

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

GABRIELA AGUIAR DE SOUSA

**A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS BENEFÍCIOS PARA A FORMAÇÃO
SOCIAL CRIANÇA**

SÃO MATEUS

2017

GABRIELA AGUIAR DE SOUSA

**A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS BENEFÍCIOS PARA A FORMAÇÃO
SOCIAL CRIANÇA**

Projeto de Pesquisa apresentado à Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. MsC. Lorena Novaes Farage

SÃO MATEUS

2017

A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS BENEFÍCIOS PARA A FORMAÇÃO SOCIAL CRIANÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em de de 2017.

BANCA EXAMINADORA

PROF. LORENA NOVAES FARAGE
FACULDADE VALE DO
CRICARÉ ORIENTADORA

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

DEDICATÓRIA

À minha família pelo amor incondicional,
em especial meu pequeno príncipe Miguel,
por ser o meu maior motivo para,
dedicação e persistência. Dedico!

AGRADECIMENTOS

À Deus, fonte inesgotável de sabedoria e amor;

Aos professores da Faculdade Vale do Cricaré, pelos ensinamentos tão bem nos repassados;

Aos meus familiares e amigos pelo apoio de sempre.

A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf von Ihering

SIGLAS

CRFB/88 – Constituição Federal.

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma reflexão acerca da problemática da guarda compartilhada e seus reflexos na formação integral da criança, que levará resultados para a vida adulta e certamente, gerará produções na sociedade. É evidente que ao ocorrer à ruptura na relação conjugal, especialmente quando existem filhos desta relação, as crianças são os entes que mais sofrem, uma vez que têm que aprender a conviver sem a presença de um dos pais e todo o novo cenário que se apresenta novos hábitos, por vezes nova moradia, os possíveis novos relacionamentos dos pais, entre outros fatores. Essa mudança na configuração familiar traz consequências à criança de forma que pode afetar seu desenvolvimento e sua identidade ao longo da formação de sua personalidade. Desta forma, o objetivo desta pesquisa está em identificar os impactos da guarda compartilhada na educação e formação social do indivíduo, reconhecendo pontos negativos e positivos deste processo, com o compromisso social de facilitar o estudo desse fenômeno. Trata-se de um estudo de cunho bibliográfico onde recorreu-se a leituras diversas em autores como Ramires (2004), Souza (2000), entre outros para compor seu embasamento teórico. Os resultados da pesquisa levaram à percepção de que quando ambos os genitores participam da educação dos filhos, igualmente, o desenvolvimento social desta criança tende a ser o mais saudável possível e ela pode atravessar a fase de separação dos pais sem grandes dificuldades que possa repercutir em sua vida adulta.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; Relação conjugal; Formação Social.

ABSTRACT

This course conclusion work is a reflection on the issue of shared custody and its impact on the development of children, which will result in adulthood and certainly will generate productions in society. It is evident that the rupture occurs in the marital relationship, especially when there are children in this relationship, children are the ones who suffer most, since they have to learn to live without the presence of a parent and all the new scenario presents, new habits, sometimes new housing, possible new parental relationships, among other factors. This change in family structure has consequences to the child so that it can affect their development and identity through the formation of his personality. Thus, the objective of this research is to identify the shared custody of impacts on social education and training of the individual, recognizing negative and positive points of this process, with social commitment to facilitate the study of this phenomenon. This is a bibliographic study of nature which appealed to many readings in authors like Ramires (2004), Souza (2000), among others to form its theoretical basis. The survey results have led us to the realization that when both parents participate in their children's education, also, the social development of the child tends to be as healthy as possible and it can go through the phase separation from parents without major difficulties that can pass in his adult life.

Keywords: Shared Guard; Marital relationship; Social formation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS HISTÓRICOS, NOÇÕES SOBRE O DIREITO COMPARADO E A LEI BRASILEIRA	2
1.1 Contextualizando a guarda compartilhada	8
1.2 A guarda compartilhada na forma da lei	11
1.3 Poder familiar	13
1.3.1 O conteúdo do poder familiar	14
1.3.2 Companhia e guarda	16
1.3.3 Representação e assistência	17
1.3.4 A Extinção do poder familiar	17
1.3.5 A suspensão do poder familiar	18
1.3.6 O instituto da guarda	20
1.3.7 O escopo da guarda	22
1.3.8 Tipos de guarda	22
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO DIREITO DE FAMÍLIA...23	
2.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana	24
2.2 Princípio da sociedade familiar	25
2.3 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos.....	27
2.4 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros.....	28
2.5 Princípio da afetividade.....	29
2.7 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	31
3 A FAMÍLIA: PRIMEIRA INSTITUIÇÃO FORMADORA DA CRIANÇA.....33	
3.1 A guarda compartilhada e seus benefícios na formação social da criança.....	35

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E OS ASPECTOS POLÊMICOS RELACIONADOS À GUARDA COMPARTILHADA: ALIMENTOS, VISITAS E PENALIDADES AO GUARDIÃO	38
5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	50
6 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O ser humano é um elemento naturalmente gregário, isto é, vivemos em sociedade, em uma sociedade civil, baseada no pacto social, e estabelecida pelo contrato social. A lei determina os limites, os direitos e as obrigações dos pactuantes, estabelecendo como proceder em uma sociedade civil, envolvendo todos os aspectos de bem viver e bem conduzir. A lei tenta prever todas as situações em que as pessoas possam estar envolvidas, até mesmo naquelas situações em que foram estabelecidas inclusive pela religião como é o caso do casamento.

O casamento é visto como uma instituição que formará a família e daí decorre vários direitos e obrigações legais, onde pretende-se uma proteção do casamento, das pessoas envolvidas e dos filhos decorrentes desta união. O casamento está regulado pelo atual Código Civil, a partir do artigo 1.511.

Quando ocorre a separação entre um casal, inevitavelmente os mais atingidos são os filhos, pois eles passam a ter que conviver com uma nova realidade que é a ausência de um dos cônjuges, além de uma série de outras situações que podem se apresentar de acordo com cada caso concreto.

Para que a criança tenha um contato maior com ambos os pais, foi instituída em 13 de junho de 2008 através da Lei 11.698, a guarda compartilhada que surgiu com o objetivo de manter os filhos sob a guarda dos pais, mesmos estes estando vivendo em casas separadas.

A partir da instituição desta lei, os pais tornaram-se corresponsáveis na educação e convivência com os filhos, dando-lhes assistência e atenção até que estes se tornem adultos. É importante ressaltar que essa assistência deve ser a mais saudável possível, o que muito pode contribuir para a formação social da criança e contribuindo com o seu desenvolvimento.

É nesta direção que entendemos que a guarda compartilhada é um processo bastante complexo, na medida em que os pais têm a fundamental missão de fazer com que os filhos convivam com os dois, em situação de igualdade.

Além disso, é primordial que passe para as crianças que o vínculo familiar continua forte, ou seja, apesar de não viverem sob o mesmo teto, a responsabilidade pela sua educação e formação é de ambos, sempre observando situações que evitem traumas e outros problemas que ocorrem com a separação dos pais. A estrutura

familiar é fundamental para que a criança cresça em ambiente saudável para que ocorra seu total desenvolvimento, e este incidirá sobre a sociedade.

Partindo dessa premissa, a presente revisão bibliográfica visa discorrer sobre a guarda compartilhada, dando ênfase à sua aplicação na formação da criança, uma vez que entendemos que, ao haver uma separação entre o casal, rompe-se um laço familiar e este deve ser encarado pelos filhos como uma coisa natural e não traumática e dolorosa, o que poderá trazer problemas futuros na idade adulta.

O objetivo geral da pesquisa consiste em identificar os reflexos da guarda compartilhada na educação e formação social da criança, apontando pontos positivos e negativos nesse processo. Como objetivos específicos, elencamos os seguintes: conceituar guarda compartilhada; conhecer e identificar as mudanças de paradigmas nos arranjos familiares ao longo dos tempos; conhecer a legislação pertinente ao processo de guarda compartilhada e identificar os efeitos da guarda compartilhada na educação e formação social dos filhos.

A escolha do tema fez-se por uma questão pessoal do pesquisador que busca compreender o efeito de uma separação conjugal sobre os filhos, bem como a importância de uma maior convivência com ambos os pais.

A metodologia da pesquisa centrou-se em contribuições teóricas de diversos autores que discorrem sobre o assunto, além de publicações em periódicos, empréstimos em bibliotecas, bibliotecas virtuais, entre outros.

O estudo justifica-se na medida em que se compreende que na nossa sociedade contemporânea encontramos vários arranjos familiares que se encontram diferentes dos modelos de família, ou seja, já é possível encontrarmos casais morando em casas separadas, mas com a responsabilidade da educação e formação dos filhos.

Os resultados encontrados na pesquisa refletem o raciocínio de que a guarda compartilhada é um dos artifícios encontrados pela legislação para que se busque uma unidade e uma coparticipação, haja vista que antes a mãe era a principal responsável pelas crianças, sendo relevado ao pai o direito de visitas, com pouco contato ou responsabilização em sua formação.

1 A GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS HISTÓRICOS, NOÇÕES SOBRE O DIREITO COMPARADO E A LEI BRASILEIRA

A criança, de acordo com o período histórico, ocupa posição diversa na família. No direito inglês, em meados do século XVIII, era considerada um simples objeto, uma coisa que pertencia ao pai. Com o passar dos anos, a preferência pela guarda da criança foi conferida à mãe. Posteriormente, a visão sobre as responsabilidades dos pais frente aos filhos foi sendo alterada, sendo que, na atualidade, o direito inglês busca distribuir a responsabilidade, de forma igualitária, entre os genitores. À mãe tocam os cuidados diários, os chamados *care and control*, cabendo ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos filhos.¹

A guarda de criança é um assunto tão relevante que a *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver os assuntos relacionados ao tema.²

Existem outros termos para designar a guarda compartilhada, como, por exemplo, *guarda conjunta*. O termo *guarda conjunta* é de origem inglesa, “joint custody”, e diz respeito à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os genitores. Entende-se que, nesta modalidade, os pais têm efetiva e igualitária autoridade legal sobre os filhos, dispensando-lhes maiores cuidados do que na guarda única (*sole custody*).³

A guarda compartilhada começou a ser aplicada, há cerca de 20 anos, na Inglaterra, passando a ser adotada na França, no Canadá e nos Estados Unidos. A Califórnia, em 1980, aprovou a lei que acrescentou a guarda compartilhada, iniciativa rapidamente reproduzida por outros Estados, valendo lembrar que “o número de famílias em fase de divórcio com acordos de guarda compartilhada subiu, na Califórnia, de 5 para quase 20%”, sendo que, em Massachusetts, “somente 5% das crianças têm dupla residência”⁴. Atualmente, países da América Latina, como Argentina, Uruguai e Cuba também a utilizam⁵. Na Europa, o Código Civil português e o espanhol prevêm o exercício conjunto da guarda.⁶

¹ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

² Idem.

³ ALVES, Wellington Lopes. *Da guarda compartilhada dos filhos*. Disponível em: <<http://uj.com.br/publicações>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

⁴ WALLERSTEIN, Judith; LEWIS, Julia; BLAKESLEE, Sandra. *Op cit.*, p. 257.

⁵ ALVES, Wellington Lopes. *Op cit.*

⁶ GISARD FILHO, Waldyr. Quem (ainda) tem medo da guarda compartilhada? Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 11 fev. 2017.

Na França, outro país europeu adepto ao compartilhamento, após a oitiva dos filhos, o juiz fixa a autoridade parental de acordo com os interesses e necessidades dos infantes. Caso seja estabelecida a guarda única, compete ao magistrado decidir com quem ficarão os filhos. Estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o juiz para que seja estabelecido o compartilhamento.⁷

Na atualidade, “tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição da guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas, tenham sido levantadas no transcorrer do processo”⁸.

No Brasil, de início, os Tribunais foram muito cautelosos na aplicação da guarda compartilhada. Com o tempo, passou a ser vista como uma possibilidade de diminuir os sofrimentos advindos da ruptura conjugal, possibilitando a observância do melhor interesse da criança. Segundo dados do IBGE, no ano de 2006, foram registrados 102.997 separações e divórcios com filhos menores de idade. Neste universo, foi deferida a guarda compartilhada somente em 3,03% dos casos.

A partir de 13 de agosto de 2008, vigora a Lei nº 11.698, instituindo a guarda compartilhada, sem anterior previsão legal no nosso ordenamento jurídico. No Direito de Família, ‘guarda’ significa cuidado, amparo e proteção aos infantes no curso de seu desenvolvimento. Cuidar, mais do que atender as necessidades materiais, tem o sentido de acolher, ajudar, orientar, respeitar, tendo como norte o superior interesse da criança, conforme vem expresso na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Durante o casamento ou a união estável, embora sem expressa menção no texto da lei, vigora a guarda compartilhada, cabendo a ambos os pais o dever e a responsabilidade pelo cuidado dos filhos. A nova lei pretende que, com a separação, os filhos não venham a se verem privados dos cuidados e da convivência de ambos os pais, impedindo que o rompimento da relação conjugal afete a relação parental.

Nesse sentido, a guarda compartilhada é definida no §1º do artigo 1.583 do Código Civil: “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

⁷ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Op cit.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 269.

comuns”. O compartilhamento passa a ser a regra, ficando a guarda unilateral como uma medida de exceção, aplicável somente nos casos em que o compartilhamento não possa ser instituído.

O requerimento da guarda conjunta pode ser formulado em ação autônoma de separação, divórcio, dissolução da união estável ou em procedimento cautelar, de forma consensual pelo pai e pela mãe, ou por qualquer um deles (art. 1.584, I, Código Civil). Pode, ainda, ser decretada pelo juiz para atender as necessidades específicas dos infantes ou para melhor distribuir o tempo necessário de convívio da criança com cada um dos genitores (art. 1.584, II, Código Civil). Caberá ao juiz, por ocasião da audiência de conciliação, informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada, bem como as sanções pelo descumprimento imotivado das cláusulas estabelecidas, o que poderá implicar na redução de prerrogativas atribuídas ao genitor descumpridor, inclusive, quanto ao número de horas de convivência com o filho (art. 1.584, §1º e §4º, Código Civil).

De forma absolutamente desarrazoada, o §2º do referido artigo estabelece que, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Dispõe a lei que, mesmo sem o consenso dos pais, pode o juiz determinar o compartilhamento tendo como norte o melhor para a criança. Fica a pergunta: é possível atender ao melhor interesse da criança impondo, de modo compulsório, um tipo de guarda que exige a cooperação de ambos os pais, mesmo sem o consentimento dos genitores?

Em bom momento, a lei ressalva a possibilidade de o juiz basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer *as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada* (art. 1.584, §3º, Código Civil). Mesmo não estando o juiz adstrito às conclusões do laudo, a manifestação de profissionais habilitados deve ser valorizada, em especial, por dizer respeito a uma decisão que vai interferir diretamente na vida da criança.

A mesma lei contempla, ainda, a hipótese de a guarda não poder ser exercida pelos genitores, como se vê nos casos em que a negligência, a violência e o abuso se fazem presentes nas relações pais/filhos. Neste caso, cabe ao juiz deferi-la à pessoa (ou pessoas) que revele melhor aptidão para executar tal mister, devendo ser observado, para a escolha, na medida do possível, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade da criança com o pretense guardião (art. 1.584, §5º, Código Civil).

Ressalta-se que a guarda, nestes casos com em outras situações, pode ser compartilhada com terceiras pessoas, como tios, avós, ou, ainda, envolvendo um dos genitores e terceira pessoa, como os avós maternos ou paternos⁹. Desta maneira, estar-se-á respeitando o constitucional princípio da dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, atendendo ao superior interesse da criança.

O grande debate em torno da guarda compartilhada situa-se na necessidade ou não de os genitores, após a ruptura da convivência conjugal, manterem um relacionamento harmonioso, pautado pelo respeito e desejo de querer proporcionar a melhor educação e o melhor atendimento das necessidades dos filhos. Segundo Pereira, “é indiscutível que a guarda conjunta só pode ser adotada quando comprovado que os pais apresentam condições de equilíbrio psíquico para este belíssimo, mas complicado mister”¹⁰.

No mesmo sentido, a lição de Lima:

No regime da guarda compartilhada não há o chamado ‘trânsito livre’ dos cônjuges ou ex-companheiros na residência do outro. Para que haja êxito nessa modalidade de guarda, é indispensável que os pais respeitem, reciprocamente, o espaço de cada um, sua intimidade, inclusive a de suas famílias reconstituídas. Assim, a guarda compartilhada não pode servir de instrumento de invasão de privacidade de pais separados, muito menos prestar-se para fins não condizentes com o melhor interesse dos filhos.¹¹

Ocorre que esta basilar prerrogativa para o sucesso da guarda conjunta revela uma dificuldade prática, pois são raros os casais que conseguem manter um bom relacionamento após a ruptura da vida em comum. Como falar em divisão da guarda e de visitação livre se os pais mantêm-se em estado de beligerância? Nos casos onde não há o consenso dos genitores, preferível que a criança fique sob a guarda física de um deles, o que tiver melhores condições de exercê-la, conforme preceitua a clássica guarda unilateral, sendo ao outro atribuído o dever de visitar o filho¹². Tal

⁹ Ver: MAGALHÃES FILHO, Sérgio de; AZEVEDO, Ana Maria Junqueira de. Guarda compartilhada entre mãe e tio do menor. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n. 04, p. 50-62, jun./jul. 2008.

¹⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Alimentos na investigação de paternidade e na guarda compartilhada. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil*. Aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.

¹¹ LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda compartilhada: aspectos teóricos e práticos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 34, p. 22-26, jul./set. 2006.

¹² APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA DE MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. Consoante entendimento assente nesta corte, a guarda compartilhada se mostra recomendável somente quando entre os genitores houver relação pacífica e cordial, hipótese inócurrenente nos autos. Presente a litigiosidade entre os pais, não há como se acolher o pedido, impondo-se manter a guarda deferida com exclusividade à genitora. (TJRGS, Apelação Cível

comportamento garante à criança a convivência em um ambiente menos hostil, preservando-a de assistir novas brigas e discussões dos pais, além das que já deve, muito provavelmente, ter presenciado antes da ruptura conjugal.

Para a adequada aplicação da guarda compartilhada, necessário se fazem algumas considerações sobre o princípio do superior interesse da criança.

Na Carta Magna, em seu artigo 226, encontra-se contemplado que “a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado”. Neste mesmo artigo, encontramos que as pessoas têm isonomia para o exercício da sociedade conjugal, o qual deve ser pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana.

Em casos de dissolução do casamento e que desta união tenha nascido filhos, a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 surgiu para que se mantivesse o contato com ambos os pais, uma vez que a separação conjugal inevitavelmente levará os cônjuges a viverem em locais distintos.

Essa inovação na guarda dos filhos que passou a ser compartilhada entre os cônjuges ganhou força na França, a partir do ano de 1976, o que possibilitou uma nova redação do Código Civil francês que, em 04 de março de 2002, previa a guarda conjunta entre os pais e mantendo a autoridade de ambos os genitores. A partir daí foi se consolidando o modelo de guarda compartilhada em todos os continentes.

Acompanhando a esse teor sobre a família, a legislação brasileira foi além na busca pelo bem estar dos menores, quando da regulamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei 8. 069/90, quando preconiza em seu artigo 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária. (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei 8.069/90)

Acompanhando a esse teor sobre a família, a legislação brasileira foi além na busca pelo bem estar dos menores, quando da regulamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei 8. 069/90, quando preconiza em seu artigo 4º:

Nº 70018528612, em 23/05/2007, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Porto Alegre).

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária. (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei 8.069/90)

Diante do exposto, podemos afirmar que o ECA veio a dar maior consolidação ao que está contemplado na Constituição Federal, ou seja, reafirmando que é dever da família e da sociedade o direito à convivência familiar de todas as crianças e adolescentes, bem como preceitua o mesmo teor na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227.

Sobre a guarda e tutela dos filhos, o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma ainda que os o interesse do menor deve ser preservado e é de responsabilidade dos pais a educação, guarda e sustento dos filhos menores.

1.1 Contextualizando a guarda compartilhada

A origem da guarda compartilhada remonta à década de 60, na Inglaterra, onde foi dada uma primeira decisão sobre compartilhar a guarda dos filhos, que segundo Silva (2008, p.61), o termo surgiu a partir do vocábulo “o join custody”, que significa unido, combinado, associado.

Outro autor que discorre sobre o surgimento da guarda compartilhada é Leite¹³, que assinala que esse processo tinha o objetivo de dividir as responsabilidades entre os genitores.

No Brasil, a guarda dos filhos era apenas da mãe que tinha a responsabilidade maior sobre a educação e proteção, ficando o pai apenas obrigado a prover financeiramente através de pensão alimentícia e horários de visitas.

¹³ [...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não-atribuição, através da split order (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, core and control (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, custody (custódia). (LEITE, Eduardo de O. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997)

As modificações sofridas pela sociedade no limiar do século XX, especialmente com a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificam-se também os papéis de ambos na responsabilidade familiar, uma vez que o homem passa a assumir outras responsabilidades domésticas além daquela de provedor financeiro.

Essas transformações suscitaram ainda mudanças de comportamento na figura paterna, que começou a desejar ter um melhor relacionamento para com seus filhos, bem como um tempo maior de convivência com eles.

Foi nesta vertente que surgiu a ideia de guarda compartilhada, ou seja, na vontade de ambos os pais participarem da criação e educação dos filhos, mesmo não morando sob o mesmo teto, pois é de se admitir que esta guarda não se limita a famílias cuja união se dissolveu, mas estende-se àqueles filhos não nascidos de união conjugal.

Inicialmente, os tribunais brasileiros tinham uma preocupação excessiva na aplicação da guarda compartilhada. Com o passar do tempo, esta tornou-se uma possibilidade de amenizar o sofrimento causado pela ruptura familiar, na medida em que ambos os pais passam a ter uma convivência igualitária com os filhos.

Atualmente, o novo ordenamento jurídico incluiu em sua pauta a guarda compartilhada, entendendo que esta ação é o primeiro passo na construção de uma maior responsabilização dos pais na formação dos filhos, bem como um instrumento que possibilita minimizar as dores e efeitos negativos causados pela separação.

De acordo com Grissard Filho (2002, p.115), “A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”.

Nesta nova conjuntura de guarda compartilhada, todas as decisões referentes aos filhos passam a ser tomadas em comum acordo entre seus pais, configurando-se assim em uma iniciativa de igualdade, não valorizando a um em detrimento de outro.

É importante ressaltar que existe uma pequena diferença quando se trata da guarda compartilhada e a guarda física da criança. Não se pode esquecer que, ao se referir à guarda compartilhada, estamos inferindo que ambos os pais têm participação

efetiva na vida dos filhos, não se restringindo o poder a apenas um dos pais, concordando com as palavras de Carcereri, quando afirma:

Guarda compartilhada, também denominada de 'guarda conjunta', consiste na situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternado, em período determinados, sua posse. (CARCERERI, 2000, p. 46).

Portanto, não se trata aqui de quem tem a presença constante do filho em sua casa, mas que tanto pai quanto a mãe devem compartilhar a guarda dos filhos, incluindo aí, a presença em seus lares.

Vale salientar que não se trata aqui de alternância de lares, quando uma criança passa uns dias na casa de um e outros dias na casa de outro, mas de compartilhamento de decisões, de convivência com os filhos.

O que se deve levar em conta, sempre, é o bem estar do filho menor, uma vez que toda e qualquer atitude a ser tomada, necessariamente, precisa-se pensar na criança e no que seria melhor para ela, pois ao se compartilhar sua guarda, os pais procurem inserir na criança a visão de que os laços familiares não se romperam com a dissolução da união conjugal.

É fundamental ainda que se conscientizem os filhos de que as mudanças ocorridas em sua vida dizem respeito apenas ao estado conjugal de seus pais e que isto não afeta diretamente a sua situação perante seus pais.

Na atualidade, a guarda compartilhada ganhou nova roupagem no ordenamento jurídico, cuja alteração no código civil prevê que a guarda dos filhos não pertence ao pai nem à mãe, mas a ambos, igualmente, dando aos dois o direito de decisão sobre os filhos.

Vale acrescentar que essa guarda não significa que a criança passe metade do tempo com o pai, metade do tempo com a mãe. Ela diz respeito à tomada de decisão de ambos os genitores e não se reporta à guarda física do menor.

Note-se que a discussão acerca da guarda da criança é somente sobre as decisões de ambos e não uma alternância de guarda física do menor, o que é diferente de guarda compartilhada, ou seja, através do compartilhamento de decisões entre seus pais, a guarda física é decidida levando-se em conta o bem estar da criança.

O grande entrave na aplicação desta nova lei diz respeito à divergência de opiniões dos ex- cônjuges, na medida em que não existir uma decisão unânime sobre a guarda do filho, o juiz aplicará a guarda compartilhada, a qual se tornará mais difícil ainda no caso de casais que moram em cidades diferentes.

O que se pode inferir é que a guarda compartilhada tem uma importância fundamental na vida dos filhos menores, uma vez que a aplicação desta medida favorece um convívio maior dos filhos com ambos os pais, fazendo-os compreenderem que, apesar da ruptura conjugal, os genitores apresentam-se em situação igualitária quando da responsabilização nas tomadas de decisões importantes acerca dos filhos menores.

Essa maior responsabilização, possibilita ainda que os filhos sintam-se amados e protegidos, minimizando os efeitos negativos que uma separação conjugal reflete na vida dos filhos, pois essa convivência é imprescindível para o desenvolvimento da criança e do adolescente. O romper dos laços matrimoniais podem comprometer o adequado desenvolvimento das crianças, de acordo com o caso concreto.

Entretanto, para que o processo de compartilhamento da guarda traga bons frutos, é necessário ainda que haja respeito e bom senso entre os pais, que devem sempre pensar no bem estar do menor, zelando pela sua educação e cuidados, ou seja, esquecendo-se dos seus problemas pessoais em prol de uma maior harmonia com os filhos.

1.2 A guarda compartilhada na forma da lei

Ao nos referirmos a toda e qualquer questão legal logo nos remetem à nossa lei maior, que é a Constituição Federal do Brasil, que é o eixo norteador de todos os outros aparatos legais.

A Constituição Federal promulgada em 1988 foi um marco na defesa e proteção aos direitos humanos, destinando ainda um tratamento diferenciado no âmbito jurídico às crianças e adolescentes do nosso país.

Observando esses fragmentos constantes na nossa Constituição, encontramos a família como um bem protegido pelo Estado e a responsabilização dos pais em igualdade de direitos e deveres para com o planejamento familiar.

Atualmente no Brasil nota-se um significativo avanço na área de direito de família, o qual sofre grande influência do texto constitucional e das diferentes funções exercidas hoje pelas famílias como a inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como uma maior participação do homem nas tarefas familiares.

Em se tratando da guarda dos filhos, temos em nosso Código Civil de 2002 que define que a guarda do filho menor poderá ser atribuído ao pai, mãe ou ao terceiro, desde que estes estejam em condições nos aspectos que visem o bem estar e o interesse do menor.

Em dezembro de 2014 entrou em vigor a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, na qual o juiz faz a concessão da guarda compartilhada, inclusive em casais que atravessam um divórcio litigioso, a ambos os pais, ou seja, a guarda do filho não dever pertencer ao nem à mãe, mas aos dois. O objetivo primordial desta lei é a garantia de forma equilibrada das ações de responsabilidade e convívio com cada um dos pais, de forma que ambos, em conjunto, possam decidir o melhor para a criança ou adolescente. Nesta perspectiva, todas as decisões a respeito dos filhos menores devem ser tomadas em comum acordo.

Nesta alteração legal do Código Civil, a guarda compartilhada é um instrumento que confere aos pais, embora separados, uma ligação mais estreita com seus filhos, tendo ambos o direito igual quando da tomada de decisões importante na vida dos filhos. Na concepção de com Lobo¹⁴ (2003, p.122) a guarda compartilhada vem atender ao que se espera da igualdade entre os papéis, levando-se em consideração sempre o melhor para a criança.

As questões jurídicas que permeiam a guarda compartilhada têm como objetivos conservar uma unidade familiar de forma que os pais sintam-se responsáveis pelos seus filhos, conhecendo seus direitos e obrigações.

É importante frisar que com a guarda compartilhada é possível que os laços parentais sejam preservados, uma vez que precisa-se deixar claro que o que mudou na vida das crianças foi o estado civil dos seus genitores, mas sua relação parental não deve ser afetada.

¹⁴ A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer do sustento material e moral. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: Direito de família, relações de parentes, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.963, Vol.16. Coord. AZEVEDO, Álvaro Vellaça, São Paulo, Editora Atlas, 2003).

1.3 Poder familiar

Os filhos são pessoas que têm direitos e deveres na relação civil com os pais, sendo estes responsáveis pelo real desenvolvimento. Na definição de Paulo Nader¹⁵:

“Poder familiar é o instituto de ordem pública que atribui aos pais à função de criar, prover a educação de filhos menores não emancipados e administrar eventuais bens. A expressão poder familiar, consagrada pelo novo Códex equivale à antiga terminologia pátria poder, adotada pelo Código Beviláqua. A alteração não é apenas nominal, mas fundamentalmente principiológica, pois se abandonou um sistema em que a figura do marido e pai emanava autoridade do lar, para cônjuges ou companheiros na união estável o poder de criar, educar e orientar a prole.”

A evolução deste conceito decorre do fim do “poder” que o pai exercia sobre a vida e a morte dos filhos, tornando-se a partir de então um “guardião”, conferindo-lhe o poder/dever dos pais (casal) na preservação dos interesses dos filhos. Os filhos são reconhecidos como pessoas individuais que, dignos, possuidores de direitos, enfatizando o direito/dever de conviver com ambos os pais, compartilhando ou não da mesma moradia.

Para Wilson de Oliveira¹⁶, “o poder familiar é um instituto jurídico destinado a proteger os filhos menores.” No mesmo sentido Elias¹⁷ promove um conceito mais amplo indicando ser um conjunto de direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores, não emancipados a fim de incentivar o desenvolvimento integral da sua personalidade.

Maria Helena Diniz¹⁸ compreende que “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural quanto da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

E Maria Helena¹⁹ acrescenta ao poder familiar a função correspondente a um encargo privado, sendo este, um direito-função e um poder-dever, que estaria numa

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Rio de Janeiro. Forense. 2010. Vol. 5. p. 3.

¹⁶ OLIVEIRA, Wilson de. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 353

¹⁷ ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v. 5. p. 515.

¹⁹ Idem p. 520.

posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. Tal encargo é irrenunciável e tem sua atribuição emanada do Estado.

O Tratamento diferenciado para a criança e o adolescente teve seu impulso com a Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU em 1989²⁰, considerando a sua vulnerabilidade, conforme artigo 6º:

“Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e **sob a responsabilidade dos pais** e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

A Carta Magna, em 1988, implementou a proteção da criança e do adolescente, adotando o princípio da proteção integral, em contradição aos Códigos anteriormente existentes. Para consolidar definitivamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ em seu artigo 21 trouxe suporte legal ao direito dos filhos de serem cuidados e protegidos pelos pais, sem distinção entre eles:

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

Nesse sentido, compete ao pai e a mãe, igualmente, exercer o poder familiar, organizando a estrutura familiar como objetivo à convivência harmoniosa e saudável, para o desenvolvimento dos membros de uma sociedade justa.

1.3.1 O conteúdo do poder familiar

Para os pais, o casal em si, a vida dois é um projeto colocado em prática dia após dia, com o final indefinido e incerto. Também não é correto dizer que duas

²⁰ ONU. **Convenção dos Direitos da Criança**, adotada em 20 de novembro de 1989

²¹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

peças se casam pensando que vão se separar num determinado momento de suas vidas. Porém, sentimento que liga os pais aos filhos deve permanecer em detrimento ao rompimento da relação “esposa e esposo”, “companheira e companheiro”.

Conforme Paulo Nader²² “dado o sentimento de amor que liga os genitores à prole, a eles cabe desenvolver, em primeiro lugar, a proteção, o carinho, a assistência aos filhos menores. É a lei da natureza ensinando os homens e referendada pelo legislador.”.

O Conteúdo do poder familiar pode ser definido através da observação e do estudo da natureza humana. Desde a origem, na formação embrionária num processo de formação e desenvolvimento, na mais tenra idade até a aquisição da capacidade civil.

O Código Civil²³ faz referência ao exercício do Poder Familiar em seu art. 1634, como segue:

Das Relações de Parentesco: **Art. 1.634.** Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: **I** - dirigir-lhes a criação e educação; **II** - tê-los em sua companhia e guarda; **III** - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; **IV** - 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; **V** - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; **VI** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; **VII** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assim, o poder familiar abarca dois seguimentos em seu bojo: zelo pela criação e educação do menor e a administração dos seus bens e patrimônio. Apesar de tais determinações legais, nem sempre essa tarefa é cumprida com o amor e dedicação necessários ao menor.

Silvio de Sávio Venosa²⁴ destaca a importância desse dever para a formação dos filhos, integrantes da sociedade:

“Cabe aos pais primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Falando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas [...]”

²² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família.** Rio de Janeiro. Forense. 2010. Vol.5. p.351

²³ BRASIL. **Código Civil.** Organização dos textos, notas remissivas e índice por Juarez Machado de Oliveira. 50 ed. São Paulo. Saraiva. 2010

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.6.

Assim, o zelo e cuidado na criação e educação contribuem com o desenvolvimento físico e mental, formando o caráter do indivíduo, em condições de fazer parte da sociedade organizada conforme suas preferências e com hábitos saudáveis.

Ensina Roberto Shinyashiki²⁵:

“Justamente por nem sempre ter sido um bom caminho aquele que você trilhou, sua obrigação como pai ou mãe é ajudar seu filho no desenvolvimento de uma consciência com responsabilidade e, sobretudo, ensinar-lhes princípios que tornarão sua vida realmente sólida”.

A criação à qual a doutrina e os códigos se referem não se limita apenas aos recursos materiais oferecidos, mas principalmente a atenção, o carinho, o diálogo, além da disciplina necessária que estabelece limites à convivência no meio social.

“Os pais que se limitam à assistência material, simplesmente pagando alimentos aos filhos, podem ser acusados de abandono emocional e se sujeitarem à responsabilidade civil pelo descumprimento do seu dever e por causarem danos morais irreversíveis.”²⁶

Mesmo que a presença não seja uma constante, cabe aos pais não privar os filhos do carinho, do afeto e do amor do qual necessitam, pois divórcio ou separação rompem com a relação do casal e não com a relação entre pais e filhos.

1.3.2 Companhia e guarda

Para Paulo Nader²⁷ criar e educar os filhos necessita acompanhamento muito próximo, conhecer das suas necessidades e da evolução da criança e do adolescente. Assim, se o filho se afastar do lar injustificadamente, aos pais assiste o poder coercitivo de trazê-los para sua companhia.

“A guarda é ao mesmo tempo um dever e um direito, como por exemplo, o de reter o filho no lar, o de reger sua conduta, o de reclamar a guarda de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias prejudiciais e de frequentar lugares que sejam apropriados à idade. Todavia, ao pai que não fica com a guarda tem o dever de companhia, cabendo os mesmos deveres,

²⁵ SHINYASCHIKI, Roberto. **Pais e filhos companheiros de viagem**. 1ª Ed, São Paulo: Editora Gente, 1992.p.135

²⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Rio de Janeiro.Forense.2010.Vol.5.p.352

²⁷ Idem, p. 354.

como o de providenciar pela vida do filho, de velar pela sua segurança e saúde e prover o seu futuro.”²⁸

Os filhos podem ausentar-se do lar, com autorização dos pais quando forem participar de intercâmbios em outras cidades, países, quando passarem férias em casa de parentes ou amigos, desde que não comporte riscos a estes. O contato também tem que ser mantido pelos meios de comunicação possíveis.

Nessa vertente, quem tem a guarda tem também a responsabilidade de manter sob controle os filhos menores, afastando riscos a sua integridade física e patrimonial.

Conforme doutrina pátria a guarda não se faz essencial no poder familiar, pois este permanece sem que o genitor seja detentor dela. Normalmente quando o casal se separa, um fica com a guarda e o outro com o poder de visitar.

1.3.3 Representação e assistência

O Código Civil identifica os menores de dezesseis anos como sendo pessoas absolutamente incapazes para os atos da vida civil como vemos no artigo 3º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; (...)”.

Por serem considerados sem o discernimento necessário para decidirem sobre negócios jurídicos, estes devem ser administrados por quem detém o poder familiar, por meio de representação. Quando ocorre um negócio jurídico sem a representação devida, tal ato pode ser considerado nulo: “Quando os pais detém o poder familiar em igualdade de condições, qualquer um deles pode praticar o ato, cabendo ao outro o poder de discordar em juízo.”²⁹

A guarda pura e simples, sem poder familiar, não autoriza a representação. Somente se houver autorização judicial e de acordo com o caso em si. Não se trata de regra geral. Não pode, pois, um guardião provisório realizar negócios jurídicos sem que haja permissão expressa do juiz.

1.3.4 A Extinção do poder familiar

²⁸ GRISARDO, Filho, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

²⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Rio de Janeiro. Forense. 2010. Vol. 5. p. 352

A extinção do poder familiar se ocorre por três motivos:

- a) Fato natural;
- b) Ato voluntário;
- c) Sentença judicial.

Ressalta-se que a extinção do poder familiar não desfaz os laços de parentesco entre o genitor destituído e seu filho. Apenas retira o poder de gerência da vida do menor e de administrar sem bens.

A extinção do poder familiar por fato natural ocorre com a morte dos pais ou dos filhos. No caso de falecimento de apenas um dos genitores, o sobrevivente continua seu exercício de poder. No falecimento de ambos, os filhos ficarão sob o regime de tutela.

Ocorrendo a extinção por ato voluntário, ou seja, quando o filho é entregue à adoção, termina para os pais biológicos o poder familiar e inicia para os pais adotantes esse dever, sem que seja necessário qualquer procedimento jurídico. A voluntariedade abrange também a emancipação.

Na extinção do poder familiar por sentença judicial, devido à faltas graves dos pais com relação aos seus deveres para com os filhos, esta reconhece a impossibilidade dos genitores de permanecerem na administração da vida familiar dos menores. Pode ocorrer por meio de denúncia por parte daqueles que tenham interesse no bem estar do menor atingido pela negligência.

Dentre as atitudes possíveis de destituição do poder judicial por ordem judicial estão: castigos imoderados ao filho; abandono de filho; atos contrários à moral e aos bons costumes e a reiteração em faltas causadoras de suspensão do poder familiar.

1.3.5 A suspensão do poder familiar

A legislação civil não traz com clareza a as hipóteses de suspensão do poder familiar. Traz superficialmente algumas situações como abuso de poder, falta aos deveres e ato de arruinar os filhos.

Paulo Nader³⁰ explica:

“comete abuso de autoridade o genitor que veda as formas mais simples de lazer dos filhos ou impede o seu relacionamento com os colegas, mantendo-os presos dentro de casa. Igualmente abusa quem impõe tarefas além da capacidade dos filhos.”

E continua a expor que:

“a expressão faltar aos deveres é por demais abrangentes. Quem abusa de sua autoridade ou deixa seu filho em abandono falta aos seus deveres de pai ou de mãe. (...) Arruinar os bens dos filhos, por seu turno, é conduzir mal os interesses patrimoniais, é por a perder propriedades ou valores econômicos.”

O Código Civil em seu art. 1.637, parágrafo único, indica também a suspensão do poder familiar quando houver condenação do pai ou da mãe, por sentença definitiva à pena de prisão por tempo superior a dois anos. Ocorre também que se a condenação for pela prática de conduto imoral, indigna, acarretará a perda do poder familiar e não a suspensão.

Suspensão do poder familiar o juiz determinará a guarda provisória, e o pai ou a mãe após o fim da suspensão retornará ao seu papel de detentores do dever-função.

O Estatuto da Criança e do Adolescente³¹ traz os procedimentos para requerimento de perda ou suspensão do poder familiar, como abaixo colacionamos alguns trechos:

“Da Perda e da Suspensão do Familiar: Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

(...)

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

(...)

Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias.

Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

³⁰ Idem, p. 363

³¹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

A perda do poder familiar por ato judicial leva a sua extinção, ou seja, o término definitivo do poder de família. A extinção implica em afastamento definitivo, o que não parece ser à medida que melhor atende os interesses do filho. Haverá a partir daí uma lacuna a ser preenchida na vida deste indivíduo.

1.3.6 O instituto da guarda

Quando falamos em “guarda” estamos diante do³² instituto que tem por finalidade colocar o menor em convívio com uma família substituta. Protegido pela CF/88 em seu artigo 227, e dimensionado na Lei 8.069/90³³, ECA ³⁴, o direito de ser criado no seio de uma família, ou por excepcionalidade, numa família substituta

O ECA ainda dispõe das modalidades de inserção da criança e do adolescente em família substituta, que são: guarda (objeto do estudo deste trabalho), a tutela e a adoção.³⁵

O fim maior sempre será a proteção integral da criança e do adolescente e seus interesses, e na maioria das vezes será ouvido o seu depoimento, levando-se em conta sua vontade, conforme estabelece art. 28, parágrafo 1º da ECA.³⁶

“Assim, a guarda é atributo do poder familiar, mas não se exaure nele nem com ele se confunde. Daí se conclui que a guarda pode existir sem o poder familiar, assim como esse poder pode ser exercido sem guarda. São várias as consequências, portanto, do instituto da guarda. Ela não pressupõe a prévia suspensão ou destituição do poder familiar, pois não é incompatível com este.”³⁷

³³ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. 1994.

³⁴ Doravante intitulado como ECA.

³⁵Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

³⁶ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

³⁷ ROMERA, Mario. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente – Ministério Público do RS**. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id130.htm>. Acesso em 03 de mar 2017.

Ao guardião lhe imputadas alguns deveres, assegurados pelo art. 33 do ECA, 1ª parte, pelo Código Civil artigos 1.566, IV e 1.589, estabelecendo as condições legais, inclusive ao que refere à assistência judiciária:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

(...) IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

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

Esculpe-se nesse sentido que a guarda, assim como a adoção e a tutela, instituem obrigações pessoais, indelegáveis e intransferíveis.

Para Rolf Madaleno³⁸:

“a guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos. Em regra, a guarda é atributo do poder familiar, embora não seja sua essência, pois existem guardiões sem o poder parental, como sucede, por exemplo, na tutela e com as famílias reconstituídas, nas quais o novo parceiro do guardião ascendente não exerce o poder familiar, embora exerça a guarda indireta dos filhos do seu companheiro.”.

Rolf Madaleno complementa:

“A guarda tão apenas identifica quem tem o filho em sua companhia, diante da inexistência ou dissolução da sociedade afetiva dos pais, permanecendo intacta a autoridade parental e a guarda jurídica do artigo 1.589 do Código Civil, que é representada pelo direito do pai ou da mãe, em cuja guarda não esteja os filhos, poder/dever de visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”³⁹

O rompimento da relação conjugal não pode ser vista com sentimento de frustração e incompatibilidade, onde há um vencedor na relação, titular da guarda unilateral, com poderes de fato para permitir e determinar as prerrogativas de visitas e pensão alimentícia entre outros fatores.

³⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª Ed.rev.atual.eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p.432

³⁹ Idem. P.432

1.3.7 O escopo da guarda

Invocando o ECA em seu artigo 33, no parágrafo 1º, em suas primeiras palavras encontramos que a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, e no fato em si, mostra-se condizente com a instituição do vínculo que só será desfeito por decisão judicial, sempre em prol do bem estar do menor.

Se definida judicialmente, a guarda será um meio de restabelecer o lar para o menor, ainda que, em família substituta, de maneira natural e duradoura:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Em situações de excepcionalidade, que não sejam a tutela ou adoção a guarda suprirá a falta dos pais ou responsáveis podendo ser deferido o direito de representação do menor em determinados atos da vida civil.

1.3.8 Tipos de guarda

Conforme descrito no art. 34 do ECA, o poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. E este convívio sob forma de guarda pode ser classificado como permanente ou temporário.

Sendo permanente (duradouro) a característica é a inclusão definitiva do menor como membro da família substituta e com as obrigações e direitos que decorrem da sua inclusão. Não se inclui *in casu*, a obtenção de direito sucessório, ficando legalmente definido o caráter assistencial.

Ou então, sendo temporária (provisória) pretende atender a situação que tem um determinado termo ou condição a se cumprir, ou ainda para suprir a necessidade

em situação a ser definida em consequência disto. Sua definição encontra respaldo no artigo 167 do ECA:

A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência. Parágrafo único. Deferida a concessão da guarda provisória ou do estágio de convivência, a criança ou o adolescente será entregue ao interessado, mediante termo de responsabilidade.

A guarda unilateral vem ao longo do tempo sofrendo severas críticas e entre elas ⁴⁰ “existe a contestação à primazia reconhecida á mãe em relação ao direito de ser sempre detentora legítima da guarda (o que só se justifica de forma genética, nos três primeiros anos de vida),” “o fato de que a desigualdade entre os cônjuges foi expulsa do ordenamento jurídico, a redistribuição dos papéis da família, com o acesso da mulher ao mercado e o redimensionamento da paternidade numa estrutura que apenas lhe assegurava uma função secundária.”⁴¹

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Para se estabelecer uma análise precisa do direito de família, deve-se partir da efetiva análise dos preceitos constitucionais nele inseridos. Há então a partir daí um entrelaçamento de temas sociais relevantes dando-lhes maior efetividade, principalmente nas relações privadas.

Assim nos diz Maria Berenice Dias⁴² quando leciona a respeito da necessidade da constitucionalização do Direito de Família nos relatando que:

“grande parte do direito civil está na Constituição Federal que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete, redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição”.

Nesse limiar, antigos princípios do Direito de Família extinguiram-se, criando-se outros, dando uma nova performance para esse ramo do direito. É fundamental

⁴⁰ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 86.

⁴¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada Sob Enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2005.p.57.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,p.33.

discorrer sobre estes, pois darão esteio a situação de fato apontada no presente escrito.

2.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

Previsto no Art. 1º, III, da CF/88, traz em seu bojo, diante do Estado Democrático de Direito o fundamento alicerçal da “dignidade da pessoa humana”. Flavio Tartuce e José Fernando Simão⁴³ enfatizam que se trata do princípio máximo ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. Declaram ainda que não há ramo do Direito Privado em que a Dignidade da Pessoa Humana tenha maior ingerência ou atuação.

Tem-se conhecimento de que não é fácil denominar o que seja este princípio. É considerado por muitos doutrinadores e em especial por Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁴ como “o reduto de cada indivíduo, ou seja, a última fronteira contra ingerências externas”. Flávio Tartuce complementa sinalizando que tal afirmação não significa a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade de pessoa humana.

E afirma ainda que: “A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa e na sua fala, no modo como a mesma interage com o meio que a cerca”⁴⁵.

Para o estudioso Gustavo Tepedino⁴⁶:

“a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”

⁴³ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: família**. São Paulo: Método, 2006, p.22.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁵ Idem, p. 23

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Sergipe, n. 3, p. 23-44, 2002

Incluso como cláusula pétrea na Carta Magna de 1988, cabe aos legisladores conciliar mecanismos a fim de proteger contra qualquer infração a este princípio. As palavras de Roberto da Cunha Pereira⁴⁷, em Congresso Brasileiro de Direito de Família, são pontuais neste sentido:

“Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o ‘filósofo da dignidade’, certamente não imaginava que as suas ideias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano. Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana como seu cerne a dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade. Se não por outras razões, essa soa suficientemente forte para justificar o tema central do V Congresso: Família e Dignidade Humana”

Torna-se cristalino que o princípio de proteção da dignidade humana é o cerne atual do Direito de Família, ao se colocar e resolver as inúmeras situações práticas nas relações familiares, e impondo-se assim sua condição de princípio de partida do Direito de Família Brasileiro.

2.2 Princípio da sociedade familiar

Presente no Art. 3º, I da CF, traz na essência o sentido de organização e constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. E a sua compreensão se dá por duas perspectivas: externamente quando se incumbe o Estado de implementar políticas públicas que garantam as necessidades básicas familiares, ou internamente, quando percebe-se que cada membro da família tem pó dever de colaborar para a formação de seus entes em seu desenvolvimento biopsíquico.

Colaciona-se: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

⁴⁷ PEREIRA, Roberto da Cunha. **V Congresso: Família e Dignidade Humana** (Boletim do IBDFAM, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005, p. 10).

Flávio Tartuce⁴⁸ indica que “por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais”. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos, no caso da sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do Código Civil

A afeição e o Respeito, os quais, nas palavras de Roberto Senise Lisboa⁴⁹ “ são vetores que indicam o dever de cooperação mútua entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação e lazer).”

Para Roberto surge ainda um fator que deve ser esclarecido no sentido de que o afeto deve levar ao entendimento de que se trata de um vínculo emocional que tem origem nos sentimentos que unem os participantes da relação familiar, e o respeito, como um valor que se consagra a um determinado membro da família, ou parente.

Por outra vertente, Maria Berenice Dias discorre no sentido de que, seguindo esse princípio:

“ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (Art. 227 da CF/88) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.”⁵⁰

Porém o Estado tratou de assegurar, aos entes familiares e a sociedade, mecanismos de proteção contra violência no interior de suas relações, consagrando assim a solidariedade social familiar. Descrito na CF/88, como se descreve a seguir:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Observa-se que nas decisões dos tribunais pátrios, como será apresentado no capítulo seguinte, a utilização deste princípio como pilar do reconhecimento do dever de alimentos após o divórcio, pois desde a sua efetivação desaparece o vínculo familiar.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: família**. São Paulo: Método, 2006, p.27.

⁴⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 . 5 v. p.46.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

2.3 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos

A prioridade ou preferência que reinou por décadas em relação a situação jurídica dos filhos nas relações familiares teve seu fim com a Carta Magna de 1988, onde o Art. 227, § 6º rechaçou qualquer privilégio ou prioridade oriunda da filiação natural ou adotiva.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão: (...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Código Civil vem complementar o texto constitucional, no Art. 1.596 que traz a mesma redação tratando definitivamente como fundamental o princípio da igualdade entre os filhos. Regulamentam na ordem familiar a igualdade em sentido ampliado.

O discurso de Rolf Madaleno⁵¹ retrata tal situação, como a seguir se recorta:

“Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.”

Maria Helena Diniz⁵², a CF/88 no artigo acima mencionado trouxe para o direito de família sérios efeitos: (a) não pode haver nenhuma distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade; (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família: constituição e constatação**. [2001]. Disponível http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39>. Acesso em: 08 de abr de 2017

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Do mesmo modo, não há importância em ser biológico ou não o filho, se nascido de relação matrimonial ou não, se reconhecido ou adotado, pois todo e qualquer filho terá os mesmos direitos, deveres e qualificações, sendo simplesmente filho, em razão do princípio da igualdade jurídica entre os filhos.

É necessário salientar que essa igualdade é consequência do princípio da afetividade, a ser tratado mais adiante, e a filiação passou a considerar a presença do vínculo afetivo, ampliando-se o conceito de paternidade no âmbito das relações socioafetivas.

2.4 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros

Perseguindo a ideia da igualdade constitucional, a exemplo da igualdade entre os filhos, a lei reconhece igualdade entre as mulheres e homens no que se refere à sociedade conjugal formada tanto pelo casamento quanto pela união estável.

Quando o Código Civil modificou a expressão “*homem*” pelo termo “*pessoa*”, confirmou não mais admitir qualquer forma de distinção entre sexos, como ocorria na edição do Código de 1916 em seu art. 2º. A comunhão plena de vida, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges está explanada no Art. 1511 do Código de 2002: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Flavio Tartuce⁵³ menciona que essa igualdade deve se fazer presente também nas relações de união estável, reconhecidas como entidade familiar pelo Art. 226 §3º da CF/88 e pelos Arts. 1723 a 1727 do atual Código Civil.

Para Paulo Luiz Netto Lobo⁵⁴ :

“O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais. A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não pode ser ignorada pelo direito”.

E complementa:

⁵³ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: família. São Paulo: Método, 2006, p.28.

⁵⁴ LOBO, Luis Paulo Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507. Acesso em 08 de abr 2017.

“Ultrapassada a fase da conquista da igualdade formal, no plano do direito, as demais ciências demonstraram que as diferenças não poderiam ser afastadas. A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença serviu de justificativa a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou a realização como sujeito de direito.”

Assim, a frente de tantas transformações na legislação, no plano real das relações nem tudo se tornaram igual e nem sempre o tratamento empregado às mulheres ou homens se dá do mesmo modo ou da mesma forma. Em muitas situações, a mulher é agredida e repreendida por maridos ou companheiros. Em outros, o homem tem menos chances de ficar com a guarda de seus filhos, pois é “papel da mulher”, cuidar e educar sua prole.

A premissa maior está baseada nos laços de afeto e respeito das relações conjugais que unem dois seres e que promovem a felicidade dos envolvidos, principalmente para sua realização afetiva.

2.5 Princípio da afetividade

O princípio da Afetividade tem como fundamento o sentimento de ternura, da dedicação e dos sentimentos naturais e não está previsto em legislação específica na legislação brasileira. Sua essência extrai-se de outros princípios como o princípio da proteção integral e o princípio da dignidade humana, constantes dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Flávio Tartuce⁵⁵, numa abordagem ampla, aponta o afeto como principal fundamento das relações familiares. Enfatiza que mesmo não constando a expressão afeto no Texto Maior como sendo direito fundamental, podemos dizer que o mesmo decorre da valorização constante da dignidade humana.

Demonstrando a importância do vínculo afetivo como fundamento da relação de parentesco, Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁶ escreve:

“O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo

⁵⁵ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: família**. São Paulo: Método, 2006, p.37.

⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto . Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 08.de abr 2017

após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas.”

Nas suas precisas palavras trouxe a ideia de que “a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.

O autor entende que o Princípio da Afetividade tem como fundamento constitucional, mais diretamente na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), na solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) e na igualdade entre os filhos (arts. 5º, caput, e 227, § 6º, da CF/88).

No estágio em que nos encontramos, leciona Flávio Tartuce⁵⁷ “há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genética. O afeto não é fruto da biologia”.

Ora, não se podem reduzir os laços de afeto e solidariedade à consanguinidade, pois os mesmos derivam da convivência e muito menos confundí-los o destino do patrimônio familiar, até então diretamente ligado a origem genética.

A jurisprudência pátria, como seguir abordada, vem aplicando com frequência o princípio da afetividade, quando reconhece o parentesco socioafetivo predominando sobre o vínculo biológico e desconstruindo arquétipos, e admitindo a concepção da família como meio social.

2.6 Princípio da função social da família

Segundo Lara Oleques Almeida⁵⁸:

“a ideia de função social como instrumento procede da própria etimologia do termo *função*. Em latim, a palavra *functio* derivava do verbo *fungor*, cujo significado remete a cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar.”

⁵⁷ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: família**. São Paulo: Método, 2006, p.38.

⁵⁸ ALMEIDA, Lara Oleques de. **A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no Direito de Família**. Trabalho de conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Marília, SP: 2007

Flavio Tartuce⁵⁹ comenta que há algum tempo se afirmava, nas antigas aulas de educação moral e cívica que a família é a célula *mater* da sociedade. Apesar das aulas serem herança do período militar ditatorial, a frase acima destacada ainda serve como luva no atual contexto, até porque o Art. 226, *caput*, da CF/88 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial atenção do Estado.

Ainda reforça que “desse modo, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida que a socialidade também deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. [...] A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para afastar a discussão desnecessária da culpa em alguns processos de separação. Tem utilidade, ainda, para se admitir outros motivos para a separação-sanção em outros casos não abrangidos expressamente pela lei. Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações”.

Por certo que a família, após a Constituição Federal de 1988, tem função no desenvolvimento da dignidade de seus integrantes, ou seja, é o instrumento de realização existencial de seus membros, afirma Paulo Luiz Netto Lôbo⁶⁰ .

Portanto, o não reconhecimento da função social da família e sua interpretação no âmbito jurídico que a estuda é como não reconhecer a própria sociedade.⁶¹

2.7 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Previsto no art. 227, *caput*, da CF, bem como, no Estatuto da Criança e do Adolescente nos art. 4º, *caput* e 5º. A Carta Magna enfatiza que é:

“dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.⁶²

⁵⁹ TARTUCE, Flavio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: família**. São Paulo: Método, 2006, p.39.

⁶⁰ Paulo Luiz Netto Lôbo, **A Repersonalização das Relações de Família**, in **O Direito de Família e a Constituição de 1988**, Coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo, Saraiva, 1989, p.55.

⁶¹ Idem, p. 56.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva 2000.

Em 1990, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶³ essa proteção foi devidamente regulamentada, limitando a idade e considerando criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompleto, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

Tal preocupação teve seu início em 1959 com a Convenção Internacional dos Direitos Universais da Criança da ONU⁶⁴:

“PRINCÍPIO 2º: A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.”

O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, reconhece esse princípio implicitamente. São eles:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. [...] Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 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. [...] § 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, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Merece a devida atenção, segundo Paulo Luiz Netto Lobo⁶⁵:

“o fato de que a ordem de prioridade de interesses foi invertida, posto que antigamente, se houvesse algum conflito decorrente da posse do estado de filho, entre a filiação biológica e a filiação sócio afetiva, os interesses dos pais biológicos se sobrepujavam aos interesses dos filhos, porque se primava pela hegemonia da consanguinidade.”

Atualmente, em se tratando de relações jurídicas envolvendo interesses da criança, os que atuam na defesa dos direitos desta, devem observar o que realmente

⁶³ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. 1994.

⁶⁴ ONU. **Convenção dos Direitos da Criança**, adotada em 20 de novembro de 1989

⁶⁵ LOBO, Luis Paulo Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. Disponível em: www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507. Acesso em 08 de abr 2017

interessa a criança ou adolescente, visando sua realização pessoal, podendo até em alguns casos, desconsideração a relação biológica que tenham com seus genitores.

Sabe-se que certos laços consanguíneos tem apenas a força do parentesco consanguíneo, inexistindo qualquer relação afetiva que possa transformar a convivência como pais e filhos.

Por fim, Gustavo Tepedino⁶⁶:

“assevera que o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, de maior abrangência, além de ter confirmado a existência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como critério interpretativo, evidenciou sua natureza eminentemente constitucional, considerando-o como uma cláusula universal que se revela por meio de direitos fundamentais da criança e do adolescente contidos na Constituição Federal de 1988.”

Com a apresentação dos princípios fundamentais do Direito de Família encerramos a análise dos regramentos básicos e passamos à análise da guarda compartilhada conforme legislação pertinente.

3 A FAMÍLIA: PRIMEIRA INSTITUIÇÃO FORMADORA DA CRIANÇA

Ao se buscar autores que versam sobre a origem da família, encontramos um consenso de que não se tem registros de sua origem propriamente dita. O que se encontra é a existência de apenas a matriarca como predominante no grupo devido ao fato de os homens serem dizimados pelas guerras.

Mais tarde é que a família passou a ser orientada pelo pai e, na ausência deste, pelo filho mais velho, que era o responsável pelos outros membros familiares, inclusive a quem todos deviam obedecer sem questionamentos.

Em Roma e na Grécia, não se visualizava o afeto natural como um princípio familiar. A origem da família nesses países não obedecia às gerações, ou seja, a emancipação de um filho ou o casamento da filha fazia com que eles não fizessem mais parte daquela família.

De acordo com Ariés (1978, p.221)

A família romana era conceituada como a reunião de pessoas que se encontravam sob a *pátria potestas* do ascendente mais velho comum, o chamado *pater famílias*. Este detinha o poder sobre todos os seus

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos de personalidade**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Sergipe, n. 3, p. 23-44, 2002.

descendentes não emancipados, sobre sua consorte e sobre as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes.

Nessa visão, o direito romano não valorizava o afeto como base familiar, mas o poder materno ou do marido, uma vez que a união da família vinha do poder da religião e não dos laços consanguíneos.

As famílias na Idade Média eram regidas pelo Direito Canônico, onde o casamento era um sacramento indissolúvel, sendo valorizado o poder patriarcal.

Ao chegar a nossa idade contemporânea, encontramos na família uma mudança radical no conceito de família, uma vez que esta sofreu transformações de ordem cultural, social e econômica.

A Revolução Industrial suscitou mudanças também na esfera familiar, na medida em que a jornada de trabalho foi dividida entre os cônjuges, ou seja, o sustento da família já não era prerrogativa apenas do homem, mas a mulher passou a ter sua parcela de contribuição nessa empreitada. As mudanças nas relações familiares, de acordo com Gomes⁶⁷ (2000, p.53) modificaram-se, porém, prevaleceram as relações interpessoais entre cônjuges e entre pais e filhos.

Entretanto, existem registros de que o regime patriarcal, onde o pai ainda é o responsável direto pela família ainda persiste em alguns lugares do mundo.

Como em toda a parte, a família brasileira também teve suas transformações desde o período colonial até os dias de hoje. Mudanças essas que influenciaram aspectos sociais e jurídicos.

As relações familiares tiveram uma grande reformulação a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, até então, só se considerava família as uniões que cumprissem os requisitos legais dispostos do Diploma Civil de 1916, que tratava especificamente do casamento civil, onde a mulher devia obedecer cegamente ao marido e os filhos só eram reconhecidos aqueles nascidos dentro do matrimônio.

A partir desta Carta Magna de 1988, homem e mulher tornaram-se iguais

⁶⁷ Esvaziadas as funções tradicionais da família, modifica-se seu papel. Sobrevivem, sem dúvida, as relações peculiares que se travam permanentemente entre seus membros, relações entre marido e mulher, relações entre pais e filhos. Subsiste a coesão do grupo, apoiada em outras fundações que não a autoridade incontrastável do marido (poder marital) e pai (pátrio poder). A vida em comum no domicílio conjugal e a assistência mútua continuam a sustentar a função primordial da criação dos filhos, nenhuma outra instituição substituindo-a até hoje na formação do caráter e da personalidade destes. (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000).

perante a lei, além de não haver diferenciação entre os filhos nascidos fora de um casamento, ampliando assim o conceito de família que não mais se relacionava à existência de um casamento civil. Abria-se uma cortina de igualdade e dignidade no cenário da família brasileira, que até então encontrava-se sob resistência social e jurídica.

A família é, sem dúvida, a primeira instituição social que se tem contato na vida da criança, é nela que estarão inseridos os primeiros valores que estruturarão os conceitos sociológicos e psicológicos. É no seio familiar que as crianças aprendem as primeiras lições e constroem sua identidade.

As últimas décadas do século XX foram marcadas, no Brasil, por fortes mudanças na instituição familiar, cujos modelos fizeram surgir novos arranjos familiares tais como a organização da família em torno de apenas um dos pais e a condição da mulher como chefe e mantenedora da família.

Outras nuances nessas transformações dizem respeito ao crescimento do divórcio, à diminuição dos números de casamentos formal e até a redução do número de filhos por casal, favoreceram uma nova configuração para o novo modelo de família.

Cabe, então, salientar que a família, é responsável pelo cuidado dos membros, devendo assisti-los, criá-los e educá-los, de acordo com o que está determinado na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito aos cuidados essenciais para o crescimento e desenvolvimento físico, psíquico e social de crianças e adolescentes concretiza-se primordialmente na família, como explica Bossa (2000, p. 49): “A família, do ponto de vista do indivíduo e da cultura, é um grupo tão importante, que na sua ausência, dizemos que a criança ou o adolescente precisa de uma família substituta ou devem ser abrigados em uma instituição que cumpre as funções de cuidado e de transmissão de valores e normas culturais - condições para a posterior participação na coletividade”..

Não se pode esquecer que é no alicerce da família que se formam as primeiras relações sociais da criança. Daí sua fundamental importância na formação do indivíduo.

3.1 A guarda compartilhada e seus benefícios na formação social da criança

De acordo com Brito, Cardoso e Oliveira (2010) a separação conjugal é identificada como um fator responsável por inúmeras mudanças no cotidiano da família, especialmente quando o casal possui filhos. Geralmente, as crianças são as que mais sofrem com as transformações que ocorrem durante um processo de divórcio.

No rompimento entre um casal inevitavelmente acontecem conflitos, questões emocionais, mágoas não resolvidas, o que leva a sentimentos negativos como raiva, desilusão e até em muitos casos, um cônjuge jogar o outro contra os filhos ou impedi-los de visitar lhes.

O que se tem de certo é que toda e qualquer separação causa problemas de ordem psicológica que pode acarretar até em doenças físicas e emocionais, sendo os filhos os mais atingidos.

De acordo com Bee apud Romaro e Oliveira (2008) pessoas que recentemente separaram-se estão vivendo um momento de fragilidade e propensas a sofrerem acidentes automobilísticos, à tendência a cometerem suicídio, faltar ao trabalho e se deprimir com facilidade. O processo de separação de um casal é um dos momentos mais dolorosos para os filhos, uma vez que eles passam a conviver com um grande rompimento na vida familiar, corroborando com grandes mudanças não apenas de comportamento, mas na esfera social a qual eles estavam acostumados. Na concepção de Souza⁶⁸ (2000, p.27). Acompanhando estas mudanças, os adolescentes vivenciam ainda sentimento de insegurança, raiva, tristeza, abandono, entre outros que muitas vezes os próprios pais não sabem como lidar e ajuda-los nesta situação,

⁶⁸ Os filhos respondem a esta reação dos pais mantendo suas percepções e sentimentos escondidos. Por conseguinte, o silêncio é entendido pelos pais como indício de ausência de dificuldades. Por outro lado, as crianças e os adolescentes podem vivenciar esta crise familiar sentindo-se menos envolvidos no processo e mobilizando mecanismos de defesa e estratégias de enfrentamento para lidar com a situação se as informações a respeito do processo forem dadas diretamente pelo casal, em conjunto e de forma sincera e verdadeira (SOUZA, Rosane Mantilla de. Depois que o papai e a mamãe se separam: um relato dos filhos. Psicologia. Teoria e Pesquisa: Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 203-211, set./dez. 2000.

Portanto, para que se consiga uma maior superação durante o processo de separação, é importante que se estreitem os laços e o vínculo entre os pais e os filhos, ou seja, os pais precisam conscientizar seus filhos de que a separação não os afastará e os laços entre eles permanecerão.

O que deve ser evitado é colocar os filhos no centro da discórdia entre o casal, pois isso torna mais latente o sofrimento deles, além de causar futuros problemas para a sua formação social.

Segundo Ramires (2004, p.75): O divórcio como um processo que obriga a múltiplos ajustes: à crise deflagrada pela separação, à vida numa família monoparental, aos novos relacionamentos amorosos dos pais, ao casamento de um ou de ambos, ao nascimento de meios-irmãos, ao relacionamento com a família ampliada”.

As mudanças devem ser acompanhadas de uma orientação para com os filhos, levando-os à compreensão de que o vínculo entre eles e seus pais permanecem e o fato de o casal ter se separado não exclui os laços parentais e afetivos. Explicar e demonstrar ainda que o afastamento de um dos cônjuges é apenas físico, pois o elo que os une é eterno e não será quebrado com a mudança de residência.

A guarda compartilhada configura-se pela divisão de poderes entre os pais, bem como um instrumento que faz com que a criança conviva com os dois genitores após a separação conjugal.

Compreendendo que a ruptura de uma relação matrimonial traz danos psicológicos às crianças, o processo de guarda compartilhada precisa ser muito bem trabalhado no sentido de fazer com que os filhos aceitem a separação com o mínimo de sofrimento possível.

Além disso, o processo de guarda compartilhada permite uma maior interação da criança com ambos os pais, compreendendo que não existe um só guardião do filho, mas os dois têm responsabilidades iguais, participando e convivendo com as crianças, o que pode minimizar em muito a sensação de perda que o filho venha a sentir com a separação dos seus pais.

É necessário que o ex-casal ponha em prática atitudes maduras e conscientes de seus problemas são seus e não dos seus filhos. Nesta perspectiva, não se deve estender às crianças as questões mal resolvidas no casamento, uma vez que elas já têm sua carga de sofrimento com essa separação.

Por fim, é preciso a percepção de que a guarda compartilhada veio para unir pai e mãe em uma decisão sobre os filhos, embora estes não formem mais um casal, mas é imprescindível passar para as crianças que o fato de não conviverem mais sobre o mesmo teto, não afasta as responsabilidades, o carinho, o afeto e o amor que os une.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E OS ASPECTOS POLÊMICOS RELACIONADOS À GUARDA COMPARTILHADA: ALIMENTOS, VISITAS E PENALIDADES AO GUARDIÃO

A guarda compartilhada tem sido bastante recomendada pela doutrina, tribunais e pelo art. 1.584, § 2º, do Código Civil, em situações onde não exista um conflito exagerado entre os pais e os dois desejam obter a guarda dos filhos. A jurisprudência pátria já tem se posicionado a respeito:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer

o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014).

FAMÍLIA. ALIMENTOS. REDUÇÃO. CABIMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. REQUITOS. PROCEDÊNCIA. – Reduz-se os alimentos fixados na sentença, sobretudo porque estão presentes os requisitos para a guarda compartilhada do menor, o que implicará maiores gastos por parte do genitor. – Não existindo animosidade entre os pais e se a criança, desde tenra idade, permaneceu de forma consensual e por períodos distintos com ambos, que residem próximo um do outro, é cabível a guarda compartilhada. (TJ-MG – AC: 10231120075495001 MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 22/10/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/10/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E GUARDA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. INSURGÊNCIA QUANTO A VISITAÇÃO. Em que pese a guarda compartilhada seja o referencial idealizado, na hipótese, diante da beligerância do casal, não se mostra adequado no momento. Assim, razoável a modalidade da guarda unilateral materna, sendo ampliada a visita paterna para, também, as quartas-feiras, com pernoite. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Agravado de Instrumento Nº 70062013974, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 07/10/2014). (TJ-RS – AI: 70062013974 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 07/10/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/10/2014).

Guarda de filho. Interesse da criança. Guarda compartilhada. Visitas. 1 –A guarda compartilhada é recomendável. Visa a continuidade das relações de parentalidade, a preservação do bem-estar e a estabilidade emocional dos filhos menores. No entanto, se os pais mantêm relacionamento conflituoso, não se recomenda a guarda compartilhada. 2 – Tratando-se de criança que, desde a separação do casal está sob a guarda da mãe, que lhe dispensa os cuidados básicos com a criação, educação e formação, recomenda-se manter a guarda da menor com a mãe. 3 – Concedida a guarda da menor à mãe, deve-se resguardar o direito de visitas do pai, cuja regulamentação deve priorizar os interesses da criança sobre os dos pais. 4 Apelações providas em parte. (TJ-DF – APC: 20120110840793 DF 0023444-73.2012.8.07.0001, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 25/02/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/03/2015. Pág.: 434).

Considerando o Direito uma ciência dinâmica, tem-se a dimensão de que este vai se moldando a partir dos problemas apresentados, independentemente de ser no âmbito

peçoal ou negocial. Cabe dizer que antes de existir uma solução, há de se conhecer um problema real, sem o qual não se consideraria a possibilidade de resolução. E para tanto, os entes conflitantes recorrem ao judiciário.

A partir de então se passa a explorar alguns exemplos de situações de conflito em sua grande maioria, onde se faz presente o pedido da guarda compartilhada.

Nos Tribunal Catarinense foram selecionados os julgados a seguir colacionados:

- a) AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. GUARDA UNILATERAL DEFERIDA A MÃE. AUSÊNCIA DE CONSENSO. **GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA, ATENDENDO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.584, §2o DO CÓDIGO CIVIL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR MANTIDA NO CASO CONCRETO. PEDIDO DE EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS FIXADOS A EX-ESPOSA IMPROCEDENTE. ALIMENTOS CONCEDIDOS SOB ESSA RUBRICA EM RAZÃO DO INDEVIDO DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO ENTRE AS PARTES. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. READEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. ANÁLISE IMPOSSÍVEL EM SEDE DE APELAO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM BASE NO VALOR DA CAUSA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 20, §4o DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DIANTE DA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS COM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU E DESPROVIMENTO AO DA AUTORA. "4. Apesar de a separaÇao ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciaÇao das diferenÇas existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicaÇao da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais**. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteÇao da prole." (Recurso Especial n. 1.251.000/MG, relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 31.8.2011) (TJSC, ApelaÇao Cível n. 2013.084735-0, de Blumenau, rel. Des. Ronei Danielli, j. 22-04-2014).
- b) **REVISIONAL DE ALIMENTOS CUMULADA COM GUARDA COMPARTILHADA**. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELO DO ALIMENTANTE. RETIRADA DO PROCESSO EM CARGA EM DATA ANTERIOR A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA NO DIÁRIO OFICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA DECISÃO. MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. INTEMPESTIVIDADE CONFIGURADA. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSC, ApelaÇao Cível n. 2013.081690-8, de Itajaí, rel. Des. Ronei Danielli, j. 25-02-2014).
- c) APELAO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA C/C ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS. SENTENÇA QUE DEFERIU A GUARDA UNILATERAL A MÃE. **RECURSO QUE OBJETIVA APENAS A GUARDA COMPARTILHADA DA MENOR**. PAIS QUE APRESENTAM IGUAIS CONDIÇÕES PARA DETER A GUARDA DA

INFANTE. GUARDA UNILATERAL DESACONSELHADA. **PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Para definição da guarda, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades da criança, de ordem afetiva, social, cultural e econômica. II - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o estudo social realizado indicam que ambos os genitores possuem condições idênticas para exercer a guarda do infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. III - **Assim, diante do conjunto de evidências, deve ser estabelecida a guarda compartilhada da menor em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar.** IV - A guarda unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses do menor, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.022737-6, de Lages, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 04-02-2014).

- d) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. GENITOR QUE CONTRAI NOVAS NÚPCIAS E PRETENDE MUDAR PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. INTERLOCUTÓRIO QUE CONCEDE A GUARDA PROVISÓRIA AO GENITOR. INSURGÊNCIA DA GENITORA. DECISÃO QUE ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PAI QUE APRESENTA MELHORES CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA. OBSERVÂNCIA DO § 2º DO ARTIGO 1583 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **Embora ambos os genitores possua aptidão para exercer a guarda da infante, deve o magistrado buscar, quando não houver consenso entre eles, aquele que preencha os requisitos objetivos previstos no § 2º do artigo 1.538 da Lei Civil, e que atenda ao melhor interesse da menor.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.011581-3, de Blumenau, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 05-12-2013).

Faz-se imprescindível relatar também, a título exemplificativo, alguns casos que não tiveram solução em instâncias inferiores, buscando a solução nos mais alto grau de decisão, ou seja, no Supremo Tribunal de justiça:

- e) DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTADOS. BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES. **GUARDA COMPARTILHADA. OCORRÊNCIA DE RETENÇÃO ILÍCITA DOS FILHOS POR UM DOS GENITORES. PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL.** JUÍZO NATURAL COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE A GUARDA. PRESENÇA DE HIPÓTESE EXCEPCIONAL. CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO PARA OS MAIORES DE 16 ANOS. IRMÃ COM 17 ANOS E IRMÃO COM 15 ANOS E MEIO. CESSADOS OS EFEITOS DA CONVENÇÃO EM RELAÇÃO À IRMÃ. REPATRIAMENTO ISOLADO APENAS DO IRMÃO MAIS JOVEM. PROVIDÊNCIA MERECEDORA DE BOM SENSO E PRUDÊNCIA. OITIVA DO ADOLESCENTE QUANTO AO DESEJO DE RETORNO AO PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL. NECESSIDADE. 1. No caso, os menores, portadores de dupla cidadania, tinham residência habitual na Irlanda, sob a guarda compartilhada da mãe (cidadã brasileira) e do pai (cidadão irlandês). Em viagem ao Brasil, a mãe reteve as crianças neste país, informando ao seu então esposo que ela e os filhos não mais retornariam à Irlanda. 2. Nos termos

do art. 3º da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, o "sequestro internacional" diz respeito ao deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local que não o de sua residência habitual.³ O escopo da Convenção não se volta a debater o direito de guarda da criança, mas, sim, a assegurar o retorno da criança ao país de residência habitual, o qual é o juízo natural competente para julgar a guarda.⁴ A presunção de retorno da criança não é absoluta, mas o ônus da prova da existência de exceção que justifique a permanência do menor incumbe à pessoa física, à instituição ou ao organismo que se opuser ao seu retorno. Ademais, uma vez provada a existência de exceção, o julgador ou a autoridade tem a discricionariedade de formar seu convencimento no sentido do retorno ou da permanência da criança.⁵ A partir de uma interpretação técnico-jurídica, se o Brasil aderiu e ratificou formalmente a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, deverá cumpri-la de boa-fé, respeitadas, obviamente, eventuais exceções.⁶ A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças não mais opera seus efeitos quando a criança completa dezesseis anos, nos termos do art. 4º do referido documento.⁷ No caso, a Convenção cessou seus efeitos em face da jovem de 17 anos; porém, ainda opera seus efeitos no tocante ao jovem de 15 anos. Hipótese em que se adota o entendimento segundo o qual repatriar a apenas o irmão, enquanto a irmã permanecerá no Brasil, soa prejudicial ao melhor interesse daquele, pois, não bastasse a alienação reprovável promovida pela sequestradora, o menor seria submetido também ao distanciamento geográfico da irmã. Em observância ao bom senso e à prudência, a oitiva do jovem de 15 anos sobre eventual desejo de retornar ao país de residência habitual e a avaliação pericial de suas condições psicológicas são medidas que se impõem. Recurso especial conhecido em parte e, nesta, provido. (REsp 1196954/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 13/03/2014)

No âmbito das decisões que afetam relações internacionais, julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça, o julgamento de ser pautado nos acordos e convenções estabelecidos com os países envolvidos, considerando sempre o princípio do melhor interesse da criança nas resoluções dos conflitos. Considera-se todas as peculiaridades dos fatos, a possibilidade de oitiva dos menores, bem como uma série de fatores que justificam o princípio basilar.

f) AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. INTERESSE DO MENOR. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRADO DESPROVIDO. CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. **A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.** II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1147138/SP, Rel. Ministro ALDIR

PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 27/05/2010)(grifado agora).

g) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. **A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.** 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011) (Grifado agora).

Nas decisões judiciais, como ocorre no direito como um todo, o poder discricionário dos Magistrados se materializa quando busca defender o melhor interesse do menor e sua proteção, e concede a guarda ao genitor que evidencie de forma consistente, as melhores condições de amparo material, educacional e moral da criança. Quando o Magistrado percebe situações que possam prejudicar a criança, com base nas provas, documentos e acompanhamento do estudo social, este pode reverter à guarda, como no exemplo abaixo retirado de Acórdão recente:

“Como constatado no Estudo Social de fls. 43-46: O pai tem condições de exercer a função paterna adequadamente, sendo que sempre demonstrou afeto e vontade de ter o filho em sua companhia, mas os acontecimentos acabaram por afastá-lo em alguns momentos do convívio com a criança, mas os laços tem sido estreitados pelas visitas. De outro lado, a requerida e sua filha tem mantido os cuidados adequados, mas devido ao receio de perder a posse da criança, acabam por dificultar sua aproximação com o pai. Mesmo assim a criança demonstra noção de pertencimento à família paterna. Assim, nosso parecer é que a mudança de guarda é possível, sendo importante a convivência com o pai”.⁶⁹

No olhar apurado sobre a situação relata:

“Assim, é pouco crível que a ré atue de forma cooperativa em u eventual guarda compartilhada uma vez que já extenuantemente demonstrado o desiderato de ter o neto só para si - como objeto e não sujeito de direitos - e longe da influência do genitor. Por essa razão, também em consonância com o entendimento do Parquet, verifica-se que a guarda compartilhada, ao menos por ora, conturbará a vida do menor, que só há pouco se estabilizou com a reversão definitiva da sua guarda em favor do genitor”.⁷⁰

O grande debate que cerca a guarda compartilhada nas decisões judiciais está voltado para a necessidade dos genitores, após a ruptura da relação conjugal, de manterem um convívio harmonioso, pautado pelo respeito e a vontade de querer o melhor atendimento para os seus filhos.

A lei que estabelece a guarda compartilhada traz consigo aspectos que já causam dúvidas, divergências e perplexidades. Haveria motivo para alterar a verba alimentar previamente fixada em favor do filho, caso os pais busquem em Juízo transformar a guarda unilateral em compartilhada? A guarda compartilhada põe fim ao direito de visita? Quem é penalizado quando o genitor deixa de cumprir cláusula estabelecida em acordo sobre a guarda dos filhos?

a) Alimentos

Quais seriam os reflexos do estabelecimento da guarda compartilhada na fixação da pensão alimentícia em favor dos filhos?

A guarda compartilhada pode conter arranjos diferentes em cada caso, estabelecidos através de cláusulas constantes do acordo homologado judicialmente. Podem os pais, por exemplo, estabelecer os períodos em que os filhos ficarão sob a

⁶⁹ TJSC, Apelação Cível n. 2014.022454-8, de Joinville, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 10-09-2015.

⁷⁰ Idem.

guarda física de cada genitor, cabendo a ambos as decisões sobre aspectos essenciais da vida das crianças. Mesmo havendo a guarda física compartilhada, “os pais mantêm-se como influências primárias na vida dos filhos”; “compartilham as decisões principais sobre a sua educação, bem como as responsabilidades menores do dia-a-dia”⁷¹. As condições estabelecidas em cada caso poderão incluir, inclusive, formas diferentes de fixar a pensão alimentícia em atenção às particularidades de cada caso.

No Brasil, o dever de prestar alimentos aos filhos que ainda não atingiram dezoito anos decorre do Poder Familiar e o critério para a sua fixação vem expresso no artigo 1.694, §1º, do Código Civil, devendo ser estabelecido na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, porquanto, mesmo nesta modalidade de guarda, ambos os pais continuam responsáveis pelo atendimento das necessidades materiais dos filhos⁷². A legislação é bastante flexível, podendo ser ajustadas combinações diferentes que incluam a divisão de compromissos, como pagamento das despesas de educação, saúde, lazer, vestuário. Possível também o pagamento da pensão *in natura*. Neste caso, o devedor de alimentos, ao invés de fornecer um valor mensal, contribui com hospedagem e alimentação, por exemplo (art. 1.701 Código Civil). Cabível, ainda, o pagamento da prestação alimentícia com uma parte *in natura* e outra parte em dinheiro, para custeio das despesas em geral.⁷³

Desta forma, as dificuldades que possam surgir serão de fato e não de direito. Em termos de direito, o assunto atinente aos alimentos na guarda compartilhada não difere dos alimentos destinados aos casos rotineiros de guarda jurídica entregue a um só dos pais, tanto no plano material como no plano do direito processual. O problema residirá em apurar, cuidadosamente, as despesas pelas quais responderão cada um

⁷¹ WALLERSTEIN, Judith; LEWIS, Julia; BLAKESLEE, Sandra. *Op. cit.*, p. 258.

⁷² MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB – Thomson, 2006, p. 597.

⁷³ ALIMENTOS. FILHO MENOR. OBRIGAÇÃO DA MÃE. POSSIBILIDADE. PROVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Compete a ambos os genitores o dever de sustentar o filho menor e, enquanto o guardião presta alimentos *in natura* ao filho que com ele reside, cabe ao outro genitor prestar-lhes pensão in pecunia no valor suficiente para atender as suas necessidades. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, mas dentro das possibilidades da mãe, que percebe benefícios previdenciários e tem gastos com medicamentos, moradia e alimentação. Recurso provido em parte. (TJRGS, Apelação Cível Nº 70023357536, em 16/07/2008, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Quaraí).

dos genitores, tudo em conformidade com os termos que regerão esta espécie de guarda.⁷⁴

Espera-se que os conflitos envolvendo prestações alimentícias não venham a ser uma constante nos casos envolvendo guarda compartilhada. Litígios, nestes casos, podem se mostrar um “péssimo sinal, indicativo de que não ostentam as verdadeiras condições de equilíbrio psicológico e sabedoria que devem estar presentes para que a guarda conjunta tenha sucesso”⁷⁵. Estabelecer o valor da pensão segundo o critério de tempo de permanência do filho com o genitor pode servir mais aos interesses do adulto do que da criança e do adolescente.

O compartilhamento da guarda não exclui a existência de divergências entre os genitores que podem, inclusive, abarcar o valor da verba alimentar. O que se espera, nestes casos, é que os pais busquem um denominador comum, de forma a envolver o mínimo possível os filhos no debate.

b) Visitas

Antes da vigência da Lei nº 11.698/08, a regulação das visitas ficava a cargo do Judiciário, na hipótese de não existir acordo entre os pais sobre o modo como elas devessem ocorrer. Para o estabelecimento das visitas, o juiz deve atentar aos interesses da criança, porquanto o “direito de visita” existe para assegurar a convivência do genitor não-guardião com o filho, “mas não é um direito pessoal do genitor. É, acima de tudo, um direito do filho de manter hígido um vínculo com o pai ou a mãe que não seja o seu guardião”⁷⁶.

As visitas podem se dar através de curtos períodos de tempo, ou seja, algumas horas em que a criança fica com o genitor não guardião, envolver pernoites ou até mesmo uma estadia mais longa, como é comum nos períodos de férias escolares e festas de final de ano. O importante é assegurar à criança o direito à convivência familiar, formando os vínculos afetivos e sociais necessários ao seu pleno desenvolvimento, sem que, obrigatoriamente, tenha que residir com ambos. É na convivência entre pais e filhos, no respeitoso tratamento entre os genitores e no

⁷⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Op cit.*, p. 129.

⁷⁵ Idem, p. 129.

⁷⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70023304900, em 23/07/2008, Sétima Câmara Cível, Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Porto Alegre.

cumprimento do poder/dever familiar que há de se efetivar o princípio do melhor interesse da criança.⁷⁷

Extremamente importante que o regime de visitas seja bem detalhado, em especial, quando há conflito entre os genitores, evitando-se, assim, dúvidas e constrangimentos capazes de gerar novos desacertos. Caberá aos pais, no dia-a-dia, sempre que possível, flexibilizar a aplicação destas regras, através de um bom relacionamento, pois, “quanto melhor for a relação entre os pais, melhores serão os indicadores de saúde mental da criança”⁷⁸.

Não há prévia determinação legal sobre a forma de fixar as visitas. O tempo reservado a elas deve ser estabelecido conforme as possibilidades dos pais e filhos que a exercem, observando-se, sempre, que a visita constitui muito mais um direito do filho e um dever dos pais:

O pai separado tem o dever parental (resultante do poder familiar) de visitar o filho que se acha sob a guarda do outro genitor. Conseqüentemente, ao menor assiste direito de dupla natureza: o direito de personalidade de ser visitado por qualquer pessoa que lhe tenha afeto e, especialmente, o direito (correlato ao dever parental) de ser visitado pelo pai que não tem a guarda.⁷⁹

Nos casos de intenso litígio, era comum determinar que as visitas ocorressem sob a supervisão de alguma pessoa de confiança da criança⁸⁰, em um local neutro⁸¹

⁷⁷ VIEIRA, Cláudia Stein. Da guarda de filhos: ponderações acerca da guarda compartilhada. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito Civil*. Direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Métodos, 2006, p. 841.

⁷⁸ LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 85.

⁷⁹ BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. A Família na Travessia do Milênio, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 294.

⁸⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. GUARDA E VISITAÇÃO. Não havendo pedido, alegações ou provas de que a companheira necessite dos alimentos, é de rigor a fixação da verba alimentar apenas em favor da filha do casal. Presentes as necessidades da filha/alimentada e ausentes sequer alegações de impossibilidade do alimentante não há falar em redução dos alimentos. A proibição do agravante de se aproximar da residência da ex-companheira, bem como a execução das visitas por intermédio de terceira pessoa é medida que se impõe em razão da intensa animosidade entre partes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRGS, Agravo de Instrumento Nº 70022960462, em 24/04/2008, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, Caxias do Sul).

⁸¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. FILHAR MENOR. DIREITO DE VISITAÇÃO DO VARÃO. Mesmo que não se possa afastar o direito do pai visitar a filha, considerando que ambos nunca tiveram contato, inexistente ainda o estudo social, e a menor encontra-se em tenra idade (03 anos), é aconselhável fixar-se visitas em local diverso da casa da genitora, a ser definido pelo juízo, acompanhada a menor por um parente, que não sua mãe, a fim de que se proporcione um estreitamento dos laços afetivos. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRGS, Agravo de

ou até na presença do Conselheiro Tutelar⁸². Porém, a ineficácia de tais mecanismos, como tem sido possível constar nos inúmeros feitos judiciais, revela que o que mais atende aos anseios da criança é a realização das visitas em ambiente terapêutico⁸³, permitindo que os profissionais da área social e da saúde – assistentes sociais, psicólogos, terapeutas – possam identificar as dificuldades e oferecer ajuda à dupla criança-genitor, evitando a reedição dos traumas da separação.⁸⁴

Contudo, a convivência equilibrada da criança com ambos os genitores “não significa que ela deva conviver de modo milimetricamente igual com um e com outro”⁸⁵. A flexibilidade deve estar presente para garantir o melhor interesse da criança, bem como para possibilitar que os pais cumpram as cláusulas ajustadas.

c) Penalidades ao Guardião que descumpra cláusula do acordo sobre a Guarda Compartilhada

O artigo 1.584, §4º, do Código Civil, estabelece disposição que causa perplexidade, em especial, frente ao princípio do superior interesse da criança. Esqueceu o legislador dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da doutrina da proteção integral à criança ao penalizar o genitor que descumprir imotivadamente cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, com a redução das prerrogativas a ele atribuídas, “inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”. Em outras palavras, quem será penalizado é o filho. Há pais que, após a separação, pouco a pouco vão negligenciando no cumprimento das cláusulas que foram estabelecidas por ocasião do estabelecimento da guarda dos filhos. A constituição de nova família, a vinda de outros filhos, a mudança de residência para

Instrumento Nº 70016812315, em 05/10/2006, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, Canoas).

⁸² Processos números 70014866453 e 70009514001, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁸³ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas? In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental*. Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

⁸⁴ DIREITO À VISITA. ALEGAÇÃO DE ABUSO SEXUAL POR PARTE DO GENITOR. O direito à visita do infante deve ser observado buscando-se alternativas que assegurem seu bom desenvolvimento físico, social e emocional. Não existindo fatos concretos que comprovem as alegações de abuso contra a criança, a gravidade dos fatos relatados impõe a adoção de medidas que permitam a realização das visitas do pai ao filho, sem, contudo, causar risco de outros danos à criança. Agravo provido em parte, para o restabelecer as visitas do agravante ao filho, mediante supervisão de assistente social, psicólogo ou psiquiatra, a serem realizadas uma vez por semana, no ambiente terapêutico, em instituição a ser nominada pelo juízo de 1º grau. (TJRGS, Agravo de Instrumento Nº 70013518659, em 15/02/2006, Sétima Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, Gravataí).

⁸⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Op cit.*, p. 596.

outra cidade, são alguns dos fatores que podem interferir e favorecer o descumprimento do acordo, com evidentes prejuízos ao filho que se vê impotente diante da negligência paterna ou materna.

O despreparo para o exercício da paternidade responsável, tão presente nas demandas que desembocam nos Tribunais, há que ser combatido através de outros meios, quer através da efetiva implementação do Planejamento Familiar (art. 226, §7º, Constituição Federal), quer através do acompanhamento a que os pais e filhos deveriam receber no período pós-separação, permitindo o monitoramento do cumprimento dos deveres assumidos em favor dos filhos bem como a conveniência da manutenção das cláusulas ajustadas por ocasião da separação.

Desta forma, importante atentar ao real destinatário da penalidade a ser imposta pelo descumprimento de uma obrigação no âmbito familiar. A solução apresentada pela nova lei para o enfrentamento da negligência paterna, em última análise, serve mais ao interesse do adulto do que da criança, desprezando a possibilidade de valer-se das Medidas Aplicadas aos Pais, previstas no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este trabalho foi elaborado através de estudos teóricos e conceituais como instrumento de investigação. Os pressupostos teóricos foram a base de sua sustentação, na busca de uma abordagem qualitativa para um conhecimento mais profundo do assunto tema deste trabalho.

O método de trabalho utilizado se fundamenta na utilização de pesquisa bibliográfica e a análise documental através de procedimentos como levantamento do referencial bibliográfico, leituras diversas e pesquisas junto a bibliotecas e Internet, concordando com o que dispõe Lakatos e Marconi (1994, p.66) quando afirmam:

A pesquisa documental e bibliográfica propicia o exame de um tema sob um novo enfoque ou abordagem, podendo chegar a conclusões inovadoras. Ela abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico, etc., até meios de comunicações orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão.

A observação de fatos sociais também foram importantes para a geração de ideias no contexto crítico. A periodicidade com que os divórcios e separações têm acontecido são inúmeros e crescentes. Tudo posto, alcançou-se uma compilação de pensamentos oriundos de citações, princípios, paradigmas, contestações e cânones, além da inserção de alguns ideais próprios.

6 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A metodologia utilizada na confecção deste trabalho consistiu em diversas leituras que versam sobre o tema central em estudo: a guarda compartilhada. A busca pelo embasamento teórico fez-se em artigos, periódicos, livros, sites, publicações etc.

A primeira referência que buscou-se para fundamentar a presente pesquisa iniciou-se em uma contextualização da família, buscando na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma legislação pertinente, entendendo que a legislação brasileira contempla a família como a base de tudo.

No conhecimento sobre a guarda compartilhada, encontrou-se em autores como Silva (2008) o seu conceito, ao mesmo tempo em que se reconheceu que este fenômeno surgiu, inicialmente, no Código Civil francês.

No Brasil, identificou-se que a guarda era apenas da mãe até bem pouco tempo. As mudanças passaram a ocorrer a partir da inserção da mulher no mercado de trabalho, o que obrigou o homem a compartilhar também as obrigações e tarefas domésticas.

Em leituras de Grissard Filho (2002) reconheceu-se a guarda compartilhada como um instituto que veio a dividir as responsabilidades entre os cônjuges, embora separados.

Em uma nova roupagem, percebeu-se que a guarda compartilhada ganhou uma outra visão, na medida em que a legislação passou a manter a participação de ambos os pais nas tomadas de decisão dos filhos menores.

A Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 trouxe grande inovação ao processo de guarda compartilhada, na medida em que entendeu que ambos os pais têm a guarda dos filhos menores, não privilegiando um ou o outro. Essa legislação veio estreitar ainda mais os laços entre pais e filhos, embora separados fisicamente.

No que se refere aos reflexos sentidos pela criança quando de uma separação conjugal, evidenciou-se, em leituras de Brito, Cardoso e Oliveira (2010) que esse é um dos momentos mais dolorosos para as crianças.

Sabe-se que toda e qualquer separação traz sérios problemas psicológicos aos filhos que têm que aprender a conviver diariamente com apenas um dos pais, especialmente quando o divórcio acontece de forma traumática e competitiva.

Portanto, ao fim de toda a discussão teórica, evidenciou-se que a guarda compartilhada tornou-se um instrumento de grande importância para a minimização das dores, sofrimentos e perdas que as crianças sentem ao ocorrer uma separação conjugal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a bibliografia pesquisada, pode-se concluir que as maiores transformações que ocorrem em uma família dizem respeito aos processos de separação conjugal, que se apresenta como grande problema, especialmente se o casal possui filhos pequenos.

Os sentimentos advindos dessa ruptura tais como fracasso, abandono, rejeição, incertezas não devem ser repassados aos filhos, sob pena de transformá-los em adultos problemáticos.

As situações de indefinição sexual na fase adulta, é também um fato social que está sendo alvo de pesquisas, mas não trabalhou-se na presente tese, tendo em vista a sua complexidade de fatores.

Os impactos que surgem no cotidiano de uma família quando existe a separação conjugal atinge, especialmente, as crianças pequenas, que não possuem o discernimento necessário para compreender o que está acontecendo entre seus pais.

Entretanto, é possível fazer com que esse processo seja o mais saudável possível e traga menos danos à formação da criança e seus reflexos na vida adulta. Para esse fim, a guarda compartilhada se configura como um importante instrumento de conscientização para os filhos, na medida em que ambos os pais participam ativamente da vida dos filhos, levando-os a perceberem que a separação foi apenas física.

Na verdade, a guarda compartilhada deve ser encarada tanto como um direito quanto um dever dos pais. Ela é um dever a partir do momento em que os pais são

responsáveis pela criação e educação das crianças, o que aos olhos da lei, o não cumprimento dessas tarefas configura-se em abandono.

Como direito, a guarda compartilhada se baseia no princípio de que os pais acompanham e participam da evolução dos seus filhos, orientando e acolhendo-os em suas dificuldades e necessidades.

Ademais, a guarda compartilhada apresenta-se ainda como um suprimento a outros tipos de guarda como a unilateral, na medida em que essa modalidade de guarda dos filhos possibilita uma igualdade entre os direitos e deveres dos genitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada - Um avanço para a família moderna**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: maio de 2017.

ALVES, Wellington Lopes. **Da guarda compartilhada dos filhos**. Disponível em: <<http://uj.com.br/publicações>>. Acesso em: maio de 2017.

BOSSA, Nádya Aparecida. **A Psicopedagogia no Brasil: contribuições a partir da prática**. Porto Alegre: Artes Médicas. 2000.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Diário Oficial, Brasília, 22 de novembro de 1990.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: Junho de 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivilhtm>. Acesso em maio de 2017.

BRITO, Leila Maria Torraca de; CARDOSO, Andréia Ribeiro; OLIVEIRA, Juliane Dominoni Gomes de. Debates entre pais e mães divorciados: um trabalho com grupos. *Psicol. cienc. prof.* [online]. 2010, vol. 30, n. 4, pp.810-823. ISSN 1414-9893.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LAKATOS, E. M. & MARCONI, M. A. **Metodologia científica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de família, relações de parentes, direito patrimonial**: arts. 1.591 a 1.963, Vol.16. Coord. AZEVEDO, Álvaro Vellaça, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

RAMIRES, Vera Regina Röhnelt. **As transições familiares: a perspectiva de crianças e pré-adolescentes**. Psicologia em Estudo: Maringá, v. 9, n. 2, 2004.

SOUZA, Rosane Mantilla de. **Depois que o papai e a mamãe se separam: um relato dos filhos**. Psicologia. Teoria e Pesquisa: Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 203-211, set./dez. 2000.

TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). **Direito Civil. Direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006, p. 831-842.