

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS-FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

FABIANA HOLANDA DE MENEZES

GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Campina Grande – PB
2012

FABIANA HOLANDA DE MENEZES

GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientadora: Profa. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M.Coury.

FABIANA HOLANDA DE MENEZES

GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

Aprovada em: ___ de _____ de ___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Yuzianni Rebeca de M.S.M Coury
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR
(Presidente- Orientadora)

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul
(1° Examinador)

Prof. Esp. Renata Sobral
(2° Examinador)

Prof. Ms. Lênio Assis de Barros
(3° Examinador)

Dedico o presente trabalho aos meus pais, aos meus irmãos, avós e tios pelo imenso carinho, amor e apoio demonstrados em todos os momentos da minha vida e que me deram grande motivação para a conclusão do curso de graduação em Direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que plantou em mim um sonho que hoje se materializa.

Aos meus pais, Fabio e Heloisa, fonte de inspiração e exemplo de esforço e dedicação. Mãe, seus cuidados e dedicação me deram a esperança para seguir! Pai, sua presença significou segurança e a certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Aos meus irmãos Victor, Rafael, e, em especial a Fabrício que sempre dividiu comigo as alegrias e tristezas.

À minha avó Zita, que sempre se fez uma segunda mãe para mim.

Aos meus avós Eloi e Helena, que me ensinaram o valor das coisas simples.

Ao meu namorado Thiago, por entender a minha ausência durante a elaboração deste trabalho monográfico. Obrigado, pelo seu amor, paciência e por sua capacidade de sempre me fazer rir, mesmo estando diante das dificuldades.

Aos meus amigos, pelos momentos que passamos juntos e pelas experiências trocadas.

À professora Rebeca Cury, por seus ensinamentos, paciência e confiança, ao longo da orientação deste trabalho monográfico. É um prazer tê-la como minha orientadora.

Ao Professor Dimitre Soares, com quem aprendi a admirar o Direito de Família.

A toda minha família e aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

“A decisão de ter um filho é uma coisa muito séria. É decidir ter, para sempre, o coração fora do corpo”.

E. STONE, filósofo norte-americano.

“A família não se dissolve, transforma-se”.

Giselle Câmara Goeninga.

RESUMO

A presente Monografia discorre acerca da Guarda Compartilhada no direito brasileiro, um instituto novo que enseja muitas polêmicas. Torna-se cada vez mais crescente o número de famílias que vem adotando essa modalidade de guarda após a ruptura conjugal, uma vez que possibilita aos genitores a responsabilização conjunta e igualitária de seus filhos, visando o superior interesse da criança. A fim de facilitar a compreensão do instituto, faz-se necessário uma abordagem histórica e conceitual sobre o Pátrio Poder, hoje denominado Poder Familiar, que se tornou um dever atribuído aos pais, com o desígnio de atender as necessidades do menor. Do mesmo modo, foi dado enfoque na guarda, delimitando seu conceito, natureza jurídica, bem como, seus critérios de aplicabilidade e modalidades. Em seguida tratamos da Guarda Compartilhada, estudando seus efeitos positivos, negativos e psicológicos, a posição jurisprudencial a respeito do mesmo, além das alterações ocorridas nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil através da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, que transformou a Guarda Compartilhada em guarda legal. Por fim foram tecidos alguns comentários acerca da Síndrome da Alienação Parental, que vem sendo praticada por alguns pais, visando a destruição do vínculo parental do menor com o outro genitor, fato este que leva a guarda ao fracasso, além de acarretar sérios danos psicológicos ao menor. O presente trabalho monográfico propiciou significativo aprendizado acerca das peculiaridades inerentes ao tema. Contudo, não se teve a pretensão de esgotar o tema, mas torna clara e de fácil compreensão as questões de maior relevância no instituto da Guarda Compartilhada.

Palavras-chave: Direito Civil. Família. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

This monograph deals with shared guard within Brazilian law, as a new institute it raises many controversies. The number of families that have adopted this type of custody after marital disruption is increasing rapidly. As it allows parents to have joint and equal responsibility for their children, looking after the child's best interests. To help understand the institute; a historical and conceptual approach on parenting is necessary. Family today is known as power, which has become a duty assigned to parents with the aim to meeting the needs of the child. Similarly, focus was given to custody, outlining the legal concept as well as its criteria and the applicability of the modalities. Then shared guard is dealt with studying its positive effects, and the negative psychological jurisprudential position regarding the same, apart from the changes in Articles 1583 and 1584 of the Civil Code, Law No. 11, 698, in June 13th, 2008, in which shared guard was transformed into legal custody. Finally there were some comments about Parental Alienation Syndrome, which has been practiced by both parents, aiming to destroy the parental bond which the other parent has with the child. A fact that leads to a failure of the guard, besides causing serious psychological harm to the minor. This monograph has provided significant learning about the peculiarities inherent to the subject. However, there was no claim to be exhaustive, but makes it clear and easy to understand the most important issues in the Office of Shared Guard.

Keywords: Civil Law. Family. Shared Guard.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FAMÍLIA	13
2.1	BREVE HISTÓRICO	13
2.2	CONCEITO.....	15
2.3	CARACTERÍSTICAS.....	17
2.4	A ABRANGÊNCIA DO PODER FAMILIAR	19
2.5	DIREITOS E DEVERES PATERNOS E FILIAIS.....	22
2.6	CAUSAS QUE MODIFICAM O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR.....	27
2.6.1	Suspensão	28
2.6.2	Destituição	29
2.6.3	Extinção	31
2.7	PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	32
2.7.1	Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros	33
2.7.2	Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	35
2.7.3	Princípio da afetividade ou convivência familiar	39
2.7.4	Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos	40
2.7.5	Princípio da proteção da prole	41
3	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA	43
3.1	EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	44
3.2	CONCEITO E DEFINIÇÃO DE GUARDA.....	48
3.3	NATUREZA JURÍDICA.....	51
3.4	CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA	51
3.4.1	O melhor interesse do menor	52
3.4.2	Idade e sexo	53
3.4.3	Irmãos juntos ou separados	54
3.4.4	Opinião dos menores	55
3.4.5	Comportamento dos pais	56
3.5	ALTERAÇÃO DA GUARDA	56
3.5.1	Guarda no divórcio	56
3.5.2	Guarda na dissolução da união estável	57
3.6	MODALIDADES DE GUARDA.....	58
3.6.1	Guarda única	59

3.6.2	Guarda Alternada	60
3.6.3	Guarda dividida	61
3.6.4	Guarda compartilhada	61
3.6.5	Guarda delegada	62
3.6.6	Guarda oriunda de decisão judicial	63
3.6.7	Guarda oriunda de acordo	64
3.6.8	Guarda oriunda de fato	64
4	A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL	66
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	66
4.2	CONCEITO E DEFINIÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA	66
4.3	GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	68
4.3.1	Aposição da jurisprudência brasileira	70
4.3.2	A guarda compartilhada e a lei (Art. 1.583 e 1.584 do CC)	73
4.4	EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA	77
4.4.1	Efeitos positivos	78
4.4.2	Efeitos negativos	80
4.4.3	Efeitos psicológicos	81
5	ALIENAÇÃO PARENTAL	84
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
	REFERÊNCIAS	89
	ANEXOS	91
	ANEXO A – Os 20 pedidos dos filhos de pais separados	91
	ANEXO B – Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008	93
	ANEXO C – Carta dos direitos dos filhos de pais separados ou divorciados	95

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como metodologia a pesquisa teórica, e como tema basilar a Guarda compartilhada no Direito Brasileiro. A importância do seu tema ganha relevo por ser além de atual, bastante polêmico, necessitando de um profundo amadurecimento dos adultos envolvidos no processo, em busca da proteção da parte hipossuficiente que são os filhos.

É inquestionável que as últimas décadas foram marcadas por profundas transformações na sociedade, na cultura, na política, e principalmente no âmbito familiar. A consagração da igualdade entre homens e mulheres e a participação paterna de forma ativa na criação dos filhos, e sua importância no desenvolvimento destes, provocaram mudanças nas relações familiares.

No mundo pós-globalização, com o surgimento de novas formas de família, acarretou um crescente número de rupturas dos laços conjugais e intolerâncias recíprocas entre os casais, ocasionando conflitos nos laços de família.

A mãe detinha a guarda física dos filhos e o pai aos poucos se afastava, ocasionando um rompimento do vínculo familiar. O sentimento dessa dissolução familiar se difundia, ocasionando marcas e sequelas psicológicas negativas que incidiam diretamente na personalidade dos filhos.

A Lei nº. 11.698 de 13 de junho de 2008, que entrou em vigor em 13 de agosto de 2008, modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, consolidando expressamente a guarda compartilhada dos filhos de pais separados. O instituto consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sobre o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comum. A guarda compartilhada tem como finalidade basilar, a preservação dos interesses da criança e do adolescente, que são as maiores vítimas no término da relação familiar, minimizando assim os seus impactos.

Com o advento da Lei 11.698/08, a guarda compartilhada torna-se um direito garantido à criança e ao adolescente, uma vez que através dela, os laços familiares continuarão existindo, pois a presença constante e amorosa dos genitores não se exaurirá. É indiscutível que a guarda compartilhada possibilita efetivamente a convivência entre pais e filhos, conservando assim os vínculos afetivos, e garantindo a corresponsabilidade dos genitores, além da ampla participação dos pais na formação e educação dos filhos, o que a simples visitação não permite.

Neste trabalho apresentaremos o enfoque jurídico em relação à guarda compartilhada dos filhos na dissolução do vínculo conjugal, mostrando o uso da guarda compartilhada como mecanismo de preservação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Será feita a princípio um relato histórico acerca do instituto da Família, seus conceitos, características, abrangendo o poder familiar e suas evoluções.

Abordaremos a Guarda dos filhos de acordo com a Constituição Federal Brasileira, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente ao longo de toda a monografia, buscando exatamente mostrar que a Lei brasileira dá especial destaque para este tipo de guarda, pois vê nela a evolução necessária para a busca do melhor caminho na criação dos filhos, que é o amor.

2 A FAMÍLIA

Para o entendimento do instituto da Guarda Compartilhada, faz-se mister a apreciação acerca do poder familiar no atual Direito Brasileiro, através de um breve relato histórico até os dias atuais. Nos capítulos subsequentes analisaremos exclusivamente a guarda compartilhada, tema deste estudo monográfico, bem como as suas peculiaridades.

2.1 BREVE HISTÓRICO

A família, preexistente à própria organização jurídica da vida em sociedade, e considerada a célula *mater* de uma nação, foi uma das organizações que mais se modificaram no decurso do tempo.¹

O pátrio poder surgiu no Direito Romano através da Lei das XII Tábuas, inserida na IV tábua há 450 a.C. No Direito Romano, o pátrio poder atribuía ao *pater* uma autoridade praticamente absoluta sobre a mulher, os filhos e os escravos. A *patria potestas* representava um poder irrefutável do chefe de família.

O pai, além de chefe da família era também chefe supremo da religião doméstica. Essa supremacia sacerdotal caracterizava-se pelo poder rígido e irrefragável do pai, que estabelecia disciplina e ordem a ser cumprida. A figura paterna era admitido punir, expor, vender e ainda matar os membros do seu clã (*ius vitae necisque*).²

A esposa e os filhos não gozavam de capacidade para deter a propriedade de bens, ou seja, eram *alienijuris*, e tudo pertencia ao pai, que se favorecia de toda a vantagem patrimonial assemelhada por seu filho. Só o pai era plenamente capaz para o exercício de atos jurídicos, ou seja, era *sui iuris*.

Silvio de Salvo Venosa³, ao abordar o decurso histórico do poder familiar, apresenta visão similar:

[...] Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o *pater familias* é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. De fato, sua autoridade não tinha limites e, com frequência, os textos

¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

² Ibid., p. 4.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 295.

referem-se ao direito a vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos. O *pater, sui jus*, tinha o direito de punir, vender, e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a esse extremo. Estes, por sua vez, não tinham capacidade de direito, eram *alieni juris*.

Os povos estrangeiros trouxeram a ideia de uma autoridade paterna mais branda, e no decorrer do tempo foi circunscrevendo o domínio do *pater*, atribuindo-se maior autonomia aos filhos e a mulher. Essa evolução trouxe a exclusão do *ius vitae naciue*, como também uma nova forma de administração do patrimônio familiar que passou a ser individualizado, e dessa forma capacitou os filhos para cuidar de seus próprios proveitos.⁴

A esse respeito dispõe Venosa⁵ que “na idade média, é confrontada a noção Romana de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paterna, trazidas pelos povos estrangeiros”.

Na era Medieval, as relações familiares que foram intensamente influenciadas pelo Cristianismo e conduzidas pelo direito canônico, passaram por várias transformações, principalmente matrimoniais, uma vez que só o casamento religioso era reconhecido, e tinha como causas de impedimento a idade, parentesco, impotência, diferenças de crenças, entre outros.⁶

Logo após a Revolução Industrial o patriarcado perdeu sua força, e com ela trouxe importantes modificações nas relações familiares, que foi substituído pelo princípio da igualdade por co-gestão, através da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas⁷, que em seu preâmbulo declara que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

A noção romana ainda que de forma branda, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo nos alcançou através do direito Português e encontra exemplos nos senhores de engenhos e barões do café, que deixaram marcas inesquecíveis na nossa história. O pátrio poder, numa visão contemporânea, funda-se nos princípios de mútua compreensão, de proteção aos menores e dos deveres inerentes e irrenunciáveis da paternidade e maternidade,

⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a Família. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 295.

⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira, op. cit., p. 4.

⁷ **Preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos**, Paris, 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 12 nov. 2012.

ou seja, o pátrio poder, hoje denominado poder familiar ou pátrio dever, alcança o seu verdadeiro e real sentido de proteção exclusiva dos incapazes, em todos os seus interesses.⁸

É notório que o relacionamento entre pais e filhos passou por consideráveis evoluções, na qual se extirpou o caráter egoístico e machista de que o *pátria potesta* seria uma prerrogativa apenas do pai, constituindo, hoje um conjunto de deveres de ambos os pais em relação aos filhos menores. Diante de importantes modificações, o menor passa a ser visto como um sujeito de direitos na sociedade, ou seja, o pátrio poder, denominado pela nova legislação de poder familiar, passou a proteger com exclusividade o seu destinatário e não mais quem o exerce. Tal instituto preza a participação e convivência de todos os membros do grupo familiar, alicerçada na compreensão, diálogo, entendimento e afetividade.⁹

Após esse breve relato histórico acerca do pátrio poder nas relações familiares, podemos concluir que, com o transcorrer da história, o instituto ora abordado não é mais traduzido apenas como um poder, mas sim um dever, inerente a ambos os pais para com seus filhos.

2.2 CONCEITO

A expressão pátrio poder era adotada pelo Código Civil de 1916 e fora substituída pela denominação poder familiar no Código Civil de 2002. Tratando-se da acepção do pátrio poder, é possível encontrarmos vários posicionamentos doutrinários a respeito do instituto.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o poder familiar como “o conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.”¹⁰

Waldyr Grisard Filho¹¹ tem o entendimento de que:

“É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.”

Venosa ensina que “é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.”¹²

⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 295.

⁹AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a Família. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 5-6.

¹⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pag. 396.

¹¹FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pag. 35.

¹²VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 295.

Entretanto, compreendemos ser a definição mais adequada a de Maria Helena Diniz, na qual leciona da seguinte maneira:

É um conjunto de direitos e obrigações, quanto á pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.¹³

Prossegue a autora doutrinando que¹⁴:

Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores, e, excepcionalmente, a um deles, na falta do outro, exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens.

Contudo, apenas os filhos menores estão sujeitos aos preceitos do Poder Familiar, e este por sua vez, é constituído por um conjunto de direitos e deveres, como dispõe a redação dos artigos 1.630 e 1.631 do Código Civil:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

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.

Acerca de o pátrio poder, Vera Maria Schwertner¹⁵ ensina que:

O pátrio poder não é uma *auctoritas*, é um *múnus*. Trata-se de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir uma abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, á medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão-somente um encargo, ou um *munus*, mas um encaminhamento, com poder para impor uma certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 537.

¹⁴ *Ibid.*, p. 537.

¹⁵ Vera Maria Schwertner, **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81007guardacomp.htm>. Acessado em 13 de nov. 2012.

O poder familiar é uma função de ordem pública na qual os pais não podem abrir mão, pois o desenvolvimento da instituição chamada família é indispensável para a sociedade.

Assim sendo, o poder familiar é mais dever, um *múnus* legal, e menos poder, devendo ser exercido conjuntamente pelos genitores em prol dos interesses dos filhos menores que devem estar sempre em prevalência.

2.3 CARACTERÍSTICAS

O Poder Familiar é regido por normas de ordem pública, e tem como característica a irrenunciabilidade, indisponibilidade, intransmissibilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade e temporariedade.

Fernanda de Melo Meira *apud* Rolf Madaleno¹⁶, estabelece que “os filhos menores e incapazes são naturalmente frágeis, indefesos e vulneráveis, carecendo, portanto, de uma especial proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental”.

Conforme leciona Venosa¹⁷ o pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido “tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento”.

Gonçalves¹⁸ traz as características do Poder Familiar como sendo um “*múnus público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho”.

Akel¹⁹ brilhantemente ensina que:

Seu caráter irrenunciável veda que os pais se subtraíam desse dever-função que lhes é imposto pelo Estado, não podendo dele abrir mão segundo conveniências ou em proveito próprio. Sendo assim, o responsável ou responsáveis, pelo menor não podem abrir mão de criá-lo e educá-lo, zelando pelos seus interesses.

¹⁶ MEIRA, Fernanda de Melo, *apud* MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 422.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 295.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 398.

¹⁹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 14.

A única exceção é a prevista no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aderindo-se ao pedido de colocação do menor em família substituta, formulada diretamente em cartório.

A indisponibilidade alude que os pais não podem dispor, modificar ou renunciar a titularidade do exercício do Poder Familiar, renunciando os direitos-deveres que são o seu conteúdo. As atribuições das prerrogativas advindas do Poder Familiar são simultaneamente deveres de ordem pública. Cabe aos pais dirigir a educação da prole, mantendo-os sobre sua guarda e companhia, sustentando-os e criando-os.²⁰

Dessa forma, observa-se o art. 27 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

Art. 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

É intransmissível à terceiros por iniciativa dos genitores, pois decorre da filiação. Essa característica torna o poder familiar personalíssimo, pois é atribuído exclusivamente aos que possuem a qualidade de pai e mãe, inerente a essa condição. No tocante à imprescritibilidade, o poder familiar não poderá ser suprimido pelo desuso, mesmo que não possa ser exercido pelos seus titulares, e conforme dispõe o art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o seu descumprimento será punido com multa.²¹

Segundo o entendimento de Venosa, o poder familiar²²:

[...] é indivisível, porém não o seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.

Os filhos menores permanecem sob a autoridade e proteção dos pais até atingirem a maioridade ou emancipação, e por isso o poder familiar tem caráter temporário, pois apresenta duração limitada. Apesar de a vigência do poder familiar ser temporária, devem-se perpetuar os valores de respeito, amor, afeto e cooperação entre os membros da família.²³

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 300.

²¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 14-15.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 301.

²³ AKEL, Ana Carolina Silveira, op. cit., p. 16.

De acordo com o art. 5º do Código Civil em seu parágrafo único, incisos I a V, no Brasil, a incapacidade civil pode terminar pelos seguintes motivos:

Art. 5º. [...] Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Segundo Gonçalves²⁴, poder familiar é ainda, “incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar”.

2.4 A ABRANGÊNCIA DO PODER FAMILIAR

O Código Civil de 1916 conferia ao marido o exercício do pátrio poder:

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 o progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvando à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Observa-se que desde a história antiga, o denominado pátrio poder estava atrelado à figura paterna. Essa situação foi alterada pela lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), reconhecida como a primeira conquista da mulher, que modificou o art. 380 do aludido diploma, passando a dispor que, durante o casamento, o pátrio poder compete aos pais, “exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”, acrescentando em seu parágrafo único que, havendo divergência entre os cônjuges no que tange ao exercício do pátrio poder, prevalecerá à decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao judiciário a fim de solucionar a divergência.²⁵

Apesar de a mulher encontrar-se na posição de mera colaboradora, o pátrio poder passou a ser exercido por ambos os cônjuges, além de que, foi assegurado à mulher o direito

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 398.

²⁵ *Ibid.*, p. 399.

de recorrer ao judiciário, caso houvesse divergência entre os cônjuges no exercício do pátrio poder. Mas esse conceito foi extirpado do ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 226, §5º assegurou a plena igualdade entre os cônjuges com a seguinte redação: “Os direitos e deveres referentes á sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Nesse mesmo posicionamento, acentuou o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 21 (Lei nº 8.069/90):

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer á autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O Código Civil de 2002, seguindo este mesmo caminho, estampou em seu art. 1631 a seguinte redação:

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.

Com a igualdade entre os cônjuges, aboliu-se o machismo e a inferioridade cominados pelo antigo poder marital, responsabilizando o casal de forma compartilhada, para que tenham importância igualitária na condução da família, preservando assim, o superior interesse do menor.

Independentemente do vínculo existente entre o casal, ambos exercem conjuntamente o exercício do poder familiar, uma vez que tal poder decorre do reconhecimento dos filhos por seus genitores. De acordo com Gonçalves²⁶:

A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (CC, art. 1.632), assegurando-se ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro. O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente.

O filho gerado fora do casamento permanecerá sob a guarda de quem o reconheceu, e no caso de haver reconhecimento por ambos os genitores, aos dois caberão a

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 400.

titularidade da guarda, entretanto, esta permanecerá com quem tiver melhor condições de exercê-la²⁷.

O art. 1.633 do Código Civil dispõe que: “o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”, ou seja, caso se desconheça a mãe ou a mesma seja incapaz, o juiz nomeará um tutor para a criança, até que ela alcance a maioridade ou se emancipe através de sentença judicial.

Atualmente é dada aos pais a possibilidade da guarda compartilhada, que com o advento da Lei n.º 11.698, tornou-se um direito inerente à criança e ao adolescente, na qual ambos os cônjuges exercerão os direitos e deveres concernentes à autoridade parental, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosamente ou culposamente de acordo com o art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O cônjuge que não detém a guarda (unilateral) tem, na realidade, os poderes do poder familiar enfraquecidos, podendo este recorrer ao Judiciário quando entender que o exercício direto do poder familiar pelo guardião não está sendo conveniente. Este mesmo posicionamento aplica-se à separação de fato e às uniões sem casamento. O poder familiar também permanecerá para os pais na anulação do casamento, não importando se putativo ou não. Com a morte de um dos pais, é evidente, o poder familiar será exercido isoladamente pelo genitor sobrevivente, mesmo que este venha contrair novas núpcias²⁸.

Em qualquer situação, a guarda será transitória, e pode ser alterada a qualquer momento pelo juiz, em detrimento do superior interesse do menor. Venosa²⁹ ressalta que:

Todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. Já não distingue a ordem constitucional entre legítimos, ilegítimos ou adotivos. Lembre-se de que, atualmente, há ampla liberdade para o reconhecimento de filiação. Ainda que a guarda se já confiada a terceiros, os pais não perdem o pátrio poder. A guarda absorve apenas alguns aspectos do pátrio poder.

Atualmente, ambos os genitores estão aptos a tornarem-se guardiões do menor, mas cada caso deve ser analisando, para que se busque em primeiro lugar, o melhor interesse dos filhos e a sua contínua convivência com ambos os pais. O exercício do poder familiar não deve acabar com o fim do vínculo conjugal, além de que a igualdade de direitos e deveres

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 300.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 298.

²⁹ *Ibid.*, p. 300.

entre os pais sempre deve predominar, afim de que exerçam suas funções paternas de forma plena.

2.5 DIREITOS E DEVERES PATERNOS E FILIAIS

No tocante aos deveres dos pais para com os seus filhos, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Trata-se de direito fundamental da criança e do adolescente, e encontra respaldo no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O poder familiar é representado por um conjunto de regras que engloba direitos e deveres atribuídos aos pais, referente à pessoa do filho e relativo aos bens dos filhos menores³⁰. O art. 1.634 do Código Civil enumera os direitos e os deveres que incumbem aos pais, no tocante à pessoa dos filhos menores:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V- representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os pais, primordialmente deverão dirigir a criação e educação dos filhos menores, a fim de proporcionar sua sobrevivência. Incumbirá também aos pais, velar pela formação do menor, para que o mesmo se torne útil à família, à si e à sociedade. Além do cuidado material, para que o filho fisicamente sobreviva, trata-se também do cuidado moral, que por meio da educação desenvolverá o seu espírito e seu caráter.³¹

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 401.

³¹ *Ibid.*, p. 402.

Faltando com esse dever, o genitor faltoso será submetido a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual³².

O abandono material que se encontra tipificado no art. 244 do Código Penal, constitui causa de perda do poder familiar. Porém, a perda deste não desobriga os pais do dever de sustento para com seus filhos, sendo-lhes devida a prestação de alimentos, mesmo que a mãe detenha a guarda física, a fim de proporcionar o seu sustento. Assim é, pois, a suspensão e a perda do poder familiar constituem punição e não prêmio ao comportamento do genitor faltoso. Se os genitores infringirem o dever de propiciar ao menor educação primária aos seus filhos, responderão assim, por crime de abandono intelectual, que se encontra tipificado no art. 246 do Código Penal, encontrando amparo na Constituição Federal, em seu art. 205, que assim dispõe³³:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O artigo 1.703 do Código Civil assegura que, ambos os genitores devem contribuir para o sustento dos filhos, “na proporção de seus recursos”. Entretanto, a falta de condições para o sustento do filho, não enseja a perda da guarda nem do poder familiar, de acordo com o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em consequência do dever de educar, encontra-se o dever de correção e disciplina. Ressalta-se que os pais poderão castigar seus filhos moderadamente, constituindo crime de maus-tratos o excesso desses meios, além de causa de destituição do poder familiar (art. 1.638, I), na qual trataremos no tópico subsequente.

O inciso II do art. 1.634 do Código Civil menciona que é direito dos pais terem os filhos em sua companhia e guarda, e dessa forma, poderão reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, através de ação de busca e apreensão, pois cabe aos pais fixar-lhes o domicílio. A guarda é simultaneamente um direito e um dever de ambos os pais, pois a eles incumbe-se a criação como também a guarda. Dessa forma, a entrega de filho a pessoa inidônea, configura o crime previsto no art. 245 do Código Penal.³⁴

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 302.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 402.

³⁴ *Ibid.*, p. 402-403.

Acerca do assunto, Waldyr Grisard Filho³⁵ acrescenta que:

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar pela sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. A guarda é da natureza do poder familiar, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica a transferência deste.

O inciso III, refere-se ao consentimento para os filhos menores se casarem. A esse respeito, ensina Gonçalves³⁶ que:

Pressupõe-se que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus pais. Daí a razão da prerrogativa a eles concedida. O consentimento deve ser específico, para o casamento com determinada pessoa, não bastando ser manifestada em termos gerais.

Tal dispositivo também encontra respaldo no art. 1.517 do Código Civil na qual assegura que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Quando o consentimento for negado injustificadamente, ou for impossível de ser obtido, deve ser suprido judicialmente.

O inciso IV do artigo supracitado dispõe acerca da nomeação do tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não permanecer vivo, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. Trata-se o referido inciso, da presunção de que os pais são as melhores pessoas a escolher a quem confiar à tutela dos seus filhos menores, ou seja, visa o cuidado com a prole, sobretudo na morte do progenitor.³⁷

Assim, Silvio Rodrigues *apud* Gonçalves³⁸ observa que:

Esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercer o poder parental, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere.

³⁵ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47-48.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 404.

³⁷ *Ibid.*, p. 405.

³⁸ SILVIO, Rodrigues *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 405.

O inciso V do art. 1.517 do Código Civil menciona que os pais deverão representar os filhos até os 16 anos e assisti-los após essa idade nos atos em que forem partes. Tal regra também está disposta no art. 1.690 do mesmo código. A respeito deste inciso, Gonçalves³⁹ ressalta que:

A incapacidade de fato ou de exercício impede que os menores exerçam, por si sós, os atos da vida civil. A absoluta acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito (CC, art. 3º). O ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz, sob pena de nulidade (art. 166, I). A incapacidade relativa (art. 4º) permite que o incapaz pratique os atos da vida civil, desde que assistido, sob pena de anulabilidade (art. 171, I).

O inciso VI do art. 1.517 do Código Civil dispõe que os pais podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, e parra isso se valerão de ação de busca e apreensão do menor, a fim de exercer o direito/dever de conservar os filhos em sua guarda e companhia, como já foi dito anteriormente⁴⁰.

Venosa⁴¹ complementa que:

Se trata, porém, de pais separados, nem sempre a traumática ação de busca e apreensão, com tutela liminar, será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda. O caso concreto nos dará a solução, nesse drama nem sempre fácil de ser equacionado.

Quanto ao inciso VII, do art. 1.517 do Código Civil devem os pais exigir respeito e obediência dos filhos. Sobre tal inciso, Venosa⁴² ensina que:

Não há, contudo, uma subordinação hierárquica. O respeito deve ser recíproco. A desarmonia e a falta de respeito, em casos extremos, podem desaguar na suspensão ou perda do poder familiar. Podem também os pais exigis serviços próprios da idade do menor. Havemos de respeitar a legislação específica a respeito do trabalho do menor. A legislação trabalhista proíbe seu trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, conforme art. 7º, XXXIII, da CF, sendo-lhe proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre até os 18 anos. Todos os abusos em matéria de menor devem ser severamente combatidos.

Já na esfera patrimonial, no tocante ao exercício do poder familiar, os pais terão o atributo de administrar os bens dos filhos menores, uma vez que eles não detêm ainda a capacidade de direito para administrar seus próprios bens. Os pais serão, pois, os

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 405.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 405.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 303.

⁴² Ibid., p. 303-304.

administradores legais dos bens dos filhos, e, tal obrigação diz respeito, também, ao direito de usufruto, devendo os pais zelar pela conservação dos bens, além de pagar tributos a eles referentes, não podendo praticar atos que acarretem a diminuição patrimonial ou que ultrapassem os limites da simples administração⁴³. Assim, o art. 1.689 do Código Civil dispõe que:

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Conforme preceitua o art. 1.691 do Código Civil, necessária se faz a autorização judicial para que os genitores possam alienar os bens imóveis pertencentes aos filhos:

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

Sempre que houver um choque de interesses do genitor com o do menor, este deve ser representado ou assistido por curador especial, a requerimento do Ministério Público ou do menor, para que atue como fiscal, protegendo assim os interesses do menor, como dispõe o art. 1.692 do Código Civil.

Quanto ao usufruto, é ele inerente ao poder familiar, e assim, ensina Gonçalves⁴⁴ que:

Aos pais pertence o usufruto, as rendas dos bens dos filhos menores (CC, art. 1.689, I), como uma compensação dos encargos decorrentes de sua criação e educação. Trata-se de usufruto legal, que dispensa prestação de contas e da caução a que se refere o art. 1.400 do Código Civil, uma vez que as questões atinentes à renda produzida pelos aludidos bens não interessam à pessoa do administrado, mas sim à do administrador.

É importante ressaltar os bens que se encontram excluídos do usufruto e da administração dos pais, e assim o art. 1.693 do Código Civil o faz:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III - os bens deixados ou doados

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 409.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 408.

ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Nessas hipóteses o juiz nomeará curador especial, que deverá administrar os bens pertencentes ao menor.

Cezar –Ferreira⁴⁵ pondera que “os deveres e poderes dos pais em relação à pessoa dos filhos e aos bens destes são mantidos e devem ser dirigidos à formação integral dos menores, conforme reza o art. 3º do ECA”:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, diante dos direitos e deveres inerentes aos pais, para com seus filhos, Akel⁴⁶ de forma brilhante ensina que:

Criar um filho é prover-lhe o sustento material e moral, prestar-lhe assistência médica, estudo, proteção e carinho, buscando que ele absorva valores reais da cidadania, capacitando-o para prover, no futuro, seu próprio sustento e viver em ambiente fraterno e solidário.

Em compensação, a lei impõe aos filhos determinadas condutas, das quais emergem os direitos paternos. Dessa forma, o art. 1.634, VII do Código Civil estabelece que os filhos devem obediência e respeito aos seus pais como também prestação de serviços próprios da sua idade e condição, como consequência da comunidade doméstica. O Código Civil em seu art. 1.696, também impõe que os filhos devem alimentos a seus pais, em contrapartida ao direito deles próprios⁴⁷.

2.6 CAUSAS QUE MODIFICAM O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é um múnus que tem como objetivo basilar, a busca pelo superior interesse e proteção da criança e do adolescente. Dessa forma, a lei prevê algumas

⁴⁵ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Métodos, 2011.

⁴⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

⁴⁷ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

circunstâncias na qual acarretará ao titular do poder familiar a Suspensão, Destituição ou Extinção de seu exercício, assunto que abordaremos nesta ocasião.

2.6.1 Suspensão

Trata-se de uma sanção que impedirá o exercício do poder familiar por tempo determinado, que será decretada pelo juiz após apuração de conduta grave praticada pelos pais, em detrimento dos interesses dos filhos. A esse respeito, Maria Helena Diniz⁴⁸ ensina que:

O poder familiar é um múnus público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação. Na suspensão o exercício do poder familiar é privado por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns.

As causas que determinam a suspensão do poder familiar estão dispostas de forma genérica no art. 1.637 do Código Civil:

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.

Neste sentido leciona Venosa⁴⁹ que “O pedido de suspensão pode ser formulado por algum parente ou pelo Ministério Público, ou mesmo de ofício”.

Ficará a critério do juiz a suspensão do poder familiar pelo tempo que achar conveniente, adotando as medidas que considerar necessárias. No transcurso do processo, poderá o juiz determinar a busca e apreensão, a guarda provisória a terceiros ou em estabelecimentos competentes para tal. A condenação por crimes cuja pena exceda dois anos de prisão, poderá ocasionar a suspensão, ou até a perda do poder familiar, dependendo da gravidade com relação ao filho, tornando-se necessário a análise do caso concreto.⁵⁰

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 548.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 308.

⁵⁰ Ibid., p. 309.

Nesse mesmo caminho, o Estatuto da Criança e do Adolescente estampa em seu art. 24 que:

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O aludido artigo refere-se aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, além da obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, visando o interesse do menor.

Dessa maneira, o exercício do poder familiar inerente ao pai e a mãe, podem ser suspensos por meio de determinação judicial. Entretanto, esta suspensão não isentará os pais da obrigação da prestação de alimentos para com seus filhos.

2.6.2 Destituição

A destituição do poder familiar é uma medida mais grave e exaustiva que será imposta aos pais em razão do não cumprimento dos seus deveres para com os filhos ou da falha em relação à condição paterna ou materna, em detrimento dos interesses do menor e do seu bem-estar⁵¹.

As causas que justificam a destituição do poder familiar estão elencadas no inciso I do art. 1.638 do CC:

I- Castigar imoderadamente o filho, na qual o juiz decretará a destituição do poder familiar ao pai ou a mãe que pratique maus tratos, tentativa de homicídio, opressão ou castigos imoderados ao menor. Majoritariamente a doutrina entende que a expressão “imoderadamente” serve para convalidar o *jus corrigendi* dos pais, uma vez que essa infração só se caracteriza quando o castigo for aplicado excessivamente. Tacitamente estaria o Código Civil permitindo o castigo físico moderado. Essa não seria a interpretação ideal para a regra referida, uma vez que deve ser aplicada em harmonia com os princípios constitucionais, especialmente o art. 227 da Carta Magna, na qual dispõe que é dever da família, do Estado e da sociedade, assegurar ao menor, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, o direito á

⁵¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 50.

dignidade e ao respeito, além de colocá-los à salvo de qualquer violência, crueldade e opressão⁵².

É indiscutível que qualquer castigo físico deferido contra o menor, caracteriza-se como violência a sua integridade física e psíquica, além de violar a sua dignidade. A esse respeito, Paulo Luiz Netto Lôbo *apud* Gonçalves⁵³ leciona que, “na dimensão do tradicional pátrio poder, era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo”.

II - Deixar o filho em abandono, tanto material quanto moral, acarreta no descumprimento do dever de guarda, criação e educação, indo de encontro ao direito de o menor estar sob o cuidado e vigilância dos pais, expondo-a á situações de perigo em relação á sua saúde, integridade física e moral, deixando o menor á mercê de sua própria sorte⁵⁴.

III - Praticar atos contrários á moral e aos bens costumes, visando evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola através da qual se forma a personalidade dos filhos. Sendo os filhos de fácil influência, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A ausência do pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre a formação e posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem á prostituição⁵⁵.

IV - Incidir reiteradamente nas faltas previstas no artigo antecedente, visando impedir que os pais repitam abusivamente a conduta que pode ensejar, isoladamente, apenas a pena mais branda de suspensão do exercício do múnus em epígrafe⁵⁶.

De acordo com o art. 148 parágrafo único da Lei nº 8.069/90, a destituição do poder familiar opera-se através de sentença judicial, e se o juiz verificar que houve uma das causas que a justificam, abrangerá toda a prole e não apenas um filho ou alguns, pois trata-se de uma medida imperativa. A ação judicial deve ser promovida pelo outro cônjuge, por um

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 411.

⁵³ PAULO, Luiz Netto Lôbo *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 412.

⁵⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* Maria Helena Diniz, **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed.– São Paulo: Atlas, 2009, p. 50.

⁵⁵ “Destituição do poder familiar. **Filhos menores em ambiente promíscuo e inadequado**. Comportamento imoral e vida desregrada dos genitores. Provas suficientes para procedência do pedido” (TJMG, Ap.00.151.088-2/00, 2ª Câm. Cív., rel. Des. Abreu Leite, j. 15-2-2000) *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito**. Cit. p. 413.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 413.

parente do menor, por ele mesmo, se púbere e pela pessoa a quem se confiou sua guarda ou ainda pelo Ministério Público⁵⁷.

A destituição é personalíssima e por isso será aplicada somente contra o genitor que praticou o ato legalmente reprovável. O juiz atestará que o titular do poder familiar não está habilitado para desempenhar tal função, e visando o bem-estar do menor, o destituirá deste papel. A perda do poder familiar é em regra permanente, entretanto, o genitor destituído pode vir a ser readmitido após o convencimento do juiz sobre sua regeneração ou que foram definitivamente extintas as causas motivadoras da destituição do poder familiar. Tal readmissão se dará através de processo judicial de caráter contencioso, após o transcurso de cinco anos a contar da imposição da destituição⁵⁸.

É importante ressaltar que a destituição do poder familiar não implica na liberação da prestação alimentícia, uma vez que tal obrigação decorre do vínculo de parentesco.

2.6.3 Extinção

A extinção do poder familiar ocorrerá em decorrência de fatos naturais, de direito, ou através de decisão judicial.⁵⁹ O Código Civil em seu art. 1.635, estabelece as causas que acarretam a extinção do poder familiar:

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

Acerca do aludido artigo, Gonçalves⁶⁰ ensina que:

“Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A de ambos impõe a nomeação de tutor, para se dar sequência á proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor”.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 550.

⁵⁸ ORLANDO, Gomes *apud* DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 550.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 410.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 411.

A respeito da emancipação, Clóvis Beviláqua *apud* Maria Helena Diniz⁶¹ leciona que “a emancipação trata-se da aquisição da capacidade civil antes da idade legal nos casos do Código Civil, art. 5º, parágrafo único, equiparando-se a pessoa maior, deixa, então, de submeter-se ao poder familiar”.

Prevê o Código Civil em seu art. 5º, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Já quanto à adoção, Venosa⁶² traz seu comentário afirmando que:

Qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o poder familiar da família original, que passa a ser exercido pelo adotante. Na verdade, a adoção transfere o poder familiar, não o extingue. Quando o indivíduo for adotado pelo casal, aos pais adotivos cabe o exercício do poder familiar. Quando a pessoa for adotada só pelo marido ou companheiro, ou só pela mulher ou companheira, só ao adotante, individualmente, compete o exercício do poder familiar.

Consequentemente, na adoção também poderá ser extinto o poder familiar através de decisões judiciais, quando os pais adotivos incidirem em algumas das causas elencadas no art. 1.637 e 1.638 do Código Civil, já apontados anteriormente.

2.7 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Neste tópico serão analisados os princípios basilares do direito de família com relevância para o tema deste trabalho, quais sejam: o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, o princípio da afetividade ou convivência familiar e o princípio da proteção da prole.

Nosso sistema jurídico alberga uma visão pós-positivista, somada á necessidade e ao dever de uma orientação principiológica, a qual não se contenta com o mero respeito

⁶¹ CLÓVIS Beviláqua *apud* DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. eampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 554.

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 308.

á legalidade consubstanciada nas regras. A letra seca e fria da Lei não pode excluir os princípios que a regem, que regem um sistema.⁶³

2.7.1 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros

No modelo de entidade familiar de outrora, até o início do século XX, predominava o patriarcalismo, na qual a mulher encontrava-se literalmente sob o comando do homem, pois quando solteira dependia absolutamente do pai, e quando casada, do marido⁶⁴.

A autoridade do marido não era questionada, e dessa forma, cabia a ele arcar com todo o orçamento da casa, e o não cumprimento dessa obrigação atestaria a sua incompetência, ou seja, a dignidade masculina estava presente no trabalho, já a da mulher, na educação da prole, administração do lar, como também na conservação do nome e honra da família. Caso houvesse necessidade de assistência no sustento do lar, a mulher poderia trabalhar se possuísse devida autorização marital⁶⁵.

No decorrer dos anos, através dos movimentos feministas, foram subjugados os impedimentos e resistências que não conferiam a mulher uma função relevante na sociedade e na relação conjugal. O século XX foi marcado pela evolução da família, devido à inserção da mulher no mercado de trabalho através do aumento considerável da indústria e urbanização. A mulher tornou-se sujeito da própria história à medida que conquistou sua liberdade econômica⁶⁶.

Sobre a primeira conquista da mulher, Maria Helena Diniz⁶⁷ ensina que:

Outrora, o Estatuto da Mulher casada Reconhecida (Lei nº 4.121/1962 ora revogada) outorgava à mulher a condição de colaboradora do marido, que ainda mantinha a chefia na direção material e moral da família, tendo em vista o interesse comum do casal e dos filhos; estabelecia o exercício conjunto do pátrio poder; conferia á mulher o direito de colaborar na administração do patrimônio comum; autorizava a mulher a exercer a profissão que quisesse; dava a mulher que exercesse profissão fora do lar autonomia econômica e franqueava-lhe constituir um patrimônio reservado, livremente administrado por ela, permitindo-lhe dispor, como bem entendesse, do produto de seu trabalho, podendo até defender a sua parte, no acervo comum, contra credores do marido; permitia que a mulher escolhesse o domicílio conjugal de acordo como marido; determinava que a mulher não necessitava de autorização marital para praticar atos que o marido sem a sua outorga pudesse

⁶³ BERNARDINO, Diogo, *apud* Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, **Outra Face do Poder Judiciário: Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12.

⁶⁴ FACHIN, Rossana Amara Girardi *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira, **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

⁶⁵ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

realizar; dispunha que a mulher, qualquer que fosse o regime de bens, concorria para o sustento da família; prescrevia que a mulher podia administrar os bens dos filhos, se assim fosse deliberado pelo casal.

A mulher adquiriu uma posição fora do lar, deixando para traz características de uma sociedade eminentemente patriarcal e rural que a submetia exclusivamente as tarefas do lar. A incapacidade relativa da mulher foi erradicada, e ela passou a ter direitos sobre os bens adquiridos como fruto do seu trabalho, além de que, não mais perderia o “pátrio poder” em relação aos filhos caso se separasse e voltasse a casar⁶⁸. Nota-se que com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a sociedade passou por profundas transformações, entretanto, a situação dos genitores no momento da separação e com relação aos filhos, era de plena desigualdade. Essa situação, entretanto, foi alterada pela Constituição de 1988, que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, reconhecendo que todos os direitos e deveres inerentes à sociedade familiar, serão exercidos por ambos, conjunta, igualitariamente⁶⁹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido em seu art. 226, § 5º, a igualdade entre homens e mulheres, reconhecendo que todos os direitos e deveres inerentes à sociedade familiar, serão exercidos por ambos, conjunta, igualitariamente. Sobre o referido artigo, Carlos Roberto Gonçalves⁷⁰, ensina que:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não se coaduna com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução social.

Maria Helena Diniz⁷¹, ao discorrer sobre o princípio em questão, assegura que com esse princípio:

[...] desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

⁶⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Vol. VI - Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 23.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

Atualmente, com a expurgação do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterno, diante do novel Código Civil, não há mais qualquer desigualdade de direitos e deveres entre o marido e a mulher, pois estes foram eliminados dos seus artigos, assegurando-se a completa paridade dos cônjuges ou conviventes, tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais⁷².

Já o Código Civil estabeleceu em seu artigo 1.584 na sua redação original, que:

Art. 1584. Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto á guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. **Parágrafo único.** Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Com a igualdade entre os cônjuges e a preservação do melhor interesse dos filhos, buscou assim o legislador, democratizar o relacionamento familiar, abolindo o antigo “poder marital”, e responsabilizando o casal de forma compartilhada, para que tenham idêntica importância na condução do lar conjugal⁷³.

Atualmente, ambos os genitores gozam de condições igualitárias na disputa pela guarda dos filhos. A igualdade de direitos e deveres entre os pais sempre deve predominar, afim de que exerçam suas funções paternas de forma plena, uma vez que é direito dos filhos terem suas necessidades atendidas pelos seus pais.

2.7.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Para uma melhor compreensão acerca do tema, torna-se necessário uma abordagem psicológica, a fim que se compreenda os reflexos da desunião entre os genitores sobre os filhos.

Tal abordagem torna-se extremamente necessária, a fim de conscientizar os pais acerca da necessidade do apoio à prole, quanto da transformação familiar, para que se evitem problemas futuros. É primordial que os filhos se envolvam na nova situação conjugal e não nos conflitos no qual os cônjuges estejam submetidos, pois, no futuro, algumas atitudes da

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

⁷³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

criança decorrerão da má interpretação da vida familiar, o que será prejudicial para os mesmos⁷⁴.

A adaptação dos filhos a essas situações dependem diretamente do contato permanente e de qualidade com o genitor não guardião, bem como o ajustamento psicológico deste. A dificuldade econômica que geralmente ocorre após a dissolução do vínculo conjugal, também é um dos fatores que devem ser observados na transformação⁷⁵.

Em relação à desunião do casal, estes precisam se conscientizar que as crianças interpretam a raiva existente entre eles, contra eles, e quando os pais se agridem, ainda que verbalmente, na presença dos filhos, sua estima em desenvolvimento recebe um grande baque⁷⁶.

Ainda a esse respeito, Euclides de Souza apud Akel⁷⁷ ensina:

Quando se informa as crianças um iminente divórcio, os pais não devem revelar detalhes como infidelidade conjugal ou depravação sexual, e eles não devem se culpar um ao outro. Um possível método é apresentar o divórcio como uma solução para os problemas da família, que tem gerado muitas brigas e desentendimentos. Honestidade é o elemento crucial nas informações dadas as crianças para a separação. Deve ser dito a elas que suas vidas irão mudar e algumas coisas como conviver com o pai que não está morando a maior parte do tempo, será difícil. As crianças devem ser encorajadas a falar sobre seus sentimentos, com seus pais, amigos ou mesmo conselheiros. O melhor é que os pais não perguntem as crianças para escolher com qual pai elas gostariam de viver. Se elas tiverem uma opinião formada, é conveniente deixar que ela exponha naturalmente. Se elas não se pronunciarem, não devem ser colocadas em uma posição de escolha entre um ou outro pai.

⁷⁴ Não informados sobre o que se modificará em suas vidas e, talvez, assegurados pelos pais de que *nada mudará, apenas o papai vai morar em outra casa*, os filhos ficam confusos e não buscam informações, reproduzindo o que já fora observado por Wadsby e Svedin (1994) e Wallerstein e Kelly (1980), isto é, as crianças não perguntam e os pais concluem que está tudo bem. Com a rede social esgarçada, confusos e tentando proteger os pais, elas acabam comunicando o sofrimento através de sintomas. Os participantes, espontaneamente, descreveram um conjunto de reações por eles associadas à eclosão da separação, discriminado um grande número de dificuldades psicossociais relativas ao período inicial como: dificuldades e perturbações de sono, pesadelos ($n = 3$); problemas de alimentação (comer muito ou quase não se alimentar, vomitar) ($n = 3$); enurese ($n = 2$); comportamentos regressivos (chupar dedo, roer unha, tomar mamadeira) ($n = 2$); choro excessivo ($n = 2$); medo e ansiedade difusa ($n = 2$); medos definidos como de ficar sozinho, sair sozinho ($n = 2$); mau humor e agressividade ($n = 3$); sentimentos de culpa ($n = 2$); sensação de abandono e de falta de alguém a quem recorrer ($n = 2$); rebaixamento do desempenho escolar ($n = 2$). **Rosane Mantilla de Souza**, Depois que papai e mamãe se separaram: um relato dos filhos, *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 16, nº 3, set./dez. 2000, p. 203-211. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722000000300003&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2012.

⁷⁵ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 62.

⁷⁶ Euclides de Souza (Trad.), Não fique com raiva. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91014-naofiquecomraiva.htm>. Acesso em 22 out. 2012.

⁷⁷ Euclides de Souza apud AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 62.

Alguns estudos⁷⁸ nos permitem enumerar determinados reflexos que a separação acarreta nos filhos:

As crianças, na qual a mãe detém a guarda, enxergam a mãe como uma pessoa com dificuldades financeiras, deprimida, cansada, desprotegida e sem condições de ajudá-las em suas interações com os amigos. Entretanto, confirmam que a mãe tem maior cuidado nos filhos nos momentos de dificuldades e doenças, pois apresentam-se como mais disponíveis que os pais, ausentes; Sentem-se amedrontados e ansiosos em relação à experiência familiar, no sentido de ter suas necessidades atendidas, preocupando-se com o sucesso profissional dos pais, e principalmente com o da mãe, revelando grande preocupação com o futuro; A maior parte dos filhos não escolheria viver em uma família nuclear ou divorciada, mas sim numa família, seja ela com ou sem conflitos; O desejo de reconciliação entre os pais aparece apenas nos filhos que raramente ou nunca tinham contato com o genitor não guardião, quer seja a mãe ou o pai; A ausência de comunicação entre pais e filhos advindo do processo de dissolução familiar, sustentado pela ideia de que falar sobre a separação perturbaria as crianças, contribui para que os filhos permaneçam com seus sentimentos ocultos, permitindo aos genitores a interpretação desse silêncio como a ausência de dificuldades; Nos filhos, independentemente da idade, preponderam os sentimentos de mágoa, tristeza, sensação de abandono, solidão e saudade, que apesar de tudo, se modificam com o passar do tempo, principalmente em decorrência da redução do conflito entre os cônjuges; A ausência paterna é apontada por todos como o momento onde predominam os piores sentimentos, mesmo reconhecendo, em retrospectiva, que a separação foi uma solução; Com o passar do tempo, com a fixação das visitas e o estabelecimento da confiança na previsibilidade das novas rotinas, o impacto emocional é ocupado pelas novas adaptações, resultando na redução da ansiedade; Os filhos afirmaram que, com o passar do tempo, a vida volta ao normal ou, então fica diferente, mas fica bem, pois recupera-se a previsibilidade e é estabelecido o equilíbrio no relacionamento com os pais e entre estes.

A partir desse estudo, observa-se que a separação é um processo que exige um complexo de adaptações ao longo do tempo, e o sofrimento infantil diante dessa situação pode ser atenuado por meio da comunicação, adequação das informações e das condutas dos pais⁷⁹.

Evandro Luiz Silva⁸⁰ esclarece:

Numa separação, é inevitável o desgaste e ansiedades pertinentes àquele momento. No entanto, querer deixar as crianças de fora, é tirá-las do contato com a realidade e deixar que as suas fantasias se multipliquem, trazendo muitas vezes danos maiores que a realidade posta. A criança só tem a crescer e amadurecer, ao passar pelas angustias próprias do momento, tendo seus pais ao seu lado para ajudar a passar por essa fase. O conflito suscitado por uma separação, nos pais e filhos, é algo que precisa ser enfrentado por todos e necessita-se um tempo para a sua elaboração. No entanto, tanto quanto os pais, as crianças precisam ter contato com ele, vivenciando assim a realidade que ele impõe, visto que os conflitos são inerentes ao ser humano.

⁷⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.

⁷⁹ SOUZA, Rosane Mantilla de, **Depois que papai e mamãe se separaram: um relato dos filhos**, *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 16, n° 3, set./dez. 2000, p. 203-211. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722000000300003&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2012.

⁸⁰ SILVA, Evandro Luiz. **A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda**. Disponível em: <APASE, <http://www.apase.org.br/91013-aseparacao.htm>>. Acesso em: 22 out. 2012.

O direito de visitas e a pensão alimentícia, na maioria das vezes são os maiores problemas no processo judicial. É necessário que a dissolução conjugal seja encarada como uma maneira de resolução do conflito matrimonial. O direito de visitas, a guarda e alimentos são interesses inerentes aos menores e sempre devem prevalecer, ou seja, os pais devem respeitar os direitos dos seus filhos, a fim de preservar seu bem-estar físico e emocional. Os genitores precisam se conscientizar que a prioridade são os direitos das crianças e não os seus, além de que, o fim do laço conjugal não pode levar ao fim da parentalidade⁸¹.

O mais importante é mostrar aos filhos, que os seus pais continuam unidos em prol dos seus interesses e bem-estar, e jamais deixarão de atender as suas necessidades. A importância de prevalecer nas atitudes paternas os interesses dos menores é consagrada pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 1989, em outros aspectos⁸²:

Art.9.3. Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo de tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

Art.12.1. Os Estados Partes garantem á criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Nos casos de separação, é direito dos filhos manterem contato permanente com ambos os pais, além de manifestar seu posicionamento nos procedimentos judiciais, principalmente no que diz respeito a sua guarda⁸³.

De acordo com o que foi anteriormente exposto, é notório que muitas consequências negativas da separação podem ser atenuadas por meio da manutenção e fortalecimento de uma relação contínua e de proximidade com ambos os genitores, melhorando assim a relação familiar, bem como contribuindo para um restabelecimento eficaz dos traumas emocionais advindos da ruptura conjugal.

Cabe ao Poder Judiciário assegurar a otimização desse princípio, através das normas constitucionais e infraconstitucionais que o respalda, afim de que se prevaleça os direitos e interesses da criança e do adolescente. Deve-se salientar a importância da mediação, uma nova tendência no direito de família brasileiro que tem por objetivo minimizar o

⁸¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

⁸² Ibid., p. 66.

⁸³ AKEL, Ana Carolina Silveira, op. cit., p. 67.

sofrimento, a dor, e a angustia de todos os que estão envolvidos na separação. O magistrado deverá analisar cada caso concreto, considerando as suas peculiaridades para a escolha da guarda, sempre prevalecendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de assegurar plenas condições para o integral desenvolvimento da prole⁸⁴.

A guarda compartilhada propicia a continuidade do vínculo familiar e a participação de ambos os genitores na educação dos filhos, imprescindível para a manutenção da estabilidade emocional dos menores. Assim sendo, a guarda compartilhada é o modelo que melhor atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente⁸⁵.

2.7.3 Princípio da afetividade ou convivência familiar

Sérgio Rezende de Barros *apud* Rolf Madaleno⁸⁶ brilhantemente ensina que:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade á existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

Conforme preceitua o 6º Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança⁸⁷:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e responsabilidades dos pais, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material [...].

Segundo Giselle Câmara Groeninga *apud* Rolf Madaleno⁸⁸, “o amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade

⁸⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁸⁶ Sérgio Rezende de Barros *apud* MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 95.

⁸⁷ **Declaração dos direitos da criança**, disponível em: <http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>. Acesso em 23 nov. 12.

⁸⁸ Giselle Câmara Groeninga *apud* MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 96.

saudável”. Rolf Madaleno⁸⁹ ainda complementa que “certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém”.

Este princípio é alicerce da guarda compartilhada e evidencia-se no caput do artigo 227 da Constituição Federal, o qual dispõe que, é dever da família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a convivência familiar. Nota-se que a Constituição tem como foco basilar, a criança e o adolescente, que é parte hipossuficiente.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O afeto sempre deverá prevalecer na relação entre pais e filhos. O princípio da convivência familiar busca salvaguardar os laços afetivos entre pais e filhos, proporcionando maior contato entre eles, afim de que os genitores acompanhem de perto o desenvolvimento dos seus filhos, eduque, dê afeto e supra as carências imediatas que vierem a surgir, enquanto não atingirem a idade adulta.

Deve-se levar em consideração, que os filhos encontram-se em fase de formação de sua personalidade, como também das suas convicções afetivas, morais, religiosas e sexuais, e por isso, muito necessita da presença dos pais, a fim de obter o regular desenvolvimento do menor e suprimir o sentimento de ruptura que lhes acomete, proporcionando ao menor um sentimento de segurança.

2.7.4 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

O art. 227, § 6º da Constituição Federal prescreve que:

Art. 227, §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O aludido artigo assegura a plena igualdade entre todos os filhos, e não mais admite a distinção que existia no Código Civil de 1916 entre filiação legítima ou ilegítima,

⁸⁹ MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 96.

segundo os pais fossem casados ou não, e entre a filiação adotiva. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, todos são apenas filhos, mesmo que havidos fora do casamento ou em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações⁹⁰.

Assim dispõe o artigo 1.596 do Código Civil:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A esse respeito, Maria Helena Diniz⁹¹ expõe que os artigos 227 § 6º da Constituição Federal e 1.596 a 1.629 do Código Civil, consagrados pelo nosso direito positivo, asseguram que:

Nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; proíbe que se revele no assento do nascimento a legitimidade simples ou espuriedade e veda designações discriminatórias relativas á filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio de reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido.

2.7.5 Princípio da proteção da prole

A Lei 6.697 de 1979, antigo Código de Menores, que era voltado à repressão e à exclusão das crianças e adolescentes, fora substituído com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que passou a reconhecê-los como sujeitos de plenos direitos, além de respeitar sua frágil condição de pessoa em pleno desenvolvimento, cabendo ao Estado, à família e à sociedade assegurar com absoluta precedência a efetividade de suas prioridades⁹².

A Constituição Federal em seus artigos 227 e 229 preceituam regras tidas como direitos fundamentais, que visam proteger as crianças e adolescentes. Prescreve o art. 227 da Constituição Federal que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 23-24.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

⁹² FACHINETTO, Neidemar José. *O Direito á convivência familiar e comunitária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sobre o aludido artigo, Flávio Guimarães Lauria apud Rolf Madaleno⁹³ sustenta que:

Embora sejam direitos fundamentais de todas as pessoas humanas, o legislado constituinte conferiu prioridade aos direitos da criança e do adolescente, ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade.

Dessa forma, o Estado, a sociedade e a família devem garantir aos menores o seu pleno desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, assegurados pelo art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, torna-se indispensável o constante contato dos filhos com ambos os pais, a fim de preservar a estabilidade emocional dos menores.

⁹³ LAURIA, Flávio Guimarães *apud* MADALENO, Rolf. *Apud*, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 96.

3 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA

É importante ressaltar que neste trabalho monográfico, utilizou-se como base principal as obras dos doutrinadores Ana Carolina Silveira Akel e Waldyr Grisard Filho, em decorrência de serem eles os autores que mais se aprofundaram sobre o tema deste estudo.

Rompendo-se o vínculo conjugal, surge então o delicado dilema acerca da guarda dos filhos menores, como também dos maiores inválidos.

Na determinação da guarda, o juiz analisará qual dos pais possui melhores condições de propiciar o superior interesse do menor, como também, avaliará alguns critérios (idade e sexo do menor, irmãos juntos ou separados, opinião dos menores, comportamento dos pais), a fim de assegurar o bem-estar da prole.

Conforme disposição do artigo 1.634, II, a guarda é um atributo do poder familiar, ou seja, é indispensável para o exercício do mesmo. Tal poder-dever encontra respaldo legal nas legislações especiais do ordenamento jurídico brasileiro, na qual impõem regras para o seu cumprimento, destinadas aos genitores ou a quem detiver a guarda do menor. Os avós também poderão ser nomeados guardião do menor como, também, poderá o juiz nomear um tutor para o exercício da guarda⁹⁴.

Ao guardião serão cominados direitos e deveres para com os filhos, e o seu não cumprimento poderá ocasionar a suspensão, a destituição, ou a extinção do poder familiar, como também na responsabilização criminal.

Segundo ensinamento de Waldyr Grisard⁹⁵:

A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visitas, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática, no cuidado diário e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação.[...]O crescente número de rupturas- hoje aceitas com a naturalidade pelo corpo social- dá lugar a que, cada vez mais, se suscitem conflitos em relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, fossem casados ou não. Sendo escassas, como se disse, as regras legais a respeito, cumpre a doutrina e a jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais que o texto constitucional definitivamente expurgou.

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 271.

⁹⁵ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

O instituto da guarda encontra-se implicitamente disposta no art. 229 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O referido artigo visa garantir ao menor, o direito de ser protegido por um guardião que possa exercer os deveres inerentes ao poder familiar, afim de proporcionar seu saudável desenvolvimento físico e psíquico. No entanto, cabe ao filho ajudar e proteger os pais quando alcançarem a velhice ou diante da carência e doença.

A fim de que se possa entender melhor o tema basilar desse trabalho monográfico, será necessária uma breve análise da evolução do instituto da guarda na legislação brasileira, tema este que abordaremos a seguir.

3.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No nosso ordenamento, podemos encontrar várias semelhanças do Direito comparado, herdadas do Direito Romano, que ostentava o pátrio poder. Assim, o Código Civil instituiu o Direito de Família, fundamentado na veneração à autoridade paterna, denominado de *pátrio potesta*, na qual sofreu grandes transformações a fim de acompanhar e se adequar à evolução social.

A primeira notícia que se teve acerca do instituto da guarda no direito brasileiro, estava contida no Dec. 181 de 1890 em seu art. 90, que disciplinava sobre o destino dos filhos de pais que não mais conviviam⁹⁶. Tal norma prescrevia que:

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

No Código Civil de 1916, tal matéria foi disciplinada no capítulo que tratava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, que distinguia as hipóteses de dissolução amigável e litigiosa, ressaltando que, na dissolução amigável, seria

⁹⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

observado o acordo entre os cônjuges em relação à guarda dos menores, e, na litigiosa, seria levada em conta a culpa de um ou de ambos os cônjuges, pela dissolução da sociedade conjugal, pelo sexo e idade do menor⁹⁷.

Tal legislação também assegurava que, caso houvesse motivos graves, o magistrado consideraria, sempre, a prevalência do interesse do menor, decidindo da maneira que fosse mais apropriada para este, diferenciando-se assim, do que era estabelecido pelo antigo ordenamento jurídico⁹⁸.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 3.200/1941, em seu artigo 16, disciplinou a guarda do filho natural, determinando que este ficaria com o progenitor reconhecente e, se o fossem ambos, ficaria sob o poder do pai, salvo se o juiz em detrimento do interesse do menor, decidisse de forma diversa⁹⁹.

Dispondo sobre a guarda de filhos no desquite judicial, o Decreto-lei nº 9.704/46, assegurava aos pais o direito de visitação nos casos em que a guarda não fosse concedida à eles, mas a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente¹⁰⁰.

Em 1962, a Lei 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, alterou o desquite litigioso, mas poupou as disposições do desquite amigável relativamente à guarda dos filhos. Dessa forma, o Código Civil de 1916 passou a ter o seguinte esquema: a) havendo cônjuge inocente, a este seria confiada a guarda; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, salvo entendimento contrário do juiz, a fim de atender o interesse do menor; c) verificando que os filhos não deveriam permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, poderia o juiz conferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando, no entanto, o direito de visitas aos pais¹⁰¹.

A Lei 5.582/1970 alterou o art.16 do Decreto-lei nº 3.200/1941 e lhe acrescentou parágrafos, passando a estabelecer que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores, ficasse sob o poder da mãe, salvo se tal solução incidisse em prejuízo ao menor. Previu também, a possibilidade de colocação dos filhos menores sob a guarda de pessoa idônea, preferencialmente da família de qualquer dos genitores, podendo o juiz decidir de forma diversa em detrimento do interesse do menor¹⁰².

⁹⁷ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

⁹⁸ Ibid., p. 77.

⁹⁹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 59.

¹⁰⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira, op. cit., p. 77.

¹⁰¹ FILHO, Waldyr Grisard, op. cit., p. 59.

¹⁰² AKEL, Ana Carolina Silveira, op. cit., p. 77.

Essa situação perdurou até o advento da Lei 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, que regulamentava a matéria estabelecendo que: nas dissoluções consensuais, seria observado o acordo entre os cônjuges acerca da guarda dos filhos; nas litigiosas, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das dissoluções existentes, ou seja, na hipótese de divórcio-sanção, os filhos ficariam sob a guarda de quem não deu causa à ruptura conjugal; no caso do divórcio falência, os filhos permaneceriam sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum; e no divórcio-remédio, os filhos ficariam sob a guarda do cônjuge que possuísse melhores condições físicas e mentais de assumir o encargo, e logo, todas as responsabilidades dele advindas¹⁰³.

O Código Civil, resultado de uma sociedade patriarcal de fim de século, ainda influenciado pelas origens romanas, a par das inovações introduzidas, como vimos, vieram a ser expostos, através do Decreto-lei nº 17.493 de 1927, denominado de Código de Menores e o de 1979, pela Lei 6.697¹⁰⁴. O primeiro, em seu art. 27 dizia que:

Art. 27. Entende-se por encarregado da guarda do menor a pessoa que, não sendo seu pai, mãe, tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia.

Já o Código de Menores de 1979, em seu art. 2º, parágrafo único, passou a estabelecer a seguinte redação:

Art. 2º. Parágrafo único. Entende-se por responsável àquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Diante da evolução legislativa acerca da regulamentação da guarda dos filhos menores, não resta dúvida de que o advento da Constituição Federal de 1988 é considerado como o momento mais marcante em todo o caminho percorrido pela guarda, pois a mesma deu maior relevância ao referido instituto, conforme dispõe o art. 227¹⁰⁵:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

¹⁰³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 78.

¹⁰⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 61.

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição Federal de 1988 teve forte influência na promulgação da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que enaltece a prioridade da família biológica ter o menor consigo, sendo este colocado em família substituta apenas quando impossível e inviável a permanência com os genitores de sangue. Nota-se que os direitos e garantias constitucionais do menor, exaltaram o instituto da guarda, impondo ao genitor guardião a observância e cumprimento de todos os deveres a eles conferidos¹⁰⁵.

Waldyr Grisard Filho¹⁰⁶ nos ensina que:

Em nosso direito, o tema da guarda mereceu relevância em duas hipóteses distintas e sujeitas, cada qual, a um ordenamento jurídico peculiar: na dissolução da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união, e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Akel¹⁰⁷ ressalta que o Código Civil atual, que entrou em vigor desde 2002, alterado pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, aplicou os preceitos constitucionais e obedeceu ao disposto no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, consagrando o princípio da proteção integral do menor, acrescentando que:

A Lei nº 10.406/02, que teve dois dispositivos legais alterados recentemente pela Lei nº 11.698/08, destaca a guarda compartilhada que, juntamente com a guarda uniparental, representa um conjunto de direitos e deveres oriundos do casamento ou união estável, que impõe a ambos os cônjuges ou conviventes respeitar a primazia dos interesses da prole menor, caracterizando o instituto como oriundo do poder familiar.

Neste sentido, são os dizeres de Silvio Rodrigues *apud* Akel¹⁰⁸:

O novo Código Civil manteve capítulo destinado à proteção da pessoa dos filhos, como específico àquelas situações decorrentes da dissolução do casamento. Reproduz praticamente o conteúdo das disposições vigentes, considerando que muitas daquelas constantes da redação apresentada na Lei do Divórcio foram revogadas ou merecem nova leitura diante da igualdade constitucional entre marido

¹⁰⁵ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 78.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.78.

¹⁰⁷ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

¹⁰⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira, *op. cit.*, p. 78.

e a mulher, e da necessidade de preservação, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores.

De acordo com o novo Código Civil, quando houver a dissolução do vínculo conjugal, e analisando-se o caso concreto, o juiz poderá aplicar a guarda unilateral ou compartilhada. Havendo litígio entre os ex-cônjuges, caberá ao juiz a atribuição da guarda a quem demonstrar melhores condições de exercê-la (guarda uniparental), ou quando possível for, determinar a guarda compartilhada ou conjunta, em detrimento do superior interesse do menor¹⁰⁹.

Ana Carolina Silveira Akel¹¹⁰ acrescenta que:

Apesar da notória evolução da legislação pertinente á matéria, ainda não houve a eliminação das diversas controvérsias entre os pais, sendo a regulamentação da guarda e visita dos menores uma das questões mais delicadas e debatidas nas Varas de Família em todo o território nacional, exigindo dos progenitores a necessária cautela, prudência e maturidade pessoal, não permitindo que a contenda entre eles influencie e prejudique os interesses da prole.

Em decorrência do litígio entre os genitores, é que surge a importância do instituto da guarda, que almeja garantir à criança e ao adolescente o direito de ter um guardião a fim de protegê-la e para que supra todos os seus interesses.

3.2 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE GUARDA

Trata-se de atributo do poder familiar, muito embora não seja de sua essência. A guarda é muito mais do que posse, dever e obrigações.

O vocábulo guarda, conforme De plácido e Silva *apud* Akel¹¹¹, é:

Derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração. De forma específica, a guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E 'guarda' neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

¹⁰⁹ Silvio Rodrigues *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p.79.

¹¹⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

¹¹¹ De plácido e Silva *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* Maria Helena Diniz, **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pag. 73.

O legislador brasileiro, por muitas vezes, emprega o vocábulo equivocadamente, conferindo ao termo caráter de posse. Tal associação perdurou no meio jurídico brasileiro até os tempos mais recentes. Trata-se de uma idéia falsa e equivocada. Entretanto, conceituar adequadamente e de forma precisa, o vocábulo “guarda”, não é tarefa muito fácil. A guarda sugere também, o significado do verbo “guardar” que, logo, significa “manter consigo”, ter em depósito, conservar em seu poder¹¹².

Maria Helena Diniz *apud* Akel¹¹³ elucida o correto significado de guarda nas seguintes palavras:

Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Lopes de Oliveira *apud* Akel¹¹⁴ complementa tal concepção ensinando que é “um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade”.

Acerca do referido instituto, Rolf Madaleno¹¹⁵ ensina que “em relação aos pais, o vocábulo guarda consiste na faculdade que eles tem de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole”.

Seria tarefa muito difícil elencar todas as relações decorrentes do instituto da guarda em apenas um conceito, cabendo assim á doutrina o enfoque dos seus aspectos basilares.

Ana Carolina Silveira Akel¹¹⁶ tem o seguinte posicionamento acerca da guarda:

A guarda é simum dos atributos do poder familiar, referindo-se á custódia natural, vale dizer, á proteção que é devida aos filhos, por um ou ambos os pais, constituindo um conjunto de deveres e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando o seu desenvolvimento pessoal e sua integração social. Embora

¹¹² AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 74.

¹¹³ Maria Helena Diniz *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* Maria Helena Diniz, **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pag. 75.

¹¹⁴ Lopes de Oliveira *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* Maria Helena Diniz, **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pag. 73.

¹¹⁵ MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 76.

¹¹⁶ Norberto Novelino *apud* MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 422.

haja um liame que une “poder familiar” e “guarda”, tais institutos não se confundem, em razão de o primeiro ter natureza própria, advinda da necessidade de proteção aos filhos, e caracterizando um *mínus* público, ao passo que o segundo é dele decorrente ou, ainda, é um dos elementos que o compõe.

Já Norberto Novelino *apud* Rolf Madaleno¹¹⁷ refere-se á guarda como sendo:

Uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, através do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menores sob os seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental.

Guillermo A. Borba *apud* Waldyr Grisard Filho¹¹⁸, compreende o estudo da guarda como sendo “a vigilância, o direito de reter consigo os filhos menores, correlatamente à obrigação de estes viverem na casa de seus pais e a responsabilidade por danos causados”.

Por sua vez, Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni *apud* Waldyr Grisard¹¹⁹, definem a guarda como “*elderecho de tener consigo al menor; solo asipueden orientar laformación y educación de los hijos em toda la plenitude de este concepto*”.

Caetano Lagrasta Neto *apud* Akel¹²⁰ escreve com grande expressão que:

Guardar é antes de tudo amar, estar presente, na medida do possível, comparecer a todos os atos e a festividades escolares, religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, esporte e turismo.

Acerca do conceito de guarda, Waldyr Grisard complementa que:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II do CC e 21e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

Diante de tantos conceitos doutrinários acerca da guarda, de forma concisa, podemos definir a guarda como um meio necessário para tornar efetivo o exercício do poder familiar. É um direito-dever atribuído á ambos os genitores ou á apenas um destes, parentes

¹¹⁷ Guillermo A. Borba *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

¹¹⁸ Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

¹¹⁹ Caetano Lagrasta *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

¹²⁰ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

ou ainda á terceiros, tornando-o guardião e responsável por assegurar o superior interesse da criança e do adolescente, até que o mesmo atinja a maioridade, se emancipe ou enquanto apresentar alguma incapacidade.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Como já mencionado anteriormente, trata-se de um atributo do poder familiar, que tem como base o artigo 1.634, II do Código Civil Brasileiro, pelo qual assegura que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: II - tê-los em sua companhia e guarda”.

Maria Helena Diniz apud Akel¹²¹ leciona que é inquestionável que a guarda “Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros”.

O dever de vigilância, como também o dever da busca pelo superior interesse do menor, estão intrinsecamente ligados á guarda, constituindo fatores incisivos na formação integral do menor.

A guarda será exercida por ambos os pais. Entretanto, quando ocorrer à ruptura do vínculo conjugal, haverá também a cisão da guarda, na qual apenas um dos pais possuirá a guarda física, que será concedida a quem apresentar melhores condições de garantir o superior interesse do menor. O genitor não-guardião, terá o direito de visitas e o dever de prestação alimentícia. Incumbe ressaltar que o exercício do poder familiar não suprime em decorrência do fim do vínculo conjugal.

3.4 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA

A partir do momento que ocorre a ruptura conjugal, haverá também a divisão das funções parentais, surgindo nesse momento a delicada problemática da determinação da guarda do menor.

Em decorrência do rompimento conjugal, muitos dos pais, egoisticamente, pensam apenas em si, no que será melhor para eles e acabam por não priorizar o bem-estar dos seus filhos que são partes hipossuficientes nesse litígio. Faz-se necessário que haja um acordo entre os genitores, a fim de se estabelecer a guarda do menor. Caso não haja acordo, caberá ao juiz analisar o melhor caminho para o bem-estar do menor.

¹²¹ Maria Helena Diniz *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* Maria Helena Diniz, **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pag. 75.

Para tal determinação, será indispensável à apreciação de elementos como: o melhor interesse do menor, idade e sexo, irmãos juntos ou separados, opinião dos menores e comportamento dos pais, matéria esta de grande importância e que teceremos alguns comentários a seguir.

3.4.1 O melhor interesse do menor

O melhor interesse do menor é critério basilar na determinação da guarda e sempre deve prevalecer. Ana Carolina Silveira Akel¹²² destaca que:

Embora consignado de que o interesse superior do filho deve prevalecer, os cônjuges, normalmente, reivindicam um “direito ao filho”, como se este fosse um objeto simbolizador de fonte de reconhecimento social, para atingir sua realização e satisfação pessoal.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹²³ que “em relação à guarda dos filhos, na ruptura da sociedade conjugal, atento ao sistema legal, o que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe”.

Acerca do melhor interesse do menor, Waldyr Grisard¹²⁴ ensina que “o seu conteúdo é o bem-estar material e emocional dos filhos, seus aspectos morais e espirituais, sua saúde corporal e intelectual, sem comprometer seu adequado desenvolvimento”.

A Constituição Federal a fim de priorizar o bem-estar da criança e do adolescente, estabelece em seu artigo 227 caput, os direitos e interesses relativos a estes, como se pode ver:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na brilhante visão de Waldyr Grisard¹²⁵:

O objetivo da lei é proteger interesses de uma forma geral e abstrata, convido a um sem número de casos que cabem na hipótese legal existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses

¹²² AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* Carlos David S. Aarão Reis, **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, pag. 65.

¹²³ STF, *in* DJU 20.12.87, p. 4406

¹²⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 73.

interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscado em seu futuro, como fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério de decisão do juiz.

Em razão do critério do melhor interesse do menor na determinação da guarda, podemos citar o Princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança¹²⁶, pelo qual estabelece:

2º Princípio – A criança tem o direito de ser compreendida e protegida, e devem ter oportunidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. As leis devem levar em conta os melhores interesses da criança.

Assim sendo, o Judiciário quando da determinação da guarda do menor, sempre deverá sobrepor o critério do melhor interesse do menor sobre quaisquer outros interesses, seja dos pais ou de terceiros.

3.4.2 Idade e sexo

Em decorrência da revogação dos artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916, o critério da idade e sexo do menor para determinação da guarda foi suprimido, não tendo previsão na legislação atual, uma vez que se deve priorizar o bem-estar do menor e o seu superior interesse¹²⁷.

Aplicar-se-á este critério quando da guarda de um recém-nascido, pois é inquestionável o fato de que esta criança carece da presença materna.

A este respeito, pode-se citar os ensinamentos das psicólogas e psicanalistas Eliane Micheline Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta *apud* Waldyr Grisard¹²⁸:

Do nascimento até por volta dos 18/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe, formando com ela um par, da qual não se discrimina e da qual depende quase que completamente para a própria sobrevivência física e

¹²⁶ **Declaração dos direitos da criança**, Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosedacrianca.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2012.

¹²⁷ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

¹²⁸ MARRACCINI, E. M.; MOTTA, M. A. P., *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

psicológica, de modo que, concluem, a respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período.

O mesmo entendimento possui Waldyr Grisard¹²⁹, quando ensina que:

É certo que na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapa da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais e a guarda se definirá pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade.

Há momentos peculiares em que necessário se faz a presença imediata do genitor do mesmo sexo, uma vez que existem conflitos e problemas que podem afetar o menor nessa etapa da vida. Dessa forma, a aptidão materna torna-se mais adequada às filhas e a paterna aos filhos. Não considerando o limite etário e a preferência pelo sexo do menor para determinação da guarda prevalece à idoneidade dos pais para o seu exercício, ou seja, a capacidade de ser pai e de ser mãe, promovendo assim, o desenvolvimento integral dos filhos¹³⁰.

3.4.3 Irmãos juntos ou separados

A legislação brasileira prioriza a manutenção da união entre os irmãos, ou seja, quando houver a dissolução do vínculo conjugal, deve-se priorizar o melhor interesse dos filhos, deixando-os juntos, contribuindo assim, para a superação dessa crise tão dolorosa, tornando-a mais amena para os filhos.

A esse respeito, Grisard Filho¹³¹ brilhantemente ensina que:

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na ideia de manter unido o que resta da família. Perde razão esse critério, quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades. Quando for impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se um amplo e geral regime de visitas.

¹²⁹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

¹³⁰ Ibid., p. 79.

¹³¹ FILHO, Waldyr Grisard, op. cit., p. 80.

3.4.4 Opinião dos menores

Em decorrência da fragmentação familiar, os filhos são quem mais sofrem com essa situação. A fim de priorizar o bem-estar do menor, torna-se necessário a apreciação da opinião do mesmo pelo Ministério Público, juízes e peritos.

Na separação, é muito comum o fato de os pais tentarem seduzir os filhos menores, afim de que estes revelem sua vontade de permanecer sob a sua guarda exclusiva¹³². Alguns pais acometidos de sociopatia crônica praticam a alienação parental, objetivando que o menor odeie o outro genitor, destruindo assim o vínculo familiar com o mesmo, e permaneça apenas sob a sua “posse”. Trataremos mais a frente desse assunto.

Por isso, torna-se necessário ouvir a opinião do menor, levando em consideração a sua idade e sua maturidade. A esse respeito, José Maria Mayrink *apud* Grisard Filho¹³³ leciona que:

Essa tendência já encontra eco na prática de alguns Juízos de Família para “ouvir, sim, mas exigir que os filhos escolham, nunca”. Todos concordam nesse ponto-magistrados, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais. Seria um conflito muito doloroso, para a criança, perguntar a ela com quem gostaria de morar. Os filhos não querem responder a essa pergunta, porque sabem que escolhendo o pai ou a mãe o outro ficará magoado.

Favoravelmente à ouvida do menor, Eduardo de Oliveira *apud* Grisard Filho¹³⁴ expressa que:

Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento (maturidade) da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigiram.

Grisard Filho complementa que:

Não obrigatoriamente, porém, nem vinculante para o juiz, mas como elemento investigatório sobre o ambiente social, moral e afetivo vivenciado pelo menor, considerada pelo juiz, entre outros mais, que se integram a uma decisão dessa natureza. Não se trata, portanto, de obter o testemunho do menor, nem de “compeli-lo á prestação de depoimento em desfavor de qualquer dos ascendentes”, mas para confrontá-lo com os demais elementos do juízo concorrente, validando o

¹³² FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

¹³³ MAYRINK, José Maria *apud* GRISARD FILHO, Waldyr, **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

¹³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

fundamento da decisão. Não se deve, a priori, elevá-lo á categoria de fato excludente só porque a lei silencia a respeito. Guarda é questão que ultrapassa os limites da lei.

3.4.5 Comportamento dos pais

No momento de determinação da guarda, o juiz discricionariamente, levará em consideração o superior interesse do menor, como também, as condições materiais e morais pela qual vivem os pais¹³⁵.

Quanto ao comportamento dos pais na determinação da guarda, Waldyr Grisard¹³⁸ ensina que:

A conduta de um dos genitores contrária á ordem e á moral familiar tem suma importância na determinação da guarda de filhos menores. Quando se revelam ao juiz, no caso concreto, condutas reprováveis, imorais ou ilícitas dos pais, devem ser limitadas ao máximo as relações parentais.

Acerca da aplicabilidade da guarda, Edgard de Moura Bittencourt *apud* Waldir Grisard¹³⁶ leciona que:

Os pronunciamentos judiciais sobre a guarda de menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixados nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições e o comportamento dos pretendentes á guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo.

Portanto, tratando-se de guarda de filho menor, o magistrado deverá analisar as necessidades, direitos e limitações dos filhos e dos pais, a fim de alcançar uma solução justa, priorizando assim, o melhor interesse da prole.

3.5 ALTERAÇÃO DA GUARDA

3.5.1 Guarda no divórcio

Acerca da guarda no divórcio, Waldyr Gisard¹³⁷ ensina que:

Nesse caso, em princípio, convencionam livremente os pais que os filhos permanecerão com o genitor escolhido, considerando a lei serem os pais os melhores

¹³⁵ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 82.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 83.

¹³⁷ FILHO, Waldyr Grisard, *op. cit.*, p. 99.

juízes para deliberarem sobre o destino dos próprios filhos. Em princípio- pois pode o juiz regular a guarda de forma diversa, tendo em conta o melhor interesse do menor. Pode até mesmo recusar a homologação se apurar que tal convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos.

A Lei 6.515/77 em seu art. 13, já apontava que toda decisão sobre guarda deve privilegiar o melhor interesse do menor, estando o juiz plenamente autorizado a, se houver motivos graves, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida pelos genitores¹³⁸.

A referida Lei em seu art. 27 dispõe que relativamente aos filhos, o divórcio não trazia efeitos quanto aos direitos e deveres dos pais, sucedendo também, se houver novo casamento de qualquer dos genitores.

Art 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único: O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.

Já o artigo 1.579 do Código Civil, procurou estabelecer que com o divórcio, o vínculo conjugal acaba, mas o dever parental permanecerá. Vejamos:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Ainda, preconiza o Art. 1.584, § 5º do Código Civil que “se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

3.5.2 Guarda na dissolução da união estável

Para efeitos de proteção do Estado, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como um novo modelo de entidade familiar¹³⁹:

¹³⁸ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

¹³⁹ Ibid., p. 102.

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Sobre a guarda na dissolução da união estável, Waldyr Grisard¹⁴⁰ ressalta que:

Sua regulamentação veio com a Lei 9.278/1996, prevendo, no art. 2º, III, entre os direitos e deveres dos companheiros, o de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, nos moldes do inciso IV do art. 1.566 do CC. Porém, não regulamentando sobre o destino dos filhos nos casos de ruptura, impondo-se recomendar sejam aplicados por analogia os dispositivos atinentes do Código Civil (arts. 1.583 a 1.590).

Ressalta-se que, havendo litígio acerca da guarda nesse modelo de entidade familiar, necessário se faz a intervenção da atividade jurisdicional.

3.6 MODALIDADES DE GUARDA

A guarda será exercida por ambos os cônjuges, na constância da união conjugal. É a chamada guarda comum que decorre da paternidade e maternidade. Como já foi anteriormente observado, quando houver a ruptura conjugal, independentemente da sua forma de desfazimento, surgirá à problemática da guarda do menor.

Na maioria dos casos, os genitores encontram-se mergulhados em um litígio, onde não há concordância acerca da guarda do menor. Diante dessa situação, caberá ao magistrado decidir a respeito da guarda, analisando os critérios (o melhor interesse do menor, idade e sexo, irmãos juntos ou separados, opinião dos menores, comportamento dos pais, entre outros), já observados no tópico 3.5.

De acordo com o caso concreto, o juiz determinará a modalidade de guarda ideal a fim de assegurar o bem-estar do menor.

O art. 1.583 do Código Civil, que foi modificado pela Lei nº 11.698/2008, assegura que a guarda será unilateral ou compartilhada. Entretanto, existem outras modalidades de guarda que são ocasionalmente adotadas, através da manifestação da vontade dos pais, e que acabam por ser aprovadas judicialmente. São elas: a guarda única, alternada, dividida, compartilhada, delegada, oriunda de decisão judicial, oriunda de acordo e oriunda de fato, que serão analisadas a seguir:

¹⁴⁰ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 102.

3.6.1 Guarda única

De acordo com o § 1º do art. 1583 do Código Civil, alterado pela Lei n. 11.698 de 13 de Junho de 2008, entende-se como guarda unilateral “*a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.*”.

Também conhecida por guarda unilateral ou exclusiva, trata-se do modelo de guarda mais utilizado no Brasil, na qual um dos genitores ou um terceiro fica responsável pela guarda física e cuidados para com o menor (guarda direta), cabendo aos genitores que não detém a guarda, o direito de visitação¹⁴¹.

Já o art. 1.583 do Código Civil em seu § 2º apresenta critérios a serem analisados pelo juiz, para a definição do genitor detentor da guarda direta, que será concedida a quem oferecer “melhores condições” para o exercício da guarda unilateral, ou seja, o que poderá proporcionar aos filhos: *I- afeto nas relações como genitor e com o grupo familiar; II- saúde e segurança; III educação.* O juiz também deverá analisar fatores como, a dignidade, lazer, respeito, esporte, alimentação, profissionalização, cultura, ou seja, o juiz deve observar qual dos genitores melhor suprirá o superior interesse do menor¹⁴².

O genitor não-guardião atuará como mero coadjuvante supervisionando a criação do filho, cabendo a ele efetuar o pagamento de pensão (se determinado judicialmente), e o direito à visitação com dias e hora marcada, não participando de forma contínua da vida dos filhos, mas sim de forma esporádica, que por muitas vezes acarreta no distanciamento entre os mesmos.

O art. 1.583 § 3º do Código Civil Brasileiro assegura que “*a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos*”. Porém, essa modalidade priva o menor da convivência diária e contínua com um dos genitores (não-guardião), o que na maioria das vezes acarreta na quebra do vínculo que existe entre eles. Por esta razão, a Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que importa numa relação ativa e contínua entre pais e filhos¹⁴³.

É importante ressaltar que quando o não-guardião discordar da forma do exercício do poder familiar que o guardião vem exercendo, terá o direito de recorrer ao juiz para que este solucione o caso.

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 283.

¹⁴² Ibid., p. 284.

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 283.

A guarda única é considerada como a modalidade de guarda mais maléfica ao bem-estar dos filhos, visto que a guarda será conferida á apenas um dos genitores, estando o genitor não-guardião apenas como mero visitante de final de semana e “caixa eletrônico”, ferindo assim, o princípio da igualdade entre os cônjuges.

3.6.2 Guarda Alternada

Tal modalidade de guarda caracteriza-se pela possibilidade de ambos os pais possuírem a guarda de forma alternada, ou seja, o menor vai morar em um período de tempo com a mãe e em outro com o pai, cabendo ao genitor que estiver com a posse do menor, o exclusivo exercício dos direitos e deveres que integram o poder familiar. Quando o período se der por encerrado, os papéis se inverterão. Esse período pode ser anual, mensal, semestral, semanal, ou até diário, dependendo do que foi acordado entre os pais¹⁴⁴.

Acerca dessa modalidade de guarda, Waldyr Grisard¹⁴⁵ argumenta que:

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento) ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Nesse modelo, os genitores são obrigados por lei a dividir o tempo passado com os filhos em partes iguais. Trata-se de uma modalidade de guarda que não é conveniente a estabilização dos hábitos, valores, ideais, e padrões na mente do menor, necessários para a formação da sua personalidade¹⁴⁶.

Em relação às vantagens e desvantagens dessa modalidade de guarda, Waldyr Grisard¹⁴⁷, ensina que:

A vantagem oferecida por esse modelo é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.

¹⁴⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 125.

¹⁴⁵ Ibid., p. 125.

¹⁴⁶ FILHO, Waldyr Grisard, op. cit., p. 125.

¹⁴⁷ Ibid., p. 126.

Para finalizar, observa Arnaldo Leandro *apud* Waldyr Grisard¹⁵¹, que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor:

Pode ela afetar gravemente o equilíbrio do menor, sobretudo se é de pouca idade. Uma das necessidades básicas da criança é a da continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares.

3.6.3 Guarda dividida

Nossa modalidade de guarda, o menor viverá em um lar fixo, recebendo a visita da mãe ou do pai que não detém a guarda, de forma periódica¹⁴⁸. Ocorrem intermináveis desencontros e separações, não sendo favorável ao bem-estar psíquico do menor.

Waldyr Grisard¹⁴⁹ ensina que essa modalidade de guarda:

[...]apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda. A sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema, levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, do exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

Ainda, Waldyr Grisard¹⁵⁰ enaltece que:

As visitas periódicas tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas.

Hoje em dia, os pais vêm rejeitando esse tipo de guarda, buscando por outra modalidade que garanta maior participação e comprometimento deles na vida de seus filhos, após a ruptura conjugal.

3.6.4 Guarda compartilhada

O melhor interesse dos filhos e a igualdade entre os cônjuges levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, como uma forma mais eficaz de dar continuidade às

¹⁴⁸ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 127.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 127.

¹⁵⁰ FILHO, Waldyr Grisard, *op. cit.*, p. 127.

relações entre os filhos e os dois genitores após a ruptura conjugal, assemelhando-se a uma família intacta, pois apesar da ruptura, possibilita que ambos os genitores exerçam o poder familiar, além de permitir que cada um dos pais participe ativamente de todas as decisões atinentes à criança¹⁵¹.

A guarda compartilhada é muito confundida com a guarda alternada, entretanto, as duas são bastante distintas. A esse respeito, Ana Carolina Silveira Akel¹⁵² adverte que:

Diferentemente do que ocorre na guarda conjunta, na forma alternada, a criança não possui residência fixa (habitual), ora permanecendo com a mãe, ora com o pai, situação que propicia inevitável instabilidade emocional ao menor. A alternância entre as residências paterna e materna pode ser uma condição desestabilizadora para a prole, podendo levar à perda da habitualidade, continuidade e rotina de seus vínculos e afazeres cotidianos. [...] Na guarda compartilhada, um dos pais detém a guarda física do filho, embora mantidos os direitos e deveres emergentes do poder familiar em relação a ambos. Dessa forma, o genitor não detentor da guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim a participar efetivamente dela, com autoridade para decidir diretamente na sua formação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos; enfim, na vida cotidiana do filho menor.

Também denominada de guarda conjunta ('joint custody' em inglês), tal modalidade de guarda foi regulamentada pela Lei n° 11.698/2008 e sinteticamente consiste na possibilidade de os filhos serem assistidos por ambos os pais, após a ruptura conjugal, que compartilharão os direitos e deveres relativos ao poder familiar¹⁵³.

Essa modalidade de guarda é abordagem nova e benéfica, e por se tratar do tema basilar deste trabalho monográfico, trataremos especificamente sobre o mesmo no capítulo seguinte, com maior profundidade.

3.6.5 Guarda delegada

Quando os pais encontram-se em litígio em razão da posse dos filhos, o Estado intervirá, delegando a guarda a quem apresentar melhores condições para exercê-la, podendo ser conferida também a terceiros.

Se o juiz concluir que os filhos não deverão permanecer sob a guarda do pai e da mãe, seja porque é inviável, impossível ou prejudicial ao bem-estar do menor, nomeará um guardião que possa cumprir com todos os direitos e deveres inerentes ao poder familiar.

¹⁵¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

¹⁵² AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 112-114.

¹⁵³ FILHO, Waldyr Grisard, op. cit., p. 130.

Preferencialmente, tal guardião deve ser pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos genitores.

Waldyr Grisard¹⁵⁴ ensina que:

A atribuição judicial da guarda se opera em situações de conflito, quando os pais não convivem, fazendo o juiz o uso de suas faculdades jurisdicionais. É diferente dos casos de menor abandonado ou em situação de perigo, nos quais atua em virtude da função social que, através de si, assume o Estado.

Acerca da guarda delegada, Waldyr Grisard¹⁵⁵ complementa dizendo que:

Trata-se, nesse caso, de guarda desmembrada do poder familiar, intervindo o Estado, pelo juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem não detém o poder familiar, para a devida proteção do menor. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial.

3.6.6 Guarda oriunda de decisão judicial

Diante da dissolução conjugal, surge a delicada questão acerca da guarda dos filhos, que na maioria das vezes é feita de forma litigiosa, ou seja, sem acordo entre os genitores, sendo necessário o uso da intervenção judicial.

Waldyr Grisard¹⁵⁶ ensina que não havendo consenso entre os pais, “caberá ao juiz decidir a respeito, com a máxima singularidade e no exercício mais amplo de sua discricionariedade a bem do menor”.

Áurea Pimentel Pereira *apud* Grisard¹⁵⁷ complementa dizendo que “o arbítrio que se confere ao juiz, para a solução do problema da guarda dos filhos menores, não tem limite, ou melhor, só conhece como limite o bem do menor e dentro desse limite deve ser exercido”.

O Código Civil de 2002, ao disciplinar a guarda dos filhos (menores ou maiores incapazes), determinou que ela será atribuída a que revelar melhores condições para exercê-la, a fim de priorizar o superior interesse do menor, que sempre prevalecerá sobre os dos pais.

O art. 1.584 § 2º do Código Civil reza que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

¹⁵⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 85.

¹⁵⁶ FILHO, Waldyr Grisard, *op. cit.*, p. 160.

¹⁵⁷ PEREIRA, Áurea Pimentel *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

Salles *apud* Rolf Madaleno¹⁵⁸ pondera que para a adoção da guarda compartilhada é preciso:

Que ambos os pais manifestem interesse em sua atribuição, porque, embora o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil admita que ela possa ser judicialmente imposta, a lei adverte que o magistrado só irá aplicá-la quando encontrar condições favoráveis para o seu implemento, e não há como compelir um genitor a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não deseja, sob o risco de não atingir o seu resultado inicial.

Ocorre que o juiz de acordo com o caso em questão, vai buscar a melhor solução para assegurar o superior interesse do menor.

3.6.7 Guarda oriunda de acordo

No acordo os ex-cônjuges pactuarão de forma harmoniosa acerca da guarda dos filhos comuns, mediante homologação judicial. Trata-se de uma solução ideal, uma vez que evita a imposição através de decisão judicial.

Para Brito *apud* Perissini da Silva¹⁵⁹, “um divórcio em que os cônjuges continuem entendendo-se bem é uma exceção, é a minoria rara dos casos”.

Waldyr Grisard¹⁶⁰ enaltece que “a essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar em com o outro na tomada de decisões”.

A guarda oriunda de acordo entre os genitores se dará sob a chancela do Poder Judiciário que, verificando ser esse o melhor caminho para a execução dos interesses do menor, homologará o mesmo.

3.6.8 Guarda oriunda de fato

Essa modalidade de guarda ocorre quando os pais colocam os filhos menores sob a guarda irregular, ou seja, concede a guarda a pessoa sem atribuição legal, mas que acabam por construir um vínculo jurídico entre o menor e quem o acolheu.

¹⁵⁸ Salles *apud* MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 431.

¹⁵⁹ Brito *apud* SILVA, D.M.P. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso?** Campinas (SP): Autores Associados, 2ª.ed., 2011. p. 3

¹⁶⁰ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 132.

A esse respeito, Waldyr Grisard¹⁶¹ afirma que, observado o superior interesse do menor, “o vínculo jurídico que assim se estabelece, entretanto, só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor”.

¹⁶¹ GRISARD FILHO, Waldyr, **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mais recente inovação do Direito de Família brasileiro é a guarda compartilhada, que através da Lei nº 11.698/2008 (que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do CC), transformou-se em guarda legal a fim de suprir as carências que outros modelos de guarda detêm.

No Brasil, a guarda compartilhada está a nossa disposição há apenas 04 (quatro) anos, entretanto, em alguns países como Inglaterra, França e Alemanha, este instituto já vem sendo adotado há décadas. Presentemente desenvolve-se na Argentina e no Uruguai.

Por tratar-se de um instituto novo, apresenta questionamentos acerca do seu conteúdo, aplicabilidade e benefícios, além de ter, atualmente, pouca aplicabilidade no nosso país.

Com o intuito de proporcionar maior compreensão acerca do instituto da guarda compartilhada, tema basilar do presente trabalho monográfico, faremos, sem grandes pretensões, algumas considerações importantes, que carecem de abordagens doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil.

4.2 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA

Pode-se dizer que, a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma forma, na qual fosse capaz de fazer com que os pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento¹⁶². Fez-se necessário o reequilíbrio dos papéis parentais, diante da maléfica guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor, principalmente as suas necessidades afetivas e emocionais¹⁶³.

Assim, a guarda compartilhada tem por finalidade, assegurar os interesses do menor, proporcionando a convivência com ambos os pais, que são indispensáveis para o

¹⁶² AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 103.

¹⁶³ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 132.

perfeito desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual, social e sexual da criança e do adolescente. O fato é que, toda criança e adolescente necessita da referência paterna e materna para a formação da sua personalidade.

Esse novo modelo de guarda, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, assume também relevada importância, pois mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental, e reserva a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões importantes relativas à criança, ou seja, a guarda compartilhada não se limita apenas à noção de guarda, mas a um conjunto de direitos e deveres que são exercidos pelos pais em relação aos filhos¹⁶⁴.

Ana Carolina Silveira Akel¹⁶⁵ enfatiza que:

O pressuposto maior desse novo modelo é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais e não só por um dele, conforme ocorre em milhares de relações familiares.

Nesse sentido, Waldyr Grisard¹⁶⁶ ensina que a guarda compartilhada, ou conjunta é:

Um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

O art. 1.583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada 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”.

Esse modelo de guarda prioriza o superior interesse do menor, e possibilita aos genitores, o exercício do poder familiar de forma igualitária. Neste sentido, a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta *apud* Waldyr Grisard¹⁶⁷, acrescenta que:

¹⁶⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 104.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 104.

¹⁶⁶ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 130-131.

¹⁶⁷ MOTTA, Maria Antonieta Pisano *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

Por sua vez, o psicanalista Sérgio Eduardo Nick *apud* Waldyr Grisard¹⁶⁸, formula este entendimento acerca da guarda compartilhada:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se á possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm afetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.

Perissini da Silva¹⁶⁹ tem o seguinte posicionamento:

Em outras palavras, é o meio pelo qual os pais separados, divorciados ou com dissolução de união estável realizada permanecem com as obrigações e os deveres na educação dos filhos e nos cuidados necessários ao desenvolvimento deles em todas as áreas, tais como emocional, psicológica, entre outras. [...] É um regime que conduz a relação dos pais separados com os filhos após o processo de separação, quando os dois vão gerir a vida do filho.

Não resta dúvida que, a guarda compartilhada preserva os vínculos afetivos, uma vez que proporciona constante convivência entre pais e filhos. É importante enfatizar mais uma vez que, a união conjugal poderá sofrer ruptura, entretanto, a parentalidade permanecerá.

4.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A guarda compartilhada nasceu há pouco mais de vinte anos na Inglaterra e de lá difundiu-se na Europa continental, desenvolvendo-se na França. Posteriormente, atravessou o atlântico e encontrou eco no Canadá e nos Estados Unidos. Recentemente vem se desenvolvendo na Argentina e no Uruguai¹⁷⁰.

¹⁶⁸ NICK, Sérgio Eduardo *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.

¹⁶⁹ SILVA, D. M. P. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso?** Campinas (SP): Autores Associados, 2^a.ed., 2011.p. 1.

¹⁷⁰ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 139.

No Brasil, trata-se da mais recente inovação do Direito de Família. Com o advento da Lei 11.698, que entrou em vigor no dia 15 de agosto de 2008, a guarda compartilhada passou a ser guarda legal, em virtude das alterações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro.

A sociedade moderna na qual vivemos passou por várias transformações, na qual aumentaram os desentendimentos e intolerâncias recíprocas entre os genitores. Dessa forma, o Direito de Família adaptou-se as mudanças ocorridas na sociedade e em particular, no sistema familiar ao inserir a guarda compartilhada no ordenamento brasileiro. Waldyr Grisard¹⁷¹ complementa que:

A noção surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. Às noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do ponto do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em embate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

Até algum tempo atrás, não se encontrava decisões favoráveis à guarda compartilhada, proferidas pelos nossos Tribunais, uma vez que as pessoas não conheciam o seu real significado e peculiaridades, confundindo-se muitas vezes com a guarda alternada, instituto totalmente distinto da mesma.

Acreditava-se que com a dissolução conjugal, melhor seria que o filho permanecesse sob a guarda da mãe, restando ao pai a categoria de mero visitante e provedor, pois o mesmo não possuía preparo para a função maternal.

Entretanto, a supremacia do poder matriarcal foi se exaurindo, extinguindo-se diante do melhor interesse dos filhos e igualdade entre os cônjuges. Assim sendo, os tribunais passaram a propor acordos de guarda compartilhada, como uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com ambos os genitores, após a ruptura, semelhantemente a uma família intacta¹⁷².

Ao inserir esse novo modelo no ordenamento, o legislador proporcionou a contínua convivência do menor com ambos os pais, minimizando assim, os efeitos que a dissolução conjugal ocasiona nos filhos.

¹⁷¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 132.

¹⁷² Ibid., p. 130.

Na Guarda compartilhada, a criança terá uma residência fixa, ou seja, um dos genitores deterá a guarda física do menor. A medida que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, a guarda compartilhada assume também relevada importância, pois mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental, e reserva a cada um dos pais o direito de participar ativamente das decisões importantes relativas à criança, ou seja, a guarda compartilhada não se limita apenas à noção de guarda, mas a um conjunto de direitos e deveres que são exercidos pelo pais em relação ao filhos¹⁷³.

Entretanto, ao inserir a guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, o legislador não discriminou a forma de sua aplicabilidade, ficando à cargo da jurisprudência.

Ademais, por ser a guarda compartilhada, fruto da jurisprudência, faz-se necessário demonstrar algumas decisões atinentes à mesma, na qual trataremos a seguir.

4.3.1 A posição da jurisprudência brasileira

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente foi recentemente conhecido com o advento da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, com o nascimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal princípio ganhou mais relevância e proteção, priorizando-se as necessidades do menor que se encontra diante da dissolução conjugal dos seus pais.

Observa-se que ainda há uma escassez de pedidos de guarda compartilhada deferidos pelos Tribunais. Abaixo, vislumbraremos alguns julgados favoráveis à guarda compartilhada: O princípio do superior interesse da criança e do adolescente foi recentemente conhecido com o advento da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, com o nascimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal princípio ganhou mais relevância e proteção, priorizando-se as necessidades do menor que se encontra diante da dissolução conjugal dos seus pais.

Observa-se que ainda há uma escassez de pedidos de guarda compartilhada deferidos pelos Tribunais. Abaixo, vislumbraremos alguns julgados favoráveis à guarda compartilhada:

DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO CONSENSUAL. ACORDO SOBRE A GUARDA DOS FILHOS, DE FORMA COMPARTILHADA, rechaçada pelo Juízo *a quo* ao fundamento de que, se os menores residirão com a genitora, a guarda

¹⁷³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 104.

deverá ser expressamente atribuída à mesma. - 2) A família vem sofrendo profundas mudanças em todo o mundo, deixando de ser um simples núcleo econômico e de reprodução para transformar-se num espaço de amor e companheirismo. No momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a guarda compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pais separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental. 3) Em caso de separação ou divórcio consensual, deve ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Inteligência do art. 1583, Cód. Civil. - 4) A intervenção estatal na questão só se justifica quando apurado que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos menores, o que não é o caso dos autos. - 5) O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe ou dos pais residirem em bairros distintos e distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos de serem criados por seus dois pais. -6) PROVIMENTO DO AGRAVO. Decisão unânime. (TJRJ- AI 2007.002.02406- 9ª C. Cível – Rel. Des. Paulo Maurício Pereira- Julgamento: 08/05/2007)¹⁷⁴.

GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DOS MENORES. AJUSTE ENTRE O CASAL. POSSIBILIDADE. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos. (TJBH- AC. 1.0024.03.887697-5/001 –Rel. Hyparco Immesi)¹⁷⁵.

Nota-se que na doutrina e na jurisprudência, é pacificado o entendimento de que os interesses do menor se sobrepõe aos dos pais. Além de que, torna-se inviável a determinação da guarda compartilhada nos casos de pais que residem em cidades distintas, pois dessa forma não haveria possibilidade de convivência e participação contínua de ambos os cônjuges na vida dos filhos, como se pode observar na jurisprudência a seguir:

GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu

¹⁷⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo Instrumento n. 2007.002.02406. Rel. Paulo Maurício Pereira. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/511>.

¹⁷⁵ BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0024.03.887697-5/001. Rel. Hyparco Immesi. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/206>.

cotidiano.RECURSO DESPROVIDO." (TJMG – Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 - Rel. Des. Lamberto Sant'anna- Data do acordo: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003)¹⁷⁶.

Outro ponto determinante para o sucesso da guarda compartilhada é a relação entre os genitores, que deve ser harmônica e respeitosa, afim de que os pais possam participar igualmente da convivência, das responsabilidades, da educação, além de conjuntamente tomar decisões relativas aos filhos, visando o bem-estar do menor. Assim evidenciam as jurisprudências a seguir:

TJRS-ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. 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 semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. RECURSO DESPROVIDO." (TJRS - Apelação Cível Nº 70005760673 - 7ª Câm. Cível - rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - j. 12.03.03)¹⁷⁷.

TJRS-APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de vista. APELO PROVIDO." (Apelação Cível Nº 70005127527 - 8ª Câm. Cível - rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira- j. 18.12.03)¹⁷⁸.

TJRJ-GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. APELO DESPROVIDO." (Apelação Cível Nº 70007133382 - 7ª Câm. Cível - rel. Des. Maria Berenice Dias- j. 29.10.03)¹⁷⁹.

Assim sendo, pôde-se observar que muitos pais vêm requerendo a guarda compartilhada após a dissolução conjugal. A jurisprudência vem garantindo a manutenção dos

¹⁷⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0000.00.328063-3/000. Rel. Des. Lamberto Sant'anna. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/236>.

¹⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70005760673. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/221>.

¹⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70005127527. Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/245>.

¹⁷⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70007133382. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/235>.

vínculos parentais, aplicando a cada caso concreto a melhor solução em detrimento do melhor interesse do menor, como critério fundamental da atribuição da guarda.

4.3.2 A guarda compartilhada e a lei (Art. 1.583 e 1.584 do CC)

O artigo 1.583 do Código Civil tinha a seguinte redação:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Após a promulgação da Lei 11.698/2008, o referido artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III – educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. § 4º (Vetado).

Com a Lei 11.698/2008 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, a guarda unilateral e a guarda compartilhada ganharam contornos bem definidos. O legislador deu assim, um importante passo para a melhoria da convivência entre pais e filhos, atribuindo ao Poder Judiciário, papel relevante na aplicação no novo instituto legal.

Waldyr Grisard¹⁸⁰ trás sua contribuição para a análise do aludido artigo:

A exclusividade da guarda única, e preferentemente à mãe, com reduzidas visitas pelo pai, perde sua majestade. [...] O novo *caput* do art. 1.583 do Código Civil, expressando um sistema dual – a guarda será unilateral ou compartilhada – de cuidados aos filhos depois da ruptura da união de seus pais, sepulta o modelo unilateral como paradigma absoluto, reconhecendo como preferencial o modelo compartilhado (art. 1.584, § 2º).

A primeira parte do § 1º do art. 1.583, aponta a guarda unilateral como aquela que é “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, ou seja, um terceiro que não

¹⁸⁰ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 195.

detém o poder familiar como os avós, os tios, e a madrinha. Nessa modalidade de guarda, ao genitor não-guardião é assegurado o direito de visitas e o sujeita a obrigação de supervisionar os interesses do menor. A não supervisão implica abandono afetivo ou moral, cabendo responsabilização pelo descumprimento deste dever. Deve-se salientar que tal modelo é maléfico para os filhos, uma vez que o mesmo não poderá conviver continuamente com um dos genitores.

A segunda parte do §1º define a guarda compartilhada como sendo “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernente ao poder familiar dos filhos comuns”. Trata-se de um sistema de corresponsabilidade parental no exercício do poder familiar após a ruptura do vínculo conjugal. A fim de que os filhos não percam suas referências, Waldyr Grisard¹⁸¹ destaca que “esse é o modelo mais recomendado tanto pela psicologia como pela psicanálise, que deve ser estimulado pelo juiz (art. 1.584, § 1º)”. No §2º, o termo “melhores condições” refere-se ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente e não a questão financeira, elencando a lei, critérios objetivos a serem propiciados aos filhos, como o afeto nas relações com o genitor e grupo familiar, saúde e segurança, além da educação. Entretanto, o juiz não deve restringir-se e esses critérios elencados pela referida lei, mas se ater ao caso concreto e as suas peculiaridades, a fim de definir o melhor para o bem-estar do menor.

Apesar de ser a guarda compartilhada a modalidade que mais beneficia pais e filhos, é importante ressaltar que, diante da complexa realidade das famílias brasileiras, não se pode afastar a possibilidade de aplicação dos outro modelo de guarda.

Como a guarda unilateral pode ser atribuída à terceiro, igual possibilidade terá a guarda compartilhada, podendo ser deferida a terceira pessoa. Assim vislumbra a seguinte jurisprudência¹⁸²:

GUARDA COMPARTILHADA. TIO E AVÓ PTERNOS. Os recorrentes, avó e tio paternos, ajuizaram ação de guarda e responsabilidade na qual alegam que estão com a guarda fática da menor desde os quatro meses de idade, ou seja, há 12 anos, e que seus genitores não têm condições de criar a filha. Necessitam da regulamentação da guarda da menor para incluí-la como dependente, daí originando direito a ela, inclusive assistência médica. Alegam, ainda, que os pais não se opõem ao pedido. A Turma conheceu e deu provimento ao recurso para conceder a guarda compartilhada ao tio e à avó, uma vez que não há outra perspectiva para a criança a não ser continuar recebendo o cuidado dos parentes que sempre fizeram o melhor para ela. Ademais, existem dois fatores que sopesaram na decisão: o desejo da própria criança em permanecer com os recorrentes e a concordância dos genitores com a guarda

¹⁸¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 196.

¹⁸² Ibid., p. 197.

pretendida, havendo o reconhecimento de que a menor recebe bons cuidados. (STJ, REsp 1.147.138-SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 11/5/2010).

Antes mesmo da promulgação da Lei 11.698/98 a guarda compartilhada já vinha sendo concedida a pessoa diversa dos genitores.

A guarda unilateral e compartilhada pode ser dar por consenso entre os genitores ou por homologação de decisão judicial, e por isso o veto presidencial ao § 4º do art. 1.583 tinha a seguinte redação: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse”. Em sua Mensagem de Veto diz o Presidente da República: “Os termos da guarda poderão ser formulados em comum acordo pelas partes, entretanto quem irá fixá-los, após a oitiva do Ministério Público, será o juiz, o qual deverá sempre guiar-se pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança”.¹⁸³

Ressalta-se que a guarda pode ser modificada caso haja motivos graves (art. 1.586, CC) ou alteração dos fatores que a determinaram (art. 1.583, § 2º, CC), a qualquer momento, em prol do bem-estar dos filhos.

Antes da Lei 11.698/98, art. 1.584 do Código Civil tinha a seguinte redação:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Após a referida Lei, o referido artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 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. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada,

¹⁸³ SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.147.138. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/1029>.

poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Os incisos I e II do referido artigo, indicam as formas de estabelecimento da guarda. Tanto na guarda unilateral como na compartilhada, quando não houver acordo entre os genitores, pode ser estabelecida por decreto judicial, buscando o juiz pelo melhor interesse do menor. Nota-se que o consenso não é requisito para a determinação da guarda compartilhada.

O §1º do art. 1.584 refere-se ao dever de o juiz na audiência de conciliação informar aos genitores o significado da guarda compartilhada e suas peculiaridades. Não havendo acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos, será aplicada a guarda compartilhada (art. 1.584, §2º do CC). A desembargadora aposentada do TJRS, Maria Berenice apud Waldyr Grisard¹⁸⁴ manifesta-se, dizendo que “caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que a determinação da guarda compartilhada só deve ser feita quando houver diálogo, respeito e harmonia entre os pais. Entretanto, a nova lei deve ser adotada. Favoravelmente à aplicação da guarda estando os cônjuges em litígio, Perissini da Silva¹⁸⁵ ensina que:

“Ocorre que o mais importante aqui é relação da criança com seus pais, e não a relação entre o ex-casal, pois as desavenças não permitirão que nenhum tipo de guarda funcione. A criança precisa de vinculação com ambos os pais, e não pode ser “punida” ou “responsabilizada” pelas divergências e desavenças entre os pais. Como nem sempre é possível se atingir um acordo entre as partes, o juiz torna-se o interprete da lei, aplicando a guarda compartilhada mesmo nas situações de divergência entre os pais como forma de mostrar a ambos que não pode mais haver a supremacia tirânica de um guardião único, sendo o outro secundário (pagador de pensão, “caixa eletrônico”) e mero visitante de fins de semana alternados”.

A psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta apud Waldyr Grisard¹⁸⁶ concorda que para o estabelecimento da guarda compartilhada:

¹⁸⁴ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 201.

¹⁸⁵ Maria Berenice apud FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 204.

¹⁸⁶ SILVA, D.M.P. *Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso?* Campinas (SP): Autores Associados, 2ª. ed., 2011, p. 03.

Não necessitamos de pais colaboradores e nem de que sejam capazes de diálogo e entendimento. Basta que as partes não se desqualifiquem mutuamente na presença dos filhos, sem o que, eles serão lançados em conflitos de lealdade dos quais não serão capazes de saírem ilesos.

O §3º do art. 1.584 refere-se à busca do juiz por trabalho técnico profissional ou de equipe interdisciplinar para possa dar subsídios á sua decisão. A mediação, valorosa aplicação na solução de conflitos familiares, orientação psicológica, assistentes sociais, entre outros, submetem-se ás regras da perícia como disciplinadas pelo Código de Processo Civil. Referindo-se ao §4º do art. 1.584 do Código Civil, durante a audiência de conciliação, o juiz informará as partes sobre as sanções que lhe podem ser impostas pelo descumprimento de suas atribuições, advertindo-se sobre a necessária obediência ao que foi homologado ou decretado¹⁸⁷.

Se for verificada a inconveniência de os filhos permanecerem na companhia dos pais, o juiz poderá atribuir a guarda a terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade entre o guardião e o menor.

4.4 EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Conforme já foi mencionado, as últimas décadas foram marcadas por profundas transformações na sociedade, na cultura, na política, e principalmente no âmbito familiar. O modelo atual de família necessita de uma continuidade nas relações entre pais e filhos após fim do vínculo conjugal. E esse é o objetivo da guarda compartilhada. O fato é que, apesar de nova, essa mudança cultural que favorece a guarda compartilhada deve ser incorporada pelos juízes, advogados, Ministério Público, como também pelos pais.

Caetano Langrasta Neto *apud* Akel¹⁸⁸ afirma que a guarda conjunta:

[...]é fruto de uma atribuição bilateral do, hoje denominado, poder parental, revelando-se perfeitamente viável no casamento civil, na separação, ou no divórcio. No entanto, salienta que sobre ela deverão ser observados aspectos de cunho mental, físico, econômico, cultural e sociológico.

¹⁸⁷ Maria Antonieta Pisano Motta *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 204.

¹⁸⁸ Caetano Langrasta Neto *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p.103.

Ana Carolina Silveira Akel¹⁸⁹ complementa que:

O pressuposto maior desse novo modelo é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos.

Como todo e qualquer instituto jurídico, a aplicação da guarda compartilhada possui vantagens, desvantagens e consequências psicológicas sobre os filhos, como também sobre os pais, na qual versaremos a seguir.

4.4.1 Efeitos positivos

Tratando-se dos efeitos positivos da guarda compartilhada relativos aos pais, tem-se que o exercício em comum do poder familiar ocasiona para os mesmos inúmeras vantagens, pois além de proporcionar o acompanhamento de perto do crescimento dos filhos, também atenuará de forma significativa a culpa e frustração que o genitor não-guardião sentiria por não poder cuidar dos filhos. Para tanto será preservado a continuidade no convívio entre pais e filhos.

Ana Carolina Silveira Akel¹⁹⁰ seguindo o mesmo posicionamento e ensina que:

A guarda compartilhada modifica a posição do genitor frente á prole, pois o mero visitante volta a ser efetivamente um dos pais, situação de grande relevância para o desenvolvimento dos vínculos afetivos na relação paterno-filial. [...] A certeza de que os vínculos com os pais serão mantidos, ainda que estes não mais compartilhem o mesmo lar, é de suma importância para que os filhos percebam que ainda há lugar para eles na vida do pai e da mãe, mesmo após o divórcio, eliminando o medo de perder os pais.

O envolvimento igualitário de ambos os pais no exercício da guarda compartilhada, aumenta a disponibilidade destes para com os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, majora o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos, permitindo discussões relativas aos interesses do menor. Neste contexto, Waldyr Grisard¹⁹¹ leciona que:

¹⁸⁹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 104.

¹⁹⁰ Ibid., p. 108.

¹⁹¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 218.

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva).

Em consequência, a guarda compartilhada estabelece o respeito e a convivência harmoniosa entre os pais, que é extremamente necessário para o bom desempenho do poder familiar. No entendimento de Waldyr Grisard¹⁹², essa modalidade de guarda eleva os padrões éticos dos pais quando reconhecem que “para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar”.

Waldyr Grisard²⁰⁰ complementa que “a guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles”.

A referida modalidade de guarda minora os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, pois eleva o acesso do menor com seus dois genitores, e logo contribui para o seu bem-estar emocional. Ainda em relação aos filhos, Waldyr Grisard¹⁹³ afirma que:

Diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com a 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.

Indiscutível é o fato de que, toda criança e adolescente necessita de uma referência materna e paterna. Os pais são figuras indispensáveis na transmissão de valores morais, culturais, religiosos, sexuais e sociais aos filhos. Ana Carolina Siveira Akel¹⁹⁴ salienta ainda, que:

O menor não ficará privado da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores, convivência esta que, além de necessária para o bom desenvolvimento do menor, é saudável, uma vez que salutar a relação com tios, primos e, principalmente, a relação avoenga.

É importante ressaltar que na guarda compartilhada, o menor residirá em um lar fixo, assegurando assim, a estabilidade do mesmo e logo o seu bem-estar. Trata-se de um

¹⁹² FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 219.

¹⁹³ Ibid., p. 219.

¹⁹⁴ FILHO, Waldyr Grisard, op. cit., p. 224.

instituto que preserva o laço entre pais e filhos, em favor do desenvolvimento da criança e do adolescente, ou seja, resguarda o melhor interesse do menor, além de que atenua de forma significativa os efeitos que o rompimento conjugal ocasiona nos filhos, uma vez que o mesmo terá contínua relação tanto com a mãe como com o pai, assemelhando-se a relação familiar que existia antes da dissolução conjugal.

Pode-se observar que a guarda compartilhada é extremamente vantajosa para pais e filhos, entretanto, tal modalidade de guarda também apresenta desvantagens, na qual analisaremos a seguir.

4.4.2 Efeitos negativos

Toda e qualquer modalidade de guarda além de vantagens, possuirá também desvantagens, logo, não haveria de ser diferente com instituto da guarda compartilhada. Edward Teyber *apud* Waldyr Grisard¹⁹⁵ assegura que “o que funciona bem para uma família pode causar problemas em outra”.

Com efeito, a guarda compartilhada possui grandes benefícios aos envolvidos, entretanto, só terá benefícios se baseada na harmonia e cooperação mútua dos genitores, privando os filhos dos seus conflitos pessoais. Dessa forma, Akel¹⁹⁶ escreve que:

Os pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos contaminam a educação dos filhos, impossibilitando qualquer tipo de diálogo, e nessa hipótese, os arranjos da guarda conjunta podem ser desastrosas.

O fato é que, a educação e o desenvolvimento da criança acompanhado por ambos os pais, demanda sensibilidade e flexibilidade por parte destes. Quando os ex-cônjuges não são capazes de separar seus conflitos conjugais do pleno exercício da parentalidade, acabam por inviabilizar a guarda compartilhada que só terá sucesso se houver respeito recíproco entre os cônjuges¹⁹⁷. Vejamos a seguinte orientação jurisprudencial:

Guarda conjunta. Só é recomendada a adoção da guarda conjunta quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre é a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido e

¹⁹⁵ Edward Teyber *apud* FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 225.

¹⁹⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 109.

acolhido o recurso da ré. (apelação Cível nº 70001021534, TJRS, 7ª Câmara. Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 21-6-2000).

Dessa forma, nas famílias em que predominam o desrespeito mútuo e desavenças, fator que inviabiliza a convivência entre os genitores, deve-se optar pela guarda única, que será deferida ao genitor que apresentar melhores condições de proporcionar o melhor interesse do menor, conferindo ao outro o direito de visitas¹⁹⁸.

Outro aspecto relevante para que a guarda compartilhada dê certo, é que ambos os genitores residam próximo aos seus filhos, pois se assim não for, a constante convivência entre o genitor não-guardião e a prole, pressuposto da guarda conjunta, se transformará em visitação, que é característico da guarda unilateral.

Conforma orienta a psicóloga Eliana Riberto Nazareth *apud* Akel²⁰⁷, a faixa etária dos filhos é também fator determinante para o estabelecimento desta modalidade de guarda, pois:

Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-descodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

Finalmente, Waldyr Grisald¹⁹⁹ ressalta que:

As críticas que se fazem ao novo modelo, porém, não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente, inafastavelmente, que o interesse do menor (critério determinante de atribuição da guarda) não mais se prossegue com a guarda única.

4.4.3 Efeitos psicológicos

Em razão da sua relevância na busca pelo superior interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada vem sendo estudada por juristas, psicólogos, entre outros, visando minimizar os efeitos psicológicos negativos que afetam a parte hipossuficiente (os filhos), diante da dissolução conjugal dos pais.

¹⁹⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

¹⁹⁹ Eliana Riberto Nazareth *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

A separação consiste apenas, na tentativa de solucionar um casamento infeliz. Entretanto, essa decisão traz consigo inúmeros efeitos psicológicos aos filhos e muitas vezes até marcas e traumas irreversíveis.

Os filhos nunca aceitam bem a dissolução conjugal, mesmo quando estão convivendo em uma casa com clima de relacionamento difícil. A fantasia de reconciliação entre os pais permanece viva no coração deles, ainda que na fase adulta. A vida diária se modifica radicalmente, tanto dentro da família como fora dela e uma vez que a unidade familiar se rompe, a justiça passa a participar do repertório da vida familiar²⁰⁰.

Uma separação raramente se processa sem litígio. O egoísmo dos genitores ou de apenas um deles pode fazê-los colocar os seus interesses acima do dos seus filhos. É necessário que os pais se conscientizem que a relação conjugal acabou, mas a função parental permanece.

Grisard Filho²⁰¹ comenta que “todos os personagens envolvidos experimentam uma transição dolorosa. Cônjuges não são capazes de vencer suas dificuldades. Filhos que reagem com raiva, medo, depressão ou culpa”.

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas e consequências drásticas para a vida da criança. A título de exemplo podemos citar as alterações sociais e psicológicas, a queda do padrão de vida, divisão de bens, conflito entre os pais, ausência do genitor que deixa de morar com a família, entre outros²⁰². A guarda conjunta minimiza esses efeitos, através da contínua convivência entre pais e filhos e mútua participação dos genitores no exercício dos interesses da prole. Waldyr Grisard²⁰³ explana que:

A questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância descontínua deste, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro. A partir da ruptura conjugal, é unânime isso, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa entre os ex-cônjuges.

Ainda, Waldyr Grisard²⁰⁴ enaltece que:

²⁰⁰ Eliana Riberto Nazareth *apud* AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 88.

²⁰¹ FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

²⁰² *Ibid.*, p. 187.

²⁰³ FILHO, Waldyr Grisard, *op. cit.*, p. 184.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 188.

É muito importante que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

Para tanto, é de suma importância que os ex-cônjuges relacionem-se harmonicamente, a fim de preservar o bem-estar físico, psíquico e moral do menor, pois a criança necessita do convívio com ambos os pais e não pode ser punida pelas desavenças que há entre eles.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL

O psicanalista e psiquiatra infantil Richard Gardner apud Perissini da Silva²⁰⁵, define a Síndrome da Alienação Parental – SAP como um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificativa. O fenômeno resulta da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores e das próprias contribuições da criança dirigidas à difamação do progenitor objetivo dessa campanha.

Segundo Jorge Trindade apud Rolf Madaleno²⁰⁶, “trata-se de programar uma criança para que ela odeie, sem justificativa, um de seus genitores, cuidando a própria criança de contribuir na trajetória de desmoralização do genitor visitante”.

O fenômeno ocorre com frequência nas separações, no tocante a visitas, pensão alimentícia e guarda dos filhos. São encontrados vestígios desta SAP em ações judiciais em que um dos pais se utiliza de argumentos nos processos a fim de suspender e até impedir visitas, destituir o poder familiar, alegar inadimplemento de pensão alimentícia, chegando até a acusação de abuso sexual ou agressão física, porém nem sempre é verdade, mas sim recurso para a destruição do vínculo parental²⁰⁷.

Maria Berenice Dias²⁰⁸ enaltece que:

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, consta que foi cúmplice de uma grande injustiça.

Daí o significado da Lei 12.318/10, que em seu art. 2º define a alienação parental da seguinte forma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua

²⁰⁵ SILVA, D.M.P. Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso? Campinas (SP): Autores Associados, 2ª. ed., 2011, p. 45.

²⁰⁶ Jorge Trindade apud MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 447.

²⁰⁷ SILVA, D.M.P, op. cit., p. 45.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 464.

autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

O referido artigo em seu parágrafo único, também elenca a título de exemplo, as diversas formas de sua ocorrência:

Art. 2º. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Havendo indício da prática da SAP, a lei prevê a instauração de procedimento autônomo ou incidental, com tramitação prioritária, adotando o juiz as medidas necessárias a fim de preservar a integridade psíquica do menor. Sendo determinada a perícia psicológica ou biopsicossocial, o laudo deve ser apresentado em noventa dias²⁰⁹. Assim dispõe o art. 6º da referida Lei.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Rolf Madaleno²¹⁰ brilhantemente acrescenta que:

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 464.

²¹⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 448.

A maliciosa manipulação da indefesa mentalidade de uma criança ou de um adolescente constitui uma dos mais perversos instintos do ser humano, que não se importa com o mal que causa ao seu próprio filho ou familiar, considerando que também avós e parentes próximos podem atuar ativamente na obstrução do contato do filho com o outro ascendente. A síndrome da alienação parental tem um alcance extremamente destrutivo, pois consegue que os filhos inventem fatos, respaldem mentiras e esqueça de momentos de felicidade, e ainda consegue que terceiros se envolvam nos atos de detração do progenitor rechaçado, enquanto o alienante se assegura de assumir um autêntico papel de vítima.

Diante da síndrome da alienação parental, a guarda compartilhada terá difícil aplicação, uma vez que um os filhos são vítimas de manobras sórdidas do alienador a fim de manipular emocionalmente o menor para que o mesmo odeie o outro genitor, objetivando a destruição definitiva do vínculo parental. Trata-se de patologia psíquica gravíssima que acomete a criança, acarretando em prejuízos psíquicos e desmoralização do outro genitor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico propiciou significativo aprendizado acerca das peculiaridades inerentes ao tema. Contudo, não se teve a pretensão de esgotar o tema, mas torna clara e de fácil compreensão as questões de maior relevância no instituto da Guarda Compartilhada.

Nas últimas décadas o direito de família passou por profundas transformações. Observa-se que o número de rupturas conjugais vem crescendo assustadoramente, ocasionando assim, conflitos nos laços familiares.

Em decorrência do fim do vínculo conjugal, a estrutura familiar sofre sérios abalos, resultando em marcas e sequelas psicológicas por muitas vezes irreversíveis que incidem diretamente na personalidade das partes hipossuficientes deste conflito, os filhos.

Diante da ruptura conjugal, que na maioria das vezes ocorre de forma litigiosa, surge a delicada problemática da guarda dos filhos. Muitos pais egoisticamente acabam por sobrepor seus interesses aos da criança, que passa a ser objeto de disputa. Assim sendo, alguns genitores se utilizam da perversa alienação parental, a fim de que a criança odeie o outro genitor e logo, se afaste do mesmo, dificultando a aplicação da guarda e a continuidade do poder familiar.

Durante o trabalho, foi visto que até pouco tempo atrás as modalidades de guarda não proporcionavam a continuidade das relações entre pais e filhos, permanecendo a criança sob a guarda sistemática da mãe, cabendo ao pai apenas o direito de visitas e pagamento de pensão alimentícia, quando determinado judicialmente. Assim, o genitor não-guardião esporadicamente se afastava da criança, em decorrência da limitação do acesso e do tempo de contato com o filho, que normalmente acontecia de quinze em quinze dias, tornando-se o pai mero “caixa eletrônico”.

Diante desses problemas, surgiu então a noção de guarda compartilhada, a fim de reequilibrar os papéis parentais e priorizar o superior interesse dos filhos. A Lei n. 11.698/08 entrou em vigor para formalizar esta modalidade de guarda que já vinha sendo adotada pela jurisprudência brasileira.

Após o estudo e análise do instituto da Guarda Compartilhada, conclui-se que o mesmo é o modelo ideal de guarda para atender às necessidades da atualidade, uma vez que propicia a continuidade dos vínculos familiares, atribuindo aos genitores igual responsabilidade e participação nos cuidados diários do menor e nas decisões importantes

referentes à mesma, fatores estes imprescindíveis para a saudável formação moral e psicológica da criança.

Será concedida a guarda física do menor à apenas um dos pais. Entretanto, a guarda jurídica e psicológica caberá a ambos, sem necessidade prévia de determinação dos dias e horários para visitas, assegurando desta forma, o equilíbrio e a estabilidade psíquica/emocional do mesmo.

A guarda compartilhada pressupõe um relacionamento harmonioso, respeitoso, maduro, e passível de diálogo entre os ex-cônjuges, para que juntos, volto a frisar, possam exercer o poder-dever que o poder familiar lhes confere.

Sendo assim, a guarda deve ser atribuída a quem apresentar melhores condições para exercê-la, ou seja, garantir o melhor interesse do menor, discriminado no § 2º do art. 1.583 do Código Civil. Todavia, o juiz não deve se limitar aos critérios objetivos estabelecidos no referido dispositivo, mas analisar o caso concreto e as circunstâncias, a fim de estabelecer a melhor solução para o bem-estar da criança e do adolescente.

Por fim, torna-se fundamental ressaltar as expressivas palavras de Caetano Lagrasta apud Akel²¹¹ acerca da guarda:

Guardar é antes de tudo amar, estar presente, na medida do possível, comparecer a todos os atos e a festividades escolares, religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, esporte e turismo.

Portanto, fica a cargo do Judiciário através do poder discricionário do juiz, fazer com que os pais compreendam o real significado da guarda compartilhada, que notadamente constitui a melhor opção para preservar o superior interesse dos filhos de divorciados, e logo, contribuindo para o fortalecimento do instituto.

²¹¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a Família.** 2. ed. – São Paulo: Atlas.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. de Motta. **Família, separação e mediação: uma visãopsicojurídica.** São Paulo: Métodos, 2011.

Declaração dos direitos da criança, Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>> Acesso em: 25 nov. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 5º volume: direito de família – 23. ed. rev., atual. eampl. de acordo com a Reforma do CC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

Euclides de Souza (Trad.), Não fique com raiva. Disponível em: **<http://www.apase.org.br/91014-naofiquecomraiva.htm>**. Acesso em 22 out. 2012.

Evandro Luiz Silva, A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda. Disponível em: <APASE, <http://www.apase.org.br/91013-aseparacao.htm>>. Acesso em: 22 out. 2012.

FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito á convivência familiar e comunitária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FILHO, WaldyrGrisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 3 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Vol. VI - Direito de Família.** 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Outra Face do Poder Judiciário: Decisões Inovadoras e Mudancas de Paradigmas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PACKARD, V. Our endangered children, growing up in a changing world.In: JOHNSON, Laurence; ROSENFELD, Georglyn. **Divórcio: e os filhos? Seus filhos podem sobreviver aos efeitos do divórcio.** São Paulo: Maltese-Nor-ma, 1993.

PEREIRA, Clóvis. **A Guarda Compartilhada,** o novo instrumento legal para enriquecer e estreitar a relação entre pais e filhos. Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda->

compartilhada/mais-a-fundo/analises/524-a-guarda-compartilhada-o-novo-instrumento-legal-para-. Acesso em: 25 nov. 2012.

Preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, Paris, 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 12 nov. 2012.

Rosane Mantilla de Souza, **Depois que papai e mamãe se separaram**: um relato dos filhos, *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 16, n° 3, set./dez. 2000, p. 203-211. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722000000300003&script=sci_arttext. Acesso em: 22 out. 2012.

SILVA, D. M. P. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental**: o que é isso? Campinas (SP): Autores Associados, 2ª. ed., 2011.

Tribunal de Família e Menores de Cochem-Zell/ Alemanha. Disponível em: <http://tribunaldefamiliaemenoresdobarreiro.blogspot.com.br/2009/04/os-20-pedidos-dos-filhos-de-pais.html>

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** (Direito de Família). 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Vera Maria Schwertner, **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81007-guardacomp.htm> Acessado em 13 de nov. 2012.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.147.138. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/jurisprudencia/detalhe/1029>.

ANEXO A

Os 20 pedidos dos filhos de pais separados

Mãe e pai...

1. **Nunca esqueçam: eu sou a criança de vocês dois.** Agora, só tenho um pai ou uma mãe com quem eu moro e que me dedica mais tempo. Mas preciso também do outro.
2. **Não me perguntem se eu gosto mais de um ou do outro.** Eu gosto de “igual” modo dos dois. Então não critique o outro na minha frente. Porque isso dói.
3. **Ajudem-me a manter o contato com aquele de vocês com quem não fico sempre.** Marque o seu número de telefone para mim, ou escreva-me o seu endereço num envelope. Ajudem-me, no natal ou no seu aniversário, a poder preparar um presente para o outro. Das minhas fotos, façam sempre uma cópia para o outro.
4. **Conversem como adultos.** Mas conversem. E não me usem como mensageiro entre vocês, ainda menos para recados que deixarão o outro triste ou furioso.
5. **Não fiquem tristes quando eu for ter com o outro.** Aquele que eu deixo não precisa pensar que não vou mais amá-lo daqui há alguns dias. Eu preferia sempre ficar com vocês dois. Mas não posso dividir-me em dois pedaços só porque a nossa família se rasgou.
6. **Nunca me privem do tempo que me pertence com o outro.** Uma parte de meu tempo é para mim e para minha mãe; uma parte de meu tempo é para mim e para o meu pai. Sejam conseqüentes aqui.
7. **Não fiquem surpreendidos nem chateados quando eu estiver com o outro e não der notícias.** Agora eu tenho duas casas. E preciso distingui-las bem, senão não sei mais onde fico.
8. **Não me passem ao outro, na porta de casa, como um pacote.** Convidem o outro para um breve instante dentro e conversem como vocês podem ajudar a facilitar minha vida. Quando me vierem buscar ou levar de volta, deixem-me em breve instante com vocês dois. Não destruam isso se chateando ou brigando um com o outro.
9. **Vão buscar-me na casa dos avós, na escola ou na casa de amigos se vocês não puderem suportar o olhar do outro.**
10. **Não briguem na minha frente.** Sejam ao menos tão educados quanto vocês seriam com outras pessoas, como vocês também o exigem de mim.
11. **Não me contem coisas que ainda não posso entender.** Conversem sobre isso com outros adultos, mas não comigo.
12. **Deixem-me levar os meus amigos na casa de cada um.** Eu desejo que eles possam conhecer a minha mãe e o meu pai e achá-los simpáticos.
13. **Concordem sobre o dinheiro.** Não desejo que um tenha muito e o outro muito pouco. Tem de ser bom para os dois, assim poderei ficar á vontade com os dois.
14. **Não tentem “comprar-me”.** De qualquer forma, não consigo comer todo o chocolate que eu gostaria.

15. **Falem-me francamente quando não dá para “fechar o orçamento”.** Para mim, o tempo é bem mais importante que o dinheiro. Divirto-me bem mais com um brinquedo simples e engraçado que com um novo brinquedo.
16. **Não sejam sempre “ativos” comigo.** Não tem de ser sempre alguma coisa de louco ou de novo quando vocês fazem alguma coisa comigo. Para mim, o melhor é quando somos simplesmente felizes para brincas e que tenhamos um pouco de calma.
17. **Deixem o máximo de coisas idênticas na minha vida, como estava antes da separação.** Comecem com o meu quarto, depois com as pequenas coisas que eu fiz sozinho com o meu pai ou com a minha mãe.
18. **Sejam amáveis com meus outros avós- mesmo que, na sua separação, eles fiquem mais do lado do seu próprio filho.** Vocês também ficariam do meu lado se eu estivesse com problemas! Não quero perder ainda os meus avós.
19. **Sejam gentis com o novo parceiro que vocês encontrarem ou já encontraram.** Preciso também me entender com essas outras pessoas. Prefiro quando vocês não se vêem com ciúme. Seria de qualquer forma melhor para mim quando vocês dois encontrassem rapidamente alguém que vocês poderiam amar. Vocês não ficariam tão chateados um com o outro.
20. **Sejam otimistas.** Vocês não conseguiram gerir o seu casal, mas deixem-nos no mínimo o tempo para que, depois, isso se passe bem. Releiam todos os meus pedidos. Talvez vocês conversem sobre eles. Mas não briguem. Não usem os meus pedidos para censurar o outro, para dizer o quão mal ele podia ter sido comigo. Se vocês o fizerem, vocês não terão entendido como eu me sinto e o que preciso para ser feliz.

(Fonte- Tribunal de Família e Menores de Cochem-Zell/ Alemanha)

<http://tribunaldefamiliaemenoresdobarreiro.blogspot.com.br/2009/04/os-20-pedidos-dos-filhos-de-pais.html>

ANEXO B

Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008



Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Mensagem de veto

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO)”. (NR)

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

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

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

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

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 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.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.
Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008

ANEXO C

CARTA DOS DIREITOS DOS FILHOS DE PAIS SEPARADOS OU DIVORCIADOS

Essa parte lembra aos ex-cônjuges hostis que os melhores interesses da criança precisam vir antes dos seus pessoais e do desejo de vingança. Devem considerar o que é melhor para o seus filhos e deixar suas animosidades pessoais para trás quando se trata do bem-estar deles. Lembra, ainda que as crianças não são causas de separação, mas sobre elas recaem seus efeitos. Elas não pediram para ter todos esses problemas. Em seu livro *Ourendangeredchildren, growingup in a changing world* (Nossas crianças correm perigo, crescendo em um mundo mutável), o crítico social Vance Packard descreveu esta Conta dos direitos dos filhos de divorciados¹.

CONTA DOS DIREITOS DOS FILHOS DE DIVORCIADOS

1. Os filhos de divorciados tem o direito de ter pais que se sentem pelo menos, vinte minutos todo mês, ao seu lado para discutir, pessoalmente ou por telefone, os progressos e os problemas da criança – e somente da criança. Não deve haver recriminações sobre qualquer assunto, tal qual como dinheiro. Os trabalhos de escola da criança, sua saúde, estado mental, atividades e reações aparentes ao divórcio devem ser enfoques de cada conversa.

2. Os filhos de divorciados tem o direito de ter pais que saiam para jantar, se a criança assim o quiser, em seus aniversários ou em feriados importantes. Os pais também devem, ambos, comparecerem a escola em eventos importantes para a criança.

3. Os filhos de divorciados tem o direito de ter pais que não menospreze a outra parte na sua frente.

4. Os filhos de divorciados tem o direito de ter pais que evitem qualquer ato que possa forçar a criança a tomar partido.

5. Os filhos de divorciados tem o direito de estar livres de qualquer tipo de pressão por parte de qualquer um dos pais para servir de informante sobre os gastos, namoro, ou outras atividades do ex-cônjuge. Se a criança escolher livremente conversar sobre a outra parte, isso é outro assunto.

6. Os filhos de divorciados tem o direito de ter total liberdade para telefonar para qualquer uma das partes. Se distâncias estiverem envolvidas, as chamadas deverão ser a

costrar. Os pais da criança também concordarão que é permitido ao genitor, sem a custódia telefonar para seu filho ou filha pelo menos uma vez por semana.

7. Os filhos de divorciados tem o direito de ter pais que concordem notificar um ou outro sobre emergências e eventos importantes que envolvam a criança.

8. Os filhos de divorciados tem o direito de ter pais que concordem em ser civilizados e evitem recriminações quando estão na presença da criança.

PACKARD, V. Our endangered children, growing up in a changing world. In: JOHNSON, Laurence; ROSENFELD, Georglyn. Divórcio: e os filhos? Seus filhos podem sobreviver aos efeitos do divórcio. p. 102-103.