liminarmente.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. É incipiente a tramitação do feito e carece o recurso de prova inequívoca ou de elementos de verossimilhança acerca das alegações de risco de dano ao bem estar e equilíbrio emocional da criança, que conta com quatro anos de idade, pelo fato de a genitora terem mudado de cidade levando consigo o filho, não bastando para este fim a alegação de precariedade da casa onde passou a morar ou de que o bairro sofre com ações de traficantes. Especialmente considerando a idade do menino, a cautela deve orientar as decisões, se mostrando temerário o deferimento liminar da guarda exclusiva ao pai, ainda que provisoriamente, antes do contraditório. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento n. 70066054669, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/12/2015).

No acórdão em seguida apresentado, a progenitora requereu em primeira instância a guarda exclusiva para si, pois antes convivia com a guarda compartilhada com o pai das crianças, e venceu em primeiro grau. Porém, em segundo grau de jurisdição, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, reverteu a decisão para retomar a modalidade compartilhada, como se vê a seguir:

Divórcio. Guarda Compartilhada das filhas do casal. Situação estabelecida entre as partes por ocasião da separação de fato do casal. Motivo alegado para o término da guarda compartilhada. Sistema, inclusive, que consulta os interesses pessoais das menores. Regime implantado em 2001, com perfeita adaptação das menores. Alimentos. Restabelecimento do sistema

estabelecido por ocasião da separação de fato do casal, compatibilizando, neste particular, com o regime de guarda compartilhada. Sucumbência. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Apelo do requerido parcialmente provido” (TJSP, ApCiv c/ Ver 527.658-4, Terceira Câmara de Direito Privado, j. 04/11/2008, Relator Desembargador Donegá Morandini).

Não obstante, há correntes de jurisprudências que são contrárias à concessão da guarda compartilhada, alegando em síntese que o direito da criança já é violado no momento em que os pais não se acordam e geram discórdias, inviabilizando a aplicação da modalidade, além de infringir o bem estar do infante.

Cita-se, também, o caso em que fora concedido a guarda exclusiva a um dos genitores, pois estes estavam inaptos ao exercício comum da modalidade

Restando demonstrado que a mãe vem descuidando da boa formação psicológica e educacional do filho, por manter conduta moral inadequada, enquanto o pai possui melhores condições para prover assistência material, moral e educacional ao infante, defere-se a guarda definitiva ao progenitor, ficando este desobrigado de prestar pensão alimentícia” (TJPR, ApCiv 162.213-5, Sétima Câmara Cível., j. 16.11.2004, Relator Desembargador Accácio Cambi).

Defendem que a imposição da guarda compartilhada, nos casos de falta de acordo, viola os preceitos do poder familiar de proteção dos infantes:

Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse do infante. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a guarda compartilhada é descabida. (Agravo de Instrumento n. 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015).

Percebe-se que a decisão, em decorrência da ausência de provas e a falta de harmonia entre o ex-casal acarretou na não implementação da guarda compartilhada, considerando o princípio constitucional do melhor interesse do menor.

E, por fim, neste último julgado que será apresentado a seguir, em decorrência das discórdias do ex-companheiros, a guarda compartilhada também foi negada pelo julgador, em busca de prevalência do princípio maior.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. Inviável, por ora, a instituição da guarda compartilhada do menor, ante a beligerância entre os genitores.

Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento n. 70065346595, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/08/2015).

A seguir, serão expostos exemplos de julgados, em que é possível perceber a aplicação de modalidades de guarda:

Tribunal de Justiça de São Paulo

PROCESSO: 0124217-67.2013.8.26.0000

TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO

JULGAMENTO: 25/04/2014

EMENTA

ACÇÃO DE DIVÓRCIO. Fixação de guarda compartilhada da filha comum. Casal que, mesmo durante processo de divórcio, reside conjuntamente. Pedido de guarda unilateral feito pelo pai não acolhido. Manutenção da decisão. Recurso desprovido.

(TJ-SP - AI: 01242176720138260000 SP 0124217-67.2013.8.26.0000, Relator: Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 18/02/2014, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2014)

Tribunal de Justiça de São Paulo

PROCESSO: 0013482-56.2010.8.26.0554

TIPO: APELAÇÃO

JULGAMENTO: 05/02/2013

EMENTA:

Modificação de guarda, Guarda compartilhada - Observa-se que o objetivo primordial é a proteção dos interesses do menor, visando ao seu bem-estar e ao seu completo desenvolvimento psíquico-físico. Laudos indicando que tanto pai como a mãe tem condições de ter a guarda do filho. Peculiaridades do caso que admitem a fixação da guarda compartilhada, que de fato já vinha sendo exercida pelos pais do menor - Sentença procedente em parte Modificação do regime de visitas para finais de semanas alternados - Improvido o recurso do requerente e provido em parte o da requerida.

(TJ-SP - APL: 00134825620108260554 SP 0013482-56.2010.8.26.0554, Relator: Beretta da Silveira, Data de Julgamento: 05/02/2013, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/02/2013)

Tribunal de Justiça de São Paulo

PROCESSO: 0000367-74.2008.8.26.0218

TIPO: APELAÇÃO

JULGAMENTO: 08/08/2011

Apelação Cível. Ação de regulamentação de guarda de menor. Laudos social e psicológico que demonstram evolução emocional da genitora, que está reorganizando sua vida para assumir a guarda de sua filha. Evolução favorável à fixação de guarda compartilhada entre a genitora e avós paternos, que permanecerão com a criança nos dias da semana. Necessidade do fortalecimento dos laços afetivos entre a menor e sua genitora, que se mostra necessário para o desenvolvimento da criança. Dá-se parcial provimento ao recurso.

(TJ-SP - APL: 3677420088260218 SP 0000367-74.2008.8.26.0218, Relator: Christine Santini, Data de Julgamento: 03/08/2011, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/08/2011)

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

PROCESSO: 10210110071441003

TIPO: APELAÇÃO

JULGAMENTO: 30/07/2015

DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA - CRIAÇÃO SOB O INFLUXO DE AMBOS OS PAIS - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - MUDANÇA QUE TRAGA BENEFÍCIOS PARA O MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus. - As mudanças impostas pela sociedade atual, tais como inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de uma geração de pais mais participativos e conscientes de seu papel na vida dos filhos, vem dando a ambos os genitores a oportunidade de exercerem, em condições de igualdade, a guarda dos filhos comuns. Além disso, com a nova tendência de constitucionalização do direito de família, da criança e do adolescente, a questão da guarda deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor. - Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. - Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. - Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia física conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos. - Se um dos genitores quer mudar de cidade ou de Estado, para atender a interesse próprio e privado, não poderá tal desiderato sobrepujar o interesse do menor. Só se

poderia admitir tal fato, se o interesse do genitor for de tal monta e sobrepujar o interesse da criança.

(TJ-MG - AC: 10210110071441003 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 30/07/2015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/08/2015)

Tribuna de Justiça de São Paulo

PROCESSO: 2098427-42.2016.8.26.0000

TIPO:AGRAVO DE INSTRUMENTO

JULGAMENTO: 04/10/2016

Agravo de instrumento – Guarda – Decisão agravada fixou guarda provisória materna e horários de visitas – Esses horários foram parcialmente modificados por decisão posterior – Prejudicado o seu conhecimento – A conturbada relação entre as partes impede a fixação de guarda compartilhada – Desnecessária a instauração de incidente para apuração de atos de alienação parental – Confirma-se decisão – Nega-se provimento ao recurso, conhecido em parte.

(TJ-SP - AI: 20984274220168260000 SP 2098427-42.2016.8.26.0000, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 04/10/2016, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2016)

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO: 1428596 RS 2013/0376172-9

TIPO: RECURSO ESPECIAL

JULGAMENTO: 03/06/2014

ÓRGÃO JULGADOR: T3 - TERCEIRA TURMA

RELATOR: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

PUBLICAÇÃO: 25/06/2014

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. 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.

Tribunal de Justiça da Bahia

PROCESSO: 00008959220138050000 BA 0000895-92.2013.8.05.0000

TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO

JULGAMENTO: 04/11/2013

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: AUGUSTO DE LIMA BISPO

PUBLICAÇÃO: 05/11/2013

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL JÁ COM SENTENÇA HOMOLOGADA TRANSITADA EM JULGADO. GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS MENORES AJUSTADA CONSENSUALMENTE. MODIFICAÇÃO DA CLAUSULA NÃO PROVOCADA EM JUÍZO. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL A RESPEITO. VIAGEM DOS FILHOS MENORES PARA RESIDIR COM A MÃE EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO DEPENDE DE ANUÊNCIA PATERNA. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Tribunal de Justiça de Maranhão

PROCESSO: 0403542012 MA 0000388-13.2011.8.10.0114

TIPO: APELAÇÃO

JULGAMENTO: 28/02/2013

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF

PUBLICAÇÃO: 19/03/2013

PARTES: LUIZ MOREIRA RODRIGUES E MARIA DA GUIA ROCHA DAMASCENO

EMENTA

APELAÇÃO. DIVÓRCIO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. LOCAL INCERTO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EX OFFICIO. DIREITO INDISPONÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. PAIS RESIDENTES EM ESTADOS DISTINTOS.

III- Não se admite a guarda compartilhada dos filhos quando os pais residem em estados diferentes, em razão da impossibilidade, não obstante possa ser garantido o direito de que a mãe fique com os filhos durante as férias escolares.

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer do Ministério Público, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso e, de ofício, garantir o direito de visitas e das férias escolares à genitora, nos termos do voto do Relator. Des. JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF Presidente e Relator.

Como ficou clarividente, os julgadores avaliam criteriosamente os casos na íntegra antes de conceder a modalidade da guarda compartilhada, pois é necessário garantir os direitos da criança e do adolescente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de graduação buscou atentar-se a um estudo dos modelos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, priorizando a modalidade da guarda compartilhada.

O início do estudo buscou rever os conceitos mais antigos de família e alcançando ao fim o entendimento atual na legislação em vigor. Além de especificar as legislações que tratam do tema.

Na evolução do trabalho, priorizou-se em discutir sobre os direitos e deveres dos pais com relação a guarda dos filhos, bem como adentrando especificamente na espécie de guarda compartilhada.

Tratando sobre a espécie de guarda estudada em si, foi priorizado relatar sobre suas vantagens e desvantagens, e seus efeitos no desenvolvimento da criança e do adolescente, finalizando com o envolvimento da alienação parental em decorrência da ruptura conjugal e por fim, com o entendimento jurisprudencial antigo ao mais atual.

Estudando sobre o caso, foi possível perceber que o instituto da família foi evoluindo com o passar das décadas, e o patriarca foi deixando de assumir seu papel de “o mais importante da família”, passando a vez aos filhos. Buscou o legislador nessa mudança, acompanhar a sociedade e, o mais importante, garantir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Na ruptura conjugal, o elemento que mais sofre são os filhos, pois se encontram diante de uma mudança drástica em seu cotidiano, pois os pais não residem mais na mesma casa, a rotina é abalada pela vida particular e profissional dos genitores e não obstante, a moral da criança é desestruturada, influenciado pela família, e até mesmo por amigos da escola, por exemplo.

Sobre o tema da guarda compartilhada em si, constatou-se que esse é um modelo que foi bem estudado antes de se aplicar em legislação específica, buscando atender princípios constitucionais como o do interesse do menor, garantindo que ambos os genitores tivessem a oportunidade de atuar na educação e criação de seus filhos.

Neste passo, também foi possível perceber que não são em todas as famílias que essa modalidade ganha força, uma vez que é preciso ter a soma da colaboração e participação dos dois pais, para que a sua aplicação seja eficaz, o que não ocorre em grande parte dos casos, pois este ex-casal envolvem-se em conflitos que passam a atingir não só eles, mas também as proles.

A maior parte das famílias que sofrem com a má aplicação da guarda compartilhada, é a população carente, pois como o tema ainda é novo no cotidiano jurídico, há a escassez de informações, causando interpretações diversas da esperada pelo legislador ao ditar a lei dizendo que ela deveria ser a regra em aplicação.

Buscando eliminar a possibilidade de afastamento familiar, o legislador aproveitou-se da lei nº 11.698/2008, que foi a responsável por alterar o Código Civil em seus artigos 1583 e seguintes e criou a Lei da Guarda Compartilhada nº 13.058/2014, a qual trouxe a modalidade para o patamar de aplicação prioritária, afastando a guarda unilateral como regra básica.

O artigo 1584 do Código Civil passou a estabelecer elementos indispensáveis para a aquisição da guarda unilateral ou compartilhada, podendo ser solicitada em ação autônoma de divórcio, separação, fim de união estável, medida cautelar ou a requerimento de acordo entre os pais, a todo o momento buscando atender os interesses basilares do menor.

Haverá sempre uma audiência de conciliação, porém caso não haja o consenso entre os genitores, será aplicado a guarda compartilhada. Uma vez descumpridas determinações e atribuições do acordo, é possível reduzir as regalias atribuídas ao genitor que as transgrediu, como exemplo, tem-se a redução de convívio com a prole.

Porém, sua aplicação, como foi vista, ainda é precária, uma vez que o legislador ainda, amparado pelo princípio do melhor interesse do menor, buscar propor acordos entre os genitores antes de tomar decisões precipitadas, e de outra sorte, ainda opta pela guarda unilateral, pois crêem que há uma evolução melhor, social, para o menor.

Como esclareceu Grisard Filho (2016, p. 244):

A maior cooperação entre os pais provocada pela guarda compartilhada afasta a possibilidade de obtenção da clássica guarda única por um dos genitores, no caso de insucesso do modelo, que impõe ao não guardador um afastamento e aviva um sentimento de fracasso. Decorrente daí, menos lhe parece evidente cumprir a obrigação alimentar e o dever de visita, aumentando a distância entre pais e filhos e o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, a tristeza, a frustração e a depressão.

Neste sentido, para que a criança e o adolescente cresçam saudáveis fisicamente e moralmente, é necessária a presença dos dois genitores. E não há um modelo de guarda se seja perfeito, pois é preciso que se aplique a modalidade em um caso concreto, pois para uns, pode ser o compartilhamento desta, mas para outro pode ser a guarda exclusiva à um genitor, mas em todos os casos, deve-se atender uma aplicação em que os filhos sofram o menos possível com a ruptura da família primitiva.

Conclui-se, portanto que, o apoio, o consolo e principalmente o respeito devem ser levados em consideração para que a guarda compartilhada seja aplicada de forma adequada. Na certeza de que os filhos têm o direito de viverem e crescerem com dignidade e principalmente com seus direitos resguardados e assim vivam como determina a Constituição da República, sendo a família a base da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **A nova roupagem da guarda compartilhada**. Revista dos Tribunais, vol. 957, jul.2015.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

BRASIL. Lei **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei **10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 24 set. 2017.

BRASIL. Lei **12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 20 ago.2016.

BRITO, L.M.T. **Pais de fim de semana** – questões para uma análise jurídico-psicológica. In. Psicologia Clínica Pós-Graduação e Pesquisa. Rio de Janeiro, v.8, n.8, p. 139-152, 1997.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos: na família e constitucionalizada**. I. ed. Poro Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Falta de diálogo entre ex-cônjuge não inviabiliza guarda compartilhada. Migalhas. Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/quentes/236915/falta-de-dialogo-entre-exconjuges-nao-inviabiliza-guarda-compartilhada>. 20 out 2017.

FONSECA, P.M.P. **Síndrome da Alienação Parental**. *Pediatria*, São Paulo, v. 28, n.3, set/dez. 2006. Disponível em: <<http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>> Acesso em: 14 set. 2016.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filhos**. COAD-ADV: Informativo Semanal 44, Rio de Janeiro, 1997.

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

_____. _____. 8 ed. Revista dos Tribunais, 2016.

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

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

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001.

NETO, José Antônio Paula Santos. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NOGUEIRA, Grasiéla. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>. Acesso em 11 mai 2017.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental** – um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUSA. Cátia Pessoa de. **A Guarda Compartilhada obrigatória e a alienação parental**. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 147. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16608>. Acesso em: 11 set 2017.

SILVEIRO, Alice Rocha. **Análise interdisciplinar da síndrome da alienação parental: aspectos jurídicos e psicológicos**. Monografia. Curso de Direito. PUCRS. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/alice_silveiro.pdf> Acesso em: 07 set. 2017.