

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
CAROLINE ANDRESSA FERREIRA SILVA**

**GUARDA COMPARTILHADA: EFEITOS DA APLICAÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE
DE UM CASO CONCRETO**

**RUBIATABA/GO
2017**

CAROLINE ANDRESSA FERREIRA SILVA

**GUARDA COMPARTILHADA: EFEITOS DA APLICAÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE
DE UM CASO CONCRETO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora especialista Leidiane de Moraes Silva e Mariano.

**RUBIATABA/GO
2017**

CAROLINE ANDRESSA FERREIRA SILVA

**GUARDA COMPARTILHADA: EFEITOS DA APLICAÇÃO A PARTIR DA ANÁLISE
DE UM CASO CONCRETO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora especialista Leidiane de Moraes Silva e Mariano.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 30/06/2017.

Especialista Leidiane de Moraes Silva e Mariano
Orientadora
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista Pedro Henrique Dutra
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico este trabalho aos meus pais,
minha base de tudo, Pedro Miranda e
Lucélia Cristina.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus Senhor de tudo, que me concedeu o dom da vida.

Minha eterna gratidão aos meus pais Pedro Miranda e Lucélia Cristina, e a minha irmã Camila Ferreira, por fazerem tudo por mim.

Meus sinceros agradecimentos aos meus amigos da turma da faculdade, em especial ao meu grupo, pelo companheirismo e paciência de darmos esse passo, e alcançarmos juntos mais essa conquista.

Agradeço de forma especial à professora especialista Leidiane de Moraes Silva e Mariano, que acompanhou meu início da formação acadêmica e tanto me ajudou no fim aceitando meu pedido de ser sua orientanda.

E por fim, agradeço a Faculdade Evangélica de Rubiataba.

EPÍGRAFE

“Toda a doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo, mas sim, a família”. Victor Hugo

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de evidenciar que a guarda compartilhada é a modalidade que mais se adequa para atender as necessidades do menor. Diante das garantias de continuidade de ambos os pais exercerem juntamente e igualmente o poder familiar após a dissolução conjugal, diminuindo os efeitos negativos dessa separação em relação ao filho. Para atingimento do objetivo tentou-se demonstrar a evolução do poder familiar, e conseqüentemente da família. Buscou-se apresentar a evolução do instituto da guarda, para poder chegar ao assunto principal, guarda compartilhada, considerada uma nova solução para satisfazer os conflitos da realidade jurídica e social brasileira. Foram utilizadas para ser possível o desenvolvimento dessa monografia, letra de lei, como Constituição Federal, Código Civil Brasileiro e Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como grandes doutrinadores.

Palavras-chave: Poder familiar. Família. Guarda. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

This work has the objective of showing that shared custody is the modality that best suits the needs of the child. Given the guarantees of continuity of both parents to exercise together and equally the family power after the conjugal dissolution, reducing the negative effects of this separation in relation to the child. In order to reach the objective, it was tried to demonstrate the evolution of the family power, and consequently of the family. We sought to present the evolution of the institute of the guard, in order to reach the main subject, shared guard, considered a new solution to satisfy the conflicts of Brazilian legal and social reality. It was used in order to be possible the development of this monograph, letter of law, as Federal Constitution, Brazilian Civil Code and Statute of the Child and Adolescent, as well as great doctrinators.

Keywords: Family power. Family. Guard. Shared Guard.

Traduzido por Elizabete Aparecida Gontijo Santana, graduada em Letras Modernas pela Faculdade – Associação Educativa Evangélica – FAFISP.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Art. – Artigos

Caput – Conceito

CC. – Código Civil

CF. – Constituição Federal

CP.- Código Penal

CPC. – Código de Processo Civil

ECA. – Estatuto da Criança e do Adolescente

n. – Número

p. – Página

pp. – Páginas

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	FAMÍLIA	13
2.1	CONCEITO DE FAMÍLIA.....	13
2.2	EVOLUÇÕES DA FAMÍLIA	14
2.3	PODER FAMILIAR	17
2.4	CESSAÇÃO DO PODER FAMILIAR	21
3	INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA	24
3.1	DA GUARDA COMPARTILHADA.....	26
3.2	PERSPECTIVAS DA LEI 13.058/2014	28
4	EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA A PARTIR DA ANÁLISE DE CASO CONCRETO.....	36
4.1	CASO CONCRETO.....	36
4.2	ANÁLISE DO CASO CONCRETO.....	41
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS.....	50
	ANEXO A – CASO CONCRETO	53

1. INTRODUÇÃO

A família é considerada a base da sociedade, mas é um dos assuntos mais discutidos entre os doutrinadores por existirem controvérsias e conflitos. A entidade familiar é um dos principais. De acordo com as evoluções da sociedade vão surgindo novas entidades familiares, que foram introduzidas na Constituição Federal de 1988, regulamentando o poder familiar aplicando o princípio de igualdade.

O conceito de poder familiar, introduzido na Constituição Federal de 1988, exclui a ideia de existir pátrio poder, passando a vigorar o direito de ambos os genitores de forma igualitária. Com isso, ignora a prioridade da figura do pai no poder familiar, e designa como direitos e deveres para ambos.

Devido aos acontecimentos de várias evoluções no poder familiar, o instituto da guarda, que está interligado ao assunto de família, também foi modificado. Guarda é um instituto de direito que os genitores possuem sobre seus filhos, tendo responsabilidades e deveres a serem cumpridos, para proporcionar a eles uma criação digna, com alimentação, saúde, educação e moradia.

Esse instituto teve uma modalidade acrescentada, a guarda compartilhada que, assegura aos genitores compartilharem todas as decisões sobre os filhos, e a aproximação física com ambos, mesmo após a dissolução conjugal conflituosa.

Esse modelo de guarda retira a ideia de posse sobre o filho, e mostra importância dos genitores esquecerem os problemas conjugais e estabelecerem, juntos, metas para criação da prole. Nota então, que esse modelo, aplica o princípio de igualdade referido na Constituição Federal de 1988.

Em 2014 foi promulgada a Lei 13.058, que retira a ideia de guarda compartilhada como exceção e designa como regra. Por isso, aumentou o índice de utilização desse instituto. Analisando de forma geral, essa Lei implica a participação ativa dos genitores na formação do menor, favorecendo ao seu maior bem estar.

Com isso, justifica a grande importância de analisar cada caso concreto, mas levando em consideração que a guarda compartilhada é, via de regra,

obrigatória, sendo preciso observar a vida e a melhor opção para o bem estar do menor, que é o objetivo principal do instituto da guarda compartilhada.

O presente trabalho foi realizado com o método dedutivo indutivo, a partir de um raciocínio lógico, embasados em princípios reconhecidos como verdadeiros (premissa maior), estabelecendo relações com uma segunda proposição (premissa menor), para chegar à conclusão. Abordando assim, pesquisas bibliográficas de doutrinas e análise de um caso concreto.

Procura-se com esse trabalho monográfico verificar se a guarda compartilhada deve ser aplicada diante de conflitos entre os genitores, no sentido de garantir ao filho menor a necessária convivência aos pais separados, analisando um caso concreto para verificar a competência de ambos os genitores. Para chegar numa conclusão baseada em fundamentos legais, esse trabalho foi dividido em três capítulos principais: Família e Poder Familiar; Instituto Guarda e a Guarda Compartilhada, e Perspectivas do Advento da Lei 13.058/2014 a partir de um caso concreto.

O primeiro capítulo será abordado, de forma ampla, o direito de família, abordando conceito e evoluções, explicando as mudanças ocorridas para entender o modelo de família atual e o poder familiar.

O segundo capítulo, será destinado ao estudo do instituto Guarda, aprofundando o estudo no modelo Guarda Compartilhada, explicando conceito e sua fixação.

Por fim, no terceiro capítulo evidencia o principal assunto desta monografia, as perspectivas do advento da Lei 13.058/2014, analisando um caso concreto desse instituto.

2. FAMÍLIA

O presente trabalho visa analisar aspectos de um caso concreto do instituto da guarda compartilhada. Inicialmente, faz-se necessário o estudo do Direito de Família.

O Direito de Família é ramo de direito privado que foi criado para que o Estado possa intervir no núcleo familiar, visando criar uma proteção à família. Envolve assim, cada integrante da família, e juntos compreendem direitos e deveres, que quando reunidos esses aspectos fazem a existência da família ser harmônica.

“Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural e social, o organismo familiar” (SILVA, 2012, p. 15). Família é considerada a base da sociedade, nela se envolve toda organização social. Por isso, a Constituição Federal de 1988, conforme seu artigo 226 equiparou proteção digna à família (BRASIL, 2007, p. 144).

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

É importante estudar família nesse trabalho monográfico, por ela ser a raiz, com ela que cria o elo entre os genitores e a prole e só depois, com a possível separação, que se chega ao instituto de guarda. Sendo então necessário estudar conceito de família por ser tão importante.

Inicialmente, família analisada por um conceito amplo é uma junção de indivíduos unidos por um vínculo jurídico que tem natureza familiar, sejam ascendentes, descendentes ou colaterais. Podem ainda, de forma contrária, uma família ser de indivíduos que moram sob o mesmo teto, e tendo um desses indivíduos como a autoridade maior.

“A evolução do direito de família, com a consagração dos princípios previstos na Constituição Federal, transformou o casamento e a família em geral em instrumento de felicidades e promoção da dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes” (RAMOS, 2016, p. 35).

Diante disso, família está sendo reconhecida com o agrupamento de felicidade individual, o princípio da dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais de todos os integrantes da família.

Dias (2015, p. 34), acrescenta que “a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.

Esse ensejo de felicidade e conseqüentemente realização individual e particular é estabelecida pelo Direito, e é explicado como visão eudemonista da família. “Trata-se de um conceito moderno que se refere à família como espaço de busca da realização plena de seus membros, caracterizada pela comunhão de afeto recíproco, consideração e respeito mútuo entre os membros que a compõem” (RAMOS, 2016, p. 35).

Com a mudança de organizações familiares, como exemplo reconhecimento jurídico das uniões estáveis e o incremento de famílias compostas por um único genitor (pai ou mãe) com o filho ou filhos cuja guarda assumiu, as mudanças no conceito de família foram visíveis e acompanharam a nova dinâmica da sociedade, passando por vários entendimentos, deixando as famílias clássicas e trazendo os modelos de famílias contemporâneas.

Dias (2015, p. 133), explica sobre conceito de família moderna:

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes.

Família, atualmente, se estende a um elo de efetividade, sendo a essência das relações familiares. O afeto se transformou em sentimento entre dois indivíduos ou mais que convivem sob o mesmo teto, podendo ser de origem ou destino comum.

2.2 EVOLUÇÕES DA FAMÍLIA

Antes de adentrar no tema principal, fez-se necessário a alusão do desenvolvimento do instituto familiar, passando pelo direito romano, canônico, e depois na forma brasileira.

A origem da família é bastante controversa, pois existem várias bibliografias com estudos e pesquisas.

Ramos (2016, p. 31) expõe que:

Consoante estudo de sociólogos, embora a família seja objeto de referência sobre aglomerados humanos que congregam certo vínculo de união, com relativa duração e sentimento de convívio em comum, há fortes indícios de que a família não tenha sido o primeiro aglomerado humano, diante da existência de certas características no grupo familiar que são consideradas inerentes a grupos mais evoluídos do que aqueles formados com base simplesmente no instituto sexual. A sua origem remota estaria relacionada à promiscuidade sexual originária, segundo Nac Lennan e Morgan, mas sua estrutura atual tem como referência o direito Romano.

O direito romano é destacado por sua estrutura familiar ser baseada, na figura principal da família, o pater famílias, atribuindo a ele todo o poder familiar, considerado como o chefe absoluto. “Como chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, tinha direitos absolutos sobre a mulher e os filhos inclusive com o direito de vida e morte sobre os últimos, decorrentes do *jus vitae necisque*” (RAMOS, 2016, p. 31).

A sociedade era considerada monogâmica, isso significa que só eram reconhecidos os filhos concebidos do casamento, sendo vistos como ilegítimos os filhos provido do concubinato, e o pater não tinha nenhuma obrigação quanto a eles.

Explicando de forma sensata, Amanda Cavalcante Ferverça (2003, p. 22) diz que:

Os filhos eram denominados legítimos quando originados na constância do casamento e ilegítimos em todos os outros casos, dividindo-se esta classificação em filho natural, decorrente do concubinato e espúrios, nos casos de desconhecimento do pai biológico.

O casamento nessa época, também era estabelecido conforme a vontade do pater, quando filha ele autorizava a ida para uma nova família, novos laços e, quando filho ainda continuava sobre seu poder, vivendo com sua esposa na casa paterna.

Os poderes do pater começaram a ficar restritos, desestabilizou a sociedade, contudo as famílias da época, gerando números consideráveis de adultério e separações.

Em contrapartida, o tempo passou e houve mudanças pelas necessidades militares da época, pois precisavam que os filhos tivessem criação de patrimônio independente. Também surgiu na época a concepção cristã da família que exerceu grande influência no direito romano e reorganizou o seio familiar.

Muda-se a visão da família, e surge o direito canônico.

O direito canônico em seus primórdios surgiu para que a igreja pudesse deliberar sobre assuntos que não eram tratados pelo direito, mas com o passar dos tempos esta igreja percebeu que tinham muitos assuntos que eram de interesse da igreja para legislar, sendo que um dos assuntos que a igreja mais tratou foi exatamente da família (DANTAS, 1991, p. 42).

Mais adiante, de acordo com Silvio de Salvo Venosa, o direito germânico vem a ser o sistema utilizado pelo direito brasileiro:

É a este sistema que pertence o direito brasileiro, bem como se filiam todos os direitos que tomam por base o direito romano. Nesses países, as normas surgem vinculadas a preocupação de justiça e moral. Há predominância da lei como fonte do direito. As obras de doutrina, e isto é uma Constância entre nós, preocupam-se em ser dogmáticas e interpretar os textos legislativos, relegando a jurisprudência e a prática do direito a plano secundário (VENOSA, 2007, p. 70, 71).

Com a evolução ocorrida na família, notadamente percebe-se que a evolução foi baseada com grande influência do direito romano e canônico.

Surgiu então o Código Civil de 1916, e:

Pelo Código Civil de 2016, a mulher, ao se casar, tornava-se relativamente incapaz, passando a ser assistida pelo marido nos atos da vida civil. Ao marido competia à chefia da sociedade conjugal, com a atribuição de estabelecer o domicílio conjugal, administrar o patrimônio familiar, neste compreendidos os bens do casal, além de reger a pessoa e os bens dos filhos menores, na medida em que detinha, com exclusividade o pátrio poder. A estrutura jurídica da família em muito se aproximava da família romana. Os direitos concedidos a mulher casada tinham cunho protecionista e lhe atribuíam nítido caráter de inferioridade na sociedade conjugal (RAMOS, 2016, p. 33)

A Constituição Federal de 1988 trouxe várias transformações no poder familiar, sendo considerada como um marco que quebrou barreiras e derrubou

ideias ultrapassadas sobre o direito da família. E essa evolução histórica nos remete que, ao final, prevaleceu o afeto como o principal foco da discussão jurídica. “Antes de 1988, pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, visto que a infelicidade não era motivo para a dissolução da sociedade conjugal” (RAMOS, 2016, p. 34).

Conforme a Constituição Federal, os cônjuges passaram a ser detentores de direitos e obrigações de forma igualitária. Não se pode falar em mulher submissa ao homem, nem tão precisa de qualquer autorização para praticar atos da vida civil, pois são considerados iguais diante da lei.

E é importante ressaltar que os filhos concebidos ou não do casamento são iguais diante de quaisquer circunstâncias. Portanto, aboliu a ideia de filho ilegítimo, todos são amparados pelo direito.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 74) acrescenta que:

A Constituição Federal de 1988, ao assegurar aos filhos as mesmas qualificações, além de proibir o emprego de qualquer designação discriminatória no que pertine à filiação, pôs um ponto final em matéria de restrições ao estabelecimento do vínculo de paternidade – maternidade – filiação, independentemente do tipo de relacionamento existente entre os pais.

A família era taxada como casamento entre duas pessoas, de sexos opostos, somente assim, o Estado poderia proteger, em casos diversos não. Mas, diante de toda evolução humana, e com as necessidades de mudança, houve mudanças significativas na família, prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, como: a igualdade dos genitores na criação de seus filhos, provenientes do casamento ou adoção; o divórcio, visando dissolver o casamento buscando a felicidade das partes; a equiparação do casamento constituída por união estável e as monoparentais e, o entendimento de possibilidade de famílias homossexuais.

2.3 PODER FAMILIAR

Pátrio Poder era a antiga denominação de poder familiar, e indicava quem tinha o poder de impor ordens dentro do ambiente familiar, “o pátrio poder englobava o interesse exclusivo do chefe de família, atribuía aos pais mais direitos que

deveres, detinham o poder de decisão sobre a vida dos filhos, esse mesmo não podia manifestar vontades” (GONÇALVES, 2009, p. 373).

O Código Civil de 1916 expressava que poder familiar era somente para o marido, era considerado como o chefe da casa, se estivesse ausente, passaria para a mulher, mas ela poderia exercer o pátrio poder em relação aos filhos.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (BRASIL, 1916).

A mãe era taxada como mera colaborada do pai, não detinha poder sobre seus filhos.

Beviláqua (1943, p. 363), explica que o pátrio poder é “conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimado, naturais reconhecidos ou adotivos”.

O poder familiar tem como principal característica, primeiramente como uma função do Estado, ou encargo.

Rizado (2004, p. 602), salienta que:

Ao Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício, ou sobre a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos. No próprio caput do art. 227 da Carta Federal notam-se a discriminação de inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente, os quais devem ser a toda evidência, observados no exercício do poder familiar: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, entre outros. A incumbência é ressaltada ainda, no art. 229 da mesma Carta, mas genericamente. No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), há várias normas de proteção, como a do art. 22, o que também fazia o Código Civil de 1916, no art. 384, e reedita o artigo 1634 do vigente código. [...] Se de um lado a autoridade do Estado não pode substituir a autoridade dos pais, de outro, em especial num país com tantas deficiências culturais como o Brasil, deve impor-se a autoridade do Poder Público em inúmeros setores, como, aliás, o faz a Lei 8069/90.

Com as mudanças que ocorreram no passar do tempo, e com necessidade o Código Civil de 2002, no seu art. 1631, alterou o art. 380 do Código Civil de 1916, passando a ser:

Art. 1.631: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2016, p. 266).

Essa alteração veio em concordância com a Constituição Federal que, assegurou, direitos e deveres iguais em se tratando à sociedade conjugal, no artigo 226, §5º, expressando que o poder familiar poderá ser exercido por ambos os genitores.

A mãe começa a ter poder sobre o filho, passando a ter voz ativa dentro do ambiente familiar.

Atualmente, não existe separação de poder, os pais, de forma igualitária, exercem o poder familiar na vida de seus filhos. “O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho” (DIAS, 2015, p. 461).

Os filhos precisam do poder familiar, para serem cuidados da melhor maneira possível, e os pais não podem renunciar esse poder.

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245) (DIAS, 2015, p. 462).

“No poder familiar, salientam-se duas categorias de relações: a) deveres e direitos dos pais quanto à pessoa dos filhos; b) deveres e direitos dos pais quanto aos bens do filho” (SILVA, 2012, p. 502). A primeira categoria é considerada de caráter pessoal, os pais têm obrigação de proteger e guiar os menores, oferecendo-lhes condições necessárias para a vida.

São deveres impostos aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I) Dirigir-lhes a criação e educação: os genitores devem criar os filhos da melhor forma possível, sendo assim, devem “provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os

úteis à sociedade” (DINIZ, 2014, p. 622). Cabe-lhes ainda, orientar espiritualmente e moralmente, dando uma formação religiosa e ensinando-lhes o caráter.

- II) Tê-los em sua companhia e guarda: é considerado um poder-dever dos genitores que possuem o poder familiar. “Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar” (DINIZ, 2014, p. 623). É um direito dos genitores conservar os filhos por perto, e orientá-los na convivência com a sociedade, podendo proibir o convívio com determinadas pessoas, inconvenientes.
- III) Conceder-lhes, ou negar-lhes, consentimento para casarem: existindo a possibilidade de o juiz conceder, suprimindo os genitores (CC, arts. 1517, 1519 e 1550).
- IV) Nomear-lhes tutor, por testamento ou documentos autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar: o genitor é considerado a melhor pessoa para escolher o tutor dos filhos.
- V) Representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento.
- VI) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha: sendo possível por meio da ação de busca e apreensão.
- VII) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (CC. Art. 1634): os filhos devem respeito e obediência aos seus genitores, cumprindo com as obrigações impostas para manter o seio familiar, e ensinando os desafios da vida.
- VIII) Cumprir e mandar cumprir, no interesse deles, as determinações judiciais.
- IX) Assegurar-lhes convivência familiar e comunitária em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (ECA, arts. 19 e 22).

Devem seguir os deveres legais e morais, existindo sanções civis (CC, art., 1638, II) e criminais (CP, artigos, 244 e 246), caso haja descumprimento dos mesmos.

A segunda categoria do poder familiar é considerada de caráter patrimonial, ou seja, cuidar dos bens dos filhos menores. De acordo com o Código Civil em seu art. 1689, I e II, os genitores possuem poderes de administrar e usufruir dos bens dos filhos menores, quando estiverem exercendo o poder familiar (BRASIL, 2016, p. 269), e esses poderes cessam somente com a maioridade, emancipação, morte do filho ou inibição do poder familiar. Ressaltando que a administração dos bens dos filhos deve ser realizada em conjunto.

O poder familiar é designado como dever dos pais para ser aplicado em relação ao filho. Atualmente o Estado tem o papel de interferir na família a fim de fiscalizar e se preciso defender o interesse do menor. Dias, (2015, p. 470) explica que:

Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

A melhor maneira de criar o filho é juntamente com os pais, mas essa afirmação é dotada de exceções, por isso exige do Estado uma intervenção, para que, quando o filho tiver uma melhor criação longe dos mesmos poderá ser retirado do seio familiar, preservando o interesse do bem estar do menor. Adiante, o poder familiar poderá ser cessado, tendo algumas peculiaridades que serão abordadas no próximo subtítulo.

2.4 CESSAÇÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar poderá se cessar de três formas: suspender, extinguir ou perder o poder.

Quando fala em extinção, remete lembrar-se de causa natural, sendo de pleno direito ou por decisão judicial. As hipóteses de extinção estão previstas no artigo 1.635 do Código Civil: “Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela

maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638” (BRASIL, 2016, p. 266).

“Distingue a doutrina perda e extinção do poder familiar. Perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo” (DIAS, 2015, p. 472).

Com a morte de um dos pais o poder familiar passa a ser exercido exclusivamente pelo outro. Presume a lei que os maiores de 18 anos e os emancipados não precisam mais ser cuidados pelos pais, assim a maioridade cessa a subordinação dos genitores para com os filhos. No caso de adoção o poder familiar é modificado, passando dos pais naturais aos adotantes.

A aplicação da suspensão ou exclusão do poder familiar é considerada como sanção aos genitores que infringiram deveres que lhe são ordenados. Ressaltando que o objetivo não é punir, mas preservar os interesses inerentes aos filhos menores. E esses institutos de perdas (suspensão ou extinção) são reconhecidos como meios de urgência, pois podem trazer sequelas aos menores, devendo ser utilizados somente quando, mantendo o poder familiar, os filhos menores ficarem prejudicados, tendo riscos e afetando a segurança ou dignidade.

O menor não perde o direito de receber alimentos dos genitores que perdem ou tem suspenso o poder familiar.

“A suspensão do poder familiar é a medida menos grave tanto que se sujeita a revisão” (DIAS, 2015, p. 471). Quando resolver as causas que suspenderam o poder familiar, a suspensão poderá ser cancelada, se a convivência familiar voltar a fazer bem ao menor.

O artigo 1.637 do Código Civil estabelece as hipóteses de suspensão:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2016, p. 266).

A suspensão poderá ser parcial ou total. Quando for suspensão parcial o pai ou a mãe tem alguma privação dos direitos, já na suspensão total o pai ou a mãe é privado de todos os direitos que decorrem do poder familiar.

Procurando sempre atender as necessidades do menor, pode ainda ocorrer à perda do poder.

“A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa” (DIAS, 2015, p. 472). Perda é uma sanção operada por sentença judicial. As hipóteses de perda estão elencadas no artigo 1638 do Código Civil, que cita: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que: I- castigar imoderadamente o filho; II- deixar o filho em abandono; III- praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”. (BRASIL, 2016, p. 266).

Por fim, a família é um instituto protegido pelo Estado, com finalidade de preservar a dignidade da pessoa humana de todos os seus integrantes. Assim, o próximo capítulo abordará o instituto da Guarda, que também é um assunto plausível de pesquisa, ressaltando que, da mesma forma da família, esse instituto sofreu modificações com o intuito de preservar o melhor interesse do grupo familiar, especialmente do menor.

3 INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda perfaz um conjunto de direitos e deveres conferidos aos cônjuges em relação aos filhos em comum, aos quais eles devem prestar assistência integral, auxiliando na formação moral, educacional, na diversão, na saúde e no desenvolvimento humano, consoante expõe Lauria (2002, p. 62):

Consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, marcada pela necessária convivência sob o mesmo teto, implicando, inclusive, na identidade de domicílio entre a criança e o(s) respectivo(s) titular(es).

De modo corriqueiro, Ramos (2016, p. 65) diz que:

A guarda, examinada sob a perspectiva do poder familiar, é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois incumbe aos pais criar e educar os filhos, sob pena de estarem deixando o filho em abandono; direito no sentido de os pais participarem do crescimento dos filhos, orientá-los e educá-los, exigindo-lhes obediências, podendo retê-los no lar, conservando-os junto a si, sendo indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos dos filhos.

Denota-se, portanto, que a guarda está relacionada com o poder de proteção dos pais com os filhos menores, tendo como o principal objetivo a educação e criação. Assim, a guarda é taxada como direito e dever de quem a possui.

À vista disso, Silva (2012, p. 358) explica que o interesse sobre o tema da guarda “surge quando os filhos nascem de casamento em que não exista mais a comunhão de vidas, ou de união estável finda, ou, ainda, de relação que não seja havida como entidade familiar”. Consequentemente da não desistência da família, surgem as possíveis guardas para atender a necessidade do menor.

À guisa de exemplo, Silva (2012, p. 387) cita que a guarda unilateral ocorre quando “apenas um dos genitores a exerce, com a tomada de decisões sobre

educação e as demais prestações dos cuidados ao filho. Ao outro genitor cabe o direito/dever de visitas e fiscalização”.

Como se vê, a guarda unilateral será imposta a um dos genitores somente quando o outro expressar, em juízo, que não tem desejo de ter a guarda do filho menor, conforme expõe o art. 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2016, p. 263). Nessa mesma seara, tem-se que a guarda unilateral impõe ao genitor que não há possui a obrigação de fiscalizar se os interesses do menor estão sendo atendidos.

Além disso, o art. 1.583, § 5º, do CC/2002, traz que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Para Dias (2015, p. 525):

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

Efetivamente, a guarda unilateral é propícia a insatisfações do não guardião, apresentando índices de maiores conflitos com o filho menor. Noutro lado, Ramos (2016, p. 68), ao analisar o fim da relação conjugal, evidencia que:

A ruptura da sociedade conjugal não precisa, necessariamente, vir acompanhada de frustração e incompatibilidade, com um dos genitores na posição de vencedor, titular da guarda única ou unilateral, com poderes de fato para estar permitindo e determinando como se dará a visitação do outro e prerrogativas para, representando o filho, ingressar contra o outro na justiça para fixação (quanto maior melhor) da pensão alimentícia e que, muitas vezes, não traduz as reais possibilidades do não guardião, dando ensejo a incidentes como a prisão civil dele. Muitos são os questionamentos, não só nacionais como estrangeiros, a respeito desse sistema.

De outro lado, tem-se a guarda compartilhada, com previsão no art. 1.583, § 2º, do CC/2002, é a melhor opção a ser considerada ao desenvolvimento saudável dos filhos quando existe o rompimento do vínculo matrimonial, eis que, conforme diz Silva (2012, p. 387), “ambos os genitores participam igualmente

da educação e de todos os deveres e direitos perante a prole. É solução que privilegia os laços entre pais e filhos”.

3.1 DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é designada como possibilidade dos filhos menores, de genitores separados, serem acompanhados por ambos. Os pais possuem direitos e deveres iguais referentes aos filhos, não somente para as decisões importantes na vida do menor, mas principalmente no convívio.

Segundo Fiuza (2016, p. 793):

Na verdade, a guarda compartilhada, tal como surgiu em países da Europa (Itália, por exemplo), resolveu um problema prático. Lá, com o divórcio, o genitor que não detivesse a guarda, perdia a autoridade parental. Com a guarda compartilhada, ambos os genitores passaram a manter a autoridade parental, mesmo que divorciados. Em outras palavras, continuavam a exercer, compartilhadamente, o poder familiar. Isso só foi possível com a guarda compartilhada.

Nessa vereda, Dias (2015, p. 525) acentua que o maior conhecimento do “dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade”.

Logo, é notório que a guarda compartilhada abre espaço para o afeto familiar continuar entre filhos e genitores que findou relação conjugal. No ponto, Fiuza (2016, p. 793) compara as guardas compartilhada e unilateral, dizendo que:

Na guarda “compartilhada” conjunta, o filho fica na companhia de ambos os genitores, que legalmente têm sua guarda. O menor não teria rigorosamente residência fixa junto a um dos pais, havendo convivência familiar indiscriminada e o exercício solidário do poder familiar em seus múltiplos aspectos. Quando a guarda é uniparental, embora o que não detenha a guarda continue cotitular do poder familiar, seu exercício pleno fica comprometido. Tal não ocorre na guarda “compartilhada” conjunta.

No texto legal, o art. 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002 entende como guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Como fundamentos da guarda compartilhada, Dias (2015, p. 525) diz que:

[...] são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Nesse rumo, Dias (2015, p. 525) explica que “compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como os direitos que tal poder lhes confere”. Igualmente, Ramos (2016, p. 74) preceitua que:

Cabe a ambos os pais, independentemente do relacionamento que mantêm entre si, dirigir a criação e educação dos filhos, conceder-lhes consentimento para casarem, viajarem ao exterior, mudarem residência para outro Município, nomearem tutor, representarem ou assistirem os filhos nos atos da vida civil e exigir-lhes obediência, respeito e serviços próprios da idade. Em caso de discordância, caberá ao Poder Judiciário definir a controvérsia, na forma que já era estabelecida pelos artigos 21 do ECA e 163, parágrafo único, do Código Civil.

A respeito da fixação da guarda compartilhada, Dias (2015, p. 526) ensina:

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso (CC 1.584 I) ou por determinação judicial, quando ambos forem aptos a exercer o poder familiar (CC 1.584 II). Caso não estipulada na separação, no divórcio ou na ação de dissolução da união estável, é possível ser buscada por um dos pais em ação autônoma (CC 1.584 1). Mesmo que tenha sido definida a guarda unilateral, qualquer dos pais tem o direito de pleitear a alteração.

De fato, os pais não precisam ter convivência harmônica para compartilhar a guarda do filho, se ambos forem considerados aptos a terem a guarda do menor, o juiz poderá impor esse modelo, sendo considerado o melhor para criação do menor, contudo, quando houver harmonia entre os genitores, será mais fácil até mesmo para a criança lidar com a dissolução do casamento.

Nesse sentido, Dias (2015, p. 529) preleciona que:

O significado mais saliente da mudança é que o compartilhamento da guarda deixa de depender da convivência harmônica dos pais. As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda. A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.584 I). Caso não estipulada na ação de divórcio ou dissolução da união estável, há a possibilidade dele ser buscada em demanda autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria (CC 1.584 I). Mesmo que um dos genitores não aceite compartilhar a convivência, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Ainda que tenham os pais definido a guarda unilateral, há a possibilidade de um deles, a qualquer momento, pleitear a alteração. Mesmo que ambos os pais discordem, o juiz pode impor o compartilhamento, contanto que tenha por comprovada sua viabilidade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, comprovado que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129, III), para desempenharem a contento as funções parentais.

Importante lembrar que o afeto é o principal elo dos pais com os filhos para ter um convívio de guarda compartilhada positivo. Isto porque, na citada guarda, há uma isonomia de direitos e deveres entre os cônjuges, além de ambos terem responsabilidade em conjunto com a prole.

3.2 PERSPECTIVAS DA LEI 13.058/2014

A Lei 13.058/2014 foi sancionada para atender os aspectos atuais da sociedade, mostrando que o modelo de guarda compartilhada é o mais adepto aos menores, e sendo este estabelecido como regra, não mais exceção de guarda. Assim, a promulgação da citada lei modificou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei 10.406 do Código Civil de junho de 2002, adaptando os referidos artigos para o significado da guarda compartilhada vigente.

Nestes termos, o art. 1.583 do CC/2002 dispõe que a guarda poderá ser compartilhada, entendendo-se como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, de modo que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Sobre o tema, Dias (2015, p. 526) explica que:

Mesmo antes de inserido na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Além disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício. Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º). Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos.

Ressalte-se que, na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, podendo ser ela requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, ou decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Dessa forma, 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. Assim, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (§§ 1º e 2º, do art. 1.584, do CC/2002) (BRASIL, 2016, p. 263).

Registre-se que, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o art. 1.584, § 3º, do CC/2002, determina que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe, conforme redação dada pela Lei n. 13.058/2014 (BRASIL, 2016, p. 263).

Importante mencionar que 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. Aliás, nas situações em que o magistrado competente verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, ele deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade

com a natureza da medida, preferencialmente um parente com maior vínculo de afinidade e afetividade.

Aliás, a guarda compartilhada pode ser requerida em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, logo após a oitiva das partes (art. 1.585 do CC/2002) (BRASIL, 2016, p. 263).

A propósito, havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente a guarda compartilhada. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Quanto à visita, dispõe o art. 1.589 que 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, sendo esse direito de visita estendido aos avós, caso também determine o juiz (BRASIL, 2016, p. 264).

Acerca dos deveres dos pais, eles encontram previsão no art. 1.634 do Código Civil de 2002, ressaltando que ambos os genitores têm que exercê-los, dando uma vida digna ao menor. Veja-se:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2016, p. 266).

Por oportuno, mister registrar que as vantagens da guarda compartilhada, analisando de forma ampla, são maiores que as desvantagens, principalmente considerando que as vantagens destinam-se, em suma, em sempre proteger a vida e o bem estar do menor.

O maior benefício que traz é o acompanhamento do menor com ambos os genitores, mesmo após a extinção do elo conjugal, fazendo os pais conviverem com o filho. Com a obrigação de manter a guarda compartilhada faz com que a dissolução conjugal não afete de forma direta o filho, os pais deixam os problemas matrimônios e passam a viver de forma conjunta em relações inerentes ao menor.

Para Filho (2014, pp. 209-211):

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes- guarda única, guarda alternada, guarda dividida-, para privilegiar a continuidade com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e a criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores. [...] Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos.

Como se vê, os pais, mantendo um respeito mútuo interferem de forma benéfica na vida do menor, ensinando que mesmo tendo um lar fixo deve respeito aos genitores de forma igualitária. Nessa senda, Filho (2014, p. 211) assevera que “é indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes”.

Diante dessa informação, percebe-se que os pais que não envolvem problemas do passado e passam respeito e cooperação um com o outro diante do filho, mostram que ele é o principal foco na vida de ambos. Apesar disso, Filho (2014, p. 217) ainda diz que a imposição da guarda compartilhada:

[...] diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda única. Ajuda-lhes a diminuir os sentimentos de rejeição e lhes proporciona a

convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.

Ainda sobre vantagens, a citação mostra a importância do filho na vida do pai e da mãe, e confirma como é sadio o menor crescer com a influência dos dois, ajudando na solução dos problemas existentes diante da criação. De acordo com as vantagens citadas, o Superior Tribunal de Justiça é adepto a guarda compartilhada:

[...] 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 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. 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 bi frontais 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.

(Recurso Especial N°1251000, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça de MG, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Julgado em 31/08/2011).

Diante do exposto julgado, fica evidenciado que esse guarda é uma forma de retirar as frustrações do elo conjugal, e trazer um elo afetivo para que os filhos

possam usufruir de um mútuo respeito e ter um crescimento formado por ambos os genitores.

Outra vantagem da obrigatoriedade da guarda compartilhada é o fato que o menor não precisa escolher, de certa forma, com qual dos genitores quer morar, pois isso causa um transtorno psicológico e emocional, relevando a hipótese que sempre carregaria estar magoando um dos pais por não ter optado como sua escolha.

Também é caracterizada como vantagem a junção dos deveres para ambos os pais na guarda compartilhada, pois quando se trata de guarda unilateral o guardião do menor tem carga em todas as responsabilidades inerentes ao filho, diferentemente desse modelo de guarda, os genitores têm participação igualitária nos deveres e obrigações.

Noutro lado, extraem-se desvantagens na guarda compartilhada. De fato, em se tratando de guarda, qualquer modalidade tem aspectos negativos, existindo assim problemas que acompanham a criação do menor.

Em relação aos genitores, é desvantajoso quando não conseguem um elo de companheirismo surgindo assim diversos conflitos, disputas judiciais e diretamente interferindo na vida do menor, tendo como consequência maiores tipos de traumas. Diante disso, Filho (2014, p. 218) ressalta que:

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

Com o advento da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada não é exceção, e sim regra, mas se os pais vivem em contradições e conflitos, não terão capacidade de conduzir a vida do menor, fazendo com que a criação do filho diferentemente do que se espera, seja conturbada, trazendo traumas que podem ser irretratáveis no futuro.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal entende que conflitos entre os pais atrapalham o menor, sendo assim decidem:

[...] Apesar de a guarda compartilhada o modelo ideal almejado, pois ambos os genitores se sentem igualmente responsáveis por decidir o rumo da vida dos seus filhos, ela não é recomendável se não houver consciência parental da necessidade de cooperação e diálogo, bem como se o nível de animosidade for alto a ponto de prejudicar o interesse da criança. 2. Indicando o acervo probatório dos autos, em especial o parecer do psicossocial que o modelo compartilhado poderá não ser benéfico para a menor, supera-se a redação literal do artigo 1584, § 2º do Código Civil e aplica-se o modelo unilateral da guarda. 3. O genitor que permanece sem a guarda do filho permanece com o direito de visitas, bem como com o dever de supervisionar o interesse do menor, podendo solicitar informações e prestação de contas em assuntos relacionados à saúde física, psicológica e a interesses concernentes à sua educação. 4. Recurso conhecido, mas não provido. (Embargos Infringentes N° 20120110811689, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do DF, Relator J.J. Costa Carvalho, Julgado em 22/10/2015).

Analisando a vida do menor, a desvantagem encontrada é a adaptação de sua rotina com duas moradias. Tal fato decorre da situação residencial da criança, que fica um tempo em uma residência e outro tempo em outra residência, recebendo também ordens diversas de cada genitor.

De qualquer modo, a principal desvantagem verificada na guarda compartilhada é quando os pais não vivem em harmonia, interferindo na criação do filho e passando uma imagem de desunião familiar, fatores estes que repercutem diretamente no desenvolvimento intelectual, individual e de saúde dos filhos. Ressaltando que, esse desentendimento deve ser analisado pelo juiz, e se os genitores forem aptos a compartilhar a guarda, passarão por ajuda de profissionais e serão obrigados a respeitar a decisão e cuidar do menor, deixando de lado os conflitos conjugais.

Ante o exposto, verifica-se que o intuito do legislador ao promulgar a Lei da Guarda Compartilhada como obrigatória nos casos de divórcio com filhos menores de idade foi de minimizar impactos negativos no desenvolvimento da criança pós-divórcio, uma vez que o matrimônio será dissolvido, mas o vínculo familiar sempre estará presente entre os genitores em relação à prole. Assim, faz-se mister a sua imposição no desejo de responsabilizar ambos os pais na criação de seus filhos, buscando, sempre, priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Concluído os estudos a respeito da guarda compartilhada, o próximo capítulo abordará a análise da imposição obrigatória, da guarda compartilhada do

menor a partir da análise de um caso concreto, e do estudo de entendimentos consolidados pelos tribunais superiores e pela doutrina pátria.

4 EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA A PARTIR DA ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Este capítulo tem como objetivo descrever e comentar os efeitos da guarda compartilhada aplicada a partir da análise de um caso concreto, bem como, os entendimentos dos tribunais superiores e doutrina pátria, sendo ao final apresentado qual a consequência, se positiva ou negativa para a prole.

Justifica-se este estudo na relevância de se compreender os efeitos do instituto da guarda compartilhada no núcleo familiar, bem como verificar os motivos do posicionamento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema quando há litígio entre os genitores.

Nessa toada, a metodologia utilizada será a dedutiva, com, ainda, compilação de dados bibliográficos dos autores Mendes (2013), Carvalho (2015), Filho (2014), Gagliano e Pamplona Filho (2011), Dias (2011) e Speroni (2015), e documentais, jurisprudências e da legislação pertinente.

4.1 CASO CONCRETO

O presente estudo, para melhor elucidar a questão da imposição da guarda compartilhada, traz em seu contexto a análise de um caso concreto, interposto na Vara de Família, Infância, Juventude e Sucessões da Comarca de Crixás-Goiás, nesse contexto, sendo o processo da seara privativa, e restrição das partes, identificamos como caso 01, e partes: polo ativo, o genitor R01 e polo passivo, a genitora L01, a criança menor A01.

R01 ajuizou ação de divórcio combinado com partilha de bens e dívidas combinado com pedido de guarda da menor A01 de idade em face de sua ex-companheira L01 (cópia do processo – anexo A).

O pedido fundamentou-se no art. 1.583 e seguintes do Código Civil de 2002, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 226, § 6º, da Constituição Federal vigente, e na Lei n. 6.515/77 (Emenda Constitucional n. 66 de 2010).

Na petição inicial, R01 afirmou que se casou com a parte requerida L01 em julho de 2007, sob o regime de comunhão parcial de bens, e que do matrimônio

adveio uma filha, a criança A01, com 09 (nove) anos de idade na data do protocolo da ação, no ano de 2016.

Consta no pleito inicial ajuizado pelo R01 que o casal morou na residência de seus pais, de 2007 até agosto de 2015, mês que a L01 saiu de casa e foi residir com sua genitora. Contudo, por não ter se adaptado, a L01 alugou uma casa às despesas do R01.

O R01 alegou, ainda, que sempre cuida da filha, além de mimá-la com presentes, cuidados pessoais (idas ao salão de cabelereiro, maquiagens) e viagens, ao passo que a L01, ora requerida, trabalha o dia inteiro e deixa a menor de idade aos cuidados de sua irmã, a qual paga para trabalhar na residência da ex-mulher como babá e empregada doméstica.

Outrossim, o R01 asseverou que a L01 deixa a filha aos cuidados da avó de uma colega para sair à noite e ir para a academia, e que, embora nunca tenha pago pensão alimentícia à A01, disponibilizava um crédito no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) no supermercado local que, somados às demais despesas e com o fato da A01 almoçar diariamente na casa de seus pais, gerava um duplo pagamento de alimentos à infante.

Na sequência, o R01 informa os bens móveis e imóveis, além das dívidas adquiridas pelo casal na constância do casamento e, após, apresenta os fundamentos jurídicos de seu pedido de divórcio e guarda da filha, quais sejam, art. 226, § 6º, da CF/1988, e arts. 1.612 e 1.584 do CC/2002, baseando o pleito, também, no princípio do melhor interesse da criança. Por último, o R01 requer a tutela de urgência com base no art. 300 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, para que seja concedida a imediata guarda compartilhada da filha, uma vez que, segundo ele, a guarda de fato já existe.

Ao analisar a petição inicial ajuizada pelo R01, o juiz de direito concedeu a tutela de urgência requerida sobre o fundamento de que, estão presentes a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco à utilidade do resultado final (*periculum in mora*), além da observância dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e do melhor interesse do menor para a concessão da guarda compartilhada.

Noutro lado, a L01 apresentou contestação asseverando que, ao contrário do que afirma o R01, a separação ocorreu em razão da impossibilidade de conviver

harmoniosamente com o R01, diante da comprovada e contínua infidelidade por parte do cônjuge varão.

De fato, a parte L01 afirmou que da união nasceu a única filha do casal, a menor de idade A01, a qual está sob a sua guarda e responsabilidade desde a separação de fato.

Na ocasião, a L01 informou que, em que pese o R01 se apresente como um pai zeloso e presente, disposto a “oferecer o melhor para a filha e sua genitora”, esta não é a realidade enfrentada desde a separação. O que tem se passado são inúmeras situações constrangedoras, dolorosas e instáveis, vivenciadas pela L01, A01 e toda sua família.

L01 salientou, ainda, que, inicialmente, o R01 quis manter controle sobre sua vida e da menor A01. Em verdade, disse que o R01 se dispôs a arcar com aluguel do imóvel em que L01 e a A01 passaram a viver e abriu um crédito de R\$300,00 (trezentos reais) para as despesas da A01 no mercado local, o que deveria ser mantido até que fosse concluída a partilha dos bens e R01 cumprisse a promessa de construir e escriturar um imóvel residencial em nome da L01.

Entretanto, alega a L01 que, em menos de um ano o R01, sem qualquer aviso prévio ou motivo aparente, cancelou a conta no mercado e parou de repassar o valor do aluguel do imóvel que a L01 residia com sua A01, obrigando-a a desocupar o imóvel e procurar outro abrigo às pressas.

A L01 salientou, ainda, que passou pela situação vexatória e constrangedora de ser barrada no mercado em que fazia as compras dos mantimentos de casa, e no caixa do mercado foi “avisada” pela balconista de que a conta dela fora encerrada pelo R01.

Outrossim, a L01 afirmou que, temporariamente, a irmã do R01 foi tão somente babá da filha do casal, sendo que o R01 arcava com a metade de sua remuneração e a outra metade era paga pela L01, além de que suas atividades cessaram em setembro/2016.

A L01 informou que desde outubro/2016 passou a morar numa “kitnet” cedida por sua genitora, que locava o lugar como fonte de renda, mas desocupou o imóvel para acolher a filha e sua neta. Aliás, acrescentou que, na realidade, o R01, desde agosto de 2016, não contribuiu em nada com o sustento e manutenção da filha.

Ainda, a L01 diz que, faltando com a verdade, o R01 afirmou que após a separação “continuou a fazer integralmente as despesas da filha menor, como alimentação, vestuário, lazer, farmácia, dentista, médico/hospital, babá, dentre outras”. Contudo, de acordo com a L01, resta evidente que esta alegação não corresponde à realidade, uma vez que as despesas básicas da A01, como mercado, farmácia dentre outras, são arcadas somente por ela.

Dispõe a L01 que o R01, somente recentemente, e no intuito de se favorecer e apresentar uma “boa imagem”, bem como de tentar “conquistar” a atenção de sua filha, vem proporcionando passeios de luxo, regrados a presentes caros.

No que tange a rotina e educação da A01, a L01 afirma que o R01 alega que ela não tem cumprido seu papel de mãe, que a criança dorme tarde e acorda tarde, pois a mãe trabalha o dia todo fora, e que deixa a filha com a tia (irmã do R01), que a leva para casa dos pais do R01 (avós paternos, onde toma café da manhã e almoça, na presença do R01, novamente ele falta com a verdade, pois desde a separação do casal, e desde que a L01 passou a morar junto com sua genitora, esta vem auxiliando nos cuidados com a menor, sendo que é a avó materna que cuida da A01 enquanto a mãe trabalha, e que a criança sempre toma café da manhã e almoça em casa.

Cumprе salientar que a L01 afirma que a A01 só frequenta a casa dos avós paternos quando o R01 está de folga e este busca a filha, tendo ela justificado sua falta de tempo em razão de trabalhar até às 18h (dezoito horas), e destacando que o R01 omitiu a informação de que o próprio trabalha na mesma empresa e que o seu turno de trabalho é mais extenso que o da L01, fato que que o impossibilita de ficar com a filha no período que alega ter disponibilidade. Logo, totalmente inviável a manutenção da decisão que determinou a guarda compartilhada proferida nos autos.

Registra-se que a L01 noticiou que a A01 estuda no período vespertino das 13h (treze horas) às 17h30 (dezessete horas e trinta minutos), nesse sentido em nada prejudica sua rotina de trabalho com os cuidados que menor necessita. A propósito, salienta que o R01, na petição inicial, tenta transparecer que possui boa relação de ex-conviventes, porém, a L01 diz que trata-se de uma inverdade, pois houve episódios violentos, desde a separação, tendo ele inclusive pulado o muro da

casa onde a L01 residia com a A01, além dos boatos maldosos, ameaças e inúmeras ofensas pessoais.

É certo que L01 e R01, conforme informado por ela, encontram-se separados de fato há mais de 01 (um) ano, sendo impossível a reconciliação. E, que desde então, encontram-se em meio a tratativas para o divórcio consensual. Porém, ao divergirem quanto à partilha dos bens, regulamentação das visitas e fixação dos alimentos, necessário se faz a intervenção do judiciário.

Tratando-se da guarda compartilhada, a L01 assevera que o casal se separou de forma conflituosa, devido o adultério por parte do R01 e de seu comportamento agressivo, e não possuem convivência harmoniosa desde então, o que torna inviável a possibilidade da concessão da referida guarda.

Como a L01 adverte, ela e o R01, pai da criança, incontestavelmente, não têm um bom relacionamento, tendo ele demonstrado um comportamento hostil e agressivo, além de que estava desviando dinheiro do sustento da família para arcar com os luxos da amante, fatores estes que ocasionaram a separação de forma litigiosa. Logo, não existe o relacionamento amistoso e harmonioso entre ambos.

Vale assinalar que a L01 pontuou que a própria criança não se sente à vontade na presença da atual companheira do R01, quando o R01 insiste em buscá-la na casa de sua mãe, já admitiu que se sente coagida a ficar na casa dos avós paternos, que “o pai diz que vai ficar com ela, mas na verdade a deixa com os avós e sai para passear com a namorada, ou para trabalhar, pois também trabalha a noite”.

Neste prisma, a L01 aduz que deve ser feito estudo social através de equipe interdisciplinar (assistente social, psicólogo dentre outros profissionais) com o fito de demonstrar se o R01 teria condições para o exercício de possível guarda da filha da requerida, pois deve-se sempre observar o melhor interesse da criança, e retirá-la de um local onde está sendo dado todo apoio, carinho e cuidados com sua saúde apenas para exonerar-se da obrigação de pai para alimentos seria um disparate.

Assim, informa à L01 que não existem motivos plausíveis que justifiquem a guarda compartilhada no caso em espécie. Isto porque, segundo ela, a A01 estava sendo muito bem cuidada pela L01 e tal situação é a melhor para o próprio bem-estar da criança.

Nesse caso, a L01 argumenta a presença de alienação parental cometida pelo R01 em seu detrimento, que teria acontecido logo após a separação de fato do casal. Isto porque o R01, por diversas vezes, perseguiu a L01, fazendo chantagens emocionais com a A01 e, por fim, passou a “comprar” a atenção e o amor da A01, com presentes e passeios de luxo.

Alega a L01 que o R01 chegou ao ponto de fazer uma festa de aniversário para A01, coisa que nos 08 (oito) anos de convivência nunca se propôs a fazer ou contribuir para tal, e convidou seus familiares e amigos, mas proibiu a presença da L01 e de qualquer familiar materno da menor. Mais além, retratou que a L01 que, em vários momentos, o R01 ameaçou retirar a guarda da A01 da L01 caso ela se relacionasse ou tivesse uma vida social ativa, de modo que tais atitudes do R01 lesaram principalmente a A01, e não somente a parte L01, pois que a L01 entrou em depressão e precisou submeter-se a tratamento.

Pondera a L01 que a alienação parental ocorre quando um dos ex-cônjuge, ou ex-companheiro, com ou sem auxílio de outros parentes consanguíneos ou afins realizam uma série de atos para denegrir, criticar, desvalorizar a imagem, integridade, competência do outro ex-cônjuge, ou ex-companheiro para os seus filhos, isto no intuito de afastar do convívio, excluir da vida dos filhos o ex-companheiro, como ocorrido no caso em questão. Cabe observar as atitudes tomadas pelo R01 no decorrer desse período pós-separação, segundo L01, configuram de plano a alienação parental.

Diante de todo o exposto, a L01 pugnou pela revogação da decisão de tutela de urgência que deferiu a guarda compartilhada e, concomitantemente, o deferimento da guarda unilateral em seu favor para melhor atender o interesse e bem estar da A01, e pela regulamentação de visitas paternas à filha menor, de modo que sejam determinados os dias de visitação do R01 num calendário anual, conforme a sua disponibilidade de horário, tendo em vista a sua carga horária de trabalho com turnos alternados na empresa.

4.2 ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Da análise do caso concreto exposto no tópico anterior, denota-se que existe possível litígio entre os genitores da criança e, possivelmente, a prática de

alienação parental pelo genitor da criança que, nesta situação, não detém a guarda da mesma, mas a visita habitualmente e reside na mesma cidade.

Neste cenário é importante verificar a veracidade das alegações aventadas pelas partes para não causar nenhum prejuízo à criança, devendo a guarda compartilhada, ao menos por ora, ser decretada, como bem feito pelo magistrado competente.

Isto porque, considerando que até o momento não foi proferida sentença nos autos analisados, não se tem certeza a respeito da veracidade das alegações apontadas, revelando-se mais prudente a concessão da tutela de urgência impondo-se a guarda compartilhada por ser mais benéfico à criança até que a lide seja sentenciada.

De certo, existem discussões jurisprudencial e doutrinária acerca da harmonia entre os genitores como fator condicionando à imposição da guarda compartilhada. Tal fato decorre da (im) possibilidade da guarda compartilhada no núcleo familiar em lide, que supostamente pode ou não agravar o entrevero entre os genitores.

Com efeito, Mendes (2013, p. 186) entende a instauração da guarda compartilhada requer alguns requisitos indispensáveis, como a “boa comunicação entre os pais e a flexibilidade. Nos conflitos de alta beligerância, boa comunicação e flexibilidade não fazem parte das trocas estabelecidas entre o par parental. Nesse sentido, a instauração da guarda compartilhada pode agravar ainda mais o conflito”.

Igualmente, Carvalho (2015, p. 506) preleciona que a guarda compartilhada, “ou conjunta, ou alternada, ocorre quando os pais conjuntamente se responsabilizam pela criação e educação dos filhos ao mesmo tempo, decidindo de comum acordo”.

No mesmo rumo, colhe-se o seguinte julgado:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio

é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70067590067, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schiffino Robles Ribeiro, Julgado em 02/12/2015).

Por sua vez, a maioria, entende que o litígio entre os genitores não pode ser fator apto a decidir, por si só, a imposição da guarda compartilhada, principalmente porque esse instituto visa às responsabilidades comuns dos filhos a ambos os genitores, zelando, principalmente, pelo melhor interesse do infante, de modo que ficar condicionado seu deferimento ao consenso do casal tornaria esse modelo de guarda sem nenhuma eficácia.

Nesse diapasão é o que ensina Grisard Filho (2014, p. 205):

O destaque doutrinário da questão em que a fixação da guarda compartilhada pelo juiz somente deverá ocorrer quando houver diálogo, civilidade e harmonia entre os pais. Entretanto, a nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do melo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. Independentemente do litígio, o que a lei busca é a responsabilização conjunta ao poder familiar dos filhos comuns. [...] Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente. Infelizmente, é bastante frequente nas Varas de Famílias a ampliação do litígio e a formulação de falsas denúncias para impedir que a guarda seja compartilhada.

No mesmo rumo, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 600) entendem que nos casos em que “o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida”.

Outrossim, esse é o posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial:

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. (Recurso Especial N° 1428596, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 25/06/2014).

Aliás, Dias (2011, p. 01) assevera que “caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público”. No ponto, cita-se o art. 1.584, § 2º, que assim dispõe:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2016, p. 263).

Consoante esse artigo citado, e imaginando uma disputa entre a guarda do menor, o juiz somente poderá aplicar o instituto da guarda compartilhada se um dos genitores expressar em juízo que não deseja ter a guarda do filho ou quando um dos genitores perdeu o poder familiar de acordo com a lei, independente de conflitos existentes entre ambos.

Nestes casos, o magistrado, a fim de estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com os genitores.

Art. 1584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 3º _Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (BRASIL, 2016, p. 263).

Exemplo dessa orientação técnico-profissional é o julgado do Tribunal de Justiça do RJ:

Nova decisão proferida nos autos principais para determinar que o tratamento do núcleo familiar seja realizado pelo Setor de Psicologia do Tribunal de Justiça, semanalmente e com horário a ser estabelecido pelo referido núcleo, o que acarreta a perda do objeto de parte da decisão. Manutenção da condução da criança pelo pai ao tratamento é medida que se afigura correta diante da notícia de descumprimentos por parte da genitora, o que, aliás, pode causar prejuízos ao menor em relação à convivência com o genitor. Tratamento agora realizado semanalmente e em horários designados pelo núcleo multidisciplinar. Desnecessidade de alteração. Recurso que deve ser recebido somente no efeito devolutivo, pois a sentença apenas confirma a antecipação de tutela concedida, não se demonstrando ainda os alegados prejuízos físicos ou psicológicos para a criança com o compartilhamento da guarda realizado, o que inviabiliza a aplicação da exceção de concessão de duplo efeito ao recurso de apelação interposto pela Agravante/ré. Guarda Compartilhada hoje que se apresenta como regra de acordo com a nova legislação protetiva (Lei 13058/2014) que alterou artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Parecer da Procuradoria de Justiça no sentido do provimento parcial do recurso tão somente no que diz respeito à alteração da profissional para atendimento da agravante. Decisão mantida. Negativa de Seguimento ao recurso, na forma do artigo 557, caput, do CPC. Precedentes. (Agravo de Instrumento N° 00008762820158190000, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, Julgado em 16/04/2015).

Registra-se a importância da guarda compartilhada como “arma” de combate à alienação parental, haja vista a convivência habitual de ambos os genitores que participam do desenvolvimento da prole.

Maria Berenice Dias (2013, p. 15) explica:

Os filhos tornam-se instrumento de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar. São levados a rejeitar e odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, são programados para odiar. Com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimento de orfandade psicológica. Este é um terreno fértil para plantar a ideia de terem sido abandonados pelo genitor. Acaba o guardião convencendo o filho que o outro genitor não lhe ama. Faz com que acredite em fatos que não ocorreram com o só intuito de levá-lo a afastar-se do pai.

Dando ênfase, Oliveira (2015, online) sustenta que:

Por certo que a guarda compartilhada, nesse ponto, pode se tornar um instrumento eficaz a evitar esta prática extremamente prejudicial aos filhos – que deveriam ser centro de toda a preocupação quando do rompimento

do vínculo, buscando-se evitar maiores danos do que os já experimentados.

Sobre o tema Carvalho (2015, p. 509) apregoa que:

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando-se a síndrome da alienação parental, auxilia na criação e educação, mantém os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, assumindo ambos, em igualdade, as responsabilidades de cuidados, criação e educação.

Logo, no caso concreto analisado no tópico pretérito, o magistrado de ponta agiu de modo certo ao conceder liminarmente a guarda compartilhada, eis que o litígio entre as partes não deve sobrepor ao interesse da criança, sob pena de violar dispositivos fundamentais que zelam pelo seu desenvolvimento natural e saudável.

Dessa forma, Carvalho (2017, online), assevera que:

Eventual desarmonia entre pais de modo algum inviabiliza a aplicação do compartilhamento e, de igual modo, não procede a percepção de que sua aplicação, neste caso, traria mais conflito. Este existirá em maior ou menor grau quanto maior ou menor for a capacidade do genitor de enxergar o outro como um dos pilares fundamentais na criação dos filhos

Destarte, a guarda compartilhada foi criada com o intuito de impor aos pais a responsabilidade conjunta dos filhos, devendo, portanto, prevalecer sobre o entrevero dos genitores, mormente considerando o bem-estar da criança, o disposto na legislação cível e, ainda, sua função “bônus” de coibir a prática da alienação parental.

Carvalho (2017, online), ainda diz que:

Portanto, a guarda compartilhada nada tem a ver com o acirramento dos ânimos. Pelo contrário, pode ela, aí sim, ser fator essencial para sua diminuição na medida em que a maior participação gera aumento da conscientização da importância do outro.

Dando continuidade, a psicóloga Silva (2012, online) completa que:

A guarda compartilhada induz à pacificação do conflito porque, com o tempo, os ânimos “esfriam” e os genitores percebem que não adianta

confrontar alguém de poder igual. O equilíbrio de poder torna mais conveniente o entendimento entre as partes para ambos.

Portanto, o que se pode concluir é que o magistrado competente não pode deixar de aplicar o instituto da guarda compartilhada pelo fato de não concordância dos pais ou conflito entre os mesmos. Pois fazendo isso, o exercício dessa prerrogativa de mãe e pai ficaria a vontade de um deles, dando preferência a um titular e o prejuízo ao menor.

A guarda compartilhada deve ser adotada como o instituto viável, dando ênfase à estrutura do poder familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto nesse estudo, verifica-se que a família sofreu grandes transformações, sendo que, as principais decorreram ao instituto do poder familiar.

Retira-se a ideia que a figura do homem é a mais importante no seio familiar, e passa a ter o princípio de igualdade entre os cônjuges. Além disso, os interesses do menor são maiores que dos pais, sendo que eles devem desempenhar o papel de responsáveis, tendo direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens do menor. Ressalto que, caso um ou ambos os genitores forem negligentes perante essas responsabilidades, poderão ter consequências, como suspensão ou perda do poder familiar.

Perante essas evoluções da família e do poder familiar, a guarda também foi modificada. Independente de qual guarda for estabelecida, o interesse do menor deve ser priorizado.

Analisando o interesse da prole, a legislação brasileira promulgou a Lei 13.058/2014 que designa a guarda compartilhada como obrigatória, sendo dispensada somente quando um dos pais, em juízo, declarar que não deseja ter a guarda do filho menor. Acaba com a ideia de um dos genitores, possuir a posse do filho, e passa ser um conjunto, pais convivendo com o menor.

Com essa imposição de obrigação de compartilhar a guarda, surgiram várias discussões, principalmente na questão de que, quando os pais terminam o elo conjugal de forma conflituosa, compartilhar a guarda não será a opção mais viável.

Deste modo esse estudo viabilizou a entender que não, mesmo quando houver conflitos entre os pais, a guarda deve sim ser compartilhada, pois o interesse desse instituto é a vida do menor e não dos genitores. Esse entendimento é de acordo com a letra da lei, julgados de tribunais superiores e caso concreto analisado.

Em detrimento da guarda compartilhada, os benefícios verificados estão consoantes com o desenvolvimento psíquico, social e educacional do menor, pois continuará o convívio com ambos os genitores, retirando a ideia de acontecer à alienação parental, porque os pais vão vivenciar e atuar de forma conjunta e direta na formação do filho.

Concluindo esse estudo monográfico, percebe-se que o instituto da guarda compartilhada foi bem posicionado na legislação brasileira, tendo finalidade de atender princípios de igualdade e de proteção ao menor, contemplados pela Constituição Federal, perante as relações paternais e filiais após a dissolução conjugal. Nesse diapasão a guarda compartilhada veio para continuar as relações de pais e filhos, e como uma evolução do Direito perante sua capacidade de se adaptar as novas demandas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. - 7 ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BRASIL, Código Civil (2002). In: *Vade Mecum*. Saraiva. – 21. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. – 25 ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

BRASIL. Lei N° 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil Brasileiro (1916)**. D.O.U de 05/01/1916.

_____. Congresso Nacional. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília/DF, **Senado Federal**, 2010.

_____. Congresso Nacional. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF, **Senado Federal**, 2002.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1251000 MG. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 31/08/2011. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1428596 RS 2013/0376172-9. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 25/06/2014. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma.

_____. **Tribunal de Justiça**. Embargos Infringentes n. 20120110811689 DF. Relator: J.J. COSTA CARVALHO. Julgamento 22/10/2017. Órgão Julgador: 2º Câmara Cível.

_____. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento n. 70067590067 RS. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgamento 02/12/2016. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível.

_____. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento n. 00008762820158190000 RJ. Relator Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo. Julgamento: 16/04/2015. Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível.

_____. **Incesto e Alienação Parental**. 2ª ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Daniel Mendes. **Animosidade entre pais inviabiliza a Guarda Compartilhada?** – Defensoria Pública, Abril 2017. Disponível em:

<http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1ultimas-noticias/1260-artigo-animosidade-entre-pais-inviabiliza-a-guarda> compartilhada. Acesso em: 31/05/2017.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família – 29 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FERVENÇA, Amanda Cavalcanti. **Famílias monoparentais: a ausência de legislação no direito civil brasileiro**. Monografia. (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

FILHO, W. Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo da responsabilidade parental**. 7 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

FIUZA, Cesar. Direito Civil – Curso Completo. 2ª ed. rev., atual. e ampl., **Revista dos Tribunais**, São Paulo: 2016.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZARRO, Graciela. **Alienação Parental** – Comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Direito de Família. São Paulo: Saraiva. 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v.6, 2009.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MENDES, Josimar Antônio de Alcântara. **Reflexões sistêmicas sobre o olhar dos atores jurídicos que atuam nos casos de disputa de guarda envolvendo alienação parental**. XV, Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultura) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

OLIVEIRA, Fernanda. **Guarda compartilhada imposta: solução ou medida paliativa?** In: Revista Jus Navigandi, maio 2015. Disponível em

<<https://jus.com.br/artigos/39001/guarda-compartilhada-imposta-solucao-ou-medida-paliativa>>. Acesso em: 31/05/2017

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZARDO, A. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil 2: direito de família** – 42 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Denise Maria. Guarda Compartilhada é o melhor para a criança. Psicologia Jurídica, Agosto 2012. Disponível em: <https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/guarda-compartilhada-e-o-melhor-para-a-crianca>. Acesso em: 31/05/2017.

SPERONI, Emanuelle Loise Kolling. **A guarda compartilhado como possível solução para a alienação parental**. UNISC: Santa Cruz do Sul, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ANEXO A – CASO CONCRETO