

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

LARISSA AZERÊDO SOARES

GUARDA COMPARTILHADA *VERSUS* GUARDA UNILATERAL

SÃO MATEUS-ES
2019

LARISSA AZERÊDO SOARES

GUARDA COMPARTILHADA *VERSUS* GUARDA UNILATERAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**SÃO MATEUS-ES
2019**

LARISSA AZERÊDO SOARES

GUARDA COMPARTILHADA *VERSUS* GUARDA UNILATERAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de ___ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

À Deus e à minha família, meu sustento
diário.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por nunca me abandonar nessa jornada tão árdua.

Aos meus pais, Célio e Cida, pelo amor incondicional, pela ajuda, compreensão, e por todo apoio e incentivo não só nesses 5 anos, mas em toda a vida.

Ao meu irmão, Igor, pelo companheirismo e parceria diária no caminho à faculdade.

Ao meu filho, Lorenzo, por sempre estar comigo, por me esperar todos os dias em casa com o melhor abraço do mundo, e por ser o meu melhor amigo em todos os momentos.

Aos meus avós paternos, Valdemir e Adélia, por todo amor e cuidado de sempre, e por sempre estarem presentes em minha vida.

Às minhas tias maternas, em especial Zilma e Eglay, que são pessoas zelosas e amorosas, e que não mediram esforços para me ajudar nessa fase.

Aos meus professores, por todo o rico conhecimento transmitido a nós alunos em todo esse período.

Aos meus amigos, Luandra e Cícero, que sempre estiveram ao meu lado e que foram essenciais em todos os momentos, agradeço por essa amizade que perdurará uma vida inteira.

“Justiça é consciência, não uma consciência pessoal, mas a consciência de toda a humanidade. Aqueles que reconhecem claramente a voz de suas próprias consciências normalmente reconhecem também a voz da justiça.”

Alexander Solzhenitsyn

RESUMO

A guarda compartilhada, mais que o exercício conjunto do poder familiar dos pais, é também uma maneira para que a sua separação não venha a refletir na criança, deixando-a confusa e podendo vir a tornar um adulto fragilizado quanto às suas emoções. Ocorre que, atualmente, a guarda compartilhada ainda é pouco utilizada, devido a certa relutância dos operadores do direito, bem como ao fato de as partes não conseguirem entendê-la como uma maneira de solucionar os conflitos entre pais e mães que disputam a guarda dos filhos no Poder Judiciário, privilegiando sempre o melhor interesse do menor. A inserção da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, no ordenamento jurídico nacional, alterando os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada provocou a emergência de algumas dúvidas: como se verifica a aplicabilidade desse instituto? Qual a sua capacidade efetiva de atender às necessidades do menor cuja guarda se encontra sob a disputa de seus genitores? Referidos questionamentos serviram de inquietação para a elaboração de uma pesquisa que viesse a elucidá-los, com o objetivo geral de estudar a guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008, com o intuito de entender o modo como se aplica. Adotou-se a técnica da pesquisa bibliográfica para identificar, na doutrina já produzida acerca da temática, o entendimento dos autores sobre diversos pontos relevantes para esta análise: origem, evolução e princípios do Direito de Família; pátrio poder e poder familiar; e modalidades de guarda, com ênfase na guarda compartilhada.

Palavras-chave: Família. Guarda Compartilhada. Alienação Parental.

ABSTRACT

Shared guarding, rather than the joint exercise of parental family power, is also a way for their separation not to reflect on the child, leaving it confused and likely to make an adult fragile about his or her emotions. It happens that, at present, shared custody is still little used, due to a certain reluctance of the legal operators, as well as the fact that the parties cannot understand it as a way to resolve conflicts between parents and guardians children in the Judiciary, always privileging the best interests of the child. The insertion of Law No. 11,698, of June 13, 2008, into the national legal system, changing articles 1,583 and 1,584 of Law 10,406, of January 10, 2002 (Civil Code), to institute and discipline shared custody led to the emergence of some doubts: how does the institute apply? What is their effective capacity to meet the needs of the child whose custody is under the control of their parents? These questions were a source of concern for the elaboration of a research that would elucidate them, with the general objective of studying shared custody in light of Law No. 11,698 / 2008, in order to understand how it is applied. The bibliographical research technique was adopted to identify, in the doctrine already produced about the subject, the authors' understanding of several points relevant to this analysis: origin, evolution and principles of Family Law; patria power and family power; and custody modalities, with an emphasis on shared custody.

Key-words: Family. Shared Guard. Parental Alienation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O PODER FAMILIAR.....	11
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
1.2 NATUREZA JURÍDICA.....	14
1.3 VISÃO ATUAL DO PODER FAMILIAR.....	15
1.4 AS ATRIBUIÇÕES DO PODER FAMILIAR: DOS DIREITOS E DEVERES DOS PAIS PARA COM OS FILHOS.....	17
1.5 DA SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR....	19
2 O INSTITUTO DA GUARDA DE FILHOS.....	25
2.1 CONCEITO.....	25
2.2 AS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA.....	27
2.3 GUARDA MATERIAL E GUARDA JURÍDICA.....	29
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	31
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO.....	31
3.2 AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	38
3.3 GUARDA COMPARTILHADA X GUARDA UNILATERAL.....	41
3.4 O USO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PROL DA GUARDA COMPARTILHADA.....	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como título “Guarda Compartilhada *versus* Guarda Unilateral”. Tradicionalmente no Brasil, após a dissolução da sociedade conjugal, a guarda dos filhos menores costumava ser concedida exclusivamente para a mãe e ao pai cabia visitar os filhos e pagar a pensão alimentícia. A partir da década de 1970 presencia-se uma série de mudanças na sociedade brasileira, como a entrada da mulher no mercado de trabalho, a instituição da Lei do Divórcio e a revogação do Estatuto da Mulher Casada, ocorrendo o fim dos papéis do homem “provedor” e da mulher “rainha do lar” no seio da família.

À luz da Constituição Federal de 1988 o homem e a mulher são iguais perante a Lei. Esse posicionamento refletiu diretamente na guarda de filhos. Adaptando-se a esse novo contexto social, a Lei 11.698/2008 que estabelece a guarda compartilhada de filhos, introduziu os artigos 1583 e 1584 no Código Civil de 2002. Essa lei torna a guarda compartilhada de filhos a regra e a guarda unilateral a exceção no nosso ordenamento jurídico.

Em relação aos procedimentos metodológicos, fez-se uma revisão de literatura sobre as categorias teóricas do objeto estudado, utilizando-se leis e jurisprudências sobre o tema abordado.

O objetivo geral da presente monografia é fazer um estudo sobre a guarda compartilhada de filhos em contraposição a guarda unilateral na sociedade brasileira.

Os objetivos específicos são: analisar o atual poder familiar em relação ao antigo pátrio poder; demonstrar as vantagens e as desvantagens da Guarda Compartilhada; analisar como os juízes brasileiros têm aplicado a guarda compartilhada, quais os critérios utilizados; analisar a importância do princípio do melhor interesse da criança e suas implicações na guarda compartilhada; discutir se imposição da guarda compartilhada pelo magistrado fere a autonomia privada do direito de família e analisar como a mediação familiar pode ajudar no estabelecimento da guarda compartilhada para casais em conflito.

No primeiro capítulo far-se-á uma análise do poder familiar, abordando a sua evolução histórica desde os tempos de Grécia e Roma até os tempos atuais. Posteriormente estudar-se-á a natureza jurídica do poder familiar, se ele seria um dever dos pais ou direito dos filhos, sua visão atual, as suas atribuições e finalmente a suspensão, destituição e extinção.

O segundo capítulo apresentará o instituto da guarda de filhos, abordando as diversas modalidades de guarda, como: a guarda por terceiros; a guarda alternada; o aninhamento ou nidacão e a guarda comum, conjunta ou indistinta. Fazendo-se ainda uma diferenciação entre a guarda material e a guarda jurídica.

O terceiro capítulo tratará do instituto da Guarda Compartilhada, destacando o seu conceito e surgimento no Brasil e no mundo, as suas vantagens e desvantagens e um contraponto sobre a guarda compartilhada e a guarda unilateral.

O quarto capítulo indagará se a imposição da guarda compartilhada sem o consenso dos pais fere a autonomia privada do direito de família. Para isso faz um confronto entre o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal e o princípio do melhor interesse da criança. Posteriormente faz-se uma discussão sobre o uso da mediação familiar como meio de da guarda compartilhada no Brasil.

Nas considerações finais trar-se-á uma reflexão se a guarda compartilhada é ou não é o tipo de guarda ideal, e em quais situações ela deve ser utilizada.

1 O PODER FAMILIAR

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O ser humano tem demonstrado uma vocação ao longo da sua existência, que é viver em comunidade. De fato, no mundo existem as mais variadas culturas, um ponto comum entre elas é a convivência familiar, pelo menos em um determinado período de suas vidas.

A designação “poder familiar” foi introduzida pelo Código Civil de 2002. No antigo diploma de 1916 tal instituto era designado de pátrio poder, pois em épocas passadas o homem era tido como a cabeça da família, à mulher cabia apenas acompanhar as decisões do marido ou do pai.

De acordo com Teixeira (2009), as antigas famílias romanas centravam a autoridade familiar na figura paterna, todos os seus integrantes dependiam do patriarca. A instituição família era mais importante do que o indivíduo em si. Era uma família que colocava o patrimônio e os interesses econômicos em primeiro lugar e o casamento era feito em função desses interesses.

“No Direito Romano, o filho in potestate nada tinha de seu. Não valia a doação feita pelo pai, porque seria como doar a si mesmo. De estranhos não podia adquirir por qualquer forma que fosse, por lhe ser vedado constituir patrimônio próprio”. (SILVA, 2006, p.431)

Segundo Barros (2010), o poder familiar outrora pátrio poder, foi um instituto perfeitamente organizado em Roma. No direito romano a pátria potestas tinha por objetivo satisfazer somente o interesse do chefe de família. Nos tempos antigos, os poderes que estavam dentro da circunscrição da autoridade paterna eram de larga escala. Assim, no âmbito patrimonial, o filho não possuía bens, pois, tudo o que este adquirisse a exceção das dívidas seria para o seu pai.

Fazendo-se uma comparação entre a noção do pátrio poder romano com o atual poder familiar, iremos perceber inúmeras divergências que bifurcam ambos os institutos. Na Roma antiga, o pátrio poder envolvia-se com a religião, o pater famílias era o condutor da religião doméstica, e esse poder não ficava restrito à família, estendia-se até os agregados e escravos. Mas isso não ocorria por acaso já que a

autoridade do pai era de fundamental importância para Roma, pois conservava unida a família, que era a célula do Estado Romano.

O conceito romano de pátrio poder influenciou a idade média de modo menos vigoroso. Isso ocorreu por causa do fim do Império Romano, que possibilitou a chegada de outros povos que traziam consigo outra noção de autoridade parental.

Acerca dessa temática, Venosa faz a seguinte afirmação:

De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indelévels em nossa história. Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. (2011, p.303)

Coulanges (2003) aduz que, nas antigas leis gregas, romanas e no Código de Hamurabi, encontraremos referências sobre a prevalência do homem sobre a mulher no comando da família. Porém esse poder não é originário da maior força física do primeiro, mas sim das crenças religiosas. Senão vejamos:

A religião coloca a mulher em posição tão elevada. Verdade é que ela toma parte nos atos religiosos, mas não como senhora do lar. Ela não recebe a religião com o nascimento; só pelo casamento nela foi iniciada, e com o marido aprendeu a oração que pronuncia. Não representa os ancestrais, pois não descende deles. Também não se tornará um antepassado. Sepultada, jamais receberá culto especial. Na morte como na vida a mulher é sempre parte integrante do marido. (2003, p.80)

Desse modo, constatamos que no mundo grego o pai era o chefe supremo da religião doméstica, e detinha um poder incontestável e era a função dele perpetuar o culto e a família.

No Brasil, o Código Civil de 1916 também seguiu este mesmo posicionamento, centrando o pátrio poder na figura do homem. Tanto que o artigo 233 do referido diploma afirmava que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”. Esse posicionamento foi coerente com uma sociedade que considerava a mulher relativamente incapaz após o casamento e submissa ao poder do marido.

Não é outro o pensamento de Dias em relação ao pátrio poder no Código Civil de 1916:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação dos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393). O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça. (2009, p.382)

A Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, o chamado Estatuto da Mulher Casada, tentou de modo ineficaz igualar o pátrio poder entre os cônjuges no artigo 380 do Código Civil de 1916, porém o que se percebeu foi que nada mudou. A redação do artigo, após a alteração da Lei 4.121, passou a dizer o seguinte:

Art.380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo único: Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Percebe-se assim que não foi feliz essa modificação dada ao artigo 380 do CC/1916 pelo Estatuto da mulher casada, pois apesar da mulher conquistar o direito subjetivo ao pátrio poder, ela detinha um poder subsidiário em relação ao marido. Segundo Comel:

No parágrafo único, o legislador deixou mais evidente ainda a predominância do pai quando estabeleceu que na divergência prevalecia a vontade do homem. Aliás, parece que no parágrafo afastou-se a possibilidade que se vislumbrava no caput do artigo, de a mãe atuar no exercício de tal poder. Diz-se isso porque, se além de ter a prerrogativa do exercício neta sociedade de dois, o marido detinha o poder de votar o desempate, na verdade ele continuava detendo o pátrio poder com prevalência sobre ela. (2003, p.34)

Porém, a modificação do artigo 393 do Código Civil de 1916, fez a diferença tanto mãe quanto para os filhos, pois segundo a sua nova redação, a viúva que se casasse novamente não perderia o pátrio poder em relação aos filhos do casamento anterior. Assim, vejamos:

Art. 393 - A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

O Estatuto da Mulher Casada apesar de não conferir um tratamento totalmente equânime entre marido e mulher, representou um marco importante na caminhada para a igualdade jurídica entre homens e mulheres em relação ao poder familiar.

Corrobora com essa ideia Silva, quando afirma:

O direito positivo brasileiro deu um passo importante em sua linha evolutiva ao reconhecer na Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), como um corolário da igualdade jurídica da mulher, que o pátrio poder competia ao pai, que deveria exercê-lo com a colaboração de sua mulher. A mãe bínuba não mais perdeu o pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior, exercendo-o sem qualquer interferência do marido. (2006, p.420)

Por tudo que foi dito, percebe-se que em tempos remotos o pátrio poder era tido como uma forma de submissão dos filhos aos pais. O filho era visto como um objeto e não como sujeito de direitos. Porém com a evolução dos direitos humanos e das diversas legislações que protegem os menores, como o Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil e a Declaração dos Direitos Universais da Criança, a linha de pensamento sobre o pátrio poder mudou radicalmente.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

Existe muita discussão a respeito da natureza jurídica do poder familiar. Porém a tendência da doutrina nacional contemporânea é colocar o poder familiar como sendo uma compilação de direito, poder e dever. Vejamos a compreensão de alguns autores:

No entendimento de Comel (2003), atualmente o poder familiar é uma função, sendo também um encargo dos pais para com os filhos, para que aqueles dirijam e protejam os filhos durante a menoridade, conferindo-lhes boas condições de vida na medida do possível.

A controvérsia que se suscita a respeito da natureza jurídica do instituto está longe de constituir mera disputa teórica, mas a adoção de uma ou outra posição torna-se relevante para compreender o seu alcance. A natureza jurídica do poder familiar tem enfoque diverso quando é vista em face do Estado e terceiros e nas relações pai-filho. (GRISARD FILHO, 2010, p. 43)

Grisard Filho (2010) aduz que perante o Estado e terceiros, o poder familiar seria um direito subjetivo dos pais. Pois, o referido instituto nesse ponto de vista, é um encargo para os genitores ou responsáveis que teriam que representar, administrar

os bens e guardar os filhos. Nesse caso o papel do Estado seria o de supervisor para que os pais não abusem dos filhos.

“Mas, nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o poder familiar é um conjunto incindível de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos”. (Grisard Filho, 2010, p.43)

Agora, o poder familiar trabalha em prol dos filhos e na proteção integral destes, pois a família atual tem por base o afeto entre seus membros. Atualmente a função da família é promover a felicidade dos seus membros, assim não há mais espaço para relacionamentos autoritários. De modo que a natureza jurídica do poder familiar tende a ser mais um dever de proteção e afeto dos pais para com os filhos menores.

1.3 VISÃO ATUAL DO PODER FAMILIAR

A versão original do novo Código Civil de 2002 mantinha a mesma expressão pátrio poder do Código Civil de 1916. Entretanto, Miguel Reale sugeriu que ela fosse mudada para poder familiar, proposta que foi aceita pelo Senado Federal. Isso porque a expressão pátrio poder passava a ideia da prevalência do homem sobre a mulher e a pessoa dos filhos, o que não condizia mais com o espírito da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres para direitos e obrigações.

A Constituição Federal de 1988 contribuiu para a consolidação desse posicionamento, porque ela consagra o princípio da igualdade no corpo do seu texto. Conferindo também igualdade em relação aos filhos havidos fora do casamento e reconhecendo a pluralidade das entidades familiares. Superando o Código Civil de 1916 e adaptando o direito de família a nova realidade social.

Sabe-se que o século XX foi um período de grandes mudanças para a família. A mulher conquistou seu espaço no mercado de trabalho, essa conquista foi reflexo da expansão do capitalismo e a conseqüente industrialização das cidades. O homem teve que se reinventar e se alinhar ao novo comportamento da mulher, que deixou de ser submissa ao pai e ao marido e passou a ser vista como sua parceira. De modo que atualmente o poder familiar é exercido por ambos os genitores.

Assim, a revolução feminista, a quebra da ideologia patriarcal, o ingresso definitivo da mulher no mercado de trabalho, redefiniu os papéis na dinâmica familiar com o homem dividindo as tarefas domésticas com a sua companheira, dando um novo conceito a paternidade. A partir desse momento o pátrio poder de outrora foi perdendo seu lugar.

No entanto a nossa atual Constituição fez nascer a família-instrumento que promove a personalidade de seus membros baseada na solidariedade entre os mesmo. Com essa nova concepção de mundo a família deixa de ser um fim em si mesmo, o que importa agora é a felicidade e realização de seus membros.

Não existe no Código Civil de 2002 uma definição de poder familiar, o antigo diploma de 1916 também não conceituou o pátrio poder. O que ambos os códigos fizeram a respeito do poder familiar foi definir a sua titularidade, competência, extinção e suspensão.

Porém, diversos civilistas pátrios delinearão um conceito para o poder familiar, vejamos alguns.

Grisard Filho afirma que, “o poder familiar, assim, não é só um conjunto de direitos que se exercem no interesse exclusivo de seus titulares, o pai e a mãe, mas do exercício de um dever em atenção aos interesses dos filhos”. (2010, p.44)

Segundo Quintas, o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres exercido pelos pais, que visa o melhor interesse dos filhos e que só poderá ser alterado ocorrendo uma das causas de suspensão ou destituição. (2010, p.19)

Rodrigues declara que o poder familiar “é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. (2008, p.356)

Nos dizeres de Akel:

Nota-se que, embora exista divergência entre os doutrinadores, são mantidos os elementos essenciais do poder familiar, de forma que, na prática, não se torna relevante sua natureza como *múnus*, poder-dever, poder-função etc., mas sim, seu exercício conjunto entre os genitores em prol dos interesses dos filhos menores. (2010, p.18)

Miranda conceituou o poder familiar, apesar de ainda usar a antiga expressão, vejamos: “Pátrio poder é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse, e de deveres em relação ao filho”. (1983, p.110)

Percebemos que todas as definições de poder familiar têm em comum o foco nos interesses do menor não emancipado, até mesmo o conceito de pátrio poder de Pontes de Miranda, expressão hoje em desuso pela doutrina nacional, corrobora com o atual conceito de poder familiar, pois o que interessa agora é a criança em desenvolvimento.

1.4 AS ATRIBUIÇÕES DO PODER FAMILIAR: DOS DIREITOS E DEVERES DOS PAIS PARA COM OS FILHOS

Conforme visto alhures, nos tempos remotos não havia essa preocupação com o dever de cuidado e proteção como os filhos menores como nos dias atuais, pois a criança não era vista como sujeito de direitos. Hodiernamente, as atribuições que o poder familiar impõe aos pais para com os filhos menores, são da ordem pessoal e patrimonial.

Nas palavras de Comel:

Sendo o poder familiar instituto de proteção do incapaz, que pela pouca idade não tem condições de reger a si próprio e a seus interesses, a lei estabelece quais as funções os pais devem desempenhar no mister de dirigir a pessoa e administrar os bens dos filhos menores. (2003, p.88)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado passa a dar uma proteção integral ao menor, conforme preleciona o artigo 227 da lei maior:

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 comunitário, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Percebe-se a ênfase dada ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente por parte do Estado. Agora, a proteção do menor não está unicamente nas mãos dos pais, mas também do Estado.

Porém, não será uma intervenção incisiva, com o Estado dizendo o que os pais devem ou não devem fazer em relação aos filhos no seio familiar. Até por que, de acordo com o artigo 1513 do Código Civil de 2002, “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Desse

modo, a intervenção Estatal ocorrerá quando os pais faltarem com o seu dever de proteger os filhos menores, aí sim, o Estado cuidará do menor através dos juizados da infância e juventude e dos conselhos tutelares.

Nas lições de Comel, “as funções do poder familiar de conteúdo pessoal estão reguladas basicamente em três textos legais: na CF, art.229; no CC, art.1.634; no ECA, art.22”. (2003, p.94)

O que a Constituição Federal preleciona em seu artigo 229 é um dever, uma obrigação. Assim, segundo o referido artigo “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. A intenção do Estado ao criar essa norma foi propiciar a criança um desenvolvimento saudável no seio familiar, pois, até que se prove o contrário a família é o melhor ambiente para o menor desenvolver todo o seu potencial como um futuro cidadão que vai contribuir para o desenvolvimento da sociedade.

“Nos séculos XIX e XX, a criança ruma ao centro das atenções familiares e chegamos aos tempos atuais em que a criança e o adolescente são entes familiares participativos e alvos de proteção integral como seres em desenvolvimento.” (LEVY, 2008, p.31)

Ainda com os ensinamentos de Levy (2008), sabemos que nossa realidade social e econômica, muitas vezes, não permite aos pais a criação e educação idealizada de seus filhos. Assim, nesta sagrada relação, pode faltar dinheiro, pode faltar a melhor escola, a melhor alimentação, o melhor lazer, só não pode faltar amor, carinho e compreensão. O abraço faz esquecer o frio beijo, a dor. É a união familiar que perpétua e distingue a nossa espécie.

O dever de criar o filho tem por objetivo torná-lo independente dos pais no futuro e útil para a sociedade, com os pais propiciando aos filhos as melhores condições de vida, com saúde, alimentação, vestuário e educação, na medida do possível. Pois, o poder familiar não é eterno e os pais não desejam que os filhos se tornem inúteis e dependentes.

Em linhas gerais, está positivado no artigo 1634 do Código Civil de 2002, a maneira que o Estado brasileiro entende que os pais devem tratar os filhos menores, o citado artigo preleciona o seguinte:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
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 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O Estatuto da Criança e do Adolescente segue a mesma postura em seu artigo 22, ao reafirmar o Código Civil dizendo que:

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

A partir dos artigos citados percebemos os avanços da legislação brasileira em benefício dos filhos menores, que agora são vistos definitivamente como sujeitos de direito.

1.5 DA SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Segundo Quintas:

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres exercido pelos pais, que visa o melhor interesse dos filhos e que só poderá ser alterado ocorrendo uma das causas de suspensão ou destituição. Não pode a desunião do casal, ou apenas o fato de os pais nunca terem vivido juntos, interferir no poder familiar, pois tratam-se de relações diversas e independentes, a do casal e a deste com seus filhos. Nem mesmo o fato de contrair novas núpcias poderá abalar o poder familiar dos pais. (2010, p.19)

O poder familiar não é absoluto. Os pais não podem usar e abusar desse poder como bem entenderem. Visando proteger os menores dos possíveis abusos dos pais, o legislador determinou no artigo 1637 do Código Civil de 2002, que:

Art.1637 - 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.

A suspensão do poder familiar é uma medida de menor gravidade, pois pode ser revisada a qualquer tempo, mais precisamente quando cessarem as causas que deram origem a suspensão. Segundo Dias (2009, p.393), “em caso de má gestão dos bens dos menores, possível é somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo ele com os demais encargos do poder familiar”. Contudo, apesar do poder familiar estar suspenso, os pais não estão impedidos de manter o sustento dos filhos, como aduz o artigo 227 da Constituição Federal.

Comparando-se o artigo 1637 do Código Civil de 2002 e o artigo 394 do Código Civil de 1916, percebemos que os dois artigos não mudaram o espírito das suas intenções. Pois, o artigo 394 também previa o afastamento dos pais que cometesse algum tipo de abuso contra os filhos. Pela redação do referido artigo temos que:

Art.394. Se o pai, ou a mãe, abusa do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe parece reclamada pela segurança do menor, e seus haveres, suspendendo até, quando convenha o pátrio poder.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de 2 (dois) anos de prisão.

Miranda tece acertado comentário acerca do abuso do pátrio poder, afirmando o seguinte:

O abuso do pátrio poder não é só a imoderação nos castigos, nem o abandono, nem a exploração, nem a maldade, nem a sugestão criminosa. Tais fatos bastariam à perda do pátrio poder. Para a suspensão, exige-se muito menos. Basta que falte a um dos deveres paternos: dirigir a criação e a educação; ter o menor na sua companhia e guarda; representa-lo nos atos da vida civil, até os dezesseis anos, ou assisti-lo, após essa idade; reclamá-lo de quem legalmente os detenha; exigir que lhe preste obediência e respeito. Pai que descursa a criação e a educação, isto é, que não cuida do desenvolvimento físico, moral e intelectual do filho, que não providencia quanto à medicação do menor, é pai que pode ser suspenso do pátrio poder. Pai que não tem em sua companhia o filho, que o não guarda, ainda que não o abandone e apenas o deixe entregue a si - mesmo, sem vigilância e sem fiscalização, é pai a que o juiz deve impor situação que corrija os próprios defeitos dele. Pai que sabe achar-se injustamente preso, ou detido, ou violentado, ou por outra maneira ofendido em sua liberdade, o filho, ou a filha, é pai a que se deve suspender o pátrio poder. Pai que não tem fôrça moral para exigir que o filho lhe preste obediência e respeito, é em bem dele, e do filho, que há de decretar a suspensão. (1983, p.159)

O artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) diz o seguinte: “A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. É fato notório que muitos pais passam por dificuldades financeiras, porém, o que a essência desse artigo quis por em primeiro lugar é a relação amorosa entre pais e filhos. Ninguém nega que a segurança material é importante, mas de nada adianta crescer um lar cercado de riqueza material, com pais que cometem agressão física e psicológica contra a prole.

A seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão corrobora com posicionamento da legislação e da doutrina, ao não retirar o poder familiar por falta de condições financeiras dos pais para cuidar dos filhos.

Ementa: DIREITO CIVIL. PODER FAMILIAR. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO OU PERDA. INCAPACIDADE FINANCEIRA, MORAL E SOCIAL DO GENITOR. FALTA DE SUBSUNÇÃO DO CASO ÀS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 1.635 A 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. MEDIDA GRAVE, QUE SOMENTE PODE VIABILIZAR-SE NOS ESTRITOS CASOS EXPRESSOS EM LEI. PROVA CABAL. AUSÊNCIA. AÇÃO IMPROCEDENTE. I - A suspensão ou perda do poder familiar, por romper a ordem natural das coisas, qual seja o vínculo que une os pais a seus filhos, há de ser restrita a situações alinhadas na lei civil, quando evidentemente provado que o melhor interesse da criança estaria violado pela postura ilegítima e nefasta de algum dos genitores. II - A cessão do poder familiar somente deve ser decretada com observância da legislação vigente, interpretada de forma restritiva. A cautela é imposta não só pela gravidade da medida a ser tomada, uma vez que importa supressão do vínculo da criança com sua família natural, mas também por força das relevantes repercussões em sua vida sócio-afetiva. III - Apelação desprovida. (Apelação Cível nº187682010, Segunda Câmara Cível, Tribunal de justiça do MA, Relator: Marcelo Carvalho Silva, Julgado em 01/02/2011)

Se a suspensão do poder familiar é uma medida de caráter temporário, não podemos dizer o mesmo da sua perda que é definitiva. Como preleciona o artigo 1638 do Código Civil de 2002:

Art.1638. Perdera por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I-Castigar imoderadamente o filho;
 II-Deixar o filho em abandono;
 III-Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV-Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A redação desse artigo foi semelhante ao do artigo 395 do Código Civil de 1916, acrescentando apenas o inciso IV.

Analisando os incisos do artigo 1638 do CC/2002, temos que: de acordo com o inciso I perderá o poder familiar o pai ou mãe que castigar imoderadamente o filho,

quer dizer que o código admite o castigo moderado como parte da criação e educação dos filhos. Só não pode ser aceita a brutalização do castigo, por que esse comportamento dos pais recairia no crime de maus tratos previsto no artigo 136 do Código Penal, que afirma o seguinte:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Não é outro o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao afirmar que só cabe a destituição do poder familiar quando os pais não demonstrarem qualquer interesse pelo bem-estar do menor, o que não está relacionado à falta de recurso financeiros para o cuidado dos filhos, e sim a negligência afetiva:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO REITERADO. FALTA DE CONDIÇÕES AFETIVAS DA GENITORA. INAPTIDÃO AO EXERCÍCIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL. A extinção do poder familiar exige comprovação de um fato grave ou mesmo de uma falha reiterada dos pais quanto aos seus deveres de atenção e cuidado dos filhos. Só a partir disso é que se está autorizado a por em prática medida tão contundente e relevante como é a destituição do poder familiar. No entanto, a prova coligida nos autos não deixa dúvida no sentido de que a apelante não possui condições de exercer o poder familiar, porquanto ao longo dos anos, nada fez para proteger as filhas dos abusos cometidos por seus companheiros e, também, não cumpriu seus deveres inerentes à maternidade, dando origem a um quadro de abandono físico e afetivo reiterado e injustificado de seus nove filhos. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70024810806, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/09/2008)

Um caso emblemático em relação a esse tema ocorreu no ano de 2008 na cidade de Ribeirão Pires, Estado de São Paulo, onde os irmãos Igor Giovani de doze anos e João Victor dos Santos Rodrigues de treze anos foram assassinados pelo pai e pela madrasta. De acordo com o Ministério Público, os irmãos foram vítimas de maus tratos por um longo tempo antes do desfecho fatal.

O inciso II fala de abandono, que não significa somente descaso com o sustento financeiro, mas também desleixo com a criação e a formação do caráter dos filhos estimulando-os a vadiagem.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ART. 1.638, II, DO CÓDIGO CIVIL. A prova dos autos evidencia a incapacidade da genitora em manter o poder familiar do filho, em razão de seu histórico de drogas e alcoolismo. Mesmo após inúmeras tentativas, não conseguiu afastar-se do vício. A perda do poder familiar impõe-se, pela incidência do art. 1.638, II do Código Civil. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70039883426, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011)

O inciso III fala sobre a perda do poder familiar pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, os casos que podem exemplificar este inciso são: Pais que mandam os filhos para os semáforos das cidades pedir dinheiro, estimulando os filhos a praticarem ilícitos civis e penais; pais que usam substâncias entorpecentes e os pais que abusam sexualmente dos filhos. Enfim, os exemplos são inúmeros.

A justificativa para que os filhos estejam sob a proteção do poder familiar, é que ele ainda não tem a personalidade formada, necessitando de pais decentes que os eduque de modo correto, então seria um contra senso submetê-los a pais irresponsáveis que os influenciem negativamente.

Passamos agora a análise da extinção do poder familiar que está prevista no artigo 1635 do Código Civil de 2002, dizendo o seguinte:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Em relação ao inciso primeiro não há maiores dificuldades de compreensão, pois com o falecimento dos pais desaparece o titular do direito e quando há a morte dos filhos desaparece a razão de ser do instituto que tem foco na proteção da criança. No entanto, se houver o desaparecimento dos pais nomeia-se um tutor para cuidar dos interesses do menor.

A legislação pátria também adotou a emancipação e a maioridade como causas de extinção do poder familiar, presumindo que com a maioridade a pessoa já tenha autonomia para determinar o rumo da sua vida.

No Brasil atinge-se a capacidade civil plena aos dezoito anos de idade. Porém o menor pode atingir essa capacidade pela emancipação, prevista no art. 5º do Código Civil de 2002, vamos a ele:

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

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

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

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

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

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

Com relação à adoção, preleciona Rodrigues (2008) que ela não põe termo ao poder familiar, pois este é transferido dos pais biológicos para os pais adotivos.

2 O INSTITUTO DA GUARDA DE FILHOS

2.1 CONCEITO

Nos dizeres de Plácido e Silva (2010), o vocábulo guarda é derivado do antigo alemão warden (guarda), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que se formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

Plácido e Silva (2010), define o que seria a guarda de filhos no seu entendimento: “o termo guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil”.

Enquanto vigorava a ideia do pátrio poder, termo típico da família patriarcal. A guarda tinha sentido de vigilância e proteção do patrimonial, pois nos tempos antigos era isso que a prole era, um bem, uma propriedade do pai.

Atualmente, na vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a guarda é um dos atributos do poder familiar, é dentro dela que se desdobram os deveres de cuidado, criação, educação, fiscalização e vigilância. Enfim dever de total proteção aos filhos não emancipados.

Conforme preleciona Grisard Filho:

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto de si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e freqüentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio, e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. (2010, p.47-48)

Com o artigo 90 do Decreto 1890, foi estabelecido pela primeira vez na legislação brasileira o modo de guarda de filhos após o rompimento do casal. Segundo o referido artigo:

Artigo 90. A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente ou pobre.

Sabemos que as leis acompanham as necessidades de suas sociedades, desse modo o Código Civil de 1916 protegia a família formada pelo homem (chefe da família) e pela mulher unidos pelo matrimônio. Qualquer outro tipo de família era considerada ilegítima, foi nesse contexto que o referido código ditou com quem os filhos ficariam após a ruptura do casamento. Assim, ele estabelecia a guarda dos filhos levando em consideração duas situações: a do desquite consensual e do desquite judicial.

No desquite consensual a guarda era estabelecida de acordo com a vontade dos pais do menor. Segundo o artigo 325 do antigo código: “No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

No desquite judicial o juiz concedia a guarda ao cônjuge inocente. Aqui o código premiava o cônjuge que tinha observado e respeitado as leis do matrimônio, em detrimento do outro que as infringiu. Se ambos os cônjuges fossem culpados pelo fim do relacionamento, os filhos menores de seis anos ficavam com as mães, a partir da idade de seis anos os meninos ficavam com o pai.

Na sociedade regida pelo Código Civil de 1916, o direito de guarda era estabelecido segundo o pátrio poder romano e a vontade das crianças pouco interessava. O que importava era premiar o cônjuge inocente e punir o culpado pela dissolução da sagrada instituição familiar, que na época era mais importante dos que as pessoas.

O Estatuto da Mulher Casada mudou o panorama da guarda em relação à idade dos menores no Código Civil de 1916, segundo Quintas:

A Lei n.4121/62, Estatuto da Mulher Casada, modificou o Código Civil ao extinguir o critério da idade e do sexo dos filhos instituindo que se os pais fossem culpados, seria da mãe a guarda. No entanto, o juiz poderia decidir diferente e, entendendo que os filhos não deveriam estar com nenhum dos pais, poderia determinar a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurado o direito de visitas, passando posteriormente à pessoa idônea da família do cônjuge inocente pela Lei n.9.701/46 e voltando à família de qualquer um com a já citada Lei n. 5.582/70. (2010, p.116-117)

Percebe-se que agora a tendência em privilegiar os interesses dos filhos, já que o juiz poderia conceder a guarda à outra pessoa da família caso isso fosse o melhor para a criança.

2.2 AS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA

A guarda unilateral e a guarda compartilhada não constituem as únicas modalidades de guarda de filhos. Dentre as outras modalidades de guarda, podemos citar: A guarda por terceiros; a guarda alternada; o aninhamento ou nidação e a guarda comum, conjunta ou indistinta.

É necessário saber que a guarda não é concedida somente aos pais biológicos, pois pessoas que têm afetividade com os menores também podem adquiri-la, sendo que o Código Civil de 2002 deu preferência aos familiares. Assim de acordo com o § 5º do artigo 1584 do referido diploma:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência, considerados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Assim, na guarda por terceiros o guardião está obrigado a dar total assistência ao menor, pois ele está no lugar dos pais. Há inúmeros casos em avós, tios, enfim parentes consanguíneos conseguem a guarda de uma criança em detrimento dos pais biológicos.

Conforme verificamos com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. PEDIDO DOS AVÓS PATERNOS. GUARDA PROVISÓRIA. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido o infante onde se encontra melhor cuidado, pois é o interesse da criança que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 3. Como o menor reside na casa dos avós paternos, estando plenamente adaptado à situação familiar e tendo atendidas de forma satisfatória todas as suas necessidades, é cabível o deferimento da guarda provisória do neto em favor deles. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70047549043, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/02/2012)

Em último caso, se não houver ninguém com laços de parentesco disponível para cuidar da criança, ela será encaminhada a uma instituição, conforme reza o artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A colocação em família substituta não

admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.”

Na guarda alternada, ambos os pais detêm a guarda jurídica e material dos filhos. Assim, é estabelecido um tempo em que cada um dos genitores terá para ficar com a criança, que pode ser uma semana ou mês.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO ALTERNATIVO - VISITAÇÃO DO PAI - CONDIÇÕES DE IGUALDADE - PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR - GUARDA ALTERNADA E GUARDA COMPARTILHADA - DIFERENÇA ONTOLÓGICA.

1). O pedido alternativo traduz-se em possibilidade da aceitação de qualquer um dos pedidos realizados.

2). Na participação da vida sócio-educativa do menor, os pais devem participar em condições de igualdade, propiciando, desse modo, tanto a existência da figura materna, quanto da paterna.

3). Na regulamentação de visita do pai ou da mãe deve o Poder Judiciário primar pelos interesses do menor, de modo que as alterações em sua rotina não sejam drásticas.

4). A diferença entre guarda alternada e a compartilhada é ontológica. Enquanto a guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa a menor a possuir duas casas.

5). A guarda compartilhada é recomendada quando os pais, mesmos separados ou divorciados, convivem em perfeita harmonia e pacificidade. Precedentes. (AGRAVO POR INSTRUMENTO nº 035.069.000.434, Relator: DES. Elpídio José Duque, Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Data do Julgamento: 10/10/2006)

Esse modelo de guarda é amplamente criticado pela doutrina por trazer instabilidade à criança e privilegiar mais aos interesses dos pais. Crê-se que a alternância de residências é extremamente prejudicial a crianças de tenra idade, já que dificultaria o estabelecimento de uma rotina com hábitos diários.

Nesse sentido é o pensamento de Akel:

Com efeito, não nos parece saudável criar uma situação de “pingue-pongue” que impede que as crianças criem laços afetivos e emocionais com seus pais, pois, quando se adapta à convivência com um dos genitores, a guarda é transferida ao outro e vice-versa. É necessário que o menor sinta-se protegido, convivendo numa relação segura e estável, habitando um lar certo e determinado, o que não é possível no exercício da guarda alternada. (2010, p.94)

A sentença que define a guarda de uma criança pode ser revista e modificada de acordo com as necessidades do menor do conforme reza o artigo 1586 do Código

Civil de 2002, que diz o seguinte: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida, nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”. Isso porque o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança, e não um ou outro modelo de guarda, para isso deve-se analisar minuciosamente os casos concretos.

Levy (2010, p. 88) ressalta que “a guarda alternada é 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”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reafirma o entendimento da doutrina a respeito da guarda alternada:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. CRIANÇA DE TENRA IDADE. IMPOSSIBILIDADE. Totalmente contra-indicada a guarda alternada "uma semana com cada genitor", pois impede o estabelecimento de rotinas essenciais para a segurança da criança, mormente considerando que os pais residem em cidades diferentes e que se trata de um bebê de apenas um ano e oito meses. Sendo provisoriamente deferida a guarda exclusiva da criança à mãe, imperiosa a fixação de alimentos em favor do menor, em percentual sobre os rendimentos do genitor. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70019784917, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/08/2007)

No aninhamento ou nidificação ao contrário do que ocorre na guarda alternada, são os pais que revezam na residência onde vivem os filhos. Essa modalidade de guarda não se mantém, raramente é utilizada por ser muito dispendiosa já que os pais precisam manter uma terceira casa onde ficará o filho que receberá os pais alternadamente.

Em posição minoritária, Levy (2010) defende que a denominada guarda comum, conjunta ou indistinta é aquela que os pais exercem na constância do casamento ou da união, ele ressalta ainda que alguns doutrinadores utilizem equivocadamente esta nomenclatura com sinônimo de guarda compartilhada.

2.3 GUARDA MATERIAL E GUARDA JURÍDICA

A ruptura dos laços matrimoniais não altera a titularidade do poder familiar. No entanto, ocorre uma bipartição da guarda dos filhos ou um fracionamento da autoridade parental, desdobrando na guarda jurídica e na guarda material.

Levy (2008) afirma que “A guarda jurídica refere-se ao exercício do conjunto de deveres e direitos inerentes à guarda, ao passo que a guarda material refere-se à convivência contínua com o filho sob o mesmo teto”.

De fato, o genitor que detém a guarda material terá o filho em sua companhia, ambos viverão sob o mesmo teto. Nesse caso, o pai ou a mãe ficará com a posse e vigilância do filho.

O genitor não-guardião terá a guarda jurídica do filho, podendo dar educação, fiscalizando as decisões tomadas pelo guardião e não ficando de fora de questões importantes da vida de sua prole. Poderá também ter o filho em sua companhia através do chamado direito de visita.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a respeito do direito de visita.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAS. RESTABELECIMENTO UMA VEZ POR MÊS, EM FINAIS DE SEMANA, COM ACOMPANHAMENTO PELA AVÓ PATERNA. Não merece ser conhecido o agravo na parte em que a parte postula fixação das visitas nos meses de férias escolares e festas de final de ano, pois tal pleito não foi objeto de pedido e apreciação na origem. Não tendo se evidenciado riscos à infante quando na companhia paterna, é de ser restabelecido o exercício do direito de visitas, uma vez por mês, nos fins de semana, na cidade onde reside a menor. Tal deferimento possibilita também a manutenção do vínculo da menor com os familiares do pai, na pessoa da avó paterna, que acompanhará nas visitas. CONHECERAM EM PARTE E DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70044807675, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 26/01/2012)

Nota-se que apesar de ser concedida a visita aos familiares paternos da criança, estes terão que se adaptar à rotina do menor, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança.

3 GUARDA COMPARTILHADA

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO

Assim que ocorre a ruptura do vínculo matrimonial, os genitores deixam de exercer as funções parentais conjuntamente. Não há dúvida de que os filhos menores são os que mais sofrem com o rompimento dos laços conjugais, pois ainda estão em formação e ainda não possuem estrutura emocional para enfrentar a separação das pessoas que lhes servem de referência. E do divórcio pode nascer uma acirrada disputa pela posse dos filhos, tornando a criança um mero joguete nas mãos de muitos pais, que fazem do filho mais um troféu a ser conquistado como qualquer outro bem.

A guarda compartilhada surgiu como uma alternativa para atenuar os males que a ruptura conjugal causa aos filhos, sabe-se que é difícil romper um costume, a História nos mostra que as mudanças não ocorrem instantaneamente na sociedade. Mas esse modelo de guarda vem ganhando força na sociedade brasileira. Ela seria uma forma de exercício o poder familiar, que os pais desejam exercer após a ruptura da sociedade conjugal.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a igualdade entre homens e mulheres no inciso I do artigo 5º:

Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Esse posicionamento trouxe reflexos nos modelos de guarda dos filhos após o divórcio, que agora não necessita ser exercido exclusivamente pela mãe como era outrora, com o pai dando auxílio financeiro e visitando esporadicamente os filhos. Agora a regra geral é o modelo de guarda compartilhado com a participação de ambos os genitores na vida dos filhos. É da mesma opinião Grisard Filho:

Com o reingresso da mulher no mercado de trabalho, fato que se generaliza, fato que se generaliza a partir da segunda metade do século passado, mudam-se as regras, tanto no âmbito social como no familiar. Voltam os homens a assumir mais responsabilidades no lar e a querer participar mais atividade na vida de seus filhos, incluindo os cuidados físicos. (2010, p. 130)

Segundo Grisard Filho (2008) essa modalidade de guarda é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Dias (2009) entende que a guarda compartilhada proporciona mais prerrogativas aos pais, por que eles estarão atuando de forma mais intensa na vida dos filhos. Assim, haveria uma democratização de sentimentos e pluralização de responsabilidades, por que o que se deseja é manter os laços de afetividade diminuindo os danos que a separação causa nos filhos e fazendo com que os pais exercitem o poder familiar de forma igualitária.

Não há que se confundir a guarda alternada com a guarda compartilhada, fato que vem ocorrendo frequentemente na sociedade brasileira. Na guarda alternada a criança não possui residência fixa, ficando ora com pai e ora com a mãe, o que lhe trás muitos prejuízos por que não há uma continuidade nos hábitos. Já na guarda compartilhada um dos genitores permanece com a prole, sendo que o não-guardião tem liberdade para participar amplamente da vida do filho.

Nos dizeres de Dias (2009) “Não dá para confundir guarda compartilhada com o inconveniente guarda alternada, através da qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, procede-se praticamente a divisão da criança”.

Quintas (2010) ressalta que o Código Civil de 2002 nunca apresentou obstáculos para a fixação da guarda compartilhada, apesar disso os magistrados mostram-se apreensivos para aplicá-la. Isso porque, muitas vezes a guarda compartilhada é confundida com a guarda alternada originando uma preocupação com a alternância de residências, muitos desconhecem a guarda compartilhada com residência fixa.

A guarda compartilhada pode ser determinada com ou sem a alternância de residência. Quando há alternância de residências, os pais devem ficar atentos para que a criança tenha a mesma educação, criação, enfim siga as mesmas diretrizes em ambos os lares. É fundamental que isso ocorra, essa concordância de decisões entre os pais, do contrário estaremos diante da guarda alternada, extremamente rejeitada pela doutrina por trazer instabilidade ao ambiente do filho, já que no modelo alternado de guarda, em cada casa ele terá uma educação e rotina diferente.

Quintas expressa o pensamento a seguir:

A alternância de residências não é bem-vista nem pela doutrina jurídica nem pela jurisprudência. Muitos autores só concebem a guarda compartilhada

legal, não admitindo a alternância de residências. A favor ou contra não se pode negar a possibilidade de aplicar a guarda compartilhada também com residência alternada. O importante é que a guarda compartilhada poderá ser aplicada também com a residência fixa se os pais e os juízes entenderem que será melhor para o interesse da criança. (2010, p.77)

Teixeira (2009) não corrobora com a ideia da implantação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo a autora, esta modalidade de guarda é um instituto copiado de legislações estrangeiras, como exemplo, pode-se citar Portugal e Itália, em que após o fim do vínculo conjugal, o genitor não-guardião perde o poder familiar.

Nota-se que o mesmo não ocorre no Brasil, pois, o artigo 1632 do Código Civil de 2002 preleciona que as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação dos pais. Aqui o exercício da autoridade parental não sofre alterações, assim no Brasil o genitor não-guardião não é simples visitador dos filhos.

Segundo Teixeira (2009), “A única mudança limita-se ao direito de um dos pais ter seus filhos em sua companhia”. De acordo com a autora se refere à companhia permanente já que a criança tem direito fundamental à convivência familiar.

Conforme dito alhures, ainda é muito forte no Brasil a ideia de que o trato com os filhos é uma função eminentemente feminina, daí o grande alcance que a guarda unilateral em prol da mulher tem no nosso País. No Brasil o que a guarda compartilhada está fazendo é trazer à tona a discussão da redefinição dos papéis do homem e da mulher para com a filiação.

Segundo Teixeira:

Cresce, portanto, o desejo de ambos os genitores participarem da vida dos filhos, durante a conjugalidade e após seu fim. Nesse sentido, o real mérito da guarda compartilhada é mais social do que jurídico, pois vêem ao encontro do novo conceito de paternidade. A discussão em torno do assunto tem feito com que os pais busquem a implantação do modelo. Quando efetivada, porém, seus efeitos abrangem a experiência do pleno exercício da autoridade parental, nos exatos moldes do art.1632 do CCB/02. (2009, p.111)

É consenso na doutrina que a guarda compartilhada tenha se originado na Inglaterra. Tradicionalmente, neste País o pai era o proprietário, logo se houvesse alguma desavença entre o casal, o pai ficava com a guarda do menor. No século XIX, houve uma mudança de posicionamento do parlamento inglês, concedendo a guarda do menor à mãe. Porém, os ingleses perceberam que a injustiça apenas mudou de

lado, se antes a guarda era concedida somente ao pai, agora era exclusividade da mãe.

Para equilibrar a situação, foi criada a “split order”, isto é, um fracionamento da guarda, que resultou em dois desdobramentos que são: custody (custódia) e o care and control (cuidado e controle). É nesse momento que nasce a guarda compartilhada.

Mas, a manifestação inequívoca desta possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no Caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a Court d’Appel da Inglaterra, na decisão Jussa X Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e em 1980, a Court d’Appel da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper X Dipper, o juiz Ormrod, daquela corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada, na história jurídica inglesa. (LEITE, 2010, p.265)

Os Tribunais ingleses entenderam que desse modo os direitos do menor seriam atendidos, pois o maior interesse da criança é ter ambos os pais e seriam atendidos também os interesses dos genitores que teriam acesso a guarda do filho de maneira equilibrada, evitando assim uma série de conflitos e disputas em relação a posse da criança.

Como um fenômeno social que é não é possível afirmar com precisão o lugar onde teria surgido a guarda compartilhada. Em vários países em diferentes momentos há decisões que levam a esse tipo de guarda. Em relação ao surgimento da guarda compartilhada, Quintas aduz o seguinte:

Na Inglaterra, até meados do século XIX, a guarda dos filhos era atribuída aos pais, e às mães restava um acesso muito restrito. Com o British act de 1939, a guarda dos filhos passou a ser atribuída às mães, iniciando-se a doutrina do “tender years”, em que os filhos menores de 07 anos deveriam estar sob a guarda da mãe, deixando de haver uma presunção paternal para haver uma presunção maternal. Vale salientar que o *parens patriae* prevenia o melhor interesse da criança. (LEITE, 2010, p.106)

Nos Estados Unidos a ideia de compartilhar a guarda dos filhos surgiu nos anos de 1970, com o movimento de um pequeno grupo de pais que reivindicam o direito de participar mais ativamente da vida dos filhos após o divórcio. Contexto histórico para

o seu surgimento foi a igualdade entre homens e mulheres e o melhor interesse dos filhos.

De acordo com Quintas (2010), nos Estados Unidos cada Estado tem suas próprias leis então não há uma uniformidade na aplicação da guarda compartilhada e os pais podem optar dentre os vários tipos de guarda existentes para cuidar dos filhos. Sendo que é neste País onde mais se difundiu o exercício da guarda compartilhada.

No Brasil o projeto de Lei nº 6.350/2002 de autoria do deputado Tilden Santiago deu origem a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, a guarda compartilhada, que está expressa nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002. Ademais, a Lei 13.058, de 2014, também alterou alguns termos destes dispositivos. Vejamos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

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

§ 4º (VETADO).

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

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de

equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Anteriormente à edição da Lei 11.608/2008, era possível estabelecer a guarda compartilhada, porém ela era de pouca aplicação nos Tribunais brasileiros, talvez pelo preconceito que impera na sociedade de que a mãe estaria mais preparada para tratar dos filhos. Porém, com a nova escrita do artigo 1583 do Código Civil/2002 dada pela referida lei, a guarda unilateral concedida preferencialmente à mãe em detrimento do pai no ordenamento jurídico brasileiro resta abalada pelo menos na legislação. Já que o uso da guarda compartilhada ainda é incipiente no Brasil.

Segundo Grisard Filho (2010), a guarda compartilhada, é responsabilidade conjunta de pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto. Esse tipo de guarda não se limita às hipóteses de divórcio ou dissolução de união estável, abrange os que se tornaram pais após uma relação sexual episódica e desejam participar da vida do filho.

Corroborando com essa ideia Gama quando afirma que:

“Deve-se interpretar a expressão... “que não vivam sob o mesmo teto”... como significado de pessoas que nunca mantiveram ou deixaram de manter um projeto familiar comum, albergando, desse modo, o homem e a mulher, apesar de terem sido casados ou vivido em companheirismo, encontram-se separados, mas vivendo sob o mesmo teto devido a alguma circunstância que motive tal convivência, ainda que a título excepcional”. (2008, p.254)

Analisando o § 2º artigo 1583, notamos que o legislador pátrio consagrou o princípio do melhor interesse da criança com fundamento para atribuição da guarda, e esta deve ser dada a quem tiver melhores condições de exercê-la. A aptidão para dar afeto, saúde e educação descrita no parágrafo não é um rol taxativo, o juiz não deve se prender a essas hipóteses para conferir a guarda a alguém e não há hierarquia entre elas. O magistrado deve considerar todas as nuances do caso concreto para decretar a guarda.

No § 3º do artigo em comento, caso em que a guarda unilateral é adota, a atuação do genitor não-guardião foi ampliada, pois se reconheceu que só a visita não é suficiente para o exercício pleno do poder familiar. Assim, mesmo o pai ou a mãe que não detenha a guarda do filho, deve supervisioná-lo de uma maneira mais atuante, e não fazendo uma simples visita de fim de semana, em feriados ou em datas comemorativas. Percebe-se que o legislador, mesmo dando uma brecha para a guarda unilateral, procurou introduzir ao máximo o genitor não-guardião na vida do filho.

O artigo 1584 refere-se ao modo pelo qual a guarda unilateral e a guarda compartilhada podem ser requeridas. O legislador previu duas vias para a guarda ser decretada, são elas: pelo acordo entre os pais ou pela decretação do juiz.

O § 1º do referido artigo é uma tentativa de popularizar a guarda compartilhada, já que a maioria dos pais chega ao judiciário com um acordo pré-estabelecido sobre a guarda dos filhos. E de modo geral a guarda adotada é a unilateral para a mãe, pois como se sabe na nossa sociedade há um preconceito de que mulher estaria mais preparada do que o homem para cuidar dos filhos. Daí a importância desse parágrafo em que o juiz explica o modelo compartilhado de guarda e os seus benefícios para os filhos.

No § 2º do artigo em comento, encontramos uma situação que é motivo de acaloradas discussões. Geralmente a ruptura conjugal ocorre de modo estressante, com brigas entre o casal, e muitos pais pensam que qualquer desavença que fique entre eles após o fim do relacionamento é motivo para não se optar pela guarda compartilhada. Afinal, o bom relacionamento entre os pais é essencial para a decretação da guarda compartilhada? As opiniões são divergentes.

Sobre essa polêmica Grisard Filho, afirma o seguinte:

O destaque doutrinário da questão está em que a fixação da guarda compartilhada pelo juiz somente deverá ocorrer quando houver diálogo, civilidade e harmonia entre os pais. Entretanto, a nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do modelo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena, de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. Independentemente do litígio, o que a lei busca é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (2010, p.205)

Na opinião de Quintas:

A vontade dos pais é o ponto de partida para o juiz calcar sua decisão e este deverá sempre que possível acatá-la, mas não está obrigado a tal. Os pais envolvidos na disputa e no processo de separação podem, em alguns casos, tomar decisões que vão de encontro ao melhor interesse da criança. Caberá ao juiz analisar, em cada situação, a capacidade dos pais para satisfazer a necessidade dos filhos, levando em consideração a necessidade de cada criança, o relacionamento entre pais e filhos, a moradia e condições familiares. (2010, p.139)

O que precisamos ter em mente é que a desavença dos pais não é com os filhos. O casamento acabou, mas a paternidade e a filiação continuam. Assim, só em último caso, é que não se deve optar pela guarda compartilhada.

Na visão de Teixeira (2009), a sanção prevista no § 4º do artigo 1584, não é razoável porque pune o genitor sem questionar se a medida atingirá ou não os interesses do filho. A autora entende que a fixação da guarda e suas posteriores modificações devem ocorrer sempre em benefício dos filhos menores.

3.2 AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Na decisão sobre a guarda dos filhos após o fim do casamento, o ideal seria um acordo entre os pais que buscasse a máxima aproximação entre pais e filhos. O acordo evitaria conflitos, disputas dolorosas e demonstra a boa vontade dos pais para com a prole, priorizando o interesse no bem-estar destes. Assim, evitaríamos que o magistrado que é alheio ao convívio familiar do casal, impusesse uma decisão judicial.

Não há dúvidas de que a grande vantagem trazida pela guarda compartilhada é convivência dos filhos com ambos os pais. No modelo compartilhada ambos os genitores ficam com a guarda jurídica, exercendo igualmente os direitos e deveres para com os filhos, assim o cotidiano das crianças permanece inalterado na medida do possível. Pois, haverá uma continuidade do relacionamento amoroso entre pais e filhos sem que estes tenham que optar entre a mãe ou o pai. E caso haja o falecimento de um dos genitores a criança não terá que se readaptar ao não-guardião, já que convive com ambos os pais.

Quando não há um consenso entre os pais sobre a guarda, o processo judicial se prolonga trazendo desgaste principalmente para os filhos que não sabem com quem irão ficar. Além disso, a criança pode se sentir culpada quando sabe que esta sendo disputada pelos pais.

Segundo Quintas:

A opção da guarda compartilhada evita que os pais tenham de discutir quem apresenta melhores condições, evitando agressões e ataques desnecessários, utilizados apenas para garantir que não se perderá a guarda do filho. Os pais fazem tudo para não perder seus filhos e, se demonstrar a incapacidade do outro é uma forma de fazer valer esse convívio, é óbvio que os pais irão se agredir mutuamente, utilizando-se das armas possíveis para desmoralizar o outro, tornando-se inimigos, quando, na verdade, poderiam cooperar na criação dos filhos, o que facilitaria a possibilidade de organizar melhor seu tempo livre e sua atividade profissional. Diminui os conflitos e as mágoas. (2010, p.89)

No entendimento de Grisard Filho (2010) o genitor que não detém a guarda é um forte candidato à evasão da paternidade, ausentando-se do convívio com os filhos.

Sabe-se que no Brasil a mulher ainda é grande detentora da guarda unilateral, com a guarda compartilhada elas teriam mais liberdade para competir no mercado de trabalho, concluir os estudos, iniciar um novo relacionamento, enfim continuar a sua vida.

Assim como os outros modelos de guarda de filhos a guarda compartilhada também apresenta suas desvantagens, pois o que é bom para uma família pode não ser vantajoso para outra.

Quintas (2010) visualiza três problemas que podem afetar a guarda compartilhada, são os seguintes: Pais não cooperativos; o pai que não assume a guarda do filho e a alternância de residências.

Para que a guarda compartilhada seja exercida de modo vitorioso, tem que haver cooperação entre os pais. Ninguém termina um relacionamento por estar feliz, então o término do casamento ou união é sempre palco de conflitos e mágoas, porém o ex-casal precisa entender que eles continuam sendo pais de uma criança que precisa de cuidados.

O problema surge quando um dos pais ou ambos os pais buscam atingir o outro maltratando o próprio filho, nesse momento a guarda compartilhada se torna insustentável, muitas vezes por maldade ou mesmo imaturidade dos pais.

Quanto ao pai que não assume a guarda do filho, é uma questão cultural muito presente na nossa sociedade. É aquele homem que acredita que a responsabilidade pelo cuidado do filho é exclusividade da mulher. E a ele quando muito cabe o pagamento de uma pensão alimentícia, inviabilizando os propósitos da guarda compartilhada.

A alternância de residências é uma faceta e não um fundamento da guarda compartilhada. Assim, essa alternância pode ser efetivada ou não dependendo da necessidade e sempre respeitando o melhor interesse da criança.

Podem ainda, de acordo com Quintas (2010) surgir problemas após a instituição da guarda compartilhada. Dentre os mais comuns estão: as novas núpcias dos pais; mudança de ponto de vista dos pais; mudança de residência dos pais.

Com as novas núpcias de um dos pais, uma terceira pessoa é inserida na relação, o maior problema seria a adaptação da criança com o novo parceiro, já que em alguns momentos será impossível manter essa pessoa afastada de determinadas decisões da vida do filho. Reza o artigo 1588 do Código Civil que “o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”.

Em relação à mudança de ponto de vista dos pais, se as diferenças forem irreconciliáveis, deve-se apelar para o artigo 1631 do atual Código Civil, que diz o seguinte: “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Na visão de Quintas (2010) a mudança de residência não deve obstar o estabelecimento ou a continuidade da guarda compartilhada. A distância só afetará o compartilhamento da guarda em relação à alternância de residências.

Vejamos o entendimento de Grisard Filho sobre os comportamentos que tornam a guarda compartilhada desvantajosa:

Pais em conflito constante, não Cooperativos, sem 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. (2009, p. 225)

Mudanças ao longo da vida sempre existirão independentemente do modelo de guarda adotado. É impossível prever que tipo de mudança ocorrerá no futuro. Porém deve-se contar com o bom senso dos pais e dos magistrados para decidir se é melhor mudar ou continuar com a guarda compartilhada.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA X GUARDA UNILATERAL

A guarda compartilhada surgiu como um contraponto à guarda unilateral, em que o genitor guardião estreita os laços com o filho em detrimento do não-guardião. Tradicionalmente no Brasil após a separação dos pais os filhos ficam com as mães. Pois, ainda está muito arraigada na nossa cultura a ideia de que a mulher estaria mais bem preparada para os afazeres domésticos e para o trato dos filhos.

O compartilhamento da guarda trás um equilíbrio para a relação, já que os pais participam efetivamente das decisões da vida do filho de modo igualitário.

Sabe-se que a guarda unilateral é o modelo de guarda que ainda predomina nos Tribunais brasileiros, e isso é compreensível, porque durante muitos anos na nossa sociedade prevaleceu o entendimento de que o modelo unilateral evitaria conflitos entre os pais e conseqüentemente os filhos sofreriam menos. Porém, mesmo nesse tipo de guarda, os pais continuam a ter um contato mesmo que seja mínimo, e os conflitos continuam ainda que em menor grau.

Na guarda unilateral o genitor não-guardião tem direito de visita, dever de fiscalização e dever de dar alimentos ao filho. O direito de visita estava regulamentado no artigo 381 do Código Civil de 1916 e atualmente apresenta-se artigo 1632 do Código de Civil de 2002. Nota-se a preocupação com não afastamento de pais e filhos após o fim do relacionamento dos pais.

Art. 381. O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alterarem as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Na verdade o direito de visita pertence mais aos filhos que aos pais. Já que os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais para que os vínculos afetivos não afrouxem.

Leite tem o seguinte pensamento sobre o direito de visita:

A visita é um expediente jurídico de caráter compensatório que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos e, por isso, estabelece períodos, mais ou menos longos, conforme calendário estabelecido pelo juiz ou pelos esposos, de contato entre o pai não-guardião e o filho. Quase sempre os períodos de visita são fixados nos finais de semana, corridos ou alternados, feriados, dias de festa (aniversários, dia dos

Pais, dia das Mães, Páscoa, Natal e Ano-Novo, sempre alternados) e nas férias de inverno (julho) e de verão (janeiro e fevereiro). Em se tratando de crianças de tenra idade – até 5 (cinco) anos – a jurisprudência tem se manifestado contrária a que a criança durma fora do lar do guardião. É a forma quase ritual como se tem regulado o direito de visita. (2003, p.221)

De modo algum o direito de visita é absoluto, em determinadas circunstâncias ele pode ser suprimido. Por exemplo, pode-se citar os casos de pai ou mãe abusadores, de moral duvidosa.

É claro que há casos em que a guarda unilateral tem que ser aplicada, como quando há morte de um dos pais, nos caso de extinção, suspensão ou destituição do poder familiar. O que deve ser combatido é a aplicação da guarda unilateral sem nenhuma justificativa. O § 2º do artigo 1584 do Código Civil de 2002, trás em sua redação a expressão “sempre que possível” para a aplicação da guarda compartilhada. Assim entendemos que a aplicação da guarda unilateral só deve ocorrer em situações extremas.

Deve-se decretar a guarda unilateral nos caso de ausência de um dos pais, conforme prevê o artigo 6º do Código Civil de 2002 presume-se a morte quanto aos ausentes.

Sobre o assunto Comel diz o seguinte:

Com efeito, a ausência designa a circunstância de alguém se haver afastado de seu domicílio habitual sem deixar notícias de paradeiro ou representante para lhe administrar os bens e interesses, o que gera a incerteza quanto à existência da pessoa. Para administrar os bens do ausente ser-lhe-á nomeado um curador, mas ele não poderá investir-se, evidentemente, em qualquer hipótese, no poder familiar de que era titular o ausente, dada sua característica de intransmissibilidade. Assim, solução outra não poderia haver, visto que o domicílio do filho é o do pai e, se neste ele não está, impossibilita o exercício efetivo. (2003, p.198)

A guarda exclusiva decretada a bel prazer dos pais só por que é modo mais confortável para ambos é prejudicial a todos os envolvidos, assim corroboramos com a seguinte argumentação de Quintas:

O não-guardião tem sua relação com os filhos consideravelmente afetada, é privado do seu direito de participar ativamente do desenvolvimento de seus filhos, apresentando-se para eles como um mero “recreador” de fim de semana de fim de semana, alguém inapto a tomar decisões sobre suas vidas. A guarda exclusiva transforma o não-guardião em mero provedor, visitador sazonal e o pouco contato vai progressivamente afastando-a dos filhos. (2010, p.43)

Ainda segundo Quintas (2010), o genitor guardião tem que assumir responsabilidades e tomar decisões importantes sobre a vida do filho sozinho sob a fiscalização do outro. Mas, o poder familiar é um múnus dos pais, porque o filho pertence aos dois.

Desse modo, o pai ou a mãe que não detém a guarda não pode ser um mero visitante dos filhos. Para que isso não ocorra, existe o dever de fiscalização. Com ele quem não detém a guarda, verifica e discute sobre as decisões mais importantes da vida do filho.

Grisard Filho (2010), diz que o dever de fiscalização é uma forma de o genitor não-guardião exercer indiretamente a sua responsabilidade parental. Para ele, tal responsabilidade fica adormecida e só desperta quando o guardião não cumpre suas funções corretamente para com o filho. Então, sempre que houver o exercício incorreto do múnus, o genitor que não detém a guarda pode acionar o judiciário para corrigir as falhas que o outro comete.

Assim, pode-se dizer que através do dever de fiscalização é que se controlam as ações de quem possui a guarda. Quem não ficou com a guarda tem o direito de saber como está a saúde do filho, que tipo de educação a criança está recebendo. Outra obrigação dos pais para com os filhos menores é o dever de alimentos, que está previsto no inciso IV do artigo 1566, do Código Civil de 2002, dizendo: São deveres de ambos os cônjuges dar sustento, guarda e educação dos filhos. Na constância do casamento essa é uma obrigação corriqueira dos pais que devem suportar todas as necessidades básicas dos filhos, como educação, saúde, moradia e alimentos.

Porém, quando há o rompimento da união, o dever de alimentos se transforma em pensão alimentar para o genitor não guardião. Essa obrigação deve ser suficiente para cobrir as necessidades básicas do filho, mas não poder levar o provedor ao estado de penúria.

Leite posiciona-se sobre o assunto da seguinte maneira:

Objetivamente considerada, a pensão alimentícia deve ser suficiente a cobrir as necessidades vitais da criança (alimento, habitação etc). Mas, subjetivamente falando, estas necessidades só podem ser supridas na medida em que os recursos do devedor de alimentos o permitirem. Logo, deve haver uma proporcionalidade entre pretensão do credor (critério objetivo) e as disponibilidades do credor (critério subjetivo). (2003, p.228)

Em contrapartida o genitor guardião terá as funções de administrar os bens dos filhos e a responsabilidade civil pelos atos destes.

Enquanto perdurar a união dos pais, estes são responsáveis pela administração e usufruto dos bens dos filhos. Assim diz o artigo 1689 do atual Código Civil:

Art.1689: O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:
I – São usufrutuários dos bens dos filhos;
II – Têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Após o rompimento da união, as prerrogativas citadas transferem-se para o genitor guardião. Em relação à responsabilidade civil dos pais em relação aos danos causados por filhos menores, artigo 932, I, do Código Civil de 2002 diz o seguinte:

Art.932. São também responsáveis pela reparação civil:
I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Segundo Grisard Filho (2010, p. 82), “o princípio da presunção da culpa vigora quanto aos pais que estejam na titularidade do poder familiar e no exercício da guarda”.

Enquanto os pais permanecem unidos e levando uma vida em comum com os filhos, eles respondem solidariamente pelos atos praticados pelos filhos menores. Porém, com o fim da união, se ficar estabelecida a guarda unilateral extingue-se a solidariedade. E a responsabilidade civil recai totalmente sobre o genitor guardião, porque ele tem o dever de educar e vigiar o filho que esta sob sua guarda.

Entretanto, se ficar provado que houve força maior, caso fortuito e culpa de terceiros, fica excluída a culpa do genitor guardião.

3.4 O USO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PROL DA GUARDA COMPARTILHADA

Tradicionalmente no Brasil busca-se o judiciário para solucionar os mais diversos problemas. No âmbito do direito de família esse comportamento não é diferente, ocorre que o espaço familiar é o ambiente mais privado da vida das pessoas. Por mais que magistrados, psicólogos e assistentes sociais estejam preparados para lidar com separações que envolva disputa por filhos, os conflitos familiares apresentam nuances que são só do conhecimento daqueles que convivem

no dia-a-dia. Então nada melhor do que a mediação para se finalizar os conflitos que envolvem a guarda de filhos.

Akel conceitua a mediação da seguinte forma:

A mediação é a técnica que induz as pessoas numa rápida resolução de um conflito, necessitando da intervenção de uma terceira pessoa denominada mediador que auxiliará no deslinde de uma questão, de forma criativa, apresentando as partes à possibilidade de ganhos mútuos e propiciando um acordo mais satisfatório para os próprios interessados. (2010, p.68)

A vantagem da mediação é que nela não há vencedores e vencidos como estamos habituados a verificar processo comum. Nela prepondera o dialogo entre os pais que irão solucionar os conflitos que impedem a adoção da guarda compartilhada.

Para Thomé:

No Judiciário não há espaço para oferecer atenção às carências emocionais das partes envolvidas em conflitos, principalmente familiares, como frustrações, abandonos, honra e respeito, que são aspectos subjetivos das pessoas, mas que quando afetados pelos conflitos, acarretam na disputa judicial, compensação financeira, como se constata nos longos processos litigiosos de separação e divórcio, com disputas acerca da guarda, visitas e alimentos para os cônjuges, para os filhos menores ou incapazes e na partilha dos bens. (2012, p.112)

Quintas (2010) afirma que “enquanto em alguns países a cultura é de assegurar as relações familiares através de contratos, no Brasil passe-se ao magistrado esta tarefa”.

Atualmente o judiciário encontra-se abarrotado de processos, há uma grande reclamação sobre a lentidão da Justiça e nem sempre as partes ficam satisfeitas com as decisões dos magistrados. Nesse sentido, a mediação seria um caminho para diminuir a demanda pelo judiciário. E permitir que os pais tomassem uma decisão mais consciente e segura sobre a da guarda dos filhos, não permitindo que desavenças banais entre o casal ou até mesmo por costume social, a criança ficasse privada de uma guarda compartilhada.

Corroborando com essa ideia Quintas ao afirmar que:

A mediação favorece uma opção pela guarda compartilhada ao permitir que os pais, através da comunicação, percebam seu papel na formação dos filhos, ao exporem suas necessidades e dificuldades na busca da solução, declarando seus sentimentos e anseios, para os quais a justiça tem reservado pouco espaço. (2010, p.100-101)

As decisões que nos são impostas de maneira unilateral geram de imediato uma resistência. No caso da guarda compartilhada sendo imposta pelo juiz sem o consentimento dos pais pode gerar problemas no futuro, no caso de desavenças irreconciliáveis e brigas constantes na presença dos filhos, optar pela guarda unilateral é o melhor caminho.

Nesse mesmo sentido Thomé:

As soluções impostas, quando não adequadas à realidade e desejo das partes, tendem a não ser cumpridas, especialmente no núcleo familiar, onde existem regras próprias de comportamento assimiladas pelos membros da família que, mesmo freqüente a uma decisão judicial, deixam de cumprir o estabelecimento da sentença. (2010, p.112-113)

De maneira nenhuma a Mediação deve ser vista como o fim da atividade jurisdicional, ela veio para somar, sendo mais uma alternativa na busca pela solução dos conflitos, almejando a pacificação social.

Akel afirma o seguinte sobre o papel do mediador:

Figura de extrema importância nessa nova tendência que está se assentando no direito brasileiro, o mediador deve ser um profissional especializado em técnicas de comunicação, negociação e manejo de conflitos que irá auxiliar as partes a buscar formas novas e diferenciadas para a solução dos problemas existentes. O mediador necessita manter-se sempre neutro e imparcial com relação ao que as partes decidirem, sem influenciar ou tomar partido de uma delas. (2010, p.70)

Thomé (2010) aduz que “o mediador é um terceiro imparcial que terá atuação direta no auxílio do processo de mediação, não podendo estar comprometido com qualquer das partes, seja em termos profissionais, afetivos ou sociais”.

A mediação familiar serviria aos propósitos da Lei 11.698/2008 na medida em que é capaz de proporcionar aos pais um espaço para uma discussão ampla, em que seriam debatidos todos os prós e contras da aplicação da guarda compartilhada.

Apesar de sabermos que no Brasil sempre foi possível a aplicação desse modelo de guarda mesmo sem o estabelecimento da Lei 11.698/2008, através de uma maior efetivação da autoridade parental. Porém nos casos concretos presenciamos outro tipo de situação, com a guarda unilateral aplicada amplamente. Pois como foi dito anteriormente, no nosso País, mesmo após todas as mudanças ocorridas no século XX, ainda é bastante arraigado o pensamento de que o cuidado com os filhos seria reservado à mulher, e ao homem caberia o papel de provedor.

Assim Thomé afirma que:

A mediação familiar pode oferecer ao casal ou à família em fase de ruptura conjugal, um ambiente propício à negociação, à escuta, a autodeterminação para a escolha das regras e condutas a serem seguidas após a concretização da separação ou do divórcio, garantindo a continuação das relações parentais com a implementação de acordos de participação direta no exercício do poder familiar de ambos os ex-cônjuges, mas principalmente daquele que está fisicamente afastado do grupo familiar, alterando a forma de comunicação para reformar a capacidade de autogerenciamento e negociação do casal. (2010, p.120-121)

O entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Sergipe está em consonância com a maioria dos Tribunais do Brasil ao não aplicar a guarda compartilhada quando há animosidade entre os pais. O que abre caminho para a mediação familiar para que o ex-casal supere suas diferenças em prol dos filhos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA C/C PEDIDO DE ALIMENTOS, PARTILHA DE BENS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - PREMILINAR - APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC PARA CONSIDERAR O RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSIVEL E IMPROCEDENTE - DESACOLHIMENTO - ALIMENTOS PARA A SEPARANDA - ATENDIMENTO AO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO CAPAZ DE COMPROVAR QUE A MESMA ENCONTRA-SE SEM AUFERIR QUALQUER ESPÉCIE DE RENDA, NÃO POSSUINDO, NO MOMENTO, CONDIÇÕES DE ARCAR COM O PRÓPRIO SUSTENTO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE TORNE AVILTANTE PARA O REQUERIDO O PAGAMENTO DE PENSÃO ATÉ O MOMENTO EM QUE A MESMA COMEÇAR A AUFERIR RENDA, OU SEJA, ATÉ A PERCEPÇÃO DO PERCENTUAL DE 25% DOS RENDIMENTOS DA EMPRESA DO CASAL (I.M.A. - CORRETORA DE SEGUROS) - GUARDA COMPARTILHADA. CONVIVÊNCIA DESARMONIOSA ENTRE OS GENITORES E APEGO DOS MENORES AO PAI - LAUDOS SOCIAL E PSICOLÓGICO - DESCABIMENTO. Consoante entendimento assente em nossos Tribunais Pátrios, a guarda compartilhada se mostra recomendável somente quando entre os genitores houver relação pacífica e cordial, hipótese inócurrente nos autos. Presente a litigiosidade entre os pais, não há como se acolher o pedido, impondo-se manter a guarda deferida com exclusividade ao genitor - ALIMENTOS DOS FILHOS - ALTERAÇÃO QUANTO AO TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO - PARTILHA DOS BENS MÓVEIS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO VALOR ATUAL DOS BENS, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, E DEVER DO APELADO EM INDENIZAR A RECORRENTE PELA METADE DA IMPORTÂNCIA ENCONTRADA (50%) - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELA VARA DE FAMÍLIA DE IRREGULARIDADE NA VENDA DE IMÓVEL - PROVIMENTO PARCIAL DO APELO - DECISÃO UNÂNIME...(Apelação Cível nº2007204406, Relator: José Alves Neto, Data do julgamento: 16/07/2007, Órgão Julgador: Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Sergipe)

Desse modo, a mediação familiar pode ser um caminho para trabalhar a falta de consenso entre os pais e direcioná-los sempre que possível à guarda compartilhada.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve por objetivo fazer um estudo sobre a guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral no Brasil. Tendo em vista que com a introdução da Lei 11.698/08 no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada passa ser a regra e a guarda unilateral exceção. Esse posicionamento representou uma mudança de paradigma para a nossa sociedade, já que, de modo geral, a mãe ficava com a guarda dos filhos após o fim da sociedade conjugal.

Assim, a Lei da guarda compartilhada surgiu com o intuito de chamar a atenção da sociedade brasileira de que ambos os pais têm que participar efetivamente da vida dos filhos, principalmente após o divórcio, evitando-se que pais ou mães sejam meros visitantes dos filhos.

Concluiu-se, sobretudo, que não existe um tipo de guarda ideal, tendo em vista os arranjos familiares que são diversos, pois nem todos os casais terminam o relacionamento de modo amigável e alguns pais até fazem da criança um objeto de barganha.

Até a guarda compartilhada, que a princípio mostra-se como a guarda mais compatível com o interesse dos filhos, pois se constitui em ter ambos os pais junto de si, pode-se tornar maléfica, se em algum momento um dos pais ou ambos usarem a criança para atingir o outro.

Assim, deve-se sempre analisar o caso concreto para saber qual o tipo de guarda que atende ao melhor interesse da criança. O correto seria os pais darem continuidade aos cuidados com o filho, superando as mágoas oriundas da ruptura do relacionamento.

Desse modo, a mediação familiar pode levar ao casal o entendimento de que os pais devem participar da vida dos filhos não só como visitantes de fim de semana ou pagadores de pensão alimentícia.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: Um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- BARROS, Washington Monteiro de. **Direito de Família**. vol. 2. 40. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1251000/MG**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?>, Acesso em: 10 set. 2019.
- BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. **Acórdão n. 567993, 20100910156335APC**, Relator: Lecir Manoel da Luz. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?> Acesso em: 04 set. 2019.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**: Estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 5. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**: Guarda Compartilhada à luz da lei nº. 11.698/08. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda Compartilha**: Comentários aos artigos 1583 e 1584 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. São Paulo: Edipro, 2011.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: Trabalho de Conclusão de Curso**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº187682010**, Segunda Câmara Cível, Tribunal de justiça do MA, Relator: Marcelo Carvalho Silva. 01/02/2011. Disponível em: www.jurisconsult.tjma.jus.br Acesso em: 30 ago. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0024.08.197958-5/001** - Relator: Exmo. Sr. Des. Vieira de Brito. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?, acesso em: 16 ago. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Direito de Família**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1983.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: www.tjrs.jus.br Acesso em: 05 set. 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6, 28. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2007204406**. Relator: José Alves Neto. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-jurisprudencia>. Acesso em: 13 set. 2019.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.