

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DAIANE CRISTINA DA SILVA MENDES

**O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS:
GUARDA COMPARTILHADA**

MARÍLIA
2016

DAIANE CRISTINA DA SILVA MENDES

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS:
GUARDA COMPARTILHADA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário “Eurípides de Marília” - UNIVEM, (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado, linha de pesquisa: Construção do saber jurídico), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora:

Profa. Dr.^a Raquel Cristina Ferraroni Sanches.

MARÍLIA
2016

MENDES, Daiane Cristina da Silva.

O princípio da afetividade no direito das famílias: Guarda Compartilhada/ Daiane Cristina da Silva Mendes; orientadora: Raquel Cristina Ferraroni Sanches. Marília, São Paulo: [s.n.], 2016.

151 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Família. 2. Poder Familiar. 3. Guarda Compartilhada. 4. Princípio da Afetividade.

CDD: 342.164

DAIANE CRISTINA DA SILVA MENDES

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS:
GUARDA COMPARTILHADA

Banca examinadora de Qualificação do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Nota: _____

ORIENTADORA: _____

Prof.^a Dr.^a Raquel Cristina Ferraroni Sanches.

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, ____ de _____ de 2016.

Dedico esta dissertação a toda minha família e, em especial, a duas pessoas essenciais: minha mãe Joana, que sempre me ensinou a ter fé em Deus e a acreditar na vida, e a meu pai, Odimir Mendes (in memoriam), que me educou à luz da sabedoria, do conhecimento e da humildade, ensinando-me, pelo exemplo, desde cedo, a respeitar a todos igualmente, minha eterna gratidão e carinho.

AGRADECIMENTOS

A DEUS

“Ele, a quem recorreremos nos momentos difíceis, em busca de amparo e soluções. Ele, quem nos orienta e dá coragem para enfrentar os obstáculos e prosseguir a caminhada em busca de realização de nossos objetivos... Ele que nunca vemos ou ouvimos, mas podemos senti-lo ao nosso lado, sempre nos zelando; nossa gratidão por ter nos dado o dom da vida e a possibilidade de completarmos mais uma etapa de nossa existência. ”

AOS PAIS

JOANA E

ODIMIR MENDES (in memoriam)

Vocês um dia sonharam comigo. E me amaram antes mesmo que eu existisse. Vocês se alegraram com minha chegada ao mundo, acompanharam o meu crescimento e compartilharam a minha guarda, sacrificaram seus sonhos em favor dos meus. Não foram apenas pais, mas amigos e companheiros nas horas em que meus ideais pareciam distantes e inatingíveis. No meio de tantas incertezas, vocês me mostraram minhas virtudes, capacidade e limites e apontaram possibilidades para o futuro. Mais do que lhes prestar homenagens por uma vida inteira de dedicação é fundamental agora fazer com que vocês tenham a certeza de que estão comigo em cada atitude. Muito obrigada pela compreensão quando me distanciei da família pelo estudo, por tudo que fizeram por mim sem que eu ao menos soubesse. Nessa grande batalha, a vitória também é de vocês. Continuaremos até o dia em que possamos, juntos, de mãos dadas, sermos ao mesmo tempo pais e filhos dos nossos sonhos, das nossas realizações, do que sentimos, foram e são os pais ideais, e o nosso amor seguirá além da vida. Amo vocês!

A TODA FAMÍLIA E EM ESPECIAL:

AS TIAS AMADAS:

BENILDE MENDES E

MATILDE MENDES (in memoriam)

“Chegará um dia ...

Quando a lembrança de cada um despertar saudades e as lágrimas descerem fáceis; quando parecia ser tão distante, e agora é realidade nos deparamos com este sonho realizado, então soubemos que fomos felizes a cada momento e que dos sonhos todos, este foi o melhor. ”

Minha gratidão, pois repartiram comigo os seus conhecimentos colocando em minhas mãos as ferramentas com as quais abrirei novos horizontes, rumo à satisfação plena de meus ideais profissionais e humanos.

AOS AUSENTES AVÓS:
DEZOLINA FURDIANE MENDES E JOÃO MENDES

*“Se a tua falta é um silêncio que cruza nossa vida,
é porque tua existência nos é essencial.
Hoje, mais do que nunca, a tua presença se faz sentir,
Pois há a continuidade de seu brilho.”*

A TODOS PROFESSORES DO MESTRADO:

Em especial aos membros da banca:

Dr. Edinilson Machado e

Dr.ª Tânia Brabo

“Bendito todos aqueles que foram talhados para educar os homens. Pois que tirá-los da treva da ignorância e fazê-los palmilhar as sendas do conhecimento é obra sublime aos olhos de Deus. A vós que nos livrais do obscuro e nos colocais diante do saber para hauri-lo como mel, a nossa profunda gratidão. Cumpristes a vossa etapa, deveras.

Cabe-nos doravante caminhar por nossos próprios passos, tendo os vossos como trilha soberana aos nossos íntimos sonhos de vitória.”

(Geison V. Lira)

E COM TODO O MEU CORAÇÃO:

A Orientadora Dr.ª Raquel Ferraroni Sanchez

A muitos chamamos homens, e os escutamos. A alguns chamamos de professores, e os respeitamos. A poucos chamamos mestres, e a estes seguimos, gratos por compartilhar de sua sabedoria, permitindo-nos transformar em realizações os nossos ideais. E é assim que a vejo, como mestre, obrigada por toda dedicação e pela maestria com que soube conduzir esta produção intelectual, obrigada pelo incentivo aos meus ideais, pelo encorajamento nas horas de dúvida e pela constante participação em minha luta que foi a sua luta. Obrigada por toda confiança depositada, essa vitória também lhe pertence! Enfim, poucas são as palavras para agradecer-lhe: OBRIGADA POR TUDO GRANDE AMIGA!

AOS FUNCIONÁRIOS E EM ESPECIAL A TURMA DO MESTRADO E AMIGOS DE SALA:

Minha homenagem e gratidão a todos os que, pela amizade, carinho e respeito, ou pelo simples convívio ao longo destes anos, a todos nós se ligaram e contribuíram para que esta nossa conquista se realizasse.

MENSAGEM FINAL

“Aqui nos encontramos, aqui traçamos nossos planos, Sonhamos, em alguns momentos as incertezas. Daqui levamos um pouco de tudo e aqui deixamos um pouco de nós”.

MENDES, Daiane Cristina da Silva. **O princípio da afetividade no direito das famílias: Guarda Compartilhada.** 2016. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário “Eurípides de Marília” - UNIVEM, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

RESUMO

O direito de família se torna cada vez mais relevante, devido às mudanças na sociedade e à evolução das relações entre pais e filhos. O poder familiar é comum a ambos os pais, para decidirem sobre a vida e o patrimônio de seus filhos, tanto durante como depois da separação, por isso a guarda compartilhada é apresentada como alternativa, pois proporciona continuidade das relações familiares e não afasta o (a) menor do convívio com os pais, que poderão resolver, juntos, questões relativas à vida do (a) filho (a). Com a Lei 11.698/2008 e Lei 13.058/2014 foi inserida a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, e tornou regra esse novo modelo de guarda, em que ambos os genitores exercem o poder familiar em igualdade de condições, salvo se um dos pais declararem ao Juiz que não deseja a guarda do (a) menor. Se ambos os cônjuges são iguais e, durante a convivência, exerciam o poder familiar, por que, na hipótese de dissolução do vínculo conjugal, aquele exercício precisa ser praticado de modo separado ou exclusivo? Se o princípio norteador é o melhor interesse da criança, como justificar para o principal interessado, que em razão da dissolução do vínculo jurídico dos pais, ele será obrigado a aceitar que, a partir daquele momento passará a viver apenas com um e a ser visitado pelo outro? Desse contexto, se extrai o objetivo geral da pesquisa que visa investigar sobre o melhor interesse da criança e do adolescente e a igualdade de homens e mulheres na responsabilização pela educação dos filhos. Também se objetivou estudar o perfil da família, conceituar a guarda compartilhada, averiguar sua tipologia, verificar a existência do modelo compartilhado em nossa legislação, relatar as vantagens e desvantagens desse instituto, examinar o princípio da afetividade, discutir o papel da mediação e constatar como o magistrado vem aplicando esse modelo e suas respectivas jurisprudências. Para a condução da pesquisa foi utilizado o método dedutivo com base em princípios e teorias verdadeiras e conclusivas, e no que se refere a jurisprudências o método foi o indutivo, pois o conteúdo é bem mais amplo do que as premissas pelas quais são baseadas; descritivo para aperfeiçoar o estudo e analisar o problema e qualitativo, para a conclusão das análises. A referida pesquisa foi desenvolvida na linha: Construção do Saber Jurídico.

Palavras-chave: Família. Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Princípio da Afetividade.

MENDES, Daiane Cristina da Silva. **O princípio da afetividade no direito das famílias: Guarda Compartilhada.** 2016. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário “Eurípides de Marília” - UNIVEM, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

ABSTRACT

Family law becomes increasingly relevant due to changes in society and the development of relations between parents and children. The family power is common to both parents, to decide on the life and heritage of their children, both during and after the separation, so the shared custody is presented as an alternative, as it provides continuity of family relationships and does not remove the (a) less contact with parents who can solve together questions concerning the life of (a) child (a). With Law 11,698/2008 and Law 13,058/2014 shared custody was inserted in our legal system, and has rule this new Guard model, in which both parents exercise parental authority on equal terms, unless one of the parents declare to the judge who did not want custody of (a) lower. If both spouses are equal and, while living, exerted the family power, why, in the event of dissolution of the marriage bond, that exercise needs to be practiced separately or exclusively? If the guiding principle is the best interests of the child, as justification for the main concerned that because of the dissolution of the legal relationship of the parents, it will be forced to accept that, from that moment will live with one and to be visited the other? In this context, it draws the general objective of the research that aims to investigate the best interest of children and adolescents and the equality of men and women in the responsibility for the education of children. It also aimed to study the family profile, conceptualize shared custody, determine its type, verify the existence of the shared model in our legislation, report the advantages and disadvantages of this institute, examine the principle of affectivity, discuss the role of mediation and see how the magistrate has applied this model and their jurisprudence. For conducting the research was used deductive method based on the principles and true and conclusive theory, and as regards the precedents inductive method was because the content is much broader than the assumptions which are based; descriptive to improve the study and analyze the problem and qualitative, to complete the analysis. Such research was developed in line: Construction of Legal Knowledge.

Keywords: Family. Family power. Shared custody. Principle of Affection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC: Acórdão

C.C.: Código Civil

C.F.: Constituição Federal

DOU: Diário Oficial da União

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ORG: Organizador

RT: Revista dos Tribunais

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP: Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA	17
1.1. Família Tradicional e Família Moderna	17
1.2. Direito de Família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.....	25
1.3. Do Poder Familiar	28
CAPÍTULO 2 – DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE EM DIREITO DE FAMÍLIA E A GUARDA COMPARTILHADA	44
2.1. Afetividade Como Categoria Jurídica	44
2.2. Demais Princípios Aplicáveis ao Instituto da Guarda Compartilhada	50
2.3. Fundamentos Legais e Psicológicos da Guarda Compartilhada.....	60
CAPÍTULO 3 – DA GUARDA COMPARTILHADA.....	65
3.1. Guarda Compartilhada e sua evolução no cenário brasileiro	65
3.2. Guarda Compartilhada e o Ordenamento Jurídico Brasileiro	72
3.3. Tipologia da Guarda Compartilhada	80
3.4. Aplicabilidade e requisitos sócio-jurídicos para a Guarda Compartilhada	93
3.5. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Guarda Compartilhada.....	97
CAPÍTULO 4 – Guarda Compartilhada no Ordenamento Infraconstitucional.....	101
4.1. Guarda Unilateral ou Compartilhada.....	102
4.2. O Poder Familiar na Guarda Compartilhada	115
4.3. Mediação	120
4.4. Análise Jurisprudencial	127
CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS	135

INTRODUÇÃO

Com a evolução social da família ocorreram expressivas mudanças no aparelho familiar. Se houve mudanças na família tradicional e o modelo moderno da família é diferente da anterior, há de se convir que se faz necessário um modelo diferente de guarda para casais que não vivem mais juntos. Hoje os pais querem participar da criação do filho que também é dele e, por isso, tem batido na porta do Judiciário para que possam cuidar de seus filhos de forma igualitária com a ex-cônjuge.

Desde quando os filhos são pequenos os pais podem colaborar para o crescimento e desenvolvimento sentimental, intelectual e espiritual da criança, necessários para o desenvolver de um (a) bom e respeitoso cidadão.

Entretanto, quando se tem uma situação de ruptura familiar, a criança, na maioria das vezes, sofre traumas, muitas vezes incuráveis. Assim, o melhor a fazer será a guarda compartilhada (que propaga vigilância, proteção, segurança, um direito-dever que os pais estão encarregados de praticar em favor de seus filhos).

Na separação entre um casal, devem ser prioridades o respeito mútuo e o bom senso na hora da tomada de decisões, e uma dessas prioridades deve ser a condição da criança, portanto, a maior preocupação não poderá ser com o olhar frio e cheio de métodos do direito, mas sim, deve ser norteadada por uma visão mais humanista.

Os genitores precisam ter discernimento, para ter a capacidade de vislumbrar o bem-estar do menor, almejando melhor qualidade de vida para o mesmo. Se esses pais não têm condições mínimas de diálogo e entendimento, não há possibilidade de compartilhar a guarda. Por isso, é analisado com suporte de equipe interdisciplinar (Juiz, Ministério Público e advogados das partes) que deve possuir habilidades suficientes para, junto com as demais pessoas envolvidas, encaminhar o caso concreto para uma melhor solução, pois em primeiro plano está o bem-estar da criança.

Em casos de discórdia entre o casal se faz necessário o papel da mediação, que é o meio consensual de solução de controvérsia, em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua, de forma técnica, para facilitar a restauração do diálogo entre os litigantes, com o intuito de chegarem a uma autocomposição.

Entretanto, a guarda compartilhada pode ser uma solução na área da família, que vem sendo adotada de forma natural, entre casais que se separam, preocupados com o desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos.

Diante do exposto, o presente trabalho procurará demonstrar que a previsão de sua aplicabilidade se encontra na Constituição Federal (BRASIL, 2003), no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2003), na Lei do Divórcio (BRASIL, 2003) e na Lei 11.698/08 - Lei da Guarda Compartilhada (BRASIL, 2008) e, recentemente, na Lei 13.058/14 (BRASIL, 2015) – nova Lei da Guarda Compartilhada, como forma de esclarecer um entendimento quanto aos seus embasamentos e resultados, em obediência ao que determina o direito da criança, de conviver com ambos os genitores, em igualdade de condições, devendo aquele que impedir esse direito, ser penalizado por isso.

Constitui obrigação legal dos pais, responsabilidade que a lei lhes atribui, decidirem sobre a vida e o patrimônio de seus filhos, tanto durante como depois da separação, cabendo ao juiz cobrar-lhes o exercício do *múnus*¹ compartilhadamente. Temos, então, o fundamento legal da guarda compartilhada inserida nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002), com a aprovação da nova Lei da Guarda Compartilhada.

Se ambos os cônjuges são iguais e, durante a convivência, exerciam o poder familiar conjuntamente, por que, na hipótese de dissolução conjugal, o exercício que era compartilhado precisa ser praticado de modo separado?

Estudar os benefícios da guarda compartilhada, favorecerá compreender como a mesma poderá garantir o melhor interesse da criança e do adolescente com base no princípio da proteção integral, aprovando a convivência da criança com ambos os pais estimulando o crescimento saudável de sua personalidade, de acordo com o princípio da continuidade das relações familiares e, da igualdade e dignidade de homens e mulheres na responsabilização dos filhos, analisando o princípio da igualdade e o da dignidade de pessoa humana.

E, como objetivos específicos o presente trabalho visa estudar o perfil da família; conceituar a Guarda Compartilhada; averiguar sua tipologia; verificar sua existência na legislação; relatar as vantagens e desvantagens desse método; examinar o princípio da afetividade; discutir o papel da mediação e constatar como o Juiz tem aplicado as respectivas Jurisprudências.

A investigação foi desenvolvida com a utilização de plano de pesquisa qualitativa que orientou na identificação e seleção das fontes bibliográficas e documentais que foram utilizadas, livros, revistas, Internet, CD-Rom, Estatuto da Criança e do Adolescente, para comprovar a guarda compartilhada no Direito brasileiro, suas consequências, vantagens e

¹ Munus, em latim, significa encargo, dever, ônus, função. Trata-se de obrigação decorrente de lei, sendo que, neste último caso, denomina-se *múnus público*.

desvantagens, além de desmistificar as possíveis lendas que lhe são impostas para a sua não permissão.

O método utilizado foi o dedutivo, pois parte do geral até chegar ao particular. Esse método foi baseado em princípios, leis, teorias verdadeiras e conclusivas, ocorrendo com base em casos particulares e na lógica.

Ao utilizarmos a jurisprudência, apoiamo-nos no método indutivo. Entretanto, o objetivo dos argumentos indutivos foram a conclusão, pois o conteúdo é bem mais amplo do que as premissas nas quais nos baseamos.

Utilizamos o método descritivo para aperfeiçoamento do estudo, onde analisamos o problema divulgado em todos seus meandros. O método qualitativo teve como base de seu delineamento as questões ou problemas específicos, favorecendo analisar a relação da realidade com o objeto de estudo.

Estabeleceu-se, assim, uma divisão da dissertação em quatro capítulos: no primeiro foi necessário averiguar o real papel da Família, que antes era baseada no Código Civil de 1916 e as leis anteriores que regulavam a família constituída pelo casamento. A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2003) prestigiou a Dignidade da Pessoa Humana e realizou uma revolução no Direito de Família. Com as mudanças sociais ocorridas no século passado e o aparecimento da Carta Magna surgiu o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que trouxe a igualdade entre os cônjuges. Com a Lei nº. 11.698/08 (BRASIL, 2008) surgiu a guarda compartilhada, dando direitos iguais a ambos os pais e, em 2014, surgiu a Lei nº. 13.058 (BRASIL, 2015), nova Lei da Guarda Compartilhada, que tornou regra o que antes era exceção, passando a adotar a guarda compartilhada, utilizando-se da unilateral somente se uma das partes se manifestarem. Em seguida, descreveremos a família, que de tradicional passou a ser contemporânea com o Poder Familiar, que é a igualdade de homens e mulheres na responsabilização dos filhos e seus aspectos histórico-doutrinário.

Devido as novas formas de família, até a tradicional música cantada ao final dos parabéns ganhou uma estrofe nova nas festas infantis, de acordo com Mendonça (2008) passa a ser: “ Com quem será/ com quem será/ que o fulano vai casar/ vai depender se a fulana vai querer/ Ela aceitou/ ela aceitou/ teve muitos filhos e depois se separou. ”

No segundo capítulo, após percorrer a evolução da família, e o alcance da igualdade de ambos os cônjuges no poder familiar, abordamos a questão do afeto e passamos a falar sobre o princípio da afetividade em direito de família e os itens analisados foram: afetividade como categoria jurídica, a dimensão principiológica da guarda compartilhada que subdivide-se em: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da convivência familiar, princípio

da continuidade das relações familiares, princípio do melhor interesse da criança, princípio da igualdade entre os cônjuges, princípio da solidariedade, princípio da paternidade responsável, princípio do pluralismo familiar, princípio da afetividade e o princípio da fraternidade, lembrando que a doutrina não enumera a quantidade de princípios existentes no Direito de Família, haja vista que existem vários princípios constitucionais implícitos e explícitos, portanto, estudaremos os mais relevantes. E, como último tópico desse item, investigamos os fundamentos legais e psicológicos da guarda compartilhada.

No terceiro capítulo, após estudarmos a evolução da família e a afetividade, para justificarmos a guarda compartilhada, compreendemos que guarda comum é aquela que se origina na constância da união conjugal, e o exercício da guarda é concebido a ambos os genitores que subdivide-se em guarda material, que diz respeito à posse física do filho e à guarda jurídica, que é aquela em que é atribuído aos pais o direito de conduzir e decidir questões na vida do filho. E, a guarda de fato, que é aquela que uma pessoa por sua vontade própria, fica responsável por uma criança sem qualquer atribuição legal. Temos, também, a guarda monoparental exclusiva e única; guarda aninhamento ou nidação; guarda alternada, guarda atribuída a terceiro e a guarda compartilhada ou conjunta e os requisitos sócio-jurídicos para esse modelo de compartilhamento. Esclarecemos que o nosso ordenamento jurídico só trabalha com a guarda unilateral e compartilhada.

E, finalmente, no quarto capítulo, almejou-se estabelecer ligação com os capítulos anteriores, assim, examinamos a Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008) *versus* a Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2015), questionamos os aspectos análogos e divergentes dessas leis, passamos pela mediação familiar que permite aos que vivenciam o caso em concreto, que desistam de uma intervenção negativa e adotem um agir colaborativo para a prole, conferindo que o mediador ajudará os envolvidos a perceberem que o que ocorre com a separação é o fim da sociedade conjugal, permanecendo, portando, a sociedade parental.

Por todas essas razões é que o modelo da guarda exclusiva revela-se incompatível com as instabilidades por que passam a família. Se o princípio norteador é o melhor interesse da criança, como justificar, para o principal interessado que, em razão da dissolução do vínculo jurídico dos pais, ele passará a viver apenas com um e ser visitado por outro. Dessa forma, chega-se à conclusão de que a guarda compartilhada, que propicia uma convivência mais constante entre pais e filhos, pode ser a alternativa mais viável e menos dolorosa aos filhos.

CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA

O tempo passa muito rápido e com ele as mudanças na sociedade evoluem cada vez mais. Esse processo natural de transformação influencia tanto a sociedade quanto as relações familiares.

A entidade familiar tem grande relevância no desenvolvimento da sociedade, pois em seu cerne, antes composto por pai, mãe e filho, hoje em dia pode ser tanto de pai e filho, mãe e filho, dois pais ou duas mães e sua prole, ou seja, o que antes se via como ilusório, hoje se faz real, de modo que é na família que construiremos uma base para enxergarmos o futuro, que quando pensamos estar longe, já se faz presente.

É com a família que aprendemos as primeiras bases de vida, ela que delibera nossos princípios e como nos relacionamos com outros membros da coletividade, enfim, é na família que demonstramos os primeiros e mais importantes afetos, contribuindo para a forma como reagiremos às variações futuras.

Analisaremos, nesse capítulo, a família e o poder familiar para, no capítulo seguinte, vermos quão importante é o princípio da afetividade no Direito das Famílias e como ele influencia no instituto da guarda compartilhada visando a dignidade da pessoa humana, no caso, a criança.

1.1. Família Tradicional e Família Moderna

A Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Doutora Jaqueline Cherulli, pondera no Documento em que denomina *Cartilha Guarda Compartilhada* (2016, p. 01) que: O direito de família parece ter vivido uma grande evolução nesses dias, mas a bem da verdade, fez-se prevalecer o único sentimento que justifica a existência da família que é o amor.

Com a separação e o divórcio muitos pensam que a família se acaba, o que não é verdade, pois ela se transforma, e o fruto que nasceu do relacionamento desfeito, com carinho e amparo de ambos os pais, sobrevive a qualquer contratempo. Enquanto muitas pessoas só querem um lugar no mundo, uma independência financeira, alguns pais, trocariam algumas horas de um dia de trabalho corrido para poder desfrutar de momentos afetuosos com o filho.

Sob o enfoque de Hirodaka (2000, p.07):

[...] não se inicia qualquer locução a respeito de famílias se não se lembrar, a *priori*, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a própria arquitetura da história através dos tempos. Sabe-se enfim, que a família é, por assim dizer, a história e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade.

Percebemos que a família muda conforme as necessidades encontradas ao longo do tempo, mas jamais deixará de existir.

No início do século passado, o conceito de família que imperava era o elaborado por Beviláqua (1938, p.18) onde diz que:

a associação do homem e da mulher em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidados pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito.

Vimos antes que do relacionamento entre homem e mulher, garantidos pela religião e mantidos pelo poder familiar sobre o filho, eram consolidados pelo afeto. Hoje, os ex-cônjuges deixam de ser um casal, mas não deixam de ser pais, prevalecendo também o vínculo afetivo sobre a criança.

Destaca-se a conceituação de família do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que: “a família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O conceito que melhor explica a família, no nosso entendimento, é o de Gagliano (2012, p.44), que diz que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”.

Gagliano (2012, p. 44) esclarece o conceito de família como um núcleo existencial, socioafetivo e vocacionado para a realização pessoal de seus integrantes, vejamos:

- a) núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas;
- b) *vínculo socioafetivo*: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos.
- c) *vocação para a realização pessoal de seus integrantes*: seja qual for a intenção a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e convivência social, ou até mesmo ao mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social.

Conforme citado acima, formar uma família tem como escopo realizar os anseios das pessoas na esperança do papel social, e conforme vai mudando esses anseios muda-se também o direito de família que está sempre acompanhando a evolução da sociedade.

Sob o enfoque de Strenger (1998, p. 24) que corrobora com a ideia de evolução da sociedade:

O Direito de Família é o menos persistente e duradouro, exatamente porque está sempre e necessariamente submetido às flexibilidades sociais que são conduzidas pelas constantes mutações do processo histórico e cultural. Como instituição a família é também um fato Governada por um direito, ela é conduzida como um fenômeno numa evolução.

A entidade familiar mudou em relação à mãe com o filho e ao papel do pai que tem direito de igualdade sobre a prole.

A Revolução Industrial, que modificou a família, atribuía ao pai o poder familiar, exercendo sobre a esposa e filhos um direito quase absoluto. Antes da Revolução Industrial era a família romana que predominava menos severa por causa do Cristianismo.

Por sua vez, o Direito Canônico (era o ordenamento jurídico da igreja católica), diferente do Direito Romano, foi caracterizado pelo aparecimento do Cristianismo. E, a partir desse período, só instituíam famílias através de cerimônia religiosa.

O casamento sofreu mudança em seu cerne, pois o Cristianismo elevou o casamento ao sacramento. De acordo com Pereira (2003, p.5):

[...]O Homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizava através da troca de alianças.

Com o declínio do Império Romano surgiu esse novo entendimento e, conforme Russo (2005, p.43) “ [...] essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos”.

A igreja passou a interferir de forma decisiva nas finalidades familiares, com o fortalecimento do poder espiritual, e começou a condenar tudo o que não agradasse o núcleo familiar, relata Pereira (2002, p.16):

O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinato havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal como o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.

Conforme salienta Engels (2006, p.81): “O homem possuía mais liberdade do que o restante da família, seja ela civil ou moral”. Dessa maneira, costumes que para a mulher eram vistos como crimes e penalizados duramente, para o homem era normal, honroso, e, quando muito grave era visto como uma leve mancha moral que levava com satisfação, como no caso do adultério.

As mulheres deixaram de ser preciosas como antes, e a supremacia do casamento fez com que o adultério fosse odiado pela sociedade, os homens escondiam suas concubinas da família e de toda sociedade. Como na Grécia o machismo predominava, o catolicismo fortaleceu o domínio do homem e o tornou chefe da família absoluto. Nesse diapasão, discorre Pereira (2003, p.61):

“ A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justifica a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era importante, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo mata-lo”.

A esposa recriminada aos cuidados domésticos e do filho, não podia se afastar do lar sem a autorização do marido. O Cristianismo exacerbou a autoridade do marido, tornando-o chefe do lar e sacerdote da família constituída, com capacidades sobre a vida e a morte de seus integrantes. Por fim, com o passar dos anos, nasceu um novo conceito de família, formada unicamente pelo sacramento do casamento, onde predominava o afeto, surgindo dessa forma a família pós-moderna.

O pai por trabalhar fora e trazer o sustento da família não obtinha cuidados com o filho, recaindo estes sobre a mulher. No século XX começou a ser observado que a mulher era a peça mais importante tanto para a criança, quanto para o trabalho doméstico. Nesse período da evolução familiar que surgiu a preferência da obtenção da guarda à figura materna, já que o pai não tinha um convívio adequado com a criança.

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho, houve nova modificação familiar, pois ela passou a ser provedora da família, cargo exercido anteriormente somente pelo marido, dessa forma, os cuidados domésticos e dos filhos que eram exclusivos da mulher, passaram a sobrecarrega-las, e o esposo passou a dividir com ela as tarefas do lar e os cuidados com os filhos, o que era o certo, pois, compete a ambos os pais qualquer que seja a situação conjugal o pleno exercício do poder familiar.

Todavia, o cuidado paterno fez-se benéfico, para a criança e assim se ocorresse término do casamento seriam estudadas novas formas para essa espécie de conflito nas decisões judiciais para a guarda, podendo a criança ficar com o pai e não apenas com a mãe. Daí o movimento feminista e o avanço da mulher na história provocaram uma alteração na família moderna, sendo notado por sociólogos como novas condições para o divórcio.

Nas novas formas de família não encontramos apenas casais compostos por pais e mães, muitas vezes são dois pais e o filho ou duas mães e sua prole, e, quando se trata da proposta do movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis) temos a união civil voltada ao público gay e o casamento homoafetivo garantido pelo Supremo Tribunal Federal.

A união civil é a união de pessoas do mesmo sexo, mas que reduzem alguns direitos conquistados pelo casamento, ou seja, essa união, proíbe alguns direitos aos casais homoafetivos.

Já o casamento civil por pessoas do mesmo sexo é garantido por decisão do STF e pela Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que permitem os Cartórios concretizarem esse tipo de cerimônia. O STF se fundamentou nos princípios da igualdade, liberdade e a promoção do bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, origem, idade, cor e quaisquer outras formas de discriminação, previstos na Carta Magna (BRASIL, 2003) para se equipararem aos casais heterossexuais.

E assim, com o direito garantido pelas decisões do judiciário, membros dos direitos humanos e do movimento LGBT lutam pelas mesmas conquistas que casais formados pelo sexo oposto, quanto a guarda e adoção de filhos e por modificações na Constituição Federal (BRASIL, 2003) e no Código Civil (BRASIL, 2002). O que deve prevalecer é o vínculo de afeto e amor e não a distinção entre serem ou não do mesmo sexo, pois muitas vezes o casal homossexual cuida e dá amor para aquele menor que foi abandonado por um casal heterossexual.

Dessa forma, podemos notar que o tempo que a mulher se dedicava ao filho, à casa e ao esposo e o homem somente ao trabalho já não existe mais como víamos anteriormente com frequência. Hoje, os filhos devem ser criados de igual forma por ambos os genitores e se

constituir indivíduo para a vida. Essa igualdade foi inserida no artigo 226, § 5º da Constituição Federal de 1988 que cita que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Entretanto, na vida em sociedade, ainda não foi consolidado na totalidade.

Bobbio (2004, p. 416) reforça:

A família vem sofrendo expressivas mudanças, sobretudo após o advento do Estado Social. O Estado Social é o corolário do compromisso histórico entre os detentores do capital e a classe trabalhadora, como resposta a uma dolorosa história recente de guerras, lutas sociais e crises econômicas. O Estado de Bem-Estar ou Estado Social pode ser definido como o modelo de Estado que tem por escopo a garantia das condições mínimas de alimentação, educação, saúde e habitação que devem ser asseguradas a todos os cidadãos não como bem-estar estatal, mas como direito político inerente ao ser cidadão.

Como vimos, a família sofreu expressivas modificações ao longo do tempo, sendo adaptada na Sociedade.

Lobo (1989, p.63) demonstra, sobre a Constituição de 1988, que: “abriu as comportas, permitindo a inclusão das demais entidades familiares, represadas pela exclusividade que o direito atribuía à família matrimonial. A pluralidade familiar, de lá para cá, cresceu e o direito ainda tem muita tarefa de adaptação pela frente”.

Antes, família era somente a matrimonial, composta por pai, mãe e filho, diferente de hoje em dia quando temos inúmeras formas de família, como a monoparental, a resultante da união homoafetiva, a anaparental, e assim por diante.

A esse respeito cita Schimidt (2015, p. 20):

A transição da família reafirma a sua nova feição. Ela passou a ser um núcleo predisposto a promover o desenvolvimento dos seus membros e como não poderia deixar de ser, a sua estrutura mudou. Surgiu um novo modelo de família com o desenvolvimento de valores morais, afetivos e de assistência recíproca entre seus membros. Marido e mulher passam a ter o mesmo papel na sociedade conjugal, dirigida e mantida por ambos.

Mesmo nos dias atuais, após o fim do casamento, a maioria das famílias incumbe a mãe como detentora principal da guarda e ao pai apenas o direito de visitas nos fins de semana ou de 15 (quinze) em 15 (quinze) dias, ou vice-versa, dando ao pai a guarda e a mãe as visitas, sendo raríssimo atribuir os direitos e deveres do filho a ambos, com isso, veio a nova lei da guarda compartilhada, para tornar regra o que antes era exceção.

A família quando se separa ocasiona, muitas vezes, uma disputa entre os ex-companheiros, fazendo com que ocorra danos emocionais, discórdias e incompreensões nas crianças.

Entretanto, Pozzoli (2013, p. 99-112), discutindo sobre a formação moral do jovem esclarece que: “[...] é constituída, basicamente, pelos relacionamentos na família, nos espaços de espiritualidade e na escola”. Quando a família é base forte, o jovem certamente transitará com maior mobilidade e segurança pelas outras duas dimensões, considerando uma moral ética existente na sociedade atual.

Pondera o artigo 9º, §3º da Convenção sobre Direitos das Crianças (BRASIL, 2016) que:

Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Nesse diapasão temos a guarda compartilhada, propondo a igualdade entre os cônjuges e a continuidade da convivência familiar com ambos genitores e com suas respectivas famílias.

Dessa forma, enfatiza Motta (1996, p.19):

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar 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. Não se refere a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Tampouco é preciso que estes desloquem-se da casa de um do genitor para a de outro em períodos alternados, pois na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância, desde que haja respeito pela rotina da criança. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e também muitas vezes bem-sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade. Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos. A guarda compartilhada não é panaceia para os consideráveis problemas que a separação suscita: ela de fato chega a não ser adequada para algumas famílias, especialmente aquelas em que os cônjuges vivem em conflito crônico. Entretanto não deve ser descartada a priori, como muitas vezes lamentavelmente ocorre.

Nota-se que a guarda compartilhada se liga à evolução da família e, também à evolução do Direito de Família. Importante, ainda, é a interligação entre o Direito, a Psicologia e a Sociologia quando envolvem discórdias nas famílias.

Afirma Tiba (2002, p. 74) que: “[...]as crianças precisam sentir que pertencem a uma família. Sabemos que a família é a base para qualquer ser, não referimos aqui somente família de sangue, mas também famílias construídas através de laços de afeto, [...]”.

Nesse sentido, Lobo (1989, p.74) dispõe:

A família é no presente, muito mais do que antes, o espaço de realização pessoal afetiva, despatrimonializada. A repersonalização de suas relações revitaliza a união familiar, em todas as suas manifestações sociais e não apenas a oficial, que renasce com outros fundamentos.

A Juíza da 2ª Vara de Família de Curitiba Bodstein (2016), destacou que na maioria dos casos aplica o instituto da guarda compartilhada:

[...] é claro que para toda regra existem exceções, um pai ou uma mãe que, por sua conduta, oferecem risco à criança, ou não querem continuar o relacionamento parental, não podem e não devem ter a guarda compartilhada. Porém o que acontece atualmente nas Varas de Família é transformar o que deveria ser exceção em regra.

A guarda compartilhada é a melhor forma, salvo em casos de um dos pais possuir alguma doença grave que possa pôr em risco a vida da criança, como ser alcoólatra, fazer uso de drogas ilícitas.

Dias (2003, p. 57) salienta sobre a família que:

Há, sim, uma imortalização na ideia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade: a atávica necessidade de que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Na ideia de família o que mais importa, a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo, é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Isto posto, ocorreu uma transformação no Judiciário, em busca de melhorar a aplicação da guarda compartilhada, podendo, a prole, desfrutar de momentos de afeto com pai e com a mãe.

1.2 Direito de Família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002) e as leis anteriores regulavam a família constituída pelo casamento. Já a atual abordagem indica novos dados que compõe a família, tendo por base o princípio da afetividade para orientar a sua formação.

A Carta Magna de 1988 (BRASIL, 2003) prestigiou a Dignidade da Pessoa Humana e realizou uma revolução no Direito de Família. O artigo 226 cita que “a entidade familiar é o plural e não mais o singular, tendo várias formas de constituição”. O artigo 227, §6º trouxe importantes inovações ao sistema de filiação, proibindo designações discriminatórias mesmo se o filho fosse ou não do casamento. Já no artigo 5º, I e artigo 226, §5º foi consagrado o princípio da igualdade entre os cônjuges, onde o primeiro relata que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e o segundo diz que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

A nova Carta foi destinada ao planejamento familiar, enfrentando o problema da limitação da natalidade, baseado no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável e a assistência à família, criando mecanismos para reduzir a violência, provenientes do artigo 226, §7º expõe que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal e §8º relata que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

As mudanças sociais ocorridas na metade do século passado e o aparecimento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2003), fez surgir o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), convocando os genitores a uma paternidade responsável, baseados no princípio da afetividade.

O Código Civil de 2002 realça a igualdade dos genitores (artigo 1.511), amplia o conceito de família regulamentando a união estável como entidade familiar e reafirma a igualdade entre os filhos.

Cita Diniz (2008, p.16) sobre a constituição do direito de família:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, da dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Conforme observado por Diniz (2008), uma das atribuições do casamento se refere às relações entre pais e filhos, devendo, em caso de dissolução, serem mantidas, conforme prevê o princípio da continuidade das relações familiares.

Observa Gonçalves (2009, p. 01):

O direito de família é, de todos os ramos de direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provem de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venha a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Notório se faz a ligação do direito de família com a vida familiar, pois com a família mantemos contato por toda a vida, mesmo ela sofrendo mudanças e transformações ao longo do tempo.

Se o casal se separa, o filho tem o direito de manter contato com a nova família do genitor, com seus novos irmãos, pois a união familiar é muito mais que uma relação sanguínea, precisamos dela para alimentarmos a alma, de amor, paz e sabedoria. Apesar de nem sempre a família proporcionar isso.

As alterações no direito de família ocorridas da CF de 1988 e do CC de 2002 comprovaram a função social da família no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a favorecer que os cônjuges possam exercer o poder familiar, resultando na guarda compartilhada.

Importante fundamentarmos a família com a dignidade da pessoa humana, como forma de organizar a família dentro da sociedade de acordo com a Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana está contido no artigo 1º, III da CF/88, e visa salvaguardar a pessoa humana sob todos os aspectos.

Devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, o filho objeto de direito alça-se à condição de sujeito de direito e, assim, presenciamos uma mudança positiva no conteúdo do poder familiar.

Por causa desse princípio a família transformou-se em sociedade democrática, ou seja, o que se visa atualmente é a realização da personalidade de seus membros; a despatrimonialização das relações entre os consortes e entre os pais e filhos, a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação existente entre os genitores.

Essa “democratização” da família é demonstrada pelos artigos 226, § 5º da CF/88, artigos 16, 28, § 1º, artigo 111, inciso V, artigo 161, § 2º e artigo 168 do ECA e, por fim, o artigo 1.566 do CC/02. Tais artigos asseguram a dignidade da pessoa humana.

Serrano Júnior (2009, p.169/222) discorre que: “é hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender o valor maior atinente à preservação da dignidade do homem”.

De acordo com Carvalho (2012, p. 39-188):

Assim, a dignidade da pessoa humana é um postulado a ser respeitado tanto por ela própria (pessoa, sujeito de direitos), quanto por terceiros. O valor intrínseco do ser humano não pode ser, de modo algum, aviltado ou vilipendiados por flagrantes desrespeitosos.

Esta qualidade irrenunciável, inalienável e intransferível do ser humano sobrepõe-se a qualquer outra conotação que possa tomar uma determinada questão. Ainda mais se se tratar da relação inclusão/exclusão. A falta de respeito a valores pessoais e individuais afeta, de modo direto, o reconhecimento da pessoa como ser humano. A dignidade será atingida sempre que a pessoa seja tratada como objeto, ou não considerada condição humana.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada pelo próprio indivíduo e por terceira pessoa de modo que sua falta prejudica o reconhecimento da pessoa como sujeito de direito.

Sobre a dignidade da pessoa humana aborda Reale (1995, p. 73):

Toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples momento de um ser transpessoal ou peça de um gigantesco mecanismo, que sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo monstro frio: coletividade, espécie, nação, classe, raça, ideia, espírito universal, ou consciência coletiva.

A contemporânea compreensão de família está inserida na acepção de uma proteção de todos os seus membros de forma individual, pois cada pessoa é exclusiva, e todos os indivíduos dessa família estão ligados pela afetividade.

Kant (1986, p. 77) cita que: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Esse apontamento nos mostra que no reino dos fins, cada objeto tem um preço, e quando se tem preço pode ser substituída por algo melhor ou pior, diferente de um sujeito que está acima de qualquer preço, se tem o amor, que não tem medida exata e quântica, então podemos falar em dignidade.

O princípio da Dignidade da pessoa humana é chamado de macroprincípio, porque em torno dele, todos os outros gravitarão. Estudaremos os outros princípios no próximo capítulo.

1.3. Do Poder Familiar

O tópico em comento tem por objetivo abordar o Poder Familiar, analisando um breve histórico do poder familiar, seu referencial doutrinário com definição, titularidade, conteúdo, extinção e suspensão. Abordaremos também o abandono afetivo para melhor entendimento no desenvolver da dissertação, uma vez que as matérias são profundamente conectadas.

Breve Histórico do Poder Familiar

Engels (2006, p.47) dividiu a família em quatro etapas: “família consanguínea, família punaluan, família pré-monogâmica e família monogâmica”.

A primeira etapa da família é a consanguínea, onde Engels (2006, p.47) assegura que: “nela, os grupos conjugais se separam por gerações. Todos os avôs e avós, dentro dos limites da família, são em seu conjunto, marido e mulher entre si”.

Nessa classe de família, seus componentes se relacionam sexualmente, entre eles: irmãos com irmãs, marido e mulher, mas, esse modelo desapareceu e surgiu a família punaluan, onde acabou com a relação sexual entre os membros familiares, e verificou a proibição do casamento entre primos de segundo e terceiro graus.

Realça Engels (2006, p.49) sobre a relação materno-filial, formada por grupos:

“Em todas as formas de famílias por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas, sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos da família comum e tenha para com eles deveres maternos, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos demais. E claro, portanto, que, em toda a parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina. De fato é isso que ocorre com

todos os povos ou se encontram no estado selvagem e no estado inferior da barbárie.

Diante das ocorrências das famílias viverem em grupos amplos, as mulheres se relacionavam com vários homens, atrapalhando a identificação de quem seria o pai. Com a proibição do casamento entre os membros familiares, a família foi se fortalecendo como instituição social e religiosa.

Já na família pré-monogâmica, a mulher passa a ser propriedade de um só homem, enquanto ao homem era permitido a poligamia, e, se ocorresse o adultério por parte da mulher, era castigada cruelmente.

Na família pré-monogâmica os homens deixaram de ter várias mulheres e passaram a procura-las. Engels (2006, p.58) discorre que: “começam com o casamento pré-monogâmico, o rapto e a compra de mulheres, sintomas bastantes difundidos, mas nada mais que sintomas de uma transformação muito mais profunda que se havia efetuado”.

Como que com o casamento se mantinha uma única esposa, surgiu a família monogâmica, caracterizada pelo casamento e sua respectiva procriação. E, somente ao homem era dado o direito de romper o casamento ou repudiar a mulher, em casos de traição ou esterilidade. O Código de Napoleão (lei daquele período), permitia que o homem fosse infiel desde que não levasse sua amante, antes chamada de concubina, para o lar familiar.

O poder familiar é um dos institutos do direito com acentuada apresentação histórica do indivíduo civilizado. Se compararmos o pátrio poder como se conhecia na Roma antiga com o que ele significa hoje, podemos notar que aconteceu uma evolução radical em seu conceito.

No direito romano o poder familiar era administrado pelo *pater familias*, praticado sobre coisas e componentes do grupo, como escravos, esposa, filhos e propriedade. O *pater familias* tinha vários direitos sobre os filhos, como o *ius vitae et necis* que permitia ao pai matar o filho sem afrontar à lei, e o *ius exponendi* que autorizava o pater abandonar o filho recém-nascido nos casos de má formação ou defeitos físicos. Outra curiosidade: se o filho não tivesse patrimônio, ou seja, fosse *alieni juris*, tudo o que ganhasse pertenceria ao pai. VENOSA (2007, P.286).

Na esfera patrimonial, a partir de AUGUSTO, provavelmente de Júlio César, permitiu-se ao *filius familiae* a titularidade da propriedade dos bens que adquirisse na vida militar, ou seja, o pecúlio castrense, logo, o filho é o senhor dos bens e não os pais. Fora da

esfera patrimonial, na época de JUSTINIANO, não mais se admite o *ius vitae et necis* e nem o *ius expoendi*, e, somente os pobres poderia vender os filhos. VENOSA (2003, p.472).

Na Idade Média ocorre um conflito, pois de um lado a orientação romana prevalece nos países de direito escrito e na forma de legislação justinianéia, mas, por outro lado, a orientação germânica que era vigente nos países costumeiros, era mais branda e inspirada no interesse do filho e não do pai. VENOSA (2003, p.472).

Já o Código Francês segue a mesma estrutura onde são diminuídos os poderes dos pais e aumentados os seus deveres.

O direito lusitano se inspirou na orientação romana, mas, suas Ordenações impõem mais deveres para com o filho do que direitos.

O artigo 264 do Código argentino conceitua pátrio poder como o conjunto de direitos com relação às pessoas e aos bens dos filhos menores. Essa noção traduzia a ideia imperante até o século XIX e início do século XX. Até então o pátrio poder tinha compreensão da “*patria potestas*” do Direito Romano. Na sociedade rural, o poder era patriarcal.

Com a urbanização e a industrialização, ocorreu uma nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se esse comportamento, realçando no pátrio poder os deveres de ambos os pais com relação aos filhos, bem como os interesses destes, colocando em segundo plano os direitos dos pais. O exercício desse poder pressupunha o cuidado dos pais para com os filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família.

Há uma modificação, comparando a noção de pátrio poder em Roma, com o instituto moderno.

Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o *pater* famílias é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano conduzia todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado.

Na Idade Média, confronta-se a noção de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros. A noção romana chega até a Idade Moderna.

O patriarcalismo nos chega pelo direito português, pelos senhores de engenho e barões de café, que deixaram profundas marcas em nossa história.

Na noção contemporânea, transfere-se os conceitos para os princípios da mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade.

No direito moderno o pátrio poder tem caráter protetivo, visando mais os deveres do que os direitos para com seu titular. O novo código chamou esse instituto de poder familiar, que representa uma obrigação dos pais com seus filhos, ou seja, com a evolução do poder familiar os pais, em conjunto, tomam decisões sobre o filho sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo assim, o pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista a proteção dos filhos menores. A convivência do grupo familiar deve ser baseada em diálogo, compreensão e entendimento.

O Poder Familiar na Doutrina

A. Definição

Nesse tópico trataremos do poder familiar que, de modo sucinto, é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos enquanto menores.

Não satisfaz os filhos apenas alimentando-o e deixando-os crescer à mingua, deve-se educa-los e dirigir-lhes meios necessários para sua existência, como saúde, alimentação, lazer, carinho e afeto.

Para Maluf (2013, p. 646) o poder familiar é:

Tradicionalmente conceituado pela doutrina como um *múnus* público, representado um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas a sua educação e o desenvolvimento. Representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros.

Para o Código Civil, poder familiar é a igualdade constitucional entre o homem e a mulher dentro de uma convivência íntima, destinado à reprodução da espécie e recaindo sobre as pessoas dos filhos. No Direito Romano, a “*pátria potestas*” representava um poder incontestável do chefe de família. Nosso Código de 2002, a exemplo do que já fazia o velho

diploma, no artigo 379, sem defini-lo, dispõe no art.1.630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Ao ser recordado os termos do artigo 371, do Código Francês onde diz que, “o menor, de qualquer idade, deve honrar e respeitar seu pai e sua mãe”. Logo, no pátrio poder os pais protegem a pessoa e os bens dos filhos, e em contrapartida, os filhos, devem obediência a seus pais.

A mesma ideia está presente em nosso Código de 2002 (artigo 1.634, VII; antigo Código Civil de 1.916, art. 384, VII), quando se refere à possibilidade de os pais exigirem obediência e respeito dos filhos.

Na verdade o pátrio poder, hoje poder familiar, resume-se, sem dúvida, a um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir simples ou fraca subordinação. Para os pais, abrange muito mais do que uma simples regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo em que se adaptam ambos os pais, um conjunto de deveres com relação aos filhos.

Assegura Teixeira (2009, p.110): “A sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugabilidade dos pais, garantindo aos filhos o direito a vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o fim da vida em comum”. O que vale a pena lembrar, é que o que importa não é os pais estando ou não vivendo juntos, e sim a afetividade como criam a prole.

Hoje, há direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar;

O poder familiar moderno não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e seus bens. Nessa medida, define-se pátrio poder como um conjunto de atribuições, aos pais cometidas, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais.

Como estampado no artigo 1.630, do Código Civil, o poder familiar direciona-se a todos os filhos reconhecidos, independentemente de sua origem. Assim foi observado que, em situação análoga à nossa, o poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes–deveres, exercidos conjuntamente por ambos os progenitores.

B. Titularidade do Poder Familiar

Até a Constituição de 1988 (BRASIL, 2003), era defensável a posição do Código Civil de 1916, deferindo a proeminência do marido no exercício do pátrio poder:

Artigo 380: Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

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

Este artigo está na Lei nº 4.121/62 (BRASIL, 2003) conhecido como (Estatuto da Mulher Casada). Na redação original do Código Civil, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal.

Essa construção se desfez pelo artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Assim, já no espírito da Constituição Federal (BRASIL, 2003) acentuou o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente -Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 2003):

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

Ambos os pais devem exercer o poder familiar, em ambiente de compreensão e entendimento, sendo que, nenhum dos pais perde este exercício com a separação judicial ou o divórcio, pois o poder familiar decorre da filiação e da paternidade e não do casamento, tanto que o Código Civil se reporta, também, à união estável no artigo 1.636, parágrafo único (BRASIL, 2002).

Pela nova ordem constitucional, da mesma forma, estava derogado o artigo 385 do Código de 1916, que conferia, preponderantemente, ao pai a administração legal dos bens dos filhos e apenas na falta daquele a administração seria da mãe. Perante a igualdade dos cônjuges na lei, ambos os pais devem exercer essa administração de comum acordo.

C. Conteúdo de Poder Familiar

Nos termos do artigo 1.634, do Código Civil, alterado pela Lei 13.058/14, compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, quanto aos filhos que consiste em:

I) dirigir-lhes a criação e educação (Constituição Federal, artigo 229; Lei nº 8.069/90, artigos 4º, 19, 53 e 55), provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes, ainda, dirigir espiritualmente e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 1º, 3º, 4º e 15). A norma jurídica prescreve que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, mas nada dispõe sobre o modo como devem criá-los e muito menos como devem executar os encargos parentais. Isso é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso pelos laços afetivos que unem seus membros e pela conveniência das decisões tomadas.

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar por deixarem o filho em abandono (Código Civil, artigo 1.638, II) e sofrerão as sanções previstas no Código Penal, artigos 244 que prevê o crime de abandono material (quando deixar sem justa causa de prover a subsistência do cônjuge ou filho menor de 18 anos, inapto para o trabalho ou ascendente inválido ou maior de 60 anos) e o 246 que prevê crime de abandono intelectual, (quando deixar sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar).

II) exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584, pois esse direito de guarda é, concomitantemente, um poder-dever dos titulares do poder familiar. Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui em 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 conveniência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores. Como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor. Além do mais, os pais tem o direito de ter a prole em sua companhia, com eles vivendo, e se os pais estiverem separados de fato, o

direito de ter os filhos em sua companhia e guarda cabem tanto ao pai como à mãe, que poderão exercê-la juntamente, eis então a guarda compartilhada.

III) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem. (Código Civil, artigos 1.517, 1.519 e 1.550, II; Lei nº 8.069, artigo 148, parágrafo único, “c”). Esse inciso refere-se ao consentimento para os filhos menores, ou seja, com 16 (dezesesseis) anos se casarem, pois há que ser suprido judicialmente quando negado injustificadamente, ou impossível de ser obtido, esse consentimento deve ser específico no modelo requerido pelo direito matrimonial, isto é, para casar com determinada pessoa, curial que essa autorização vise satisfazer o menor.

IV) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, esse inciso tem embasamento nacional fundamentado no código civil, mas, já era exigido nos artigos 83 e 84 do ECA.

V) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência para outro Município, esse inciso também veio como novidade no Código Civil.

VI) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se for o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. A faculdade de nomear tutor é de pouca utilização prática, objetivando o cuidado com a prole, mormente na morte do progenitor. O filho deve ser representado até que se complete 16 (dezesesseis) anos. Dessa idade até os 18(dezoito) anos, os menores são assistidos. Essa regra é repetida pelo artigo 1.690 do Código Civil, onde o ato praticado por menor absolutamente incapaz sem representação é nulo e ato praticado por menor relativamente incapaz sem assistência é anulável.

VII) representá-los judicial e extrajudicialmente até os dezesseis (16) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento (Código Civil (BRASIL, 2002), artigos 1.630; 3º e 4º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2016), artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 792 e 439; Lei nº 8.069/90, artigo 142).

VIII) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, para tal, valer-se-ão da ação de busca e apreensão do menor. Se tratar de pais separados, nem sempre será a traumática ação de busca e apreensão, com tutela liminar, será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda (Código Civil de 2002, artigo 1.634, VI). (BRASIL, 2002).

IX) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos. Não há uma subordinação hierárquica, o respeito deve ser recíproco. O abuso dos pais pode acarretar na suspensão ou extinção do poder familiar. Os pais podem exigir serviços próprios da idade do menor, mas

deve ser respeitada a legislação específica respeito do trabalho do menor, pois a legislação trabalhista proíbe o trabalho do menor fora do lar até 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (catorze) anos, conforme artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sendo-lhe proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre até os 18 (dezoito) anos. Os abusos em matéria de menor devem ser combatidos, sendo que, com esses abusos podem os pais perderem o poder familiar. Não se admite também o castigo imoderado, podendo ocorrer à perda do poder familiar (Código Civil de 2002, artigo 1.638; antigo artigo 395, I do Código Civil de 1916). O Código Penal tipifica o crime de maus tratos, que está previsto no artigo 136.

O rol do artigo 1.634 do Código Civil não enumera, em seus incisos, o que é o mais primordial para a criança e adolescente, tratando todos os incisos de igual forma, o dever dos pais em darem afeto, companheirismo e lealdade.

Na esfera patrimonial, no exercício do poder familiar, incumbe aos pais:

I) A administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados (Código Civil, artigos 1.689, II; Revista dos Tribunais, 456:76), ou seja, a prática de atos idôneos à conservação e incremento desse patrimônio, podendo celebrar contratos, como o de locação de imóveis (Revista dos Tribunais, 182, p.161), pagar impostos defender judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir e alienar bens móveis ou imóveis.

II) O usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder, conforme o artigo 1.689, I do Código Civil. O usufruto é inerente ao poder familiar, cessando com a inibição do poder paternal ou maternal, maioridade, emancipação ou morte do filho. O usufruto paterno ou materno constitui razão de imposição legal, dependendo de registro recair sobre imóveis (artigo 1.391 do Código Civil), sendo um direito irrenunciável. Os pais usufrutuários dos filhos menores não são obrigados à caução (artigo 1.400 do Código Civil), uma vez que os filhos muito dificilmente a exigirão.

O usufruto legal recai sobre todos os bens do filho, exceto:

✓ nos bens deixados ou doados ao filho com exclusão do usufruto paterno, pois o doador pretende que as rendas desses bens sejam acrescidas ao patrimônio do donatário (artigo 1.848 do Código Civil).

✓ nos bens deixados ao filho, para fim certo e determinado (artigo 1.897 do Código Civil).

Entretanto, quando se trata de pais separados, o responsável pelos atos do menor será o progenitor que detiver sua guarda, no entanto, a jurisprudência tende a alargar o conceito,

dependendo do caso concreto, buscando, quanto possível, responsabilizar ambos os pais (como nos casos de guarda compartilhada).

D. Extinção do poder familiar

De acordo com o Código Civil, artigo 1.635, ambos os pais têm o poder familiar sobre os filhos, que só se extinguem quando houver:

I) Morte dos pais ou do filho, pois a morte de apenas um deles não extingue o poder familiar, visto que o outro exercerá sozinho; cessando apenas quando ambos os genitores falecerem, colocando-se os filhos menores não emancipados sob tutela. Se houver morte do filho, elimina-se a relação jurídica, por não haver mais razão de ser do poder familiar. A morte de um dos pais não faz cessar o poder familiar, que remanesce na pessoa do genitor sobrevivente. Na redação do Código Civil de 1.916, a mãe perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias, o que foi modificado pela Lei nº 4.121/62. Nesse sentido, o artigo 1.636 do atual Código Civil de 2002 é expreso no sentido de que o pai, ou a mãe, que contrai novas núpcias ou estabelece união estável não perde os direitos do poder familiar com relação aos filhos havidos na relação anterior, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro (antigo artigo 393).

II) Emancipação do filho, ou seja, aquisição da capacidade civil antes da idade legal nos casos previstos do Código Civil, artigo 5º, parágrafo único, equiparando-se a pessoa maior, deixa, então, de submeter-se ao poder familiar, isto é, a emancipação do filho importa atribuir-lhe completa capacidade de direito.

III) Maioridade do filho, ou seja, aos 18 (dezoito) anos de idade, conferindo-lhe a plenitude dos direitos civis, fazendo cessar a dependência paterna, uma vez que há presunção legal de que o indivíduo, atingindo 18 anos, não mais necessita de proteção, sendo assim, a maioridade é a forma normal de extinção do poder familiar.

IV) Adoção, que extingue o poder familiar do pai ou da mãe carnal, transferindo-o ao adotante; se falecer o pai adotivo, não se restaura o poder familiar do pai ou da mãe natural, nomeando-se tutor ao menor (Revista dos Tribunais, 141:621; AJ, 70:185; em contrário, RT, 529:219). Quanto à adoção, qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o poder familiar da família original, que passa a ser exercido pelo adotante. 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.

V) Decisão judicial decretando a perda familiar pela ocorrência das hipóteses arroladas no artigo 1.638 do Código Civil – “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que”:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Perdem o poder familiar:

I – o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filhos: A lei admite castigos comedidos e sensatos, necessários em certas condutas do filho, mas não tolera no caso de explosões de raiva e violência, sob pena de maus-tratos e ocasionando instauração de ação penal pública, previstos nos artigos 129 do Código Penal que discorre sobre ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, e, artigo 136 que salienta que expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Esperando diminuir e até acabar com essa situação absurda, houve o surgimento da Lei Bernardo (cujo nome visa proibir o uso de castigos físicos ou tratamentos cruéis ou degradantes na educação de crianças e adolescentes, e, reforça a proibição dos pais de utilizarem a “palmada” como medida educativa ou punitiva dos filhos), que inseriu o artigo 18-A no Estatuto da Criança e do Adolescente que diz que crianças e adolescentes tem o direito de serem cuidadas e educadas sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto.

Segundo o artigo 18, parágrafo único do ECA, o castigo físico é a ação ou natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou adolescente que resulte em sofrimento físico ou lesão. Já o tratamento cruel ou degradante é aquele que humilhe a criança ou adolescente, ameace gravemente ou a ridicularize.

II – deixar o filho em abandono: na falta de cuidados dos pais que se faz ausente na vida dos filhos, cabe responsabilidade civil, mesmo que lhe paguem alimentos; O descumprimento de cuidado não cabe como consequência a perda do poder familiar, pois não seria uma punição e sim uma recompensa para o pai que deixou de pagar.

III – praticar atos contrários a moral e aos costumes: o titular do Juizado da Infância e da Juventude, junto com a equipe interdisciplinar, podem verificar com cuidado tal previsão.

IV- a reiteração das faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil, apresentam as hipóteses de suspensão do poder familiar, que acarreta a perda em definitivo de seu exercício. Mesmo que ocorra a perda, continuará o genitor a atender as necessidades materiais dos filhos.

Os artigos 24, 155 a 163 do Estatuto da Criança e Adolescente regulamentam o procedimento de perda e, de acordo com o artigo 163, parágrafo único do ECA, a sentença será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

A perda do poder familiar será decidida quando pôr em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho.

Portanto, decisão judicial é aquela que conclui por um dos fatos graves, que se mostrem incompatíveis com o poder familiar.

E. Suspensão do Poder Familiar

A suspensão do poder familiar, prevista no artigo 1.637 do Código Civil, ocorrerá:

I – pelo abuso de sua autoridade

II – falta dos deveres

III- má administração dos bens dos filhos

IV – ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Com a suspensão do poder familiar, os pais podem continuar a visitar seus filhos e lhe prestar alimentos. Para evitar a suspensão cabe recursos ou ações judiciais, tanto na tramitação do processo ou no curso da suspensão.

Nos artigos 24, 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2003) está previsto o procedimento de suspensão, e a sentença será averbada no registro da criança e do adolescente (artigo 163 do ECA).

F. Abandono afetivo

Os deveres de cuidado e afeto, implícitos ao exercício de parentalidade, muitas vezes, não são presenciados nas famílias e, por isso, deve ser reconhecido o direito de afeto sob pena de responsabilidade civil.

Sugere Rosa (2015, pg. 30) que:

Nas palavras de João Aguirre, atentos à nova realidade que vivenciamos nos tempos atuais, faz-se necessária a adequação dos fundamentos da responsabilidade civil a realidade pós-moderna, como vistas a promoção de atendimento as vítimas de danos, pois o desenvolvimento das relações humanas deve estar centrado em um ideal de excelência, fundamentado pelo respeito a individualidade, pela consideração recíproca e por princípios de equidade, de forma a possibilitar a consecução do bem-estar social e da plenitude de vida.

Há vários tipos de pais, entre eles, em sua minoria, existem aqueles desprovidos de afeto, que abandonam o filho e, para isso, há uma responsabilidade civil, os pais têm que ser responsabilizados por abandono afetivo, baseado no princípio da afetividade.

Pagar pela falta de amor não o faz ressurgir, assim elucida Costa (2005, pg.157):

Um dos principais argumentos daqueles que são contrários ao surgimento de eventual responsabilidade civil pelo abandono afetivo seria a impossibilidade de que tal situação possa ser reestabelecida “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor”, e tampouco o restabelece; paga pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver.

Há autores que entendem que o dinheiro como forma de indenização pago à criança, não a faz gostar do seu pai, ou o pai pagando pela falta de afeto não o faz amar o seu filho, gerando, muitas vezes, até uma verdadeira repulsa.

Nas palavras de Scheiber (2005, p. 62) “o afeto não estaria incluído no dever de educação imposto aos pais pela Constituição, consignando que “amor e dever não se misturam”.

Logo, o amor e dever não se misturam, pode-se pagar uma pensão simplesmente por pagar e não ter carinho pelo filho, pois há os que dizem que afeto não está contido na educação, podemos dizer que são pessoas desprovidas de sentimento.

A Constituição Federal, em seu artigo 226 diz que a família é a base da sociedade e tem real proteção do Estado. Em seu §7º elucida o princípio da paternidade responsável. No artigo 227 da CF dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, vários direitos e o dever de colocá-la a salvo de toda negligência.

O artigo 1.634, I e II do Código Civil elenca os deveres da paternidade, entre eles o dever de o pai dirigir-lhes criação e educação, ter o filho em sua companhia, o dever de convivência e o dever de exercer a guarda compartilhada. E, o artigo 229 da CF traz como dever do pai assistir, criar e educar os filhos menores.

No ECA está previsto, nos artigos 3º, 4º e 5º, que a família deve assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral e social do filho, em condições de dignidade, sendo a convivência familiar um direito da prole e haverá punição em caso de não cumprimento de seus direitos da personalidade. O Código Penal tipifica no artigo 224 o abandono material com pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos vigente, isso se deve de acordo com o princípio da afetividade combinado com o da paternidade responsável, aprovando a responsabilidade civil.

Já Rosa (2015, p.34) salienta que:

Apesar dos respeitáveis argumentos contrários à tese da responsabilização por abandono afetivo, não há como o direito de família na contemporaneidade deixar de acolher tal ideia. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: “não é monetizar o afeto, mas punir aquele que descumpre essencial função na vida da prole”.

Os que se posicionam contra o abandono afetivo relatam que não é uma questão de pagar pela falta de carinho, mas sim de punir o pai que não cumpre tal obrigação.

Expressa também Rosa (2015, p.34) que:

A afetividade no campo jurídico vai além do sentimento e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isso o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil. O princípio da afetividade, aliado ao da paternidade civil.

Na esfera jurídica o afeto se entrelaça com a responsabilidade e cuidado, logo, pode ser considerado uma obrigação, pois visa garantir a saúde física e emocional da criança.

Para Costa (2005, p. 33):

O tempo – um dos elementos determinantes na relação de filiação - traz a consolidação da ausência da figura paterna, o que influencia sobremaneira a formação da personalidade dos filhos. Essa questão possui condão de deixar sérias marcas, muitas vezes incuráveis. A falta de um pai, além da infelicidade que lhe é própria, gera a dificuldade de assumir projetos de vida, tornando-se os filhos pessoas inseguras e com sentimento de rejeição.

A falta de um pai na vida de uma criança, deixa-as tristes, infelizes, não ter um pai no teatro do filho, na reunião da escola e principalmente em sua vida diária, pode acarretar danos inenarráveis a um pequeno ser.

A necessidade da atuação constante dos pais é de extrema importância para a formação saudável do caráter cognitivo, psíquico e sentimental de uma criança, logo, a falta de afeto de um deles poderá deixá-la com

sequelas em sua personalidade que está em pleno desenvolvimento. Nas famílias brasileiras é notável que geralmente é o pai que se faz ausente na criação dos filhos, seja por nunca ter convivido com a mãe ou ainda em virtude da separação. (DILL; CALDERAN, 2012)

Visando diminuir os traumas causados pelo abandono afetivo contempla-se a indenização por danos morais.

Discorre IBIAS (2012, pg. 126):

O motivo de a responsabilidade civil passar a fazer parte das demandas de família dá-se pelo fato de que o dever de assistência e convivência familiar passou a ser encarado como um direito dos filhos, no sentido de oportunizar o seu desenvolvimento sadio. Assim, sendo indispensável a convivência com ambos os pais para o completo desenvolvimento do filho, no caso da omissão de um deles, ocorre o dano moral, passível de reparação.

O filho conviver com seu pai é importantíssimo para o seu desenvolvimento sadio, cabendo dano moral na sua falta, sob pena de reparação civil e penal.

A mediação tem papel fundamental, pois ajudará os cônjuges a compreenderem que com a separação deixam de ser ex-companheiros, mas, o papel de pais, deve continuar sendo exercido conjuntamente por ambos.

Diz Madaleno (2014, p.379) que:

Amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pela desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta desse contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.

O amor de um pai para com seu filho não muda, e a importância desse nobre sentimento nunca deixa de ser parte fundamental em sua vida. Com o fim do casamento, o amor dos pais para com seus filhos não é dividido, é somado, é unido, essa é a missão de compartilhar a guarda.

Por fim, discorre Rosa (2015, p.45) que muito mais que alimentos, tem o filho direito ao afeto, que, afinal, é o alimento da alma. Quem sabe a partir de uma realidade em que filhos sejam completamente “alimentados”, não teremos uma sociedade melhor? [...].

Podemos notar que o melhor é manter os vínculos afetivos entre pais e filhos que não moram na mesma casa, devendo o amor dar continuidade nas diversas formas de relações

familiares, inclusive na guarda compartilhada, portanto, trataremos no seguinte capítulo sobre a importância da afetividade no Direito de Família.

CAPÍTULO 2 – DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE EM DIREITO DE FAMÍLIA E A GUARDA COMPARTILHADA

Dando sequência ao capítulo anterior, em que falamos sobre a família e sua evolução, discutiremos agora a afetividade como categoria jurídica, alguns Princípios aplicáveis a Guarda Compartilhada e os seus Fundamentos Legais e Psicológicos.

Sabemos que uma família, precisa ter afeto e amor, para então compartilhar a guarda de uma criança. E por sua vez, a criança, necessita receber todo amor, cuidado e compreensão para o desenvolvimento sadio de sua personalidade, e para crescer em um ambiente que se sinta acolhida e sob a responsabilidade de seus pais.

A afetividade se torna elo de ligação segundo a ordem constitucional, tendo em vista a questão da Guarda Compartilhada, pois compartilhar é muito mais que dividir, é somar, é unir, não é ruptura e nem ver quem pode mais, o (a) menor tem o direito constitucional ao seu bem-estar, à personalidade, a ter boa educação, bom viver e não pode ser tida como uma propriedade.

2.1. Afetividade Como Categoria Jurídica

Veremos a seguir que o afeto é compreendido como um turbilhão de emoções e, sob essa compreensão imaginemos como uma criança trabalha com isso. Nos relata Negrão (2016), médico neurologista/psicoterapeuta, em seu artigo Transtornos do Humor II que:

A palavra afeto vem do latim *afficere*, que significa influenciar, afetar e o conceito de afetividade possui quatro subdivisões:

1. As **emoções** são afetos agudos, momentâneos, acompanhados por uma hiperatividade do sistema nervoso autonômico. Sendo assim, são estados afetivos intensos, de curta duração. São experiências psíquicas e somáticas que ocorrem ao mesmo tempo, produzindo uma alteração global da dinâmica pessoal.
2. Os **sentimentos** são estados afetivos menos intensos e mais duradouros que as emoções, sem alterações físicas, pertencendo assim mais à esfera psíquica do que somática. Possuem uma natureza mais cognitiva do que as emoções estando, por essa razão, mais direcionados para experiências intelectuais. Geram estados afetivos característicos como tristeza, amizade, amor e alegria
3. As **paixões** são estados afetivos intensos, acoplados a ideias, que conseguem monopolizar e dirigir a atenção e o comportamento.
4. O **humor** representa a somatória dos estados afetivos presentes num indivíduo a um dado momento, podendo ser definido também como estado de ânimo ou tônus afetivo, sendo um estado afetivo basal, não se

relacionando a nenhum objeto específico. Sendo assim, o humor pode ser alegre, triste, irritável, calmo ou ansioso.

Nas palavras de Gagliano (2012, p. 113-114) é impossível definir o amor, mas é certo que o Direito de Família conduz a afetividade, o que é essencial na guarda compartilhada, entendamos:

Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade. Não nos propomos, com isso, a tentar definir o amor, pois tal tarefa afigurar-se-ia impossível a qualquer estudioso, filósofo ou cientista. Mas daí não se conclua inexistir aquilo que não pode ser racionalmente delineado. [...] Nesse contexto, fica fácil concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, se faz especialmente forte nas relações de família. Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva – e encontra a sua raiz ôntica – da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros da família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidade. E, como decorrência da aplicação desse princípio, uma inafastável conclusão, já exposta nesta obra, é no sentido de Direito Constitucional de Família brasileiro, para além da tríade casamento – união estável – núcleo monoparental, reconhecer também outras formas de arranjos familiares, a exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo.

Nessa mesma linha, Farias (2012, p. 154) investiga:

Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade da pessoa humana, assegurada constitucionalmente. Em mãos: o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Em síntese, é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Nesse sentido Rossot (2009, p.07) descreve o significado de afeto como: “substantivo masculino que qualifica o que diz respeito a afetividade, traz consigo ínsita a dificuldade peculiar de definição das manifestações emotivas e imateriais do ser humano”.

E, indaga:

O tratamento jurídico de afeto pode ser levado a cabo por dois prismas: enquanto emanção do princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º,

III, CF) ou enquanto categoria interna ao direito de família no sentido de possuir fundamentação e base normativa autônomas. (ROSSOT, 2009, p.05).

Sobre a noção de afeto Rossot (2009, p. 08) destaca ainda: nada mais é que o sentimento inerente à vida dos seres humanos. É a troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e atenção, buscando apenas o bem da outra pessoa, ou seja, é a forma de expressar e externalizar sentimentos e emoções.

Discorrendo sobre afetividade Leão Júnior e Dantas (2014, p. 136) nos dizem: “é a base de uma inclusão social, contrária a discriminações existentes sobre qualquer tipo de distinção que possa ofender o ser humano. ”. Podemos notar, que a criança, com o modelo compartilhado de guarda pode ter maior inclusão, além dos pais, com seus avós, primos, contatos sociais de ambos, alargando mais suas amizades e crescimentos durante a vida.

Traz à baila Nogueira (2001, p. 66) :

O afeto ocupa o lugar central nos amorosos, trançando cidadania, como ingrediente para a compreensão do outro, vitamina para o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos, antídoto contra os efeitos mais perversos e nocivos dos conflitos, tinta para o planejamento do futuro compartilhado e, no crepúsculo da relação, se ele não foi suficiente ou se findou, reveste-se como derradeira gota de expressão de respeito para um desenlace digno e saudável.

Fundamenta com grandeza o autor, que o afeto é o elemento essencial do amor, podemos entender melhor o outro quando somos providos de sentimentos, esse nobre sentimento que cura avassaladoras dores, se torna essencial para a guarda compartilhada.

Na atual doutrina Bauman (2014, p. 10) descreve:

Parentesco, afinidade, elos casuais são traços da individualidade e/ou do convívio humanos. O amor e a morte não têm história própria. São eventos que ocorrem no tempo humano-eventos distintos, não conectados (muito menos de modo casual) com eventos “similares”, a não ser na visão de instituições ávidas por identificar – (por inventar) – retrospectivamente essas conexões e compreender o incompreensível.

Se os menores mantem uma convivência com o outro cônjuge na separação, tornará um jovem e adultos mais saudável. A vida é tão curta e passa em segundos, por isso devemos fazer agora, no presente, para não nos arrependermos mais tarde, pois hoje é o filho que precisa dos pais, mas, mais tarde, pode ser o pai ou a mãe que poderá precisar do filho.

Podemos citar Platão (1991, p.45): quando se refere que “o amor nasceu antes de tudo, no início era o caos, depois surge a terra e com esta, o amor, anterior até mesmo aos deuses do Olimpo”.

O amor gera o afeto e com ele temos a capacidade de nos afeiçoar-nos ao outro, por isso o Estado deve assegurar o afeto, que é um direito individual do ser humano, ou seja, pequena necessidade ao bem comum de todos.

Diante dessas considerações, fundamenta Santos (2009, p. 49) ao se referir a 02 (duas) categorias de afeto, quais sejam, alegria e tristeza:

A potência do nosso corpo pode sofrer basicamente dois movimentos, aumento e diminuição, que correspondem às duas categorias básicas de afeto: alegria ou *laetitia*, que é a ideia de aumento de nossa potência; tristeza ou *tristitia*, que é a ideia de diminuição de nossa potência. Além disso, os afetos podem ter causas externas, caso em que recebem denominação especial. A alegria, quando relacionada a causa externa, chama-se amor; a tristeza, chama-se ódio.

A tristeza pode nos trazer doenças no corpo e na alma, assim como a felicidade nos cura essas doenças. Nessa mesma linha de raciocínio alude Toledo (2016) que o afeto traz a felicidade:

O direito moderno já cuida do “direito à felicidade”, conferindo inegável enfoque jurídico ao amor, à afetividade, cujos laços repercutem na órbita jurídica, evidenciando que os vínculos subjetivos estabelecidos pelo afeto tem o condão não apenas de implementar os preceitos constitucionais que norteiam o direito de família, senão também de permitir ao indivíduo buscar sua identificação pessoal em fontes outras que vão além do mero vínculo biológico.

Fica claro que o amor, afeto e carinho refletem no mundo jurídico de forma positiva, além de permitir a criança e ao adolescente de conviverem não apenas com um cônjuge, mas, poder desfrutar a família do outro indo além do vínculo sanguíneo, pois terá contato com o padrasto ou madrasta, meio-irmão e fazer mais amigos e brindando mais conquistas futuramente.

Em se tratando de felicidade, Dias (2006, p. 68) menciona a família eudemonista que é aquela que admite ser a felicidade o fundamento da conduta humana, notemos:

Ainda que se quisesse considerar indiferentes ao Direito os vínculos afetivos que aproximam as pessoas, são eles que dão origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família. Imperioso reconhecer o surgimento de uma nova família, a chamada família

“eudemonista”, expressão dicionarizada como doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral.

Nos chama atenção que o afeto se entrelaça com o amor, com a felicidade, com carinho, com família, com o bem querer do outro, assim diz Aranha (1998, p. 143) sobre o amor:

O amor e pode-se dizer o afeto em suas várias formas é visto “como identificação entre dois seres e a troca recíproca entre seres individuais e autônomos. Dentro desta última perspectiva, a troca recíproca, emotivamente controlada, de atenções e cuidados tem por finalidade o bem do outro como se fosse o próprio”.

No que consiste a afirmativa de Aranha, podemos notar que, amor e afeto é a identificação de dois ou mais seres, ou seja, pai e filho, mãe e filho. E o carinho mútuo entre eles tem por fim aquele velho e sábio ditado, amar ao outro como a si mesmo.

Já para Bauman (2014, p.13), o amor é:

A vontade de cuidar, e de preservar o objeto cuidado. Um impulso centrífugo, ao contrário do centrípeto desejo. Um impulso de expandir-se, ir além, alcançar o que “está lá fora”. Ingerir, absorver e assimilar o sujeito no objeto, e não vice-versa, como no caso do desejo. Amar é contribuir para o mundo, cada contribuição sendo o traço vivo do eu que ama. No amor, o eu é, pedaço por pedaço, transplantado para o mundo. O eu que ama se expande doando-se ao objeto amado. Amar diz respeito a auto sobrevivência através da alteridade. E assim o amor significa um estímulo a proteger, alimentar, abrigar; e também à carícia, ao afago e ao mimo, ou a – ciumentamente – guardar, cercar, encarcerar. Amar significa estar a serviço, colocar-se à disposição, aguardar a ordem. Mas também pode significar expropriar e assumir a responsabilidade. Domínio mediante renúncia, sacrifício resultando em exaltação. O amor é irmão xifópago da sede de poder – nenhum dos dois sobreviveria à separação.

O amor constitui o proteger, cuidar, alimentar, abrigar, guardar, assumir responsabilidades e jamais sobrevive a separação, como no caso de pais separados que não vivem sem o filho, dando a guarda compartilhada a melhor e mais saudável guarda.

Sob o mesmo prisma Tartuce (2014, p. 01) indaga:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

Vale lembrar que se envolvendo afeto e guarda, nos vale o positivo, que é o amor. De nada adianta o afeto negativo, que gera o ódio, devendo assim valer-nos da guarda única.

Não se sabe a medida do amor, e nem o quanto sua falta pode afetar os envolvidos, por isso, Fróes (2015, p. 58) nos aponta os riscos do que deve ser feito:

Embora seja difícil o judiciário medir o quanto a ausência do genitor afeta os desenvolvimentos das crianças já existem julgados apontando para a possibilidade de indenização em caso de abandono afetivo por um ou ambos os genitores.

A ministra Andrichi (2016) mostra no julgado que o abandono afetivo deve ser reparado com dano moral, vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO (S) RECORRIDO: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA ADVOGADO: JOÃO LYRA NETTO EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Conforme o julgado referido acima, a ausência de afeto de um dos pais, nas palavras de Hamada (2016) também gera o dever de indenizar:

Em outras palavras, o Princípio da afetividade corresponde um dever familiar, paterno-filial, porque sem afeto haverá prejuízos em relação à formação do indivíduo, seja psicológica ou social. Esse afeto entre pais e filhos deve ser emanado da convivência familiar, pois não consegue ser uma consequência biológica, tampouco econômica.

A falta de afeto se equipara as visitas quinzenais, pois a criança não sente saudades e não precisa de carinho do pai ou da mãe nos dias e horário estipulados por um Magistrado, desse modo Dias (2016) afirma que:

[...] encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.

Mendes e Toledo (2014, p. 363) relatam a importância do afeto no instituto da guarda compartilhada e afirmam que:

Não há nada mais prazeroso do que receber carinho, atenção, e ser tratado com tanto prestígio por quem se ama, e como é bom poder voltar para casa e receber um abraço apertado de um pai ou de uma mãe no dia e horário que quisermos e não o estipulado pelo Magistrado. E é aí que o afeto se entrelaça com a guarda compartilhada, pois é na família que se encontra felicidade, segurança e também se demonstra momentos de fraqueza, que pode ser curado com um colinho de pai e mãe.

Com o afeto e tendo a vida compartilhada por ambos os genitores, privilegiando a continuidade das relações familiares há de se verificar o melhor interesse da criança, mantendo a paz e harmonia entre ela com a família dissolvida, por que a família não se acaba, apenas se transforma.

2.2. Demais Princípios Aplicáveis ao Instituto da Guarda Compartilhada

O novo direito de família está todo pautado em bases principiológicas; por conseguinte, o instituto da guarda também o é.

Dessa maneira há duas hipóteses: a plena dissonância do modelo da guarda exclusiva com a natureza principiológica dominante e, justamente, em razão desta dimensão, a presunção legal da guarda compartilhada, modelo que vem se revelando mais apropriado para resolver os conflitos entre os genitores no tocante a guarda dos filhos menores e para a realização dos princípios aplicáveis.

Para ratificar o argumento de que a presunção legal da guarda compartilhada encontra fundamento nos princípios constitucionais, informadores do direito de família, enumeramos os seguintes: macrop princípio da dignidade da pessoa humana, 1) princípio da convivência familiar, 2) princípio da continuidade das relações familiares, 3) princípio do melhor interesse da criança, 4) princípio da igualdade entre os cônjuges, 5) princípio da solidariedade, 6) princípio da paternidade responsável, 7) princípio do pluralismo familiar, 8) princípio da afetividade e 9) princípio da fraternidade.

Vale lembrar que a guarda compartilhada se subdivide em guarda compartilhada com alternância ou não de domicílio.

Na guarda compartilhada, com alternância de casas, as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico, sendo que o contato frequente com ambos os pais trará os seguintes benefícios (SILVA, 2003):

- Diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.);
- Melhoria na qualidade de vida;
- Menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, evitar-se-ia uma quantidade grande de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo;
- Diminuição da gravidez na adolescência;
- Diminuição do suicídio em crianças e adolescentes;
- Diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes;
- Diminuição da evasão escolar;
- Diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;
- Diminuição de prisões de menores.

Já na guarda compartilhada sem alternância de casas, a criança passa a maioria do tempo na casa de um dos genitores, no qual tem a residência fixa, ou seja, o (a) menor mora efetivamente com um dos genitores, mas está com o outro mais vezes e em melhores condições, como exemplo, pode-se chegar a um acordo, quando o filho não tem aula e quer ir visitar o outro cônjuge, não guardião, não tem problema em ir, não tem que marcar uma semana com um e outra semana com o outro. O filho visita o pai ou a mãe quando lhe convier.

Disposições Gerais Sobre Princípios

De modo simples e objetivo, princípios são preceitos, leis ou pressupostos considerados universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada deve se orientar.

Princípios são alicerces onde se estruturam as normas jurídicas, são mandamentos nucleares de todo o sistema, e violar o princípio é mais grave que violar a própria norma, a norma deve ser embasada em princípios.

Na visão de Ávila (2012, p. 203) princípios são:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandaram uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Cabe-nos esclarecer que os princípios se diferenciam em seu grau de importância e abrangência por serem gerais e terem um alcance mais amplo. Enquanto as normas têm caráter mais limitado, e é comum que um princípio suceda de muitas normas.

Os princípios são tratados como mandado de otimização de acordo com Alexy (1999, p. 275), observemos:

Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados de um mesmo objeto.

Na concepção de Zagrebelsky (2002, p. 14) entende que princípios constitucionais “não devem ser admitidos como normas absolutas, mas preconizados na harmonização com outros valores que compõe a sociedade atual, considerando-se que o pluralismo é incompatível com a noção de imposição”.

Por fim, Hesse (1991, p. 17) discorre que:

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe de sua força material no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. A Constituição, entendida aqui como Constituição jurídica, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. Quanto mais o conteúdo de

uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Vale lembrar que cada autor em seus artigos e obras abordam um número de princípios. A doutrina não demarca a quantidade de princípios existentes no Direito de Família, pois existe uma vasta gama de princípios constitucionais implícitos e explícitos.

Por sua vez, seguindo esse mesmo entendimento, Dias (2006, p. 61) expõe:

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais **implícitos**, cabendo destacar que inexistem hierarquias entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos. É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. Alguns **não** estão **escritos** nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade.

Sob essa compreensão, ressaltamos que, há vários princípios no direito de família, de modo que, o operador do direito deverá empregar o princípio da proporcionalidade para analisar de forma prática cada um dos princípios para se conseguir um melhor resultado.

A seguir, alguns dos princípios aplicáveis ao direito de família. Importante frisar que falamos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana no primeiro capítulo do trabalho, onde foi citado que ele recebe o nome de macroprincípio porque em torno dele todos esses outros princípios gravitarão:

A. Princípio da Convivência Familiar

Esse princípio detém natureza constitucional e, perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, integra o rol dos chamados direitos fundamentais.

Vale ressaltar que na seara internacional, há muito tempo esse princípio já integra a pauta, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos da Criança (20 de novembro de 1959) e do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança (20 de novembro de 1989), ambas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como já se discutiu, a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de todos os seus membros. Nesses termos, o princípio da convivência familiar é um corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte, é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais. Qualquer hipótese diferente dessa orientação denota excepcionalidade.

Assim cita Gonçalves (2009, p.7-8):

O dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificação (CC, arts. 1.596 a 1.629).

O Documento “Cartilha Guarda Compartilhada” (2016, p. 01-09) diz, sobre solidariedade, que “não há fórmula estabelecida. Os sentimentos de responsabilidade e solidariedade devem ser incentivados, de modo que os pais possam privilegiar o bem-estar do filho através de uma vida social integrada”.

Com o fim do casamento, o filho não deve ser privado de conviver com o outro e com suas respectivas famílias, formada por avós, tios, primos e desfrutando de momentos de afeto, acolhimento e prazer.

B. Princípio Da Continuidade Das Relações Familiares

Esse princípio tem como fundamento jurídico à consolidação do elo que se perpetua entre pais e filhos e, portanto, está para além da relação jurídica dos genitores. Os exercícios do poder familiares não são inerentes à convivência dos cônjuges ou companheiros. O *mínus* inerente aos pais, em relação aos filhos, detém uma natureza tão complexa e peculiar que permeia todas as etapas do desenvolvimento dos filhos.

As contribuições de Albuquerque (2005, p. 25-26) sobre o tema, podem ser percebidas na reflexão a seguir:

A unidade da família tem um sentido complexo, tem um papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, na hipótese de dissolução do casamento ou de separação pessoal [...].

A unidade tem uma própria relevância, seja no momento fisiológico, seja naquele patológico da vida familiar, isto é, enquanto existir uma comunidade, ainda que materialmente separada (a comunhão entre os cônjuges é ‘material e espiritual’), que deve prosseguir a função à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida [...].

A comunidade familiar mostra-se, nessa ótica, como um conjunto de relações jurídicas mesmo depois de sua dissolução [...].

A comunhão material e espiritual que identifica cada família continua mesmo na presença de eventos que marcam a separação de alguns de seus

componentes: por exemplo, os filhos que prosseguem a convivência com o cônjuge supérstite ou divorciado, sendo este último às vezes casado novamente ou convivente.

Nessa órbita Albuquerque (2005, p.25-26), utiliza a seguinte designação sobre o estado de família:

O estado de família reclama a ideia de posição jurídica destinada a durar, reconhecida à pessoa na sua qualidade de membro da família. São posições jurídicas complexas e duradouras que revelam para o efeito de atribuição de direitos e deveres à pessoa [...].

O estado de família é indisponível. A constituição ou modificação pode depender da vontade dos interessados, mas o estado como tal é indisponível, o que é uma exigência do regime de segurança e clareza a que a lei o subordina.

O sentido desse princípio encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os membros de uma família, de tal sorte que esses elementos não podem ser considerados apenas na constância da família; pelo contrário, devem ser sublimados, exatamente nos momentos mais adversos das relações. A preservação desses elementos é que é o cerne da unidade familiar.

Repita-se: importa em elo perpétuo que não coincide com a convivência, tampouco com a ruptura dos genitores, ou seja, independentemente da relação jurídica dos genitores.

C. Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do melhor interesse da criança também integra o *escol internacional*. No ordenamento jurídico brasileiro, detém dignidade constitucional (conforme o artigo 227-*al*hures citado) e é reproduzido na íntegra no artigo 4º do ECA. Compreende-se, assim, que a adoção do princípio “da proteção integral veio afirmar o princípio do melhor interesse da criança”.

Conforme o seu fundamento, segundo o princípio em comento, há uma inversão no foco, quer dizer, os principais interessados no melhor do exercício do poder familiar são os filhos, e não os pais.

De acordo com a sede da codificação civil, o princípio do melhor interesse da criança também foi contemplado, a exemplo dos seguintes artigos: 1.574, parágrafo único, e 1.586.

Por conseguinte, verifica-se a densificação de um outro princípio que está subjacente ao princípio do melhor interesse, que é o princípio da afetividade.

D. Princípio da Igualdade Entre os Cônjuges

Esse princípio constitui uma quebra total de paradigmas entre o modelo patriarcal e hierarquizado, cuja configuração revelava a desigualdade entre os cônjuges e a nova moldura jurídica da família, lastreada em bases principiológicas, em particular na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Cita Ávila (2009, p.152) que:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

O fato de ambos os cônjuges apresentar-se no mesmo plano de igualdade faz com que seja possível extrair repercussões jurídicas em alguns postulados: na hipótese de separação dos pais, a ideia recorrente era a de que a mãe apresentasse melhores condições para ficar com a guarda do filho menor, enquanto ao homem restava contentar-se com a posição de provedor econômico e detentor do direito de visita, ou seja, a cultura do arranjo jurídico da guarda exclusiva. Essa lógica era compatível com um contexto no qual a mulher encontra-se adstrita à órbita doméstica. Quando a mulher lançou-se no mercado de trabalho, em igualdade de condições com o homem, algumas tarefas, até então eminentemente femininas, passam a ser exercidas pelos dois, inclusive as atribuições domésticas.

Por um lado, essa evolução demarca um espírito de cooperação entre os cônjuges, por outro lado revela que a criação/educação de uma criança não é exclusivamente ínsita à natureza feminina. Nesse cenário de igualdade, o pai apresenta as mesmas condições para continuar o exercício do poder familiar.

Ora, se ambos os pais são iguais e durante a convivência exerciam o poder familiar conjuntamente, por que, com o divórcio a guarda passa a ser praticada de modo separado ou exclusivo?

Percebe-se uma plêiade principiológica, ou seja, há vários princípios subjacentes ao princípio do melhor interesse da criança, o que mais uma vez ratifica a tese de que somente o modelo da guarda compartilhada está em consonância com o novo formato familiar.

E. Princípio da Solidariedade

Previsto no artigo 3º, I da Constituição Federal, solidariedade é o que cada um deve ao outro.

Narra Barbosa (2008, p.23) que:

O princípio da solidariedade humana traduz o dever de assistência a pessoa em situação de perigo, essência fundante da Declaração dos Direitos do Homem, fixando a responsabilidade de cada um por seu semelhante, princípio fundamental da preservação da espécie, objeto primordial de todas as ciências.

Quando se trata de crianças e adolescentes, atribui-se, primeiramente, à família, depois à sociedade e depois ao Estado, o dever de garantir os direitos inerentes aos cidadãos em formação, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal.

O dever de assistência aos filhos também decorre do princípio em comento, conforme verifica-se o artigo 229 da citada Carta Magna.

Em todas as casas deve existir solidariedade, para que a criança e adolescente seja cuidada, educada e mantida para sua formação ao longo da vida.

F. Princípio da Paternidade Responsável

Previsto no artigo 226, §7º da CF, onde cita que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo essa responsabilidade de ambos os genitores.

Temos a opção de ter ou não filhos, e quantos o casal deseja idealizar e ter trata de uma escolha dos pais. Agora, se os pais tiverem o filho idealizados ou não, o cuidado se torna dever.

Alega Pereira (2012, p.237) que:

Nas relações parentais, o princípio da responsabilidade está presente, principalmente entre pai e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetiva de seus filhos. Neste caso, além de princípio a responsabilidade também é regra jurídica.

O princípio da paternidade responsável forma um conceito de encargo que deve ser analisado na formação, desenvolvimento e conservação da família.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.565, assevera que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e que é vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas.

G. Princípio do Pluralismo Familiar

Hoje temos várias formas de família, e não apenas como no passado que só existia família advinda do casamento.

São dados do Instituto Brasileiro do Direito de Família - IBDFAM (2016, p.1) :

[...] as famílias recompostas, formadas após a separação ou morte de um dos cônjuges, representam 16, 3% das formadas por casais. São 4,446 milhões de lares que nasceram de segundas e terceiras uniões, onde há filhos só do pai, da mãe, ou de ambos que, pela primeira vez, apareceram no censo.

Esse princípio tem como norte o reconhecimento, do Estado, da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

H. Princípio da Afetividade

Esse princípio decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF) e da solidariedade (artigo 3º, I, CF) e, também, do princípio da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges.

Farias (2012, p. 71-72) caracteriza o afeto como:

Grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (*rectius*, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses estabelecidos nessa sede [...]. Não se imagine, entretantes, que o afeto ganharia, no campo do Direito de Famílias, o *status* de princípio jurídico exigível. É que a afetividade tem característica de espontaneidade: quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem.

Com a separação dos genitores, ao mesmo tempo em que acaba com o conflito parental, resultando em fator positivo, ocasiona vários negativos, pois ocorre um distanciamento da criança com aquele que não detêm a guarda, por isso nada mais justo que compartilhá-la para diminuir os sintomas de perda e saudade, beneficiando a criança com a reaproximação e a afetividade recíproca, pois os pais estão envolvidos em sua rotina, saúde, criação e educação e podem demonstrar a riqueza mais valiosa que qualquer ser humano precisa: o afeto!

O amor deve prevalecer pois é o único sentimento que justifica a existência da família, mesmo dissoluta, pois o pai continuará para sempre pai daquela criança, há um laço de afeto entre eles que jamais extinguirá.

I. Princípio da Fraternidade

As pessoas devem tratar-se com respeito, amor e afetividade, esse princípio advém da ideia de que somos todos irmãos.

Relata a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 1º que: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento e de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo uns em relação aos outros, implicando numa reciprocidade.

Para Cano (2008, p. 85) “a fraternidade é fruto de relações de respeito e de amor que supomos existir entre os membros do núcleo familiar”. Logo, a fraternidade, mais do que um princípio ao lado da liberdade e da igualdade aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

Ressalta Baggesntoss (2011, p.205) qual o pressuposto ontológico do direito:

[...] o pressuposto ontológico do Direito é a fraternidade, pois determina as balizas principiológicas para o relacionamento humano e, em casos específicos, estabelece qual a comunicação que deve pautar tais relações e qual o modo de se interpretar as instituições, com o fim de preservar a coesão da sociedade.

Dessa forma, a fraternidade responsabiliza cada indivíduo pelo outro e pelo bem da comunidade, e assim promove a busca de soluções para a aplicação dos direitos humanos.

Pozzoli (2010, p.38) expôs em seu estudo sobre fraternidade que:

O exemplo de maior amplitude e historicamente marcado na vida humana, foi sem sombra de dúvidas, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, documento jurídico mais significativo produzido pela humanidade no século XX, cujo conteúdo demonstra claramente um único objetivo universal que é o da busca pela paz, o que faz com que o ordenamento jurídico tenha intrínseca ligação com o que afirmamos ser fraternidade.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e dotados de consciência, devendo agir em relação aos outros com espírito de fraternidade.

Dessa forma, preocupar-se com a dignidade humana, nada mais é do que falar em um direito fraterno, ou seja, com a dissolução conjugal, o menor não pode ser privado da presença de um dos pais, pelo fato destes não estarem mais unidos conjugalmente com o outro genitor. Não podemos deixar de analisar a relação de afeto e fraternidade entre o pai e o filho, a mãe e o filho, pois são elementos essenciais e marcantes da união familiar.

2.3 Fundamentos Legais e Psicológicos da Guarda Compartilhada

Os fundamentos legais da Guarda Compartilhada estão tanto na Lei de Divórcio (Lei 6.515/77), (BRASIL, 2003) quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e com fundamento no artigo 227, “caput”, que priorizam o bem-estar do menor, não havia vedação expressa da guarda compartilhada antes da aprovação de sua lei, é o que se via da exegese feita antes do novo advento da nova ordem constitucional, no sentido de que não sendo proibida, era permitida, e poderia ser em determinados casos à única capaz de atender o princípio constitucional.

A Lei número 11.698/08 (Lei da Guarda Compartilhada) (BRASIL, 2008), de autoria do ex-Deputado do PT (Partido dos Trabalhadores) de Minas Gerais, Tilden Santiago, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil e trouxe o sistema de corresponsabilização parental para os casos de ruptura da união conjugal foi aprovada.

O valor maior da obrigação familiar, como da sociedade e do Estado, é no sentido de promover, com absoluta prioridade o bem-estar da criança, assegurando-lhe os seus direitos fundamentais, pois há a igualdade dos cônjuges e prioridades nos direitos da criança.

Dizem os artigos 3º e 7º do ECA (BRASIL, 2003) :

Artigo 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.

Já o artigo 7º do ECA (BRASIL, 2003) aduz que a criança e adolescente têm os seguintes direitos: “proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que

permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Enquanto há pais que negligenciam e abandonam os filhos após a separação, há homens que lutam para assumir a função de pai e para isso tem batido nas portas do Judiciário para acompanhar no crescimento e na vida e formação moral e intelectual da criança e do adolescente e não apenas pagar pensão e aparecer em fins de semana alternados com data e horário marcado pelo Juiz.

A Lei 6.515/77 (BRASIL, 2003), que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, em seu artigo 9º, dispõe: “No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (artigo 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

De acordo com o artigo 9º da citada lei, os cônjuges poderiam escolher sobre com quem ficava a guarda da criança, podendo optar pela guarda de forma conjunta, compartilhada.

A guarda compartilhada é viável, possível e legal.

O pátrio poder, hoje chamado poder familiar é compartilhado pelo pai e pela mãe, não se confundindo a estrutura deste com a guarda, mas é um fundamento analógico, já que pode haver guarda compartilhada como instituto que, também, torna o detentor responsável pelo menor.

O vínculo da paternidade e da maternidade não se dissolve, não se apaga, não morre, não se derroga por nenhuma norma jurídica. Esse vínculo natural, biológico ou não, afetivo de constante caminhada nos meandros da vida em sociedade, não se rompe com a ruptura do casamento, dos laços conjugais.

A sociedade conjugal acaba, mas a relação pai-filho, mãe-filho é eterna. Isso justifica a guarda compartilhada, enquanto entendida como guarda responsável pelos direitos assegurados na Constituição, que, em síntese, são a da manutenção do menor, não se confunde com a guarda física, ou seja, com a convivência sob o mesmo teto, o cuidado direto que, inclusive, muitas vezes, é diluído nas creches, nas pré-escolas, nas escolas, em terceiros que trabalham no lar dos pais.

Explica melhor Santos (2001) que a guarda compartilhada é:

Concedida segundo a noção do direito-função que atribui a seus titulares uma missão e não um poder subjetivo. É um conjunto de direitos e deveres, sobre a pessoa e os bens dos filhos, quer dizer, de prerrogativas que devem ser exercidas não no interesse de seu titular, mas no da criança, visando a sua

seguridade, sua saúde e sua moralidade, circunstâncias que podem ser sintetizadas como direito e dever de guarda, de vigilância e de educação.

Acentua Grisard Filho (2002), que a guarda não se define por si mesma, senão por meio dos elementos que asseguram. Conectada ao poder familiar, pelos dos artigos 384, II do Código Civil e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com forte assento na ideia de posse, conforme o artigo 33, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, surge por meio dos artigos 231, IV e 379 a 383 do Código Civil, como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no artigo 384, II do Código Civil e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas, elencadas no artigo 384 do Código Civil.

Vale ressaltar que com a separação a família não se dissolve, mas transforma-se. Cessa o vínculo e a relação da conjugalidade, aflorando a relação de parentalidade que vai ser exercida e compartilhada entre genitores e filhos, por meio do exercício da autoridade parental que se efetiva e imediatiza pela guarda, com a recomendação de seu partilhamento entre os genitores, que com a lei atual 13.058/14, se fez regra.

É de se salientar que a natureza do ser humano é viver em comunidade e, quem tem prazer ao compartilhar vive com melhor ajuste psico-social.

Quanto aos fundamentos psicológicos da Guarda Compartilhada, os aspectos referentes ao bem-estar do menor devem ser valorizados, para que a definição da guarda não seja mais um processo traumático à criança.

A separação dos genitores ao mesmo tempo em que acaba com o conflito parental, gerando um fator positivo, ocasiona uma série de perdas aos filhos, afetando-os de forma negativa, pois a disponibilidade de relacionamento com o pai ou a mãe que não detém a guarda fica diminuída, desta forma, surge o exercício compartilhado, justamente para tentar amenizar tais perdas, beneficiando a criança na medida em que ambos os pais estão envolvidos em sua criação e educação. Esse modelo diminui o tempo de ausência dos pais, uma vez que independe do sistema de visitas.

Paixão e Oltramari (2005, p.60) expõem em seu estudo que:

Pensar que a guarda compartilhada deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. O grau de intimidade da criança com os pais garantir-lhe-á segurança e permitirá que ela tenha experiências para além da extensão do lar.

Diante disso, após a separação, a criança deve ter seu espaço tanto na vida quanto na residência de seus genitores, desta forma não será um visitante, mas sim terá seu espaço preservado, pois o vínculo principal a ser mantido é com o pai e com a mãe e não com o domicílio ou imóvel.

O menor não pode ser privado da presença de um dos pais, pelo fato deste não estar mais unido conjugalmente com o outro genitor. Não se pode deixar de analisar a relação de afeto entre os genitores e os filhos, pois a afetividade é elemento essencial e marcante da união familiar.

É de grande valia o envolvimento dos pais na criação e educação dos filhos, contudo, a guarda compartilhada apresenta-se como modelo adequado, uma vez que permite que a relação afetiva entre pais e filhos não se destitua por falta de contato.

De tal modo, refere-se Oliveira (1998) para a decisão da guarda para a família que tem fim com a separação judicial ou com o divórcio, ou ainda que, pode ter sido extinta quanto ao relacionamento entre os cônjuges. Porém os laços afetivos que ligam os separados ou divorciados a seus filhos mantêm-se íntegros e muito consistentes. A afetividade que tem fim com o fracasso do relacionamento não pode ser esquecida quanto aos filhos.

Conforme dados do Atlas da Guarda Compartilhada no Brasil, procedentes dos registros da Pesquisa Registro Civil realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, retirados do Sistema IBGE de Recuperação Automática / SIDRA, em 07 de dezembro de 2015, antes da sanção apenas 7% (sete por cento) das decisões de guarda nas Varas de Família em todo país seguiam a nova lei. Hodiernamente, a decisão tem como regra a guarda compartilhada, o que fez com que a aplicabilidade do novo instituto obtivesse 30% (trinta por cento) dos casos. Porém 30% dos casos é muito pouco, para a criança e adolescente, que necessitam de uma continuidade nas relações familiares e convivência com ambos os genitores.

Entre 2008 a 2014 as concessões de guardas compartilhadas em casos de divórcio cresceram apenas 3,9%. No Brasil a guarda de filhos de pais divorciados continua sendo da mãe em 85,1% dos casos levados ao Judiciário. Houve redução de guarda paterna nos últimos 30 anos, passou de 12,3% em 1984 para 5,5% em 2014. No Brasil o divórcio nos anos de 1984 a 2014 concluídos em primeira instância aumentou de 31.685 em 1984 para 266.976 em 2014.

Mesmo havendo registros sobre a guarda compartilhada a “ambos os genitores” anteriores a 2003, contou-se entre 2003 a 2013, por ser tempo futuro a promulgação do novo Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), (BRASIL, 2002), e da guarda

compartilhada – Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008), desse modo, analisou a permissão da guarda compartilhada entre 2003 a 2013, após a inserção da Lei da Guarda Compartilhada de 2008.

Até 2014 utilizava-se da expressão "ambos os cônjuges", para referenciar guarda conjunta, do conceito americano *join custody* que era diferente do *shared custody*, conceito da Inglaterra, e não guarda compartilhada, para casos em que a guarda fosse concedida a ambos os pais, e só passou a ser usada com as publicações mais recentes do IBGE. Antes da Lei 11.698/2008 não havia previsão da guarda compartilhada em nosso ordenamento e, a guarda era concedida somente a mãe, ao pai, ou a terceiros pessoas (tios, avós, etc.).

As informações do Atlas não captam alterações da nova lei da guarda compartilhada (Lei 13.058/2014), pois não estão disponíveis, ainda, no IBGE e a pesquisa é referenciada nos processos de divórcio encerrados em primeira instância em todo o Brasil, entre os anos de 2003 a 2013. E, o referente ao número de cidades em cada unidade da federação que registraram concessões de guardas compartilhadas, foram realizados pela equipe do OBGCBRASIL (Observatório da Guarda Compartilhada) com base nos números fornecidos pelo SIDRA.

A batalha pelo compartilhamento da guarda ganhou o Atlas da Guarda Compartilhada no Brasil, que traz um balanço das estatísticas da guarda compartilhada no país entre os anos de 2003 e 2013 por níveis geográficos de informação e reúne informações sobre a desigualdade parental no país.

A evolução da guarda compartilhada no Brasil de 2003 a 2013, relata Valentim, (2016) em sua pesquisa para o Atlas da Guarda Compartilhada, as seguintes estatísticas de acordo com o IBGE: “ano 2003 – 2,6%; ano 2008 – 3,6% e ano 2013 – 6,8%. O citado autor relata que a quantidade de filhos e filhas menores de idade envolvidos em divórcios entre 2003 a 2013 foi de 1.601.078. Mostra, ainda, que a quantidade de filhos e filhas menores de idade vivendo em guarda compartilhada entre 2003 a 2013, foi de 89.160 (VALENTIM, 2016).

Valentin (2016) cita a Magistrada Jaqueline Cherulli, por viver na prática essas experiências, onde diz que “A valorização jurídica do afeto e a busca pela igualdade parental fez com que o Brasil obtivesse o resgate de vínculos e pacificação dos laços parentais. A guarda compartilhada é o amor da família que nunca acaba. É a lei do amor! ”. Portanto, deve ser estudada e divulgada para que os filhos, cada vez mais, se beneficiem com esse instituto.

Depois de termos estudado a família e o afeto que é o elemento primordial para verificar qual o melhor tipo de guarda a ser adotada, adentraremos no próximo capítulo na Guarda Compartilhada.

CAPÍTULO 3 – DA GUARDA COMPARTILHADA

Dando seguimento ao capítulo anterior, no qual abordamos a família, o poder familiar, que é a igualdade de ambos os genitores na responsabilização do filho, e o afeto, trataremos neste capítulo sobre a Guarda Compartilhada, sua conceituação; Origem Histórica; Finalidade; Critérios; Objetivos; Pressupostos; Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); Guarda Compartilhada e o Ordenamento Jurídico Brasileiro; Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada; suas Tipologias sendo importante ressaltar que em nossa legislação só existe a guarda única e a compartilhada; Aplicabilidade; e os Requisitos Sócio Jurídicos que são: Guarda e Proteção dos Filhos na Separação por Mutuo Consentimento e Guarda e Proteção dos Filhos na Separação Litigiosa.

3.1. Guarda Compartilhada e sua evolução no cenário brasileiro

Guarda compartilhada é a guarda jurídica atribuída a ambos os genitores e, de acordo com Grisard Filho (2002, p.79) “é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre o menor, os pais residentes em locais separados”.

As alterações da nova Lei 13.058/14 (BRASIL, 2015) chegaram num momento apropriado, pois a Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008) tratou de forma equivocada a guarda compartilhada, muitas vezes confundindo-a com guarda alternada. Para Thomé (2013, p. 17636) “Compartilhar, como a palavra já sugere, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelo sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta”.

No artigo 1.583 §1º da Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008), também reproduzido pelo Documento “Cartilha da Guarda Compartilhada” (2016, p. 03), se referiram à guarda compartilhada como uma “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Desta feita, entendemos por guarda compartilhada ou conjunta, um instituto onde ambos os pais exercem o poder familiar sobre filho, mesmo quando fragmentada a família, da mesma forma como faziam na constância da união conjugal, tomando em conjunto decisões relativas a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e

comunitária, ao afeto entre outros que garantem a criança e adolescente de ter seu desenvolvimento na sociedade em que vive.

Origem Histórica

A guarda compartilhada ou conjunta apareceu em 1960 na Inglaterra e surgiu do *common Law* (lei comum), quando houve a primeira decisão sobre *joint custody* (guarda compartilhada). Para Grisard Filho:

Assim é que a *common Law* reconhece ao pai, e não à mãe, o natural e único guardador dos filhos. Era ele o encarregado da educação escolar e religiosa, e, em troca dos trabalhos dos menores – estes eram importante fator de produção-, era o responsável por sua manutenção. Os filhos eram considerados propriedade do pai e isto explicava as decisões em matéria de separação, fundadas numa realidade econômica: os pais tinham melhores condições de sustentar os filhos. GRISARD FILHO (2010, P.129).

Leite (1997, p.266) arrazoia:

[...]na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais.

Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não atribuição, através do *Split order* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *care and control* (cuidados e controle), ao pai retorna o poder de dirigir da vida do menor, *custody* (custódia).

A entrada da guarda compartilhada nos Tribunais Ingleses possibilitou a ambos os pais ter a guarda dos filhos, diferenciando a custódia do cuidado e controle. Em 1964, esse modelo de guarda apareceu nos Tribunais Ingleses no caso *Clissold* cultivando essa guarda. Em 1972 a *Court d'Appel* Inglesa com a decisão *Jussa x Jussa* adotou o compartilhamento da guarda.

Em 1980, a citada Corte denunciou a teoria da concentração da autoridade parental, onde apenas um dos genitores ficava com a prole. No fato *Dipper x Dipper* houve um marco histórico, quando a decisão do juiz encerrou a atribuição da guarda única no Inglaterra.

Foi explicado por Leite (1997, p.266):

“A manifestação inequívoca desta possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *CLissold* que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d’Appel* da Inglaterra, na decisão *JussaxJussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980 a *Court d’Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *DipperxDipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa”.

Já no Brasil, a palavra “guarda” destina-se a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa.

Dita Rosa (2015, p.70) que:

Participar, compartilhar, partilhar, compartilhar. Palavras que indicam uma ação. Em se tratando de guarda de filhos, diretamente envolvidos estão os direitos fundamentais de criança e adolescentes. Assim, o compartilhamento da guarda não pode ser reduzido à sinonímia dos dicionários, enquanto meras palavras esvaziadas de intenções reais, ou servir de “pano de fundo” para tendenciosas negociações por partes daqueles que, sob o manto de supostas intenções conciliatórias, objetivam alcançar compensações pessoais ou exclusivamente materiais.

Quando se trata de definir a guarda de filhos no direito de família, surgem dificuldades, pois a proteção legal é destinada a uma pessoa e não a uma coisa, afirma Assis (2002, p. 88) que “envolve circunstâncias que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos atores desse processo e não apenas o ato de vigiar e cuidar”.

Já para Carbonera (2000, p.44):

O ato de guardar indica que, ou o que, se guarda está dotado, pelo menos, de duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob a sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.

Quando se trata de relações familiares surge como um direito-dever originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, é a conjectura que possibilita o exercício de todas as funções parentais, que versam sobre o poder familiar.

Na codificação Civil de 1916 a guarda era dada a quem não fosse culpado pelo fim do casamento. A Constituição Federal de 1988 trouxe a igualdade de homens e mulheres na

responsabilização dos filhos e com o Código Civil (C.C) de 2002, os pais poderiam acordar sobre a guarda, que seria unilateral ou compartilhada.

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de fazer com que os pais que não mais convivessem, mantivessem vínculos afetivos com seus filhos, mesmo após a separação. Em outras palavras, a guarda compartilhada surgiu da obrigação de ambos os pais exercerem o poder parental e de garantir o melhor interesse do filho, mantendo um vínculo afetivo entre eles.

Durante o período de *vacatio legis* do Código Civil (C.C), ocorreu a I Jornada de Direito Civil elaborado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, onde nasceu o Enunciado 101 que diz que a expressão guarda de filhos, à luz do artigo 1.583 pode compreender tanto guarda unilateral quanto compartilhada, em atendimento ao melhor interesse da criança.

Em 2006, na IV Jornada de Direito Civil foi criado o Enunciado 335 que afirma que a guarda compartilhada deve ser estipulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar.

Houve um tempo em que as concepções jurídicas e culturais se misturavam, pela divisão sexual do trabalho, a mulher foi escolhida a cuidar do lar, enquanto o homem trabalhava fora de casa. Nessa época, o filho estava vinculado à figura materna. Tempos depois houve um avanço e a mãe e o pai eram indispensáveis para o filho.

A guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico com a Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008), modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002), mas mesmo antes disso já se vivenciava entre os casais e era alvo de decisões em vários estados brasileiros.

Com a entrada em vigor da nova lei da guarda compartilhada - Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2015), que alterou, inseriu e modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, ela se torna regra, passando ambos a exercerem o poder familiar e contribuir para o bom desenvolvimento psíquico do filho. E, segundo o Documento Cartilha da Guarda Compartilhada (2016) “os processos judiciais que estão em andamento serão analisados de acordo com a Lei nº. 13.058/2014 (BRASIL, 2015); os casos já decididos pela justiça não sofrem modificação, apenas se uma das partes ajuizar nova ação para modificar a guarda estabelecida”.

Entende-se por finalidade da guarda compartilhada, como já mencionado, diminuir as perdas sofridas pelos filhos em razão do término do relacionamento conjugal e de consagrar o direito da criança com seus dois genitores, diminuindo a irresponsabilidade

causada pela guarda unilateral e, de acordo com Levy (2008) “ [...] busca preservar os laços paterno-filiais em condição de igualdade entre os genitores”.

O documento Cartilha Guarda Compartilhada (2016, p. 01-09) estabelece como finalidade que a compreensão dos genitores deve ultrapassar as ruínas do fim do relacionamento amoroso e estabilizar o impacto causado pela mudança social e pessoal na vida dos filhos. Este é o papel fundamental da família que permanece.

A Guarda Compartilhada se apresenta, assim, como a resposta mais eficiente para a continuidade das relações de parentalidade, para que a prole não carregue medo, ansiedade e carência de afeto.

Os critérios para permissão da guarda advêm da necessidade de tutelar os interesses dos filhos. As regras de proteção estão em várias legislações como a Lei do Divórcio (BRASIL, 2003), Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2003) e o Código Civil (BRASIL, 2002), todos de acordo com o art. 227 da Constituição Federal, tendo como objetivo o melhor interesse dos filhos.

Os interesses dos menores acumulam dados de interesses materiais, morais e emocionais. Os interesses dos pais também devem ser levados em consideração, desde que não contrarie os interesses dos infantes.

A determinação da guarda traz grandes transformações para a vida do filho, pois toda separação causa dor, tanto para o casal quanto para os filhos.

O Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe, no art. 1584, “caput” e parágrafo único, uma regra geral que deve ser colocada em prática na determinação da guarda baseada na separação consensual e no divórcio, que diz que decretada a separação ou o divórcio sem que haja acordo entre as partes, será atribuída a quem revele melhores condições de exercê-la.

A guarda compartilhada tem como objetivo garantir o melhor interesse da criança e do adolescente com base no princípio da proteção integral que pertence ao filho e aprovar o acesso da criança com seus pais, estimulando o crescimento saudável de sua personalidade e, a igualdade e dignidade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

O Documento Cartilha Guarda Compartilhada (2016, p. 04) preconiza como seja dividido o tempo de convívio e indaga que o equilíbrio não deve ser matemático, mas sim afetivo:

O tempo de convivência com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre os pais. Para que o tempo seja distribuído de forma justa, há necessidade de se analisar a rotina do filho, suas atividades e horas de lazer; tudo em busca do seu melhor interesse. O equilíbrio não deve ser

matemático e sim afetivo. A ausência de contato diário com os pais e a diminuição do afeto podem trazer marcas profundas na personalidade dos filhos. Em razão disso, os pais devem buscar manter as rotinas e os hábitos dos filhos, oferecendo proteção e reforçando os laços familiares.

O princípio da proteção integral e absoluta pertence aos filhos, pois insere a criança no papel de sujeito protagonista e detentor de direitos prioritários em todas as esferas do Poder Judiciário. E, para Spengler (2004, p. 94):

Assim, o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse; na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa, também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: genitor e gerado. Tal benefício se dá, de um lado, pela satisfação que os pais têm em auxiliar a manutenção e educação do rebento; e de outro, pela segurança e tranquilidade que gera ao filho a certeza de estar sendo amado e protegido pelos pais, e não disputado por ele.

O instituto do compartilhamento para Grisard Filho (2014, p.168) preconiza a continuidade da autoridade parental como era durante o casamento, conservando os laços afetivos que unem a família dissolvida. Portanto, faz-se importante preservar o princípio da continuidade, para que os filhos possam, com afeto, conviverem com ambos os pais.

O pressuposto de existência da guarda é a ruptura conjugal, que decorre da separação (judicial ou de corpos), do divórcio, da dissolução da união estável dos genitores do menor ou, até mesmo, se nunca foram casados. Somente a partir de uma perda é que se dá a mudança da situação familiar do menor. Perdas sempre são difíceis de serem trabalhadas no plano psicológico e afetivo, por isso que nesse momento o melhor é o acordo dos pais em partilharem a guarda jurídica do filho, deixando claro que, o que foi rompido foi o laço conjugal e não o laço tutelar, entre pai e filho, entre mãe e filho.

O maior pressuposto será a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da separação. O desentendimento dos pais não pode destruir o convívio com o filho, porque é preciso uma convivência sadia com ambos os pais.

Corroborando Rizzi (2016) que “não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes ou ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes na vida dos filhos”.

A esse respeito, tem-se o parecer do Juiz Martins (2016):

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e o fato de viverem estes separados não pode retirar da criança esse direito, como fazem alguns, causando-lhes traumas, sofrimentos e angústias pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é o responsável por sua existência em um certo fim de semana – que pode não acontecer, eventualmente, em razão de um compromisso profissional urgente e inesperado, de um médico, dentista ou advogado que necessitou atender a um cliente no horário da ‘visita’. [...]. O convívio do filho com o pai ou a mãe que não tem sua custódia não pode ser denominado de visita e não pode ser esporádico como é adotando-se o sistema padrão. [...] Entendo que, mesmo separados, os pais devem permanecer unidos quanto aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar.

Como reiterou Leite (1997, p. 266), a premissa sobre a qual se constrói esta guarda é que o “desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento com os filhos”. A família desunida permanece biparental, pois o que se pretende é manter o casal parental apesar do desaparecimento do casal conjugal, pois os cônjuges deixam de ser cônjuges, mas não deixam de ser pais.

Foram construídas algumas legislações com base na criança abandonada, cita Azambuja (2016):

A Declaração de Genebra, em 1924, afirmou “a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”, abrindo caminho para conquistas importantes que foram galgadas nas décadas seguintes. Em 1948, as Nações Unidas proclamaram o direito a cuidados e à assistência especial à infância, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada a maior prova histórica do consensus omnium gentium sobre um determinado sistema de valores. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, indiscutivelmente, proporcionaram a mudança de paradigmas experimentada no final da década de oitenta e início dos anos noventa na área da proteção da infância.

Conforme Leiria (2005), o aumento em percentuais das separações, dos divórcios e dos novos casamentos vêm alterando o perfil da família brasileira. A emancipação da mulher, sua inserção no mercado de trabalho, o tratamento igualitário no plano constitucional e a busca desta isonomia com os homens, em todos os setores da sociedade, tornam urgentes a reforma e alteração de partilhar, de dividir, as importantes e fundamentais obrigações de criar, educar, prover e manter a prole.

A partir das últimas quatro décadas, o berço de ideias que se projetam para atender e promover os direitos fundamentais, dentre eles o cristal mais delicado, mais frágil entre todas as criaturas, que é o ser humano enquanto desprovido de capacidade para se autodeterminar, foi a criação da guarda compartilhada onde os menores convivem com o pai e a mãe.

É na prioridade do bem-estar do menor, de sua proteção efetiva, em sua educação em termos totais, que reside esperanças de que possamos alcançar a justiça, pois a separação dos pais pode marcar fundo a personalidade da criança e do adolescente, capaz de transformá-los em portadores de neuroses, de transtornos psicóticos, obsessivos, por isso a formação do ego, ao longo da caminhada para a maturidade, não está imune ao sofrimento, ao manejo com perdas. Para que o menor cresça com as melhores possibilidades de se enquadrar na sociedade organizada, de poder se autodirigir, de poder ter prazer no que faz, esta caminhada tem que ser protegida e trabalhada no plano afetivo, o que se faz o apoio e supervisão pelos pais.

Assim, foi bem explicado por Santos (2001), que é na família que os menores encontram a segurança necessária a seu desenvolvimento, e os adultos encontram espaço privilegiado de viver seus afetos e, também, suas fragilidades dentro da fronteira do privado. É lugar de busca de felicidade e proteção, é estrutura do indivíduo e das relações entre estes, para o quê é fundamental a diferenciação das funções e da hierarquia entre pais e filhos.

A complementariedade e a diferença são elementos encontrados na constituição de uma família e elementos de sua continuidade. O ponto fundamental é que o casal é o centro da família e que as funções são complementares: de homem, mulher, de pai e de mãe, de filhos, de irmãos.

O direito diz que mesmo separados, os genitores mantêm íntegra e plena sua autoridade parental, que continua na titularidade de ambos os genitores; é a guarda o exercício de fato desse poder-dever, que propicia o efetivo exercício de cada uma das suas necessárias funções, a materna e a paterna, essenciais para a formação, o desenvolvimento e a criação dos filhos.

A grosso modo, cabe à função materna o desenvolvimento do psiquismo da criança, o seu mundo interno, e à função paterna o seu desenvolvimento enquanto cidadão, no relacionamento com o mundo externo.

3.2. Guarda Compartilhada e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, a partir de estudos dos profissionais do Direito de Família e de nossa realidade social, verifica-se junto às Varas de Família a preocupação com a guarda do menor que foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, já na vigência da nova ordem constitucional (Habeas Corpus 69.303/Minas Gerais, Relator. Ministro. Néri da Silveira, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, Pleno, julgado em 30-06-92 DJ 20-11-92, p.21.612):

HABEAS CORPUS – A CRIANÇA E O ADOLESCENTE – PERTINÊNCIA.

À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1.988 impõe o dever de assegurar, como prioridade, à criança e ao adolescente, 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, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão – artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhe são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, afim e, por conseguinte, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistem motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe – eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem calor relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem (citado por LEIRIA, 2005).

Como foi possível observar, os trabalhos dos operadores de direito e dos psicanalistas quer na advocacia, quer no magistério superior, como nas sentenças e acórdãos de nossos Tribunais, demonstram que o instituto da guarda conjunta vem sendo uma das formas utilizadas e preconizadas para atender as grandes conquistas insculpidas na ordem constitucional e infraconstitucional na esfera protetiva do menor.

O Código Civil brasileiro, com a aprovação da lei 11.698/08 (BRASIL, 2008) passou a mencionar expressamente a guarda compartilhada em seus artigos 1.583 e 1.584. Portanto, a guarda compartilhada além de estar prevista no Código Civil (BRASIL, 2002), também encontra amparo na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2003), a qual trouxe importantes inovações no direito de família, como o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, extraído de seu artigo 226. Em seu texto legal, o Estado passa a reconhecer os novos modelos de família e a igualdade na filiação.

O artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 2003) faz referência à proteção integral da criança como indivíduo em formação; onde a família, a sociedade e o Estado são determinados como responsáveis pelo seu desenvolvimento. Ainda, pelo disposto no artigo 229, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

A guarda compartilhada permite que o menor tenha convívio com o grupo familiar de ambos os genitores e esta convivência é prevista no texto constitucional, onde favoravelmente à guarda temos o fato de que a criança ou adolescente não fica privado da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores. Esta convivência está prevista constitucionalmente no artigo 227 e é absolutamente saudável, especialmente quando se tratem de avós, tios e primos.

Esse modelo de guarda é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu artigo 1º, coloca o bem-estar da criança como dever da família, da sociedade, da comunidade e do Poder Público, os quais deverão garantir ao menor uma convivência familiar, visto que são pessoas em pleno desenvolvimento. No seu artigo 16, expõe que toda a criança tem o direito de ser criada no seio familiar, e, ainda, no seu artigo 21, afirma que o poder familiar será exercido em igualdade pelos genitores.

Conforme Grisard Filho (2002) a guarda compartilhada encontra parecer favorável no ordenamento jurídico pátrio e nosso direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nessa matéria. Utilizando-se dessa prerrogativa, pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende os superiores interesses do menor e for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151, do ECA.

Após a dissolução do vínculo conjugal, o objetivo de convívio frequente da criança e do adolescente com seus pais, presente no modelo compartilhado, encontra no ECA fundamentos legais, uma vez que privilegia o direito de criança no seio familiar.

O artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002) expõe que no deferimento da guarda será observado o que os genitores acordarem. Porém, esta regra traz a possibilidade dos cônjuges optarem pelo modo de exercício da guarda, e dentre ela o modelo compartilhado. Certamente que a decisão dos genitores só será ratificada pelo magistrado se estiver em consonância com os interesses do menor.

O Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 1.584 traz inovações quanto ao instituto da guarda, explicitando que esta caberá ao genitor que demonstrar melhores condições. Haja vista, desaparecer da legislação a tendência da atribuição da guarda à figura materna, colocando os genitores em situação de igualdade.

Sendo assim, elimina-se a tendência de atribuição da guarda à mãe, exclusivamente, para criar um sistema de comparação entre as condições de cada genitor para ter a atribuição de guarda. Seguramente, os movimentos associativos que se organizam para discussão e

estudo da regulação da guarda compartilhada muito contribuirão para influenciar o legislador a fim de que seja instituída legalmente a guarda compartilhada. Afinal, é preciso prever uma solução para a constatação de que ambos os genitores têm idênticas condições para educação e formação dos filhos menores.

O modelo compartilhado é amplamente admitido, uma vez que as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e a igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modelo de exercício, tanto é que se tornou regra em nosso ordenamento jurídico.

Quando falamos em família, principalmente quando relacionada à guarda dos filhos “menores” oriundas de uma separação conjugal, tudo gira em torno do melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Dificilmente se pensa no bem-estar dos pais, o que não acontece no modelo de guarda compartilhada, que privilegia pais e filhos.

Sobre estas vantagens manifesta-se Grisard Filho (2002) que, em relação aos pais, a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.

Paixão e Oltramari (2005, p.62) externando opinião favorável ao modelo de guarda compartilhada ensina que:

Para os insensíveis, que usam a venda da justiça para encobrirem o sofrimento alheio, falar em guarda compartilhada significa que a criança ficará ‘pulando’ de um lado para o outro sem referência de sua residência. Compartilhar a guarda é mais do que dividir residência. Guarda compartilhada é garantir à criança o pai e a mãe presentes em sua vida. Não existe no conceito da guarda compartilhada a divisão da residência. Na verdade, como os dois são responsáveis pelos filhos, não haverá impedimento para fixação da residência com um ou com outro. Essa opção é feita pelos pais conforme o interesse e a possibilidade da divisão do tempo de convivência que cada um pode dispor para a criança.

A guarda compartilhada procura evitar a ruptura dos laços afetivos dos pais em relação aos filhos, ela possibilita a participação de ambos os genitores na vida dos filhos, possibilitando que tanto o pai como a mãe tomem juntos as decisões referentes à criação e educação dos mesmos, desde a escolha da escola até a religião que os filhos irão seguir.

A guarda compartilhada apresenta muitas vantagens para pais e filhos e neste momento, apontaremos algumas destas vantagens em relação aos pais (GRISARD FILHO 2002, p.169):

- proporciona uma percepção mais realista das necessidades dos filhos;
 - ressalta a estima perante os pais;
 - favorece a qualidade da relação entre pais e filhos;
 - favorece a divisão das responsabilidades parentais;
 - proporciona maior segurança para os pais e oferece oportunidades de crescimento;
 - favorece a tomada de decisão comum e reduz os recursos aos tribunais;
- Vantagens da guarda compartilhada para os filhos:
- propicia acesso a ambos os pais;
 - reduz o sentimento de perda ou de abandono;
 - diminui a pressão sobre a criança que não terá que escolher entre um e outro;
 - será mais fácil falar “tchau” para o pai ou a mãe;
 - elimina os conflitos de lealdade;
 - garante a manutenção de relações e ligações com as duas famílias e os avós paternos e maternos;
 - expõe aos filhos a especificidade de cada um dos pais;
 - garante a permanência dos cuidados parentais.

Enunciamos algumas vantagens da guarda compartilhada para ambos os participantes, mas as vantagens não terminam por aqui. Percebe-se que todos saem beneficiados com este novo modelo de responsabilidade parental. O vínculo existente continua o mesmo de quando pais e filhos residiam na mesma casa, não existe a reserva de visitas com horário determinado pelo juiz. Os pais podem conviver diariamente com os filhos, dando continuidade às responsabilidades parentais, principalmente, na divisão dos alimentos.

Outra vantagem observada é que a guarda compartilhada não sobrecarrega apenas um dos genitores, como acontece na guarda monoparental exclusiva e única, modalidade na qual o cônjuge não guardião vai se distanciando cada vez mais da vida dos filhos.

Com a guarda compartilhada os filhos passam a conviver num ambiente harmonioso, não vivendo o papel de “pombo correio”, como geralmente acontece na guarda monoparental, exclusiva e única. Não deve haver rancores entre os ex-cônjuges, e sim diálogo e cooperação, para privilegiar os interesses dos filhos, ao mesmo tempo prevalecendo à igualdade entre homem e mulher de estarem exercendo ativamente seu papel de pai e mãe.

A guarda compartilhada apresenta-se como modelo ideal em vários momentos, porém não deve ser aplicada indistintamente. Cada caso concreto é que vai determinar qual a forma de exercício a ser adotada.

A grande maioria dos doutrinadores é favorável à inserção deste modelo de guarda, porém os que se posicionam contrários possuem argumentos bem fundamentados, tais como quando torna-se comprovado que se revela negativo para a segurança biopsicossocial dos filhos, na medida em que eles acabam sendo usados no jogo do interesse dos pais.

Sendo assim, o exercício conjunto não é aplicável quando um dos genitores apresentar um distúrbio, ou vício, que possa pôr em risco a vida do filho; neste caso, a guarda aplicável seria a única, deferida ao genitor que apresentar condições de criar o filho num ambiente saudável para seu crescimento e desenvolvimento.

O conflito constante dos pais é outro fator relevante, contraindicado à concessão da guarda compartilhada, pois se eles não cooperam entre si, sem possibilidade de diálogo, se estão constantemente insatisfeitos; se agem individualmente e automaticamente se colocam contrários às opiniões do outro genitor, nesses casos cabe a guarda única, deferindo-a àquele que estiver mais disposto a dar amplo acesso ao filho.

Paixão e Oltramari (2005, p.64-65) referem-se às consequências da aplicabilidade da guarda compartilhada em casos que não caibam sua inserção.

Nestes casos, as crianças ou adolescentes são usados como verdadeiros mísseis lançados para detonar, ainda mais, a autoestima do outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai ou mãe de seu filho e, por tudo isto, pessoa digna de respeito. O outro genitor passa a ser inimigo de guerra, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja a infância inocente ou a saúde emocional de seu filho.

Dessa forma, verifica-se que o caso concreto é o determinante da correta aplicação da forma de exercício de guarda a ser escolhida, analisando-se as situações subjetivas de cada família.

A guarda compartilhada também é alvo de insucessos, sendo que, com a separação, quando não presentes o respeito mútuo e o bom senso, o plano parental se apresenta acompanhado de problemas adicionais, todavia, o que funciona bem para uma família, pode acarretar em problemas para outra, conforme os relatos de Teyber (1995, p.119): “a guarda compartilhada é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para os pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos”. No entanto, adverte “Esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente”.

Para famílias destroçadas pelo processo de divórcio, o melhor é optar pela guarda única e deferí-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Os diferentes planos da guarda compartilhada legal (responsabilidade conjunta pelas decisões relativas ao filho) e física (acordos de visitas), só terão sucesso se os pais derem continuidade de relação sem exposição a lutas pelo poder. Os tempos iguais (semana, quinzena, mês, ano, casa dividida) também oferecem desvantagens ante o maior número de mudanças e menos uniformidade de vida cotidiana dos filhos.

Mazzinghi (1981, p. 294), considera que a guarda compartilhada, priva os filhos da necessária estabilidade, “*ya que no tienen su hogar em ningún lado al tenerlo em dos distintos*”. Traduzindo “Já que não tem seu lugar em nenhum lado não terá em dois distintos”.

Para Segismundo Gontijo (1997, p.563-564): “Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, [...]” em que é praticada a prática que transforma filhos em ioiôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Nesses processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico e qual escola estudar.

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

A crítica de Gontijo (1997, p. 563-564) ao modelo de compartilhamento revela erro de percepção, sendo que, diante do exposto, o que este autor condena, com certeza é a guarda alternada, modelo diverso do tema da pesquisa e, que transforma os filhos menores em brinquedos. A indiscriminação entre esses dois modelos (compartilhada e alternada) tem levado à críticas na aplicação da guarda compartilhada. Sendo assim, resta condenada à própria guarda comum, a que se exerce na família intacta, quando os filhos se submetem a autoridade do pai ou da mãe simultânea e diariamente.

Na mesma oposição, contraindica esse modelo Nazareth (1997, p. 83):

Quando as crianças são muito pequenas... 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-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.

O pressuposto da guarda compartilhada é de uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ele a estabilidade que o Direito e a Psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina.

Estabelecida uma residência habitual, única, um centro de apoio, um ponto de referência (contínuo e espacial), um lugar de cumprimento e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com a mãe o outro com o pai (dependendo do arranjo escolhido), tal deslocamento não inibe a guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, pois continua única.

O estudo de Wallerstein, (1991) revela que em alguns casos a guarda compartilhada reflete:

- Falta de disposição dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso;
- Que as crianças sob dupla custódia não afastam o medo do abandono;
- Que a transição entre dois lares pode facilmente reforçar a preocupação com a estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares;
- Que pode prender as crianças a uma relação destrutiva com pai violento ou inadequado;
- Que expõe o filho do divórcio a um impacto psicológico, potencial, mas devastador: se e quando um pai resolver sair da dupla custódia;
- Que a dupla custódia não minimiza o impacto negativo do divórcio sobre as crianças durante os primeiros anos depois do divórcio, enfim, que não há provas de que a dupla custódia seja o melhor para todas as famílias, ou, até mesmo, para a maioria deles.

Segundo Nick (2003), a guarda compartilhada “se concentra na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais, na exploração da mulher se é usada para negociar menores valores de pensão alimentícia, e na viabilidade pra famílias de classe mais baixa”.

É do mesmo estudo de Oppenheim e Szylowicki (s.a.) sempre da perspectiva dos pais e dos filhos:

- PAIS: a) Maiores custos (moradias aprimoradas); b) Permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar; c) Constante adaptação, d) Necessidade de um emprego flexível. FILHOS: a) Adaptação a duas moradias, b) Problemas práticos ou logísticos.

Quando os pais privilegiam a continuidade das suas relações com as crianças e as protegem de seus conflitos parentais, há toda uma vantagem em atribuir efeitos jurídicos à

atitude de cooperação dos pais, entusiasmando a ambos a compartilhar direitos e responsabilidades na proteção e na educação dos filhos. É útil, então, como reconhecem as sentenças judiciais, promover a constância e a permanência da relação paterno/ materna filial após o divórcio.

3.3. Tipologia de Guarda Compartilhada

Com a cisão da família, ocorre o surgimento da guarda judicial, em que a guarda será deferida conforme a regra que melhor interessa para o menor, podendo, dessa forma, o magistrado seguir rumos na sua decisão final e optar pelos vários tipos de guarda, conforme a doutrina, sendo elas:

- a) Guarda Comum que se divide em:
 - Guarda Material e Jurídica e,
 - Guarda de Fato;
- b) Guarda Monoparental Exclusiva e Única;
- c) Guarda Aninhamento ou Nidação;
- d) Guarda Alternada;
- e) Guarda Atribuída a terceiros;
- f) Guarda Compartilhada/ Conjunta

a) Guarda comum

A guarda comum tem sua origem na constância da união conjugal, na qual o exercício da guarda é concebido a ambos os genitores, que passam a assumir sua paternidade e maternidade com relação a seus filhos. Se divide em:

- Guarda Material e Jurídica

A guarda material é aquela que diz respeito à posse física do filho, ou seja, segundo Grisard Filho (2002, p.77-78) “é a proximidade diária do cônjuge guardião que reside com o filho. Enquanto que a guarda jurídica é aquela que atribui aos pais o direito de conduzir e decidir as questões importantes na vida do filho”.

Silva (2006, p.79) distingue a guarda material e jurídica:

Percebemos que é grande a confusão que se faz sobre esse modelo de guarda. Melhor esclarecermos: a guarda compartilhada legal ou simplesmente guarda jurídica, corresponde a compartilhar todas as decisões importantes relativas aos filhos. A guarda compartilhada material ou simplesmente guarda física corresponde aos acordos de visita e acesso. No contexto de guarda jurídica, os pais podem planejar como desejarem a guarda física. O princípio de todas as determinações, entretanto, deve ser a continuidade das relações pais-filhos e a não exposição da criança ao conflito parental.

Verificamos que a guarda legal ou jurídica nada mais é do que quando ambos os pais tomam decisões relativas sobre a vida da criança, dando educação e vigilância cabendo ao outro o direito de fiscalizar as decisões tomadas pelo genitor guardião, enquanto a guarda material ou física diz respeito à proximidade diária do genitor em exercício de posse e vigilância do menor.

- Guarda de Fato

É quando uma pessoa por sua vontade própria fica responsável por uma criança ou adolescente, sem qualquer atribuição legal ou judicial. Não tendo nenhum direito de autoridade formalmente reconhecida, apenas o de cumprimento com as obrigações de assistência e educação referente à criança ou adolescente.

b) Guarda Monoparental Exclusiva e Única

Esta é a modalidade de guarda mais comum e que impera com maior ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, na qual é dado à mãe ou ao pai, ou a qualquer um deles, a preferência de deter a guarda e a exclusividade, cabendo ao outro o direito de visitas.

Como preconiza o artigo 1.583, §1º do Código Civil (C.C) essa modalidade de guarda é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião a custódia física e o poder exclusivo de decisão quanto a vida da prole.

Neste modelo, podem os pais e os filhos saírem prejudicados. Às vezes é lamentável para um pai que sente saudades de seu filho não poder visitá-lo porque não é seu dia de visita. Ele tem data e horário determinado pelo magistrado para poder sentir saudades do filho, este, acaba vendo na figura paterna um estranho, pois se sente completamente abandonado, pois ele não está presente em seu cotidiano.

Nesse sentido, a experiência da guarda exclusiva pode ser uma história de tensões e de conflitos, em prejuízo do filho, que se vê como joguete dos efeitos do desamor, dos ressentimentos e de chantagens. O direito à visita reduz o papel da coparentalidade desejada pelo filho. A tendência é a criança perder a convivência com o genitor não-guardião, quando as visitas começam a escassear em razão do estado permanente de conflito, passando a ser entendidas como estorvos e não como momentos de prazer afetivos.

Como preconiza Dias (2016):

Como encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.

Com a Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008), o §2º do artigo 1.583, a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e 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 e (III) educação.

Mas a Lei 13.058/14 (BRASIL, 2015), mais especificamente o artigo 1.584, §2º, veio em boa hora, pois ambos os cônjuges estarão aptos para exercer o poder familiar para aplicar a guarda compartilhada, exceto quando um dos pais declarar ao juiz que não deseja exercê-la.

Com a nova lei, o promotor e o juiz utilizam, se achar prudente, de equipe interdisciplinar para investigar o motivo que leva o genitor a manifestar seu desinteresse, pois deve considerar a doutrina da proteção integral que evitaria até uma alienação parental.

A alienação parental geralmente ocorre com o fim do casamento, e resulta no afastamento do filho e do cônjuge que não detém sua guarda. A esse respeito Duarte (2010) trata a alienação parental como:

[...] uma expressão genérica utilizada atualmente para designar patologia psicológica/comportamental com fortes implicações jurídicas caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda com o impedimento da convivência parental no rompimento da conjugalidade ou separação causada pelo divórcio ou dissolução da união estável.

O pai não detentor faz uma lavagem cerebral no filho, colocando falsas concepções sobre o outro que, também, é digno de respeito, entende Dias (2015, p.543):

[...] pessoas submetidas a alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas e criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade-quando atingida-, revela-se remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.

Como preconiza Farias (2013, p. 23) foi adequada e bem-vinda a nova lei da guarda compartilhada, que trata a guarda unilateral como exceção e, assim diminui o acesso ao outro genitor com a prole, que de acordo com a unilateral somente poderia estar com seu próprio filho de 15 (quinze) em 15 (quinze) dias por apenas 48 (quarenta e oito) horas.

Sob o enfoque de Madaleno (2013, p. 116):

Não é nada infrequente os juízes se depararem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição do guardador, muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, em que visam a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar os vínculos simples de amor. Tudo o que o juiz não pode é confundir o bem do filho com o desejo do filho, pois nem sempre sua vontade é suficientemente madura para decidir pelo que realmente lhe convém.

Esse comportamento se enquadra como pratica de alienação parental, prevista na Lei 12.318/2010 – Lei de Alienação Parental (2015) em seu artigo 3º, onde fundamenta que fere o direito da criança e do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente de tutela ou guarda.

Assenta o artigo 18 do ECA (BRASIL, 2003) que o Poder Judiciário deve prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança ou adolescente, para que haja a formação de um adulto íntegro.

O instituto do compartilhamento da guarda mantém os vínculos de pais com os filhos, evitando a Síndrome de Alienação Parental, auxiliando a criação, educação e mantendo o contato com as famílias dos dois genitores, o que é saudável. De outra forma, a guarda compartilhada pode ser prejudicial quando há disputas entre os genitores e valores diferentes acarretando ruptura no princípio da continuidade.

Vale destacar a diferença entre Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental, assim frisa Correia (2016):

A Síndrome decorre da Alienação, ou seja, a alienação parental é o afastamento de um dos genitores, provocado pelo outro (guardião) de forma voluntária. Já o processo patológico da síndrome diz respeito às sequelas emocionais e o comportamento que a criança vem a sofrer vítima deste alijamento.

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não detém a guarda supervisionar os interesses da prole, assim, o artigo 1.583, §5º do Código Civil (C.C) diz que qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas em situações que afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos.

Nesse diapasão se expressa Boulos (2011) que:

[...] Espera-se, ainda, que seja visualizado o novo papel de ambos os genitores, de visitantes e conviventes, e, acima de tudo que as Varas de Família expressem, em suas medidas e decisões, aquilo que uma criança, mesmo em sua ingenuidade, sabe melhor do que qualquer adulto: dois representam mais do que um.

Vale destacar que o movimento contrário ao modelo da guarda exclusiva detém feição interdisciplinar, denotando que o direito de família não é objeto de reflexão só dos juristas, mas também de psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e tantos outros profissionais que se debruçam sobre os problemas relacionados à família. As organizações de pais e mães separados elegeram a concretização da guarda compartilhada como um de seus principais objetivos.

c) Guarda Aninhamento ou Nidação

A palavra “nidal” vem do latim *nidus*, cujo significado é ninho (ROSA, 2015, p.59).

Na guarda nidação, também conhecida como aninhamento, os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo.

Nessa modalidade os filhos permanecerão no “ninho” e os pais que revezarão, ou seja, um dos pais ficará com o menor na residência original que era deles antes da separação ou então, comprarão uma terceira casa para uso exclusivo da criança e eles que se revezarão para lá.

Uma vantagem dessa modalidade seria que o menor não se alteraria entre as residências dos pais e sim os pais que vão para a casa que está o menor. E a desvantagem

seria o custo envolvido, porque além do sustento da casa do menor, terão cada um dos pais suas respectivas residências.

Boulos (2011, p.73) traz que:

Famílias desestruturadas necessariamente formarão sociedades desestruturadas, crianças abandonadas, à deriva – mesmo no convívio de suas famílias naturais – vitimizadas por genitores negligentes ou encolerizados, não poderão devolver à sociedade nada além daquilo que vivenciaram e (des) aprenderam, distanciando-se, assim, dia a dia, da realização de seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Consequentemente, reproduzirão em sua vida adulta esses modelos, integrando um círculo vicioso que não terá fim, se não for feito para modificar esse futuro sombrio tendente a se perpetuar por meio das gerações.

A doutrina não traz grandes disposições quanto a este meio de exercício, devido ao fato de não ter efetividade e os genitores não ter capacidade econômica para isso. Parece uma situação irreal, por isso pouco usada e muito criticada.

d) Guarda Alternada

Criticadas pelos juristas, por prejudicar o menor na formação de sua personalidade, valores e padrões. Possibilita a cada um dos cônjuges ter a posse do menor de forma alternada, o casal determina o período que o menor fica em seu domicílio, sendo que os direitos-deveres ficarão com o cônjuge que estiver com a posse do menor. Ocorre a alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais.

Esta modalidade de guarda, segundo Motta (1998, p.198) opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

Na guarda alternada, os filhos são jogados de um lado para o outro, surge então vários contra-tempos. A guarda do filho envolve muito mais do que se ficar discutindo se há uma residência fixa ou não. O que importa é que as crianças e os adolescentes não percam o vínculo com seus pais.

Alerta Levy (2008, p.60) que, “na verdade, a guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados. Por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai”.

Dessa forma, tanto a guarda jurídica quanto a material são atribuídas a um dos genitores, ocorrendo alternância em período que o filho mora com cada um dos pais. Nesse

modelo, cada um dos pais exerce de forma exclusiva os direitos-deveres que integram o poder parental. Entretanto, a alternância de tempo gera desconforto e perda do referencial para o filho.

O psicólogo Silva (2003), de Florianópolis, em seu artigo “Dois lares é melhor que um” assim discorre:

[...] que pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir a criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono.

Importante ter tais esclarecimentos em mente vez que não é a vontade dos pais, mas sim o bem-estar dos filhos, que tem pautado a decisão dos Tribunais pátrios, praticamente pacífica em obstar a instituição da "guarda alternada", conforme se verifica da leitura dos seguintes acórdãos:

EMENTA: 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 cotidiano.** “Recurso desprovido.” (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 - rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA - Data do acórdão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003). Grifamos.

A Ementa elenca a hipótese de pais morarem em cidades diferentes e distantes que cause uma interrupção do convívio frequente entre ambos, e quando os genitores não têm bom senso entre eles, causa dano a criação do menor e afronta o princípio do bem-estar, nesse caso configura-se guarda alternada que não é permitida em nosso ordenamento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (CINCO ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - **GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA** - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. **A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos**

pais não é aconselhável pois 'as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos' (RJ 268/28).² (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000)².

O agravo relata a guarda alternada, pois há rompimento no convívio do filho por longo período de tempo entre os genitores, provocando conflitos emocionais e afetivos, o que causa um atraso em seu desenvolvimento.

Espera-se que com a nova lei da guarda compartilhada apresente novas soluções para propiciar o melhor interesse do menor. E que as Varas de Família expressem em suas decisões a importância dos genitores na formação do ego da criança.

Verifica-se assim, que não se pode confundir guarda alternada com guarda compartilhada.

e) Guarda Atribuída a Terceiro

Corroborando o artigo 1.584, §5º do Código Civil (BRASIL, 2002) que se o magistrado verificar que a criança ou adolescente não deva ficar com um dos pais, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Utiliza-se nesse caso o Estatuto da Criança e do Adolescente –ECA (BRASIL, 2003) que prevê quando o menor está exposto a algum risco físico ou psíquico caso mantido em companhia de seus pais.

O ECA – Lei nº8.069/90 (BRASIL, 2003), em seu artigo 33, destaca que o seu estabelecimento obriga a prestação de assistência material, moral e educacional ao filho, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos genitores.

O Documento Cartilha Guarda Compartilhada (2016, p.08) prioriza:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deve deferir 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”. Em casos extraordinários, onde o pai e a mãe não demonstrem condições de preservar o desenvolvimento do filho, o juiz deve deferir a guarda a outra pessoa com uma essência afetiva, preferencialmente com pessoas ligadas a família e com relação a afinidade.

² Grifo da autora do presente trabalho.

A guarda difere da tutela, pois não implica destituição do poder familiar, mas sim a transferência a terceiros componentes de uma família substituta provisória da obrigação de cuidar da integridade física e psíquica do menor.

Dias (2016) traz sobre o seguinte Acórdão:

ACÓRDÃO 70018141788

GUARDA. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. Estando o infante há quase dois anos sob os exclusivos cuidados de terceiros, tem-se por impositivo regularizar tal situação, ante o manifesto descompasso entre a guarda jurídica, o que só vem em prejuízo aos interesses da criança. Contudo, a fim de manter íntegros os laços de afeto entre o menino e seus genitores, aconselhável a fixação de visitas. Inteligência dos §§ 1º e 2º do art. 33 do ECA. Apelo provido e determinada a fixação de visitas pelo juízo de origem.

Pondera o artigo 25, parágrafo único do ECA que para atribuição de guarda os integrantes da família extensa terão prioridade em assumir a responsabilidade, e a escolha do guardião dependerá de cada situação, podendo ser concedida para os avós, tios, irmãos e assim por diante.

Faz interessante transcorrer o pensamento de Giorgis (2010, p. 75) sobre a seguinte apelação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. MELHOR INTERESSE.

A guarda deve atender, primordialmente, ao interesse do menor, e ele, segundo os estudos sociais, está bem inserido no ambiente em que vive, acompanhado do irmão mais velho. Ademais, a vontade do menor (12 anos) é no sentido de permanecer morando com o irmão, sendo prudente manter a guarda, a fim de evitar instabilidade emocional na vida dele e fixar as visitas maternas. Apelação cível parcialmente provida (Apelação Cível n. 70053427118, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, julgado em 26-6-2013).

Isso posto, o ECA prevê a Guarda Institucional, ao regular a situação da criança e adolescente em situação de risco em programas de acolhimento familiar ou institucional de caráter provisório e excepcional, utilizados para reintegrar o menor na família e, em último caso, reinseri-la em definitivo em família substituta. Cabe ao artigo 34, §1º a inclusão em programa de acolhimento institucional que possibilita a convivência familiar.

f) Guarda Compartilhada/Conjunta

Guarda jurídica compartilhada é aquela em que ambos os genitores dividem a responsabilidade legal para tomarem decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Vale ressaltar que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Esse tipo de guarda define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.

Diante disto, os pais podem planejar a guarda material compartilhada, ou seja, acordos de visita ou acesso, implicando na divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que é flexível. Esse modelo se aproxima da guarda alternada, no sentido que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempos alternados e diferencia-se da guarda alternada, na medida em que a guarda conjunta implica que os guardiões legais sejam ambos os pais, todavia, a guarda material compartilhada é acompanhada, quase sempre, da guarda jurídica compartilhada.

Para Grisard Filho (2002):

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.

Quem se separa é o casal e não o pai e a mãe, que devem permanecer unidos em torno dos interesses de seus filhos, dividindo as responsabilidades parentais após a separação. Entretanto, para o sucesso da guarda compartilhada, é preciso um amadurecimento e flexibilidade por parte dos cônjuges, sendo que o principal objetivo é a continuidade da autoridade parental após a ruptura conjugal, incentivando a permanência do vínculo existente entre pais e filhos durante a constância da união conjugal.

Entre os estudos já realizados sobre a influência da guarda compartilhada, encontra-se o trabalho de Spagnol (2003), que aferiu que a guarda do filho menor deve ser, sempre, objeto de critério da sociedade por acordo e levado à homologação por ocasião da extensão da sociedade familiar, ou ainda, por determinação judicial.

De imediato, a guarda compartilhada nos traz a real significação do direito de igualdade entre aqueles que desejam a ruptura familiar, não privilegiando a mulher como detentora principal da guarda dos filhos menores. É certo que esse ideal igualitário veio como consequências das sensíveis mudanças trazidas pela família moderna e não pelo tecnicismo da

lei expressa. O pai que era visto, até pouco tempo, como mero visitante, provedor, foi por meio desse instituto convidado a restaurar o seu papel principal: o de ser pai.

Por estarmos vivendo num outro tempo, de globalização, a mulher vem se libertando de antigos preconceitos, simultaneamente ao desabrochar do novo homem mais paterno e mais presente na vida dos filhos. A guarda compartilhada ou conjunta (Lei 11.698/08 e 13.058/14) deve não só ser regulamentada, como também buscada nas instituições concretas, pois esse tipo de arranjo, mais do que qualquer coisa preserva o direito da criança de conviver com ambos os genitores.

Observam Thomé e Félix (2002) que a guarda compartilhada tem se mostrado uma alternativa para reforçar os vínculos afetivos da família dissolvida.

Relatam, também, que a guarda compartilhada traz, para ambos os pais, equivalente autoridade legal para tomarem decisões importantes quanto à vida e ao bem-estar de seus filhos. Ambos os genitores estarão presentes no cotidiano de seus filhos.

Dissertou Pereira (1986, p.53) que: “O interesse do menor, identificava no sistema dispositivo de grande expressividade, a respeito, o artigo 13, da antiga Lei de Divórcio”. Se houver motivos graves, poderá o juiz, a bem dos filhos regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Essa regra conferia ao juiz determinar a guarda compartilhada, mais proveitosa ao desenvolvimento da personalidade do menor. Venosa (2003, p.472) diz que “[...] a essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter os lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões”.

O artigo 1.584 do Código Civil, de acordo com Rodrigues (2002, p.379) “estabelece quanto a guarda decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la”.

Sobre a guarda compartilhada, destaca Santos (2001) em seu estudo que:

a guarda compartilhada deferida a ambos os genitores separados vem pouco a pouco encontrando mais adeptos na doutrina, centrados em traduzir o significado do melhor interesse dos filhos, buscando a melhor solução da família direcionada a promover o relacionamento entre os filhos e cada um dos genitores dos separados”.

Preocupados em manter o melhor interesse da criança e o melhor recurso para as famílias dissolvidas, a guarda compartilhada vem cada vez mais ganhando simpatizantes por beneficiarem pais e filhos.

Por ter uma real acessibilidade entre ex-cônjuges com o filho e gerar vínculo afetivo, discorre Oliveira Filho (2011, p.35) que a guarda compartilhada “supõe um compromisso explícito dos pais em franquear o acesso do filho ao genitor, cada vez que a criança se mostrar predisposta ao conforto afetivo materno e paterno”.

Além dos inúmeros benefícios percorridos ao longo da pesquisa sobre a modalidade compartilhada de guarda, nos relatos de Carvalho (2010, p.71) dispõe sobre o que estabelece a guarda compartilhada que:

- a) mantem a estreita os vínculos com ambos os pais;
- b) estreita a síndrome de alienação parental;
- c) auxilia na criação e educação do filho;
- d) mantém os vínculos com a família;
- e) mantém as referências materna e paterna.

A criança ser criada por ambos os pais depois de uma ruptura conjugal é totalmente saudável, assim revela Leite (2003, p.182):

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos a ruptura.

O Artigo 1.566, IV do Código Civil de 2002 afirma que: “Compete a ambos os cônjuges o dever de sustento, guarda e educação dos filhos”.

Por fim, o artigo 1.690 em seu parágrafo único, do mesmo Código atribui aos pais decidirem em comum às questões relativas aos filhos e às questões relativas a seus bens, como efeito da conjunção aditiva que une as duas orações. Assim, compete aos pais decidirem em comum às questões relativas à pessoa dos filhos (criação, educação, companhia e guarda autorização para casar, representação e assistência) e, também, decidirem em comum as questões relativas aos bens dos filhos (usufruto e administração).

Diante de todo o exposto, entendemos que os pais devem, de alguma maneira, comungar valores e princípios e conseguir, independentemente da falência da relação conjugal, administrar juntos, com amor, responsabilidade e inteligência, a tarefa de criar e educar os filhos comuns.

São aqueles pais que guardam confiança mútua no que tange aos respectivos papéis de pai e de mãe que sabem, tanto admirar as virtudes do outro como administrar os defeitos e fraquezas, como prezar e valorizar a convivência do filho com o ex-cônjuge. Somente assim

poderão compartilhar, efetivamente, os deveres e responsabilidades com relação à criação e educação do filho (funções precípuas da guarda).

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, objetivando protegê-lo e permitir seu desenvolvimento e sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade e buscando diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Buscando ainda, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Assim, tem-se a guarda compartilhada por escopo tutelar, não somente o direito do filho à convivência assídua com o pai (pois o filho não sente saudade do pai somente no dia e horário marcado para as visitas), assegurando-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal.

Boulos (2011, p.77) discorre que:

A guarda compartilhada, por sua vez, importa na soma de esforços e na contribuição dos pais, na medida de suas possibilidades, para o atendimento de todas as necessidades dos filhos, em ambiente harmônico, propiciado pelo necessário equilíbrio nas decisões importantes da prole, garantindo o convívio familiar que se estendem além das relações de afeto com os genitores e se projeta para as famílias e adolescentes que as crianças reconhecem como tal, apesar do desenlace dos seus pais, incluindo os avós, os tios, os primos e os demais parentes paternos e maternos, tenha sido o parentesco estabelecido em decorrência da consanguinidade (casamento e união estável) ou da socioafetividade, sem se ouvidar, ainda da convivência comunitária de que desfrutarão esses menores em sua nova realidade, representadas pelos círculos sociais frequentados pelos pais.

Visa, ainda, o direito do pai de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas, também, seu patrimônio cultural, axiológico e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

Sendo assim, diante de tudo que foi pesquisado, sabe-se que, para a criança, a união dos pais é física e espiritualmente necessária, uma vez que melhor do que os filósofos, teólogos e advogados, a própria criança percebe o seu vínculo com os pais como um suporte em que se apoia toda a sua vida. E é esse apoio que se transforma em uma experiência afetiva e intelectual que fornece, de maneira segura e estável, elementos para suas primeiras apreensões da realidade, que constituirão os alicerces para sua vida futura.

Muito mais que uma alimentação saudável e abrigo contra as intempéries naturais, são necessárias e importantíssimas as necessidades materiais de uma criança, o mesmo podendo se dizer de suas necessidades espirituais que embora simples, são absolutas e que não sendo supridas nada poderá ser encontrado no mundo para substituí-las plenamente.

Destarte, verifica-se que a guarda compartilhada é o modelo mais ideal, eis que ocorrem divisões e compartilhamentos de afeto e responsabilidades.

3.4. Aplicabilidade e requisitos sócio-jurídicos para a Guarda Compartilhada

Ana Maria Milano Silva (2006, p. 108) cita em sua obra que:

[...] a guarda conjunta não tem uma definição precisa. Ela pode cobrir um arranjo onde um dos genitores fica com a criança durante o período escolar e o outro durante as férias, com direito à livre visitação; até arranjos mais tradicionais, onde o tempo despendido com a prole é menos dividido, mas há a ênfase no “sharing parenting”, e o genitor que não detém a custódia tem participação em divisões chave relacionadas à saúde e educação dos menores.

Vale salientar que no exercício conjunto não quer dizer que os filhos morarão alternadamente com cada um dos genitores, ou que aquele que não é detentor da guarda material não seja guardião, mas sim que a responsabilidade por todos os direitos e deveres com relação à prole é compartilhada pelo pai e pela mãe.

Ainda assim, explica que a guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).

Existem dois entendimentos com relação à alternância de lares na guarda compartilhada: O 1º entendimento afirma que a criança deve ter uma residência fixa, na casa do pai ou da mãe, ficando apenas compartilhadas as responsabilidades e decisões. Nessa forma de exercício, configura-se a guarda jurídica compartilhada, enquanto a física permanece com um dos guardiões. Ressalva-se o fato de dividirem sempre os direitos e deveres oriundos do poder familiar, entende-se que é o modelo mais adequado nos primeiros anos de vida da criança.

Os autores Paixão e Oltramari (2004) trazem em seu estudo que:

A guarda compartilhada é a divisão igualitária da guarda jurídica e corresponde em compartilhar todas as decisões importantes relativas aos filhos. No contexto da guarda compartilhada ou guarda conjunta, os pais podem planejar como desejarem a guarda física e o acesso às visitas e até, se entenderem que é a melhor solução, dividirem a custódia material caracterizando desta forma a guarda alternada.

Nesse caso, o pai ou a mãe que não possui a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim deverá participar efetivamente dela como detentor de poder e de autoridade para decidir fatos importantes na vida dos filhos.

O 2º entendimento apoia-se na afirmativa de que a maior perda entre os genitores e filhos, quando da dissolução do vínculo conjugal, é a companhia imediata. Portanto, para seus defensores, a guarda compartilhada deve ir além do compartilhamento jurídico, pois prescinde de acordo com relação à custódia física, ou seja, o menor deverá permanecer, alternadamente, na residência dos dois genitores.

Paixão e Oltramari (2005, p. 50-68) destacam em seu estudo que:

Guarda compartilhada, também denominada de guarda conjunta, consiste na situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse.

Modo este, que se torna uma situação jurídica onde ambos os pais conservam concomitantemente o direito de guarda dos filhos, e de forma intercalada os mantém em sua companhia.

Nesse sentido, Paixão e Oltramari (2005, p. 50-68) afirmam que:

A guarda compartilhada é uma situação onde ambos os pais, após uma separação judicial, um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física tendo como obrigação domiciliarem próximos, possuírem os mesmos valores e determinarem que o arranjo de alternância de lares não seja longo, para que não quebrem a continuidade das relações parentais.

Necessário esclarecer que a alternância de lares na guarda compartilhada não é a mesma da alternada. As diferenças ocorrem devido a alguns fatores:

Em primeiro lugar, na alternada, a criança possui dois lares e os períodos que permanece em cada um geralmente são longos, quebrando, desta forma, a continuidade das relações; já na compartilhada, os períodos são curtos.

Em segundo lugar, no modelo alternado, não existe um critério que determine que os pais devam ter seus domicílios próximos, enquanto no compartilhado os pais devem necessariamente residir próximos, para propiciar um melhor aproveitamento da modalidade de guarda.

Por fim, na mudança de lares ocorrida na alternada, a guarda jurídica também se altera; já na compartilhada, independe com quem a criança esteja no momento, a guarda jurídica será sempre de ambos os pais.

Paixão e Oltramari (2005, p.50-68) sugerem esquemas de alternância da guarda física dentro do modelo compartilhado.

[...] Um dos esquemas mais populares, na classe média, é o de 10/4, com o genitor descontínuo ficando com os filhos nos fins de semana alternados e mais uma noite por semana, geralmente às quartas-feiras. Outro esquema bom é o de 9/5, que dá ao genitor descontínuo um pernoite numa semana e um fim de semana alternado de quatro dias (início na quinta-feira à noite até a manhã de segunda-feira). O genitor descontínuo deve se ocupar do filho, vendo os deveres, levando-o a uma atividade escolar ou esportiva, provendo disciplina, pondo para dormir etc. Tudo isso depende da disponibilidade deste genitor para desempenhar essas tarefas.

Há uma relevante importância na distinção existente entre guarda jurídica e física dentro do modelo compartilhado, pois a guarda jurídica envolve as decisões que os genitores devem tomar em relação aos filhos, já a física refere-se à custódia material sobre os mesmos.

Para a maior parte dos entendimentos contrários a guarda compartilhada fundam-se em entendimentos errôneos acerca deste modelo, que a confundem, principalmente, com a alternada que, como já foi objeto de estudo, é aquela em que cada genitor alternadamente detém a custódia dos filhos de forma exclusiva, com todos seus direitos e responsabilidades.

Como requisitos sócio jurídicos teremos: Guarda e proteção dos filhos na separação por mútuo consentimento e Guarda e Proteção dos Filhos na Separação Litigiosa.

a) Guarda e Proteção dos Filhos na Separação por Mútuo Consentimento

A Lei do Divórcio – Lei nº. 6515/1977 (BRASIL, 2003), em seus artigos 9º a 16, revogou os dispositivos que estavam no Código Civil de 1916, artigos 325 a 329 sobre a proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, que se mostrou injustificável. O Código Civil de 2002 disciplina a proteção da pessoa dos filhos nos artigos 1.583 a 1.590.

No pedido de separação por mútuo consentimento, os cônjuges devem mencionar a existência de filhos menores ou inválidos, dispondo não somente acerca de sua subsistência como, também, a respeito de sua guarda, criação e educação (artigo 9º da Lei nº 6.515/77). De acordo com o artigo 1.583 do Código Civil, cita Venosa (2003) que 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.

O Projeto nº 6.960/2002 de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, citado por Canezim (2005, pg. 50) acrescenta que deve ser preservado o direito dos filhos, o que se mostra óbvio e deve ser fiscalizado pelo representante do Ministério Público e pelo juiz, e este deverá procurar a melhor solução para o menor, sem olvidar-se dos sentimentos e direitos dos pais, em resumo, deve o magistrado atender a vontade dos pais conforme a declinam no desquite por mútuo consentimento. Essa decisão não faz coisa julgada, podendo ser alterada no futuro havendo a necessidade e conveniência. Modernamente, tem sido sugerida a guarda compartilhada dos filhos por ambos os pais separados ou divorciados (Lei 11.698/08), (BRASIL, 2008). Hoje, com a nova Lei da Guarda Compartilhada (13.058/14), (BRASIL, 2015), torna-se regra em nosso ordenamento jurídico.

b) Guarda e Proteção dos Filhos na Separação Litigiosa

O melhor interesse dos menores leva os Tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor, assim afirma Grisard Filho (2002) que a custódia física ou partilhada é uma nova forma de família na qual pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões.

Nada impede o juiz que defira a guarda a ambos os cônjuges, mormente se existe acordo entre eles, pois o difícil é chegar a um acordo no calor de uma separação, mas se não optarem pela compartilhada, a guarda poderá ser alterada no futuro, quando os espíritos estiverem mais pacificados e não restar dúvidas que a criança conviver com ambos genitores é um meio de manter laços afetivos entre eles, haja vista ser tão importante no desenvolvimento do adolescente, isso de acordo com a lei 11.698/08 (BRASIL, 2008).

A Constituição vigente colocou em igualdade o exercício do poder familiar por ambos os cônjuges, dispõe o Código Civil de 2002, no artigo 1.588, que o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente, caso contrário, se o padrasto ou a madrasta forem pessoas boas, porque não conhecer novos costumes e aumentar o círculo de amigos da criança.

Como se pode notar, a regra nada mais faz do que aprovar a orientação geral de proeminência do interesse dos menores em qualquer situação. Hodiernamente, o instituto da guarda compartilhada é regra, tendo em vista que os laços afetivos não morrem.

3.5. Estatuto da criança e do adolescente (ECA) e a Guarda Compartilhada

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), previsto na Lei 8.069/90 (BRASIL, 2003), tem sua origem no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

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

Este artigo foi aprofundado e inserido nos artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a reconhecê-los como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento psico-social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2003) tem como princípio a garantia dos direitos das Crianças e dos Adolescentes, como pessoas em desenvolvimento. O instituto da guarda compartilhada tem como um de seus objetivos o convívio frequente das crianças e dos adolescentes com seus pais, mesmo após a separação conjugal, encontrando no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) mecanismos legais para a efetivação da guarda compartilhada, uma vez que este instituto privilegia o direito da criança e do adolescente de ser criado no seio familiar.

Abordaremos em seguida um breve olhar dos documentos internacionais que garantem a proteção às crianças e adolescentes dos quais o Brasil é signatário, tendo em vista,

a necessidade de proteção a nível internacional, visando o caráter fragilizado e o não desenvolvimento mental e físico das crianças e dos adolescentes.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (2016) consagrou uma gama de direitos humanos, focando em justiça social a todos os países signatários.

O pacto de forma geral indaga os direitos da criança e do adolescente, mas, tratam especificamente da proteção ao direito infanto-juvenil, o artigo 4º que aborda o direito à vida “desde o momento da concepção” e o artigo 19 diz que: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (2016), tratam dos direitos da criança e do adolescente no artigo 25 que indaga “[...] A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”. E, o artigo 26 nos relata: “[...] Os pais têm um direito preferencial para escolher o tipo de educação que será dada aos seus filhos”.

A Declaração dos Direitos da Criança, Assembleia Geral das Nações Unidas (2016) proclamada pela Resolução da Assembleia Geral de 1636, de 20 de novembro de 1959, tem como base “os direitos a liberdade, estudos, brincar e convívio social das crianças que devem ser respeitadas e preconizadas em dez princípios”. São eles:

I - À igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade. II - Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social. III - Direito a um nome e a uma nacionalidade. IV - Direito a alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe. V- Direito a educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente. VI - Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade. VII - Direito a educação gratuita e ao lazer infantil. VIII - Direito a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes. IX - Direito a ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho. X - Direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos. Assembleia Geral das Nações Unidas (2016).

De modo sucinto, a criança e adolescente fruirá de todos os direitos enunciados nessa Declaração, sem exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

A Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das crianças nos anos de 1990 (2016) tem como pressuposto o “bem-estar das crianças,

propiciando a melhoria na saúde das mães e dos filhos e combatendo desnutrição, analfabetismo e a erradicação de doenças que dizimam milhares de crianças em todo o mundo”.

A Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD (2016), segundo Dutra (2006, p.32) tem como princípios fundamentais:

1) Prevenir a delinquência juvenil como parte essencial da prevenção do delito na sociedade; 2) Propiciar investimentos objetivando o bem-estar das crianças e dos adolescentes; 3) Aplicar medidas políticas e progressistas de prevenção à delinquência, 4) Desenvolver serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinquência juvenil”.

Resumindo, segundo Ferrandin (2009, p.32) “as políticas estatais de prevenção à delinquência juvenil deveriam considerar que o comportamento dos jovens que não se ajustem as normas da sociedade não resulte em tratamento indevidamente severo”.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (2016) visam “medidas excepcionais quanto a prisão do adolescente infrator”.

E, tem como objetivo estabelecer regras mínimas aceitáveis pelas Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade sob qualquer forma, compatíveis com os direitos humanos e liberdades, tendo em vista combater os efeitos nocivos de qualquer tipo de detenção e promover a integração na sociedade.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (2016), confirma em seu artigo 24 que:

Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

Toda criança deverá ser registrada após o nascimento e deverá receber um nome, e aquisição de uma nacionalidade.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça e da Juventude – Regras de Beijing (2016) não foi ratificada pelo Brasil, mas, serviu de base para o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2003).

Essas regras mínimas foram aprovadas no dia 6 de setembro de 1984, pelo Sétimo Congresso que havia recomendado a Assembleia Geral para sua aprovação. Essa Assembleia aprovou as regras em novembro de 1984 e incluiu um anexo a Resolução 40/33 onde orientaram os Estados signatários a lidar com jovens delinquentes, resguardando os direitos

que lhe assistem e assegurando as garantias básicas processuais, ajustado pela proporcionalidade quanto as medidas adotadas.

Foram estabelecidas regras compatíveis com o sistema jurídico dos Estados Membros, onde comprovou-se que jovem é toda criança ou adolescente que podia responder por uma infração de forma diferente do adulto.

Temos por infração todo comportamento penalizado com lei, sendo assim jovem infrator é aquele a quem se imputa o cometimento de uma infração ou que seja considerado culpado por ela.

Já a X Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo – Declaração do Panamá – “Unidos pela infância e adolescência, Base da Justiça e da Equidade no Novo Milênio” (2016) relata que:

Os Chefes de Estado e de Governo dos 21 países Ibero-americanos, reunidos na Cidade do Panamá, República do Panamá, nos dias 17 e 18 de novembro de 2000; convencidos de que para conseguir um desenvolvimento humano sustentável, a consolidação democrática, a equidade e a justiça social, e com base nos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, é de importância estratégica dedicar especial atenção à infância e à adolescência, decidimos, mais uma vez, examinar em conjunto, a situação das crianças e adolescentes de Ibero-américa com o propósito de formular políticas e promover programas e ações que garantam o respeito dos seus direitos, seu bem-estar e desenvolvimento integral.

A X Cúpula traz princípios e garantias, dentre elas a equidade e justiça social, educação integral, significativa e respeitosa da diversidade linguística, étnica, cultural e de equidade de gênero, que apoie o desenvolvimento humano, acesso à educação infantil e ao ensino fundamental gratuito e obrigatório amparado pelos princípios da não discriminação, equidade, pertinência, de qualidade e eficácia, dentro outros.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (2016) em seu artigo 2º revela que os Estados Partes adotarão medidas para “assegurar a proteção à criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares”.

Por fim, dando seguimento a esse capítulo, trataremos no capítulo seguinte sobre similitudes e divergências entre a Lei da Guarda Compartilhada de 2008 (BRASIL, 2008) e a nova Lei da Guarda Compartilhada (BRASIL, 2015).

CAPÍTULO 4 – Guarda Compartilhada no Ordenamento Infraconstitucional

Depois de passarmos pela família e sua evolução, abordamos o afeto e adentramos na Guarda Compartilhada, para agora tratarmos as diferenças entre a antiga e a nova Lei da Guarda Compartilhada. Nesse capítulo também estudaremos a mediação que é a intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos em um conflito, facilitando o diálogo e incentivando o diálogo inexistente, para que as partes possam resolver seus conflitos e aceitar sua continuidade de forma mais civilizada, e, por fim, faremos uma análise jurisprudencial dos casos de Guarda Compartilhada.

Essa lei mostra o quanto o homem se tornou mais participativo na vida da criança e por isso, após a separação desejam um contato mais próximo com seu filho. São homens que almejam a participação na vida dos filhos e de serem mais que pagantes de pensão alimentícia e de fazer apenas visitas quinzenais.

E, cabe ao Estado o dever de impulsionar a convivência entre pais e filhos para o desenvolvimento mental, intelectual e emocional da criança e adolescente.

A Lei da guarda compartilhada, de autoria do ex-deputado do PT de Minas Gerais, Tilden Santiago, tendo como relator substitutivo o senador Demóstenes Torres, foi sancionada no dia 13 de junho de 2008 pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula Da Silva que instituiu e disciplinou no Código Civil a guarda compartilhada para filhos de pais separados. A Lei 11.698/08 prevê que seja dada preferência a esse tipo de tutela em qualquer processo de divórcio e estabelece que a responsabilidade pela criança seja dividida de maneira igual pelo pai e pela mãe.

A Lei também prevê que o sistema de corresponsabilização do dever familiar em que os pais em caso de ruptura conjugal ou da convivência, participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como dos direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Portanto, a Lei em comento inseriu no ordenamento jurídico brasileiro alterações nos artigos 1.583 e 1584 do Código Civil.

Como marco teórico atual, a Lei 13.058/14 estabelece o significado da “guarda compartilhada” e dispôs sobre sua aplicação, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil. Essa lei trouxe novas regras a este instituto, importante para o combate da alienação parental.

A seguir, serão esboçados cada artigo da Lei da guarda compartilhada de 2008 e 2014 com suas semelhanças e diferenças.

4.1. Guarda unilateral ou compartilhada

O Capítulo XI do Código Civil trata da proteção da pessoa dos filhos nos artigos 1.583, 1.584 e 1.585 que abordaremos da seguinte forma:

O artigo 1.583 aborta que a guarda será unilateral ou compartilhada, vejamos:

A Lei 11.698/2008 (BRASIL, 2008), trouxe no:

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 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.

Sobre a lei de 2008, houve modificações do §2º sobre o tempo de convívio com os filhos, antes chamado de direito de visitas, que deve ser dividido de forma proporcional e equilibrada. E, para isso, devem os pais, possuírem acomodações para a criança ou adolescente em suas residências, pois para os filhos o essencial é se “sentirem amados pelos pais e estes não serem apenas bajuladores financeiros”, conforme cita Silva, Ana Maria Milano, (2015, p.107). A custódia física a um dos pais irá resultar ao pagamento de pensão alimentícia para o outro genitor e, o compartilhamento das responsabilidades, não desobriga o outro de tal responsabilidade.

Com a ideia de uma guarda compartilhada, o ideal é que haja o mais equilibrado possível sistema de visitas, ou seja, que a criança fique metade do tempo com cada um dos pais, mas, muitas vezes fisicamente isso não ocorre por questões da escola e de tempo em relação aos pais que, às vezes, não dá atenção para essas crianças que precisa nessa fase de desenvolvimento. Portanto, quando não há uma proporção igualitária de tempo de

convivência pode-se aplicar a guarda compartilhada, mesmo nos modelos básicos de convivência como os quinzenais, uma vez por semana e assim por diante. O ideal seria metade com cada pai, mas quando não é possível, ainda podemos ter essa modalidade de guarda, aplicada a esse caso.

O período de convivência vai ser aplicado de acordo com as necessidades das crianças com as disponibilidades dos pais, principalmente quando eles não moram na mesma cidade e a criança, nas férias, poderá passar metade com cada um, já que durante o período letivo isso não é possível.

Houve, também, uma ratificação de um texto publicado numa alteração da Lei de Diretrizes e Bases que obriga as escolas apresentarem todas as informações pedagógicas relativas as crianças, tanto para o pai quanto para a mãe, independente do modelo de guarda, que na nova lei há fixação de prazos e multas e o genitor poderá pedir informações mesmo não sendo o responsável financeiro na Instituição, podendo ser responsabilizada, civilmente, no caso de negativa.

Antes da nova lei da guarda compartilhada, a guarda unilateral deveria ser aplicada ao genitor que melhor atendesse o interesse da criança, e oferecesse a prole mais: I – afeto nas relações com os genitores e os grupos familiares; II- saúde e segurança e III- educação.

Segundo Freitas, (2008, p. 53):

O rol era qualitativo, sendo o primeiro inciso o de maior prestígio. Porém, os incisos são interdependentes, uma vez que, mesmo tendo o afeto destaque nas relações familiares, não há como negar que a guarda deva ser concedida àquele que propicie também melhores condições de saúde, educação e segurança ao filho.

Na lei 13.058/2014 (BRASIL, 2015) se torna regra o que antes era tido como exceção e, ambos os genitores, passam a exercer o poder familiar, exceto se um deles declarar ao juiz que não quer exercê-lo. E, assim dispõe sobre as modificações, alterações e inclusões, passando a vigor o seguinte artigo:

Art. 1.583.

 § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.
 I – (revogado);
 II – (revogado);
 III – (revogado).
 § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

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

A partir da Lei em comento, quando se traz à baila que a convivência será equilibrada, refere-se a superação na antiga possibilidade de fixação de “finais de semanas alternados”, o que seria 4 (quatro) dias para um dos pais em prejuízo a 26 (vinte e seis) dias da companhia do filho com o outro genitor não pode ser explicado como uma convivência equilibrada, o que passa ser a coerência do sistema jurídico.

No §3º a cidade base será a que atender melhor o interesse dos filhos e o compartilhamento poderá ocorrer, mesmo quando os cônjuges não morarem na mesma cidade. A nova redação é muito importante, pois evita aplicações equivocadas que acontecia com a Lei de 2008 e os Tribunais deixavam de aplicar a lei da guarda compartilhada a pais que morassem em cidades distintas, conforme Rosa, vejamos:

APELAÇÃO. GUARDA. MANUTENÇÃO EM PROL DA MÃE. ADEQUAÇÃO.

Caso em que os laudos de avaliação social e psicológica não apontaram nenhuma inconveniência em manter a guarda com a mãe. Ao contrário, os laudos apontaram que o menor está sendo bem atendido pela genitora, em todas as suas necessidades. Ademais, ainda que referida em lei como preferencial, a guarda compartilhada só deve ser deferida quando houver suficiente harmonia e consenso entre os genitores, acerca do exercício conjunto dos poderes familiares. Precedentes jurisprudenciais. No caso, havendo divergência e litígio entre os genitores, e inclusive residindo eles em cidades distintas, não há como concluir que a guarda compartilhada seja a forma de atender ao interesse prevalente do menor. NEGARAM PROVIMENTO (Apelação Cível n. 70043681204, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 18-08-2011). FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DE GUARDA. FILHOS MENORES SOB OS CUIDADOS DA MÃE. DISPUTA ENTRE OS GENITORES. ALEGAÇÃO DE MAUS-TRATOS. SITUAÇÃO DE RISCO NÃO COMPROVADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES E O DOMICÍLIO EM CIDADES DISTANTES SÃO FATORES QUE INVIABILIZAM A GUARDA COMPARTILHADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n. 70039372883, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 27-1-2011). (ROSA, 2015, p.77)

Para determinar a base de moradia na mesma cidade ou não, o critério estabelecido pelo legislador é o do melhor interesse dos filhos.

O genitor que desempenhar a custódia física do filho, conduzirá na obrigação de prestar alimentos ao outro progenitor. O que detém o filho em sua custódia física alcançara o atendimento das necessidades da prole de forma direta. E, mesmo depois da Lei 11.698/2008 os Tribunais não afastaram a prestação de alimentos na guarda compartilhada. Salienta ROSA (2015, p. 103):

TJRS, 7ª CC, Apelação n. 70053239927, Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 14-2-2013.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. ALIMENTOS. OFERTA. TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PAGAMENTO IN PECUNIA. REDEFINIÇÃO DO QUANTUM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) III. Deve-se preservar a situação familiar concretizada quando não há motivos relevantes para determinar a guarda exclusiva à genitora. IV. Conquanto a guarda seja compartilhada, os alimentos devem ser fixados observando-se os mesmo princípios e regras do dever de sustento dos pais aos filhos. V. A fixação dos alimentos deve atender ao trinômio necessidade/necessidade/proporcionalidade. VI. Como os pais já contribuí com os alimentos *in natura*, pois os filhos com eles residem, porquanto, é nessa morada que se alimentam, tomam banho, descansam e dormem, é prudente que os alimentos *in pecúnia* sejam, de fato, devidos pela genitora em valor a ser depositado diretamente na conta corrente do pai. VII. Sopesando a ausência de provas dos eventuais proventos da alimentante e o dever de ambos os pais de prestar alimentos à prole, aliados ao fato de que o genitor dispõe da condição econômica mais favorecida que a mãe dos menores, a definição dos alimentos em 20% (vinte por cento) do salário mínimo vigente atende, por ora, ao trinômio possibilidade/necessidade/proporcionalidade. VIII. As decisões sobre alimentos não estão sujeitas à coisa julgada material, podendo ser redefinidas sempre que houver alteração nas condições do obrigado a prestá-los, ou necessidades dos alimentados (TJMG, Apelação Cível 1.0024.11.200079-9/001, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Washington Ferreira, julgado em 20-8-2013).

A pensão alimentícia tem o binômio necessidade/disponibilidade, mas a doutrina moderna discute um trinômio, ou seja, uma necessidade de proporção. Deve-se eleger quem seja o responsável financeiro pela criança e como a guarda será compartilhada, há uma diminuição nas despesas ordinárias (alimentícia por exemplo), pois fica metade com cada um. Mas, as despesas maiores como o caso de moradia, vestuário entre outros serão discutidos independente do modelo de guarda, por isso deve-se eleger quem será o responsável para pagar a escola, para comprar as roupas e todas as demais despesas, dessa forma, correlaciona quanto ganha o pai e a mãe e quanto a criança precisa e então teremos uma contribuição proporcional para melhor cuidar da criança.

De acordo com Dias, no Agravo de Instrumento 70016420051 descreve que:

GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Ademais, não mais residindo a filha com o genitor, cabível que este passe a alcançar-lhe alimentos, até porque as despesas da menina eram arcadas integralmente pelo alimentante. Agravos desprovidos. (DIAS, 2016).

A doutrina e jurisprudência constitui que o valor máximo seria de 30% do rendimento do alimentante e nossa legislação não estabelece um valor como parâmetro.

Mesmo que nas férias o genitor não guardião fique em companhia do filho, permanecem os alimentos que estão fixados, pois por mais que o filho esteja sendo cuidado em todas suas necessidades, o outro genitor possui despesas fixas como escola, cursos, esportes, etc.

Descreve o artigo 229 da Constituição Federal a obrigação dos pais em favor dos filhos. Narra o artigo 1.566, IV e 1.568 do Código Civil e artigo 22 do ECA, o dever de sustento entre pais e filhos. O genitor deve contribuir na proporção de seus recursos (artigo 1.703 do Código Civil), podendo pagar pensão ou hospedagem e sustento, sem prejuízo de prestar o necessário à sua educação, enquanto não completar 18 (dezoito) anos (artigo 1.701 do Código Civil).

As necessidades da criança e adolescente são presumidas, pois sabe-se que precisam de alimentação, vestuário, educação e lazer. Atendendo ao binômio necessidade-possibilidade (artigo 1.694 do CC), se o filho possuir necessidades especiais, há de se comprovar nos autos da ação de alimentos para que haja uma fixação diferenciada.

Quanto ao §5º, cabe ao pai ou a mãe que não detiver a guarda supervisionar os interesses dos filhos e, qualquer dos pais poderá solicitar informações de contas objetivas ou subjetivas em assuntos que afetem a saúde física, psicológica e educacional da criança. Nesse parágrafo, antes da nova lei, o pai não guardião precisava de ordem judicial, e com a lei não é mais preciso, ele está exercendo o direito dele.

Com isso, qualquer dos genitores será parte legítima para requerer informações sobre a saúde física, psíquica e educacional da criança. E o outro genitor da guarda unilateral terá a faculdade de promover escolhas da vida da prole sem examinar o ex-cônjuge, pois existe o direito do outro ser informado sobre a vida do filho.

Impedir a propositura da prestação de contas poderia colocar em perigo os interesses das crianças e adolescentes que devem ser tutelados de forma integral, com isso, na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente é reconhecida ao genitor-alimentante a

legitimidade para requerer a prestação de contas do genitor que detiver a guarda e estiver administrando a importância paga a títulos de alimentos.

Cabe ao próprio filho a exigência da prestação de contas em relação à pensão alimentícia e o genitor tem o dever legal de zelar pela proteção do filho e o dever de fiscalizar a verba alimentar destinada ao seu sustento e, de acordo com o artigo 1.692 do Código Civil, quando houver colisão de interesses entre pais e filhos, a requerimento do promotor, o juiz nomeará curador especial.

No direito de fiscalização da guarda, criação, sustento e educação do filho atribuído ao genitor ou terceiro está evidente a faculdade de reclamar em juízo a prestação de contas do que exerce a guarda do filho sobre o alimentante. Reduzir a possibilidade do detentor da guarda unilateral mostra-se contrária o que dispõe o artigo 1.583, §1º, que estabelece a corresponsabilização de ambos os pais no exercício do poder familiar.

A nova lei afastou as barreiras da fiscalização que poderiam ser impostos por aqueles que administram, de forma aventureira, a verba alimentar destinada aos filhos.

Conforme dispõe a redação do artigo 1.584 da Lei 11.169/2008, a guarda unilateral ou compartilhada poderá ser:

Art. 1.584:

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 a 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 a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência, considerados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. ”

Como pode ser visto, transferimos o artigo citado acima, e a seguir, comentaremos seus parágrafos. Com as modificações vindas com a nova lei, no § 2º, a guarda compartilhada

se torna regra, salvo se o juiz entender que não é interesse do menor ou se um dos pais não puder exercê-la. Apenas quando um dos pais se manifestarem pela guarda unilateral, o magistrado não poderá impor o compartilhamento, caso somente um dos pais não aceite, deve ser determinada de ofício ou a requerimento do promotor, se esta for a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para buscar o que leva esse genitor a revelar seu desinteresse, o que impediria até uma alienação parental quando a guarda se dá unilateralmente.

O que difere da lei anterior que dizia que a guarda compartilhada, sempre que possível, será aplicada a ambos os genitores, mas, a lei de 2008 foi equivocada ao se referir que só seria possível com o acordo de ambos os pais.

Discorre Pereira (2013, p.97):

Ora, os filhos de pais que mantêm o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre a guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos.

Quando os pais se respeitam não precisam da justiça para formalizar acordos, diferente de uma separação litigiosa, onde os verdadeiros prejudicados são as crianças, por isso, o Estado, dá a esse pai, a chance de conviver de forma compartilhada com seus filhos após a separação, pois com a nova lei se torna regra a imposição dá guarda compartilhada, salvo, se os pais acordarem de outra maneira.

Nesse mesmo sentido, Thomé, (2013, p. 17640) defende que:

A família brasileira já estava apta para essa nova forma de arranjo parental como regra geral, independente do consenso, e que cabe todos que militam na vertente das relações familiares inaugurar essa mudança de paradigma de forma e valorizar o interesse primordial da família e sua finalidade de acolhimento e proteção a cada um de seus membros, de forma singular e prioritária, pois os filhos desejam o convívio diário e permanente com seus pais, mesmo após a separação, e os pais desejam a proximidade intensa e direta no desenvolvimento dos filhos.

Dessa maneira, ao ser compartilhado a guarda, pai e mãe pode e deve ter contato diário com o filho e participar igualmente na sua vida diária.

Nenhum juiz deixa de aplicar a guarda compartilhada pelo fato dos pais não concordarem. Nesse sentido, o julgamento do Recurso Especial 1.251.0 de Minas Gerais, pela

Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrigli, em 23 de agosto de 2011, foi um divisor de águas a respeito da matéria. Segundo o julgado:

A “inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole”. (ANDRIGHI, 2016).

A lei da guarda compartilhada visa proteger e dar garantias de convivência familiar ao menor e não a seus pais, a criança como sujeito de direitos que deve ser privilegiada no calor de uma discussão, e com o tempo, quando o espírito estiver mais aflorado, vão saber que fizeram o melhor para a criança, o principal beneficiado.

Esse entendimento do citado Recurso Especial foi mantido em novo julgado da Corte em 2014 que diz:

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis atuais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que exista para a proteção da prole. (...) (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1428596/RS, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 3-6-2014, DJe 25-6-2014).

Nos dias atuais, com a Lei 13.058/14, a guarda compartilhada se torna regra em nosso ordenamento jurídico e o Juiz, com base no §2º do artigo 1.584, deve aplicar a guarda compartilhada, mesmo sem consenso, e ambos os genitores poderão exercer o poder familiar, exceto se um deles declarar ao magistrado que não deseja a guarda do filho. Vejamos:

Art. 1.584.
.....

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento

do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico – profissional ou de equipe interdisciplinar que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

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

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

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

Mesmo com a falta de um dos genitores a regra será aplicada. Um exemplo disso pode ser encontrado nos Tribunais carioca e mineiro, antes da Lei nº. 13.058/14 já estabeleciam a guarda compartilhada entre avó materna e o pai, mesmo residindo em cidades diferentes, assim Conrado Paulino da Rosa, (2015, p.86) cita em sua obra:

[...] 3. *In casu*, a solução mais adequada, por ora, é manter os menores com a avó materna, mas estabelecendo-se a guarda compartilhada e ampla visitação do pai, para fortalecimento gradual dos vínculos familiares. 4. Provento do recurso” (TJRJ, Agravo de Instrumento0020366-70.2014.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Relator: Des. Luciano Rinaldi, julgado em 27-8-2014).

[...]A regra é que se mantenha a guarda com um dos genitores. Comprovado, porém que a avó materna já mantém a guarda de fato, criando, educando e ficando com as netas durante todo o dia, e que o seu filho, pai das crianças, contra quem nada se apurou, com ela também mora, chegando, porém, somente à noite, revela-se prudente deferir a ambos a guarda compartilhada. Se é a avó que os cria, que está ao seu lado diuturnamente, na rotina e nas dificuldades do dia a dia, deverá ter meios legais para enfrentar as dificuldades diárias e rotineiras, seja perante terceiros, seja perante a escola ou em qualquer situação imprevista que surja nesse mister, o que recomenda, neste caso especial, a guarda compartilhada entre pai e avó paterna das crianças (TJMG, Apelação Cível 1.0702.11.039713-1/001, Relator: Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível, julgado em 29-7-2014).

Conrado Paulino da Rosa, (2015, p. 87), relata em seu livro o Julgado da Casa da Justiça paulista, que compartilhar a guarda entre tio materno e pai é uma solução adequada, tendo em vista, que prevalece o vínculo afetivo após o falecimento da mãe do menor, e que também é uma forma de continuar a relação familiar com a família materna, vejamos:

MODIFICAÇÃO DE GUARDAS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS
– PRETENDIDA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORA E
TIO MATERNO – TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA –

INSURGÊNCIA DO PAI – Adolescente que externou o desejo de continuar sob os cuidados do tio, especialmente após o falecimento da genitora. Interesse superior a ser respeitado. Restabelecido o regime de visitas anteriormente acordado. Necessário oportunizar aos envolvidos o fortalecimento dos vínculos afetivos. Recurso provido em parte (TJSP, 8ª Câ. De Direito Privado, AI n. 515.337-4/2-00-São Paulo-SP, Rel. Des. Joaquim Garcia, j. 18-3-2009).

Hodiernamente temos compartilhamento de animais de estimação, como ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro um caso em que um casal separado brigava pela guarda do cão de estimação. Na decisão, a guarda de Dully, da raça Coker Spaniel e de idade já avançada, foi dada à mulher. E, o ex-companheiro dela conseguiu garantir o direito de ficar com o *pet* em fins de semana alternados. A decisão é da 22ª Câmara Cível do TJ-RJ. Ressalta-se que famílias que se referem a cachorros como se fossem seus próprios filhos

Na decisão, o desembargador relata a existência de um projeto de lei em curso na Câmara dos Deputados sobre essa questão, que diz que, quando for decretada a dissolução da união estável, a separação judicial ou divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais será atribuída a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável. Souza cita em seu artigo que a “proposta 1.058/2011, do deputado Dr. Ubiali (PSB/SP), dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores”. O texto encontra-se, atualmente, na mesa diretora da Câmara. Nessa linha de raciocínio, Souza (2016) indaga que:

Posse compartilhada

A discussão sobre a guarda de Dully chegou à 22ª Câmara Cível por um recurso do ex-companheiro. Ele e a mulher se separaram após conviverem por 15 anos. Ele não contestava a divisão dos bens imposta pela primeira instância. Sua única reivindicação era a guarda do cãozinho, dada à ex-companheira.

O apelante alegou que foi ele quem deu Dully a ex-mulher. O presente tinha o objetivo de animá-la pelo aborto que sofrera. Ele alegou que sempre cuidou do cachorro: levava-o para passear e para as consultas ao veterinário. Disse também que era ele quem sempre arcava com os custos do animal.

Não convenceu. “Infere-se que a parte autora, de fato, logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully, através do atestado de vacinação, no qual figura como proprietária a apelada, bem como pelos receituários e laudos médicos (...) sendo certo que o réu apelante não carrou aos autos qualquer documento capaz de informar tais provas”, afirmou o relator no acórdão.

Mesmo assim, o colegiado alterou a decisão de primeira instância. “Verifica-se que a presente demanda versa, em suas 160 páginas, sobre o cachorrinho Dully, ressaltando-se o papel que ele representava para a entidade conjugal e

o manifesto sofrimento causado ao apelante em decorrente de tal desalijo”, constatou o relator o caso.

A saída foi compartilhar a posse do animal. “Atento a todos os parâmetros até aqui apresentados, aos quais acresço o fato de que o animal em questão, até por sua idade, demanda cuidados que recomendam a divisão de tarefas (...) que seja permitido ao recorrente ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 8h de sábado, restituindo-lhe às 17h do domingo, na residência da apelada”.

No §3º, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, para estabelecer as atribuições de pai e períodos de convivência, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar e deverá visar a divisão equilibrada de tempo com o pai e com a mãe.

Psicólogos e Assistentes sociais atuarão no processo como auxiliares do Juízo e, quando se tem atuação desses profissionais os pais são, obrigatoriamente, exigidos a fazer o chamamento deles com as regras da perícia (questionamentos) entre outros.

Tanto o acompanhamento terapêutico como as sessões de mediação são fundamentais para a proteção integral da criança. Com isso, o processo ficará suspenso até a conclusão dos trabalhos, na mediação uma das inúmeras vantagens, além do dever de vigilância, serão os acordos temporários que podem ser combinados em cada uma das sessões, seu cumprimento e demais adaptações.

Quando no §4º, a alteração não for autorizada e houver o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar em redução de prerrogativas ao seu detentor. Como por exemplo, quando um dos genitores se opor a trocar o fim de semana que ficaria com o filho de forma injustificada, ou seja, existindo a falta de observância do que foi estabelecido poderá ocorrer sanções ao genitor renitente. Isso existe desde a Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008) que, ao inserir o §4º no artigo em comento, trouxe, ao ordenamento jurídico, que o descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada implicaria em redução de prerrogativas, inclusive nas horas de convivência com o filho.

Com a nova lei 13.058/14 (BRASIL, 2015), suprimiu-se a restrição de tempo e manteve-se a possibilidade de redução de prerrogativas. A lei não estabelece quais são as reduções de prerrogativas, mas, o descumprimento das funções parentais injustificado não permite que o progenitor que descumpra alguma responsabilidade permaneça ileso, porém, tudo que estiver ao alcance do Poder Judiciário deverá ser feito, para proteger a doutrina de

proteção integral, fundamentada no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 2003) e no artigo 4º do ECA (BRASIL, 2003).

E mais, o descumprimento injustificado do dever do guardião em proporcionar uma convivência saudável a criança ou adolescente viola direitos e ocorre abuso do poder familiar, o que autoriza aplicações de medida de proteção para fortalecer os vínculos familiares, artigos 98, II e 100 do ECA, autoriza, também, medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no artigo 129 da Lei n. 8.069/90, tais como advertência, encaminhamento a orientação psicológica, modificação de guarda e em casos mais graves suspensão ou perda do poder familiar (artigos 22 e 24 do ECA).

O §5º continua com a mesma redação da lei anterior, qual seja, quando o juiz verificar que nenhum dos pais tem compatibilidade de cuidar do filho, deferirá a guarda a quem revele compatibilidade, considerando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. A escolha do guardião dependerá das escolhas de cada caso e pode ser concedida aos avós, tios e ao irmão mais velho, e os integrantes da família extensa tem prioridade de assumir a responsabilidade, conforme previsto no artigo 25, parágrafo único do ECA.

Como última medida, o ECA (BRASIL, 2003) em seu artigo 34, § 1º, quando encontra a criança e adolescente em situação de risco, a insere em programas de acolhimento familiar ou institucional, de caráter provisório ou excepcional utilizados para reintegrar à criança e adolescente na família e em último caso em família substituta, é a chamada Guarda Institucional.

O §6º foi incluído com a nova lei e estabelece aplicação de multa diária em caso de algum estabelecimento público ou privado negar a prestação de informação aos genitores sobre seus filhos.

No artigo 1.585 do Código Civil trataremos sobre a Guarda Compartilhada e sua liminar.

Em sede de medida cautelar de separação de corpos, de guarda ou de fixação de liminar de guarda, a decisão sobre a guarda da criança, mesmo que provisória será proferida após a oitiva das partes, perante o juiz, exceto, se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte. Assim dispõe o citado artigo:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (NR).

O Documento Cartilha Guarda Compartilhada (2016), pondera que em situações urgentes:

Decisões judiciais urgentes sobre guarda de filhos, mesmo que provisórias, serão tomadas preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz. Se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem ouvir a outra parte em juízo, esta deve ser analisada sob a ótica da aptidão do pai e da mãe para exercer o poder familiar e seu interesse em exercer a guarda, com base no relatório da equipe multidisciplinar à disposição do Juízo.

O artigo em comento, após a nova lei da guarda compartilhada, seja em sede de medida cautelar de separação de corpos, cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre a guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida “preferencialmente após a oitiva de ambas as partes pelo juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva deles”.

O processo judicial acompanhado do tratamento analítico pode servir para barrar a discórdia entre os ex-cônjuges para que acabem com o vínculo rancoroso e deem espaço à compreensão.

A convenção dos Direitos da Criança da ONU, em seu artigo 12, segundo Silva (2015, p.54) ressalta o direito do menor de serem ouvidos e expressarem sua opinião.

Temos como infrações/sanções:

Falta Grave - são usadas nos casos de decisões emergenciais (verossimilhança e periculum in mora – artigos 798 e 273 do CPC) – liminares (situação de risco e efeitos irreversíveis, maus-tratos, abusos sexuais, violência física/psíquicas, extravio de menor, etc.). Tem prioridade na tramitação/ mandado de constatação/ medidas de segurança. Ex.: visitas monitoradas ou supervisionadas.

Em caso de má-fé do denunciante cabe revisão da guarda combinado com o artigo 187 do Código Civil/ Lei 12.328/10.

Culpa Grave - Quando ocorre a perda da guarda e do direito de visita.

Multas - Para que se estimule o cumprimento voluntário.

Modificação da Guarda - A sentença homologatória de guarda não transita em julgado, ou seja, pode ser revisada a qualquer tempo, pois busca o melhor interesse do menor, artigo 1.584, § 5º do Código Civil.

Não cabe punir infrações de baixo potencial (ofensa aos direitos de paternidade e ao dever), direito de convivência.

Indenização - Cabe danos morais nos casos de lesão aos direitos da personalidade-condenação pecuniária (fato objetivo - conduta negligente - abalo psíquico, deformidade moral (provas, perícia) - reparação de danos/ artigo 5º, V e X da Constituição Federal c/c o artigo 186 do Código Civil).

4.2 O Poder Familiar na Guarda Compartilhada

O artigo 1.634, do Código Civil (BRASIL, 2002), entre outros fatores, preceitua nos seguintes incisos:

I) dirigir-lhes a criação e educação (Há previsão no artigo 22 do ECA e também no artigo 55 que estabelece obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino).

Houve alteração do artigo 12 da Lei n. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para obrigar os estabelecimentos de ensino a informarem ambos os pais ou o responsável legal no caso de terceiros, conviventes ou não com seus filhos, sobre a frequência e rendimento no colégio e a execução da proposta pedagógica da escola, para que o pai e a mãe possam participar da vida escolar de seu filho e fiscalizar o estabelecimento de ensino. Vale lembrar que com essa alteração legislativa, a obrigação alcança toda instituição, seja de ensino, de idiomas, músicas, esportiva, associativa, etc.

Uma conduta típica da alienação parental refere-se à omissão de informação a respeito do dia-a-dia da criança, segundo o artigo 2º, parágrafo único, V, da Lei n. 12.318/2010, visa diminuir tais conflitos.

De acordo com os artigos 384, I e 1.634, I do CC, 4, 19, 22, 33, 53 e 55 do ECA (BRASIL, 2003) e 229 da CF (BRASIL, 2003), cabe a ambos os pais a criação e educação dos filhos para atender as necessidades materiais e morais do menor e, se não cumpridos, cabe ao Estado obrigá-los para o exercício desse dever.

Também compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação, provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Cabe-lhes, ainda, dirigir espiritualmente e moralmente os filhos, formando seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa. Cumpre-lhes capacitar a prole física moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 1º, 3º, 4º e 15). A norma jurídica prescreve que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, mas nada dispõe sobre o modo como devem criá-los e, muito

menos, como devem executar os encargos parentais. Isto é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso e pelos laços afetivos que unem seus membros, assim como pela conveniência das decisões tomadas.

Expõe Madaleno, (2008, p. 275) que “na guarda compartilhada não interessa quem detém a custódia física do filho, porque não se conta o tempo de custódia, na qual tratam ambos os pais de repartir suas tarefas, e assumem responsabilidade pela criação, educação e lazer”. Nessa mesma acepção arrazoá Akel (2010, p.108) que “por compartilharem a guarda presume-se que as decisões relativas à educação são tomadas em comum pelos pais, que desempenham papel efetivo na formação diária dos filhos”. E, caso haja erro, da mesma forma, presume-se que o erro ou falha na educação e vigilância das crianças recaia sobre os dois, mesmo que a guarda física ou material permaneça apenas com um deles.

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (Código Civil, artigo 1.638, II) e sofrerão as sanções previstas no Código Penal (artigos 244 e 246) para o crime de abandono material e intelectual dos menores.

Sendo a guarda compartilhada um sistema de corresponsabilização, assegura a participação dos pais na formação e educação do filho, desde a simples tarefa, leva-los e busca-los na escola, participar das atividades e reuniões, ou seja, ter uma vida normal com a criança, o que não acontece quando são estipuladas visitas quinzenais em outros tipos de guarda.

Essa preocupação com a formação dos filhos pode ser justificada pelo valor da educação na vida de cada sujeito. Por isso é imposta como direito fundamental, por ser essencial e indispensável para valorizar o potencial do ser humano em todas as fases de sua vida. Nessa mesma linha de raciocínio Miranda (2012, p.219) discorre que “A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, e ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Deve-se constar no contrato de prestação de serviços da escola, que se ocorrer qualquer modificação na família, como um divórcio ou separação, terá que ser comunicado junto com a cópia da decisão judicial que deverá ser fornecida ao colégio, no ato da matrícula, pois, quando a criança tem a guarda compartilhada, ambos os pais têm direitos e deveres sobre o menor, podendo participar de tudo no estabelecimento educacional. O professor ao saber que a guarda é compartilhada e ambos os pais podem ter acesso ao filho, não precisa se preocupar com os conflitos familiares e como isso poderia afetar à aprendizagem.

Sanches (2010, p.11) disserta que:

Observando o processo de abertura da educação a novos sujeitos, resultado de grande movimentação social, é preciso ao docente reconhecer as características de seus alunos e buscar novas posturas pedagógicas para provocar aulas revestidas de maior qualidade e eficácia, contribuindo para promover mudanças positivas com vistas a atender às demandas das sociedades contemporâneas.

Nessa perspectiva, o espaço físico da sala de aula deixa de ser um espaço aglutinador e difusor de conteúdos sob a forma reprodutiva, de um saber instituído sem questionamentos, para se transformar em espaço-cidadão de discussões sobre os conflitos sociais para a construção de novas práticas em busca de oportunidades e alternativas para resolvê-los.

A escola é um local onde a criança passa muito tempo e, por isso, também, precisa ser um ambiente harmônico e afetivo para beneficiarem tanto os pais quanto os filhos. Nessa linha de raciocínio Tiba (1996, p.67-140) defende:

A afetividade da escola com a família em benefício das crianças é algo essencial, pois enquanto os pais devem proteger seus filhos e educá-los para a vida, a escola é instituição qualificadora para a vida em sociedade. Desta forma, a participação dos pais/educadores na afetividade das crianças é fator essencial para o alcance dos objetivos traçados na educação.

O professor deve compreender seus alunos como únicos e permear suas ações de afetividade, pois cada criança tem um ritmo de aprendizagem o que deve ser notado e instigado por seu professor.

É na escola que vivemos os melhores anos de nossas vidas, quando crianças e jovens. Gadotti (2007, p.11) nos ensina que:

A escola é um lugar bonito, um lugar cheio de vida, seja ela uma escola com todas as condições de trabalho, seja ela uma escola onde falta tudo. Mesmo faltando tudo, nela existe o essencial: gente. Professores e alunos, funcionários, diretores. Todos tentando fazer o que lhes parece melhor. Nem sempre eles têm êxito, mas estão sempre tentando. Por isso, precisamos falar mais e melhor de nossas escolas, de nossa educação.

Logo, a educação básica é resultado de um processo de realização do que é “essencial, permanente, transitório para que um cidadão exerça a cidadania e construa um projeto de vida, considerando as dimensões individual e coletiva, para viver bem em sociedade”. GADOTTI (2007, p.11)

Nas palavras de Libâneo:

“O professor precisa, portanto, de uma teoria que explicita a direção pretendida para a tarefa educativa de humanização do homem, extraída de

uma concepção de educação enquanto prática social transformadora.”(LIBÂNEO, 2006. P. 78).

Nesse diapasão, para Libâneo (1994, p.152): “[...] na educação escolar democratizam-se os conhecimentos e é na escola que se adquire conhecimentos científicos que formam a capacidade de pensar os problemas e desafios postos pela realidade social”. Deve-se ter uma elaboração de crianças e jovens para a compreensão mais extensa da realidade social, para que se tornem ativos de transformação dessa realidade.

É de se notar que quando não está bem em casa não podemos aprender na escola, se já é difícil para um adulto imaginemos, então, como interfere na vida de uma criança, ser ainda imaturo, uma separação onde os pais o disputam, sendo que poderiam compartilhar a guarda, e, se o professor o ajudasse em sala de aula, seria bem mais fácil para ele e para o processo de aprendizagem.

Nessa entoação Rossini (2003, p. 15-16) reflete que o desenvolvimento da criança ocorre melhor quando se tem:

[...] oportunidade de desenvolver sua afetividade. É preciso dar-lhes condições para que seu emocional floresça, se expanda, ganhe espaço. A falta de afetividade leva à rejeição aos livros, à carência de motivação para aprendizagem, à ausência de vontade de crescer.

A formação da criança começa na família, onde tem um processo de humanização e, torná-la livre, é uma passagem essencial que busca fazer da criança um jovem civilizado e a escola tem papel fundamental nesse procedimento.

Brabo (2016, p.02) nos alerta que:

A educação, entendida no seu sentido amplo de formação para a cidadania, pressupõe que as relações sociais presentes no cotidiano escolar devem ser inspiradas nos princípios democráticos. Concebendo que só se aprende a cidadania e democracia, vivenciando-as no cotidiano, dois âmbitos do processo de ensino-aprendizagem devem ser considerados: o do conhecimento e o das relações interpessoais que, se pretender democrática, pressupõe divisão do poder, ação motivadora e facilitadora da participação nos órgãos colegiados, onde há possibilidade de ação coletiva. Assim, o ensino deve também contemplar temas que envolvam as questões de gênero, visando a mudanças referentes a preconceitos e estereótipos, no sentido de formar crianças e jovens que respeitam o/a outro/a como sujeito de direitos.

Com a separação dos pais, os filhos não podem ser penalizados, pois quem se separam são os cônjuges e não o pai do filho, a mãe do filho, que devem participar em todos momentos da sua vida.

Os filhos não são objetos e sim sujeitos protagonistas da educação, e o processo de desenvolvimento deve respeitar individualmente. Pode ser dito que o limite da liberdade educacional reconhecida aos pais é a dignidade de sua prole.

No referido artigo 1.634, ainda observamos os seguintes incisos, que explicaremos a seguir:

II) exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584, a nova lei da guarda compartilhada traz como regra o compartilhamento de ambos os pais, exceto se um deles renunciar esse direito ou o magistrado entender pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que deva ser unilateral.

III) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem. O Judiciário será chamado em caso de divergências dos pais (artigos 1.517, parágrafo único e 1.631, parágrafo único do Código Civil), a denegação do consentimento quando injusta poderá ser suprida pelo magistrado (artigo 1.519). O processo de validação do casamento é válido por 90 (noventa) dias, logo, até a celebração, os pais, tutores ou curadores podem se arrepender e revogar a autorização (artigo 1.518).

IV) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, conforme dito no Capítulo I, esse inciso tem embasamento nacional fundamentado no código civil, mas, já era exigido nos artigos 83 e 84 do ECA.

V) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência para outro Município, esse inciso também veio como novidade no Código Civil. O consentimento para mudar o município de residência dos filhos encontra guarida no âmbito da regulamentação da guarda, como indica a regra do artigo 8º da Lei 12.318/10 (Lei de Alienação Parental), que afasta a relevância da mudança de domicílio dos filhos como critério para a determinação de competência territorial em ações que envolvam convivência familiar.

VI) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se for o outro dos pais que não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. A faculdade de nomear tutor é de pouca utilização prática, objetivando o cuidado com a prole, mormente na morte do progenitor. O filho deve ser representado até que se complete 16 (dezesesseis) anos. Dessa idade até os 18(dezoito) anos, os menores são assistidos. Essa regra é repetida pelo artigo 1.690 do Código Civil, onde o ato praticado por menor absolutamente incapaz sem representação é nulo e ato praticado por menor relativamente incapaz sem assistência é anulável.

VII) representá-los judicial e extrajudicialmente até os dezesseis (16) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o

consentimento – ocorre impugnação judicial, caso exista discordância entre os pais, para evitar a perpetuação ou anulação do ato, previsto também no artigo 1.690 do Código Civil.

VIII) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha-os pais tem o direito de ter os filhos consigo para concorrer na criação da personalidade deles e protege-los. Mas, os filhos também podem ficar com terceira pessoa desde que tenham a concordância de seus pais, pois, caso não tenham a situação será ilegal, permitindo aos titulares do poder familiar retirarem de quem os detenham e reintegra-los em seus convívios, sob pena de busca e apreensão.

IX) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. A Carta Magna em seu artigo 7º, XXXIII proíbe que os menores de 16 (dezesseis) anos trabalhem, salvo na condição de aprendiz, mas veda o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos, e quem fiscaliza é o titular do poder parental.

Observa-se que são conferidos, aos pais, os poderes-deveres da formação moral, formação integral, objetos da educação no lar e fora dele. Cabe aos titulares do poder familiar o usufruto e administração dos bens dos filhos (art. 1.689 do C.C). Ambos os genitores decidem em comum questões relativas aos filhos e seus bens e no caso de divergência devem recorrer ao magistrado (artigo 1.690 do C.C). Nos interesses da prole, os pais não podem alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair obrigações que ultrapassem a administração (artigo 1.691 do C.C). Aos administradores cabem a conservação, melhoramento e aplicação de rendimentos. Se houver necessidade de venda de imóvel para custear tratamento de saúde ou interesses de saúde os pais poderão requerer autorização do juiz, e conforme dispõe o artigo 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), o procedimento de autorização será de jurisdição voluntária.

Poderá ser declarado nula por iniciativa dos filhos, herdeiros ou representante legal da criança ou adolescente (artigo 1.691, parágrafo único) e não corre prazo prescricional entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, I do C.C.) e contra absolutamente incapazes (artigo 198, I do C.C). Quando houver conflito de interesses entre pai e filhos, no poder familiar, a requerimento do Ministério Público o Juiz lhe nomeará curador especial. (artigo 1.692 do C.C).

Não se reduz a autoridade dos pais, nem por uma pretensão jurídica exigível a seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição. A autoridade parental é buscada no diálogo de ambos e do processo de educação entre pais e filhos.

4.3. Mediação

Há indícios da mediação 3000 a. C. na Grécia, Egito, Assíria, Babilônia, nos acontecimentos entre Cidades-Estados. Também era usada nas culturas judaicas, cristãs, islâmica, hinduísta, budista, confucionista, indígenas, dentro outras.

Havia previsão na antiga Roma do procedimento *in iure*, cujo significado é na presença do Magistrado, e o *in iudicio*, cuja acepção é na presença do mediador ou árbitro. Já no ordenamento ático e mais tarde no romano republicano, a mediação era regra de mera cortesia.

Nos revela Moore (1998) que “as tradições judaicas de solução de conflitos foram transportadas para as comunidades cristãs emergentes, que olhavam Cristo como mediador supremo”. A igreja católica na Europa Ocidental e a Ortodoxa no Leste Mediterrâneo foram as mais destacadas instituições de mediação e era responsabilidade do clero a mediação em contextos familiares, criminais e contentas diplomáticas entre os nobres.

Na China a mediação iniciou-se como cerne do pensamento de Confúcio que buscava a harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens, e o consenso das relações sociais estava em primeiro plano, dessa forma, quando havia algum contratempo era raro ocorrer a condenação, sanção ou decisão desobedecendo a estabilização das partes, todos eram ouvidos e buscava-se a solução mais benéfica.

O que se sabia sobre Confúcio é que ele teria nascido em 551 a.C. e morrido em 479 a.C. com 72 anos. Era de origem nobre, porém de família humilde.

Nasceu no Estado de Lu, na moderna Xantum. A China Imperial passava por grandes mudanças tanto na economia quanto na sociedade e a miséria entre os ricos e os pobres só aumentava.

Confúcio estudou na capital imperial de Zhou, quando retornou a Lu, tornou-se professor. Com 35 anos de idade, sua carreira de professor foi interrompida por uma guerra, conduzida pelo Duque Chao do estado de Lu. Nessa época ele foi chamado a exercer funções políticas, como conselheiro político do então Duque Chao.

Mas, esgotado das confusões da Corte, trocou a vida política pelo ensino. Aos 50 anos, retornou as funções políticas, como Ministro da Justiça do estado de Lu. Com 56 anos consegue ser Primeiro Ministro. Já com 60 anos, deixa a política e viaja pela China acompanhado dos seus discípulos.

Em uma de suas viagens foi preso e envolveu-se em lutas de senhores da guerra rivais. Aos 67 anos de idade voltou a Lu, passando o resto dos seus dias como professor. Confúcio era visto como um manipulador de crenças antigas.

A mediação era a forma mais corriqueira de resolução de conflitos nas comunidades chinesas, pois prevalecia a convivência familiar e o chefe de família se aproveitava de sua sabedoria para solucionar esses conflitos.

Conforme as cidades foram desenvolvendo e as famílias desaparecendo, a mediação tornou-se infrequente, pois as pessoas eram estranhas umas com as outras na comunidade.

Então ocorreu a mudança dos sistemas informais pelos formais de resolução de conflitos, dando lugar ao Judiciário, que decidia não pelo sistema de ganhos mútuos como na mediação, mas através do sistema de perdas e ganhos, abolindo com a probabilidade de pactos.

Na década de 1970, os Estados norte-americanos verificaram que parte dos processos dos gabinetes dos Juízes podiam ter uma tramitação direta em uma negociação ou em um conflito entre seus membros, feita por um terceiro com um poder de decisão limitado que ajudaria as partes chegarem a um acordo, a isso deu-se o nome de mediação.

Em seguida, a mediação desenvolveu-se no Canadá, abordou a Europa, chegou à França, Inglaterra, Espanha e outros países, e somente mais tarde, chegou ao Brasil.

A mediação familiar versa em auxiliar famílias nos problemas cotidianos, nas partilhas de bens, nos alimentos e atua nos conflitos cíveis e penais.

São finalidades da mediação familiar, de acordo com Calmon (2013, p.122):

Oferecer à família um contexto estruturado, no qual o mediador possa apoiar os familiares na gestão do conflito, com a vantagem da capacidade de negociar o acordo; facilitar a procura das soluções mais apropriadas à especificidade da sua situação e dos seus problemas por todos aqueles aspectos que se relacionam a relação afetiva.

Os objetivos da mediação familiar, segundo relata Calmon (2013, p.122) são:

A continuação das pacíficas relações conjugais e paternas, para a manutenção da estabilidade e de significativos relacionamentos conjugais e paternas; a responsabilidade conjunta nas decisões a serem tomadas em relação aos filhos; o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais junto aos filhos; a comunicação entre os genitores para levarem adiante um projeto educativo compartilhado; a colaboração dos pais na gestão dos filhos; o clima de confiança recíproca que permita manter um nível de respeito recíproco entre os pais.

Se estende a mediação familiar aos conflitos entre ex-cônjuges, enteados e famílias por afinidade.

O mediado, pessoa isenta e devidamente capacitada atua de forma técnica para facilitar a restauração do diálogo entre os litigantes, ou seja, entre os casais que desejam dar um fim ao casamento.

Em relação à guarda compartilhada, os mediadores visam dar forças às partes, mostrando a melhor forma de guarda para cada família, sempre pensando no bem-estar da criança e do adolescente.

A estrutura da justiça coloca à disposição das Varas da Família o trabalho interdisciplinar ratificado por Assistentes Sociais e Psicólogos, que atuam como peritos e auxiliam o juiz na avaliação dos fatos, fornecendo dados para melhor aplicar a lei ao caso concreto. Esse processo é denominado mediação. E, dessa forma a mediação vem proporcionando aos envolvidos no conflito familiar um caminho seguro para o diálogo, e, quando bem empregada oferece aos conflitantes a possibilidade de ser ouvido, o tratamento aos sentimentos em que o conflito familiar está submerso, soluções para os problemas por meio do acordo entre as partes e a volta do diálogo no relacionamento falido, para garantir uma convivência harmônica entre os ex-cônjuges e entre pais e filhos.

Para Oliveira e Gândara (2014, p. 78-98) “a mediação é outra forma positiva de solução de conflitos e incitada no meio jurídico”. O mediador é um terceiro munido de técnicas adequadas, que ouvirá as partes e oferecerá diferentes abordagens e enfoques para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a composição do litígio. Em outras palavras, a mediação é um meio pacífico de solução de conflitos que ocorre por um mediador, que é um terceiro imparcial, que favorece o diálogo das partes.

Nessa seara, o novo Código de Processo Civil (CPC), (BRASIL, 2016) privilegia meios alternativos, por entender que a solução buscada pela própria parte estabelece a paz na sociedade.

Quando ocorre desrespeito entre os ex-cônjuges no momento da separação, a mediação tem um papel fundamental para que as partes exteriorizem seus interesses, dialogando e buscando uma solução por meio de uma construção participativa, visando os vínculos parentais e a redução do sofrimento no rompimento da união do casal.

A mediação será utilizada como um instrumento que possibilita, aos pais, um relacionamento de cooperação em relação aos filhos, que começam a enxergar o divórcio de outra forma, pois os pais continuarão presentes na vida deles. Na guarda compartilhada também visa preservar o melhor interesse da criança, pois ocorre divisões de direitos e deveres em relação a vida dos filhos e, com isso forma, a mediação seria mais rápida e menos dolorosa, pois não haveria processo e dessa forma, menos desgaste e um custo menor. Ferreira

(2004, p.150) diz que: “Com sensibilidade o mediador deve ajudar os mediados a perceber que há um deslocamento de sentimentos de uma área para outra e ajudá-los a mudar seu olhar, em relação ao problema”.

O objetivo da mediação, na Guarda Compartilhada, é fazer um exame da família em contexto e informar ao magistrado o que foi apurado nas entrevistas e visitas domiciliares. De acordo com Donizete, (2012, p.33) “ [...] a mediação objetiva debater o conflito, surgindo o acordo como mera consequência”.

Com a nova lei da guarda compartilhada, os cônjuges precisam definir como será feita a divisão igualitária de tempo com seus filhos, definir uma residência fixa, a rotina do menor, estabelecendo os dias que ficarão com cada pai, feriados, finais de semana, pagamento de escola e demais cursos. Verificar qual a melhor forma para pensão alimentícia, analisando as possibilidades, necessidades e proporcionalidades, o que comprova que a mediação pode ser a melhor forma para se chegar a uma composição satisfatória. Além de ser estritamente confidencial, pois só as partes têm acesso, voluntária (as partes analisam seus litígios fora do judiciário), informal (não tem procedimentos como no Poder Judiciário somente se as partes quiserem recorrer ao Judiciário). O mediador não possui caráter decisório, mas quando há êxito, constitui título executivo extrajudicial.

Para Nascimento, (2009, p.15), a função do mediador será conduzir diálogos, pois “ [...] as partes não são obrigadas a aceitar propostas. Só havendo o acordo de vontade de ambas”.

Os militantes da área do direito de família abrangem que a sentença judicial, muitas vezes, não consegue diminuir o conflito e daí resulta a mediação. Silva (2006, p.170) em seu livro *Guarda Compartilhada – Posicionamento Judicial* – faz uma citação de Barbosa sobre o conceito de mediação:

[...] é uma prática social, fundamentada teórica e tecnicamente, por meio da qual uma terceira pessoa neutra, especialmente formada, colabora com os mediados, de modo que elaborem as situações de mudança, de conflito, a fim de que restabeleçam a comunicação, podendo assim chegar a um acordo que as beneficiem, assumindo as responsabilidades pelas suas vidas.

Percebemos que a correlação entre a guarda compartilhada ou conjunta, depende de sua aceitação e aplicação pelo casal parental, depois de ter sido verificado e estudado, pela equipe de mediação, pois não pode ser aplicada nos casos de ambiente hostil e de grande litigiosidade. Nos conta Silva (2006, p. 171) que “a mediação interdisciplinar é um método

disponível para prestar apoio aos pais em busca de um modelo ideal de compartilhamento do convívio com o filho após a ruptura familiar”.

Neubern (2010, p. 60) trata a mediação como:

Um meio amigável de controlar conflitos que versam na livre autodeterminação das partes, das quais são chamadas de mediando e mediado. Com um intento de um possível acordo, conduzida por uma terceira pessoa neutra, o mediador, que facilite a comunicação e o consenso entre as partes.

Ademais, a mediação tem como característica principal ser um procedimento para a construção conjunta de meios para resolver os conflitos.

Importante diferenciarmos a conciliação, mediação e arbitragem, que geralmente são tidos como sinônimos. Entre mediação e arbitragem o denominador é o conflito, que será ponto de partida para se chegar ao resultado, portanto, são meio de resoluções de conflito, ou seja, na mediação o acordo de resolução da lide é feito pelas partes, contando com a ajuda de um terceiro, o mediador, que não sugere nem interfere apenas promove a conversação entre os envolvidos.

A mediação é exercida por um mediador que faz parte da equipe interdisciplinar, na regulamentação do poder familiar e no conflito parental quando diz respeito à guarda compartilhada. Exibe o artigo 1.584, §3º do Código Civil, que para estabelecer as atribuições dos pais, e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público poderá ter o apoio de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

A conciliação será exercida por um conciliador e visa realizar um acordo para impedir o conflito entre as partes sem enfrentar nem prevenir as causas de desacordos anteriores, pois já estão fragilizados pelo choque judicial e não desejam trazê-las à baila, logo, na conciliação a solução de conflitos é feita por um terceiro. Enquanto na arbitragem as partes se submetem as decisões do árbitro, escolhendo de comum acordo para colocar fim as questões que os envolvem.

Mas, vale ressaltar que no novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2016) existe regulamentação de ações de direito de família com mediação obrigatória, especialmente nas ações de guarda, todavia, o que nos interessa para o presente estudo é a mediação.

Groeninga (1999) expõe como o conflito na mediação é abordado:

[...] Portanto, dependendo de nossa visão do conflito daremos a este um tratamento diferente, assim como disto também dependerá nosso

posicionamento em relação ao sofrimento que se nos apresenta. A formação em Mediação permite o conhecimento dos vários níveis, formais e limites em abordar o conflito em com isto uma maior abrangência, menos reducionismo e possibilidade de cronificação. Permite também o reconhecimento de suas possibilidades transformadoras.

Na mediação, os conflitos familiares são ligados por laços sentimentais (amor, ódio, raiva, ciúmes, vingança), e, antes de se tornarem conflitos de direito são afetivos, psicológicos e o sofrimento os antecede e dizem respeito a casais que, apesar da ruptura, devem manter uma relação de pais, em favor da prole.

Diz Silva (2006, p. 174) que:

A justiça deveria ser o último recurso, quando todas as vias de diálogo e de negociações fracassassem. E aí é que se aplica a mediação familiar, ajuda preciosa ao juiz. Ela oferece as partes um espaço de diálogo e um tempo de compreensão do conflito, que permite a reorganização de novas relações. Com ajuda do mediador, um catalisador da comunicação, as soluções poderão emergir das próprias partes. O problema será tratado lá onde mais frequentemente se situa: no nível das relações dos pais.

Percebemos a grande ajuda que a mediação pode fornecer aos pais no restabelecimento do diálogo entre eles, a fim de que possam exercer a coparentalidade após a ruptura da união, visando ao direito de seus filhos em manter uma ligação igual com ambos e o próprio direito de cada qual, o de criar e educar os filhos, afastando as mágoas e os desentendimentos em busca do direito maior das crianças.

O mediador, portanto, deve ter algumas qualidades, pois é o que o difere do conciliador que é quem conduz as partes a um acordo, enquanto o mediador deixa que os mediandos cheguem por eles próprios uma composição.

Na mediação o magistrado permite construir decisões abertas pela homologação do acordo entre as partes obtido após a conscientização de suas vidas e de seus filhos. O mediador deve na primeira sessão esclarecer e explicar todo o processo da mediação e permitir que as partes optem ou não pelas próximas sessões.

Propõe Groening (2001, p.81) que:

A mediação tem sido difundida como forma de proteção às crianças, sendo frequentemente invocada, nos países que já a adotaram, como método que ajuda na elaboração do luto da separação, de modo a que os pais possam manter o par parental depois de separado o par conjugal. Seus resultados têm sido animadores e sua utilização fortemente recomendada.

Diante do exposto, podemos conferir que os mediadores no direito de família são fundamentais para o bom desempenho da justiça, pois permitem uma resolução mais célere dos conflitos e contribui para a eficácia do Poder Judiciário.

4.4. Análise Jurisprudencial

Tanto a Lei, a Doutrina e a Jurisprudência, aceitam de forma quase unânime, que em caso de divórcio ambos os pais estão habilitados à criação e educação de seus filhos.

Se os pais querem uma unidade educativa para além do divórcio e que ambos os genitores conservem a autoridade parental e participem, igualmente, nas decisões sobre a criança, a guarda compartilhada é, certamente, a solução a privilegiar.

Se a Lei de 2008 (BRASIL, 2008) estabelecia uma preferência pela guarda compartilhada, tem-se decidido, ao prestígio do princípio fundamental de determinação da guarda, que não deve ser outorgada se não resulta no melhor interesse do menor, inclusive na nova lei a guarda conjunta se torna regra, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não quer a guarda do menor.

Nesse sentido, Pimentel, Giorgi e Piovesan (1993, p.40) constatou que em períodos demarcados do discurso jurídico (desde 1970 até 1990), a respeito da guarda de menores, grandes alterações ocorreram “numa dinâmica de cortes e rupturas indicando a divergência entre uma concepção conservadora e uma concepção mais arrojada, sintonizada com as transformações sociais”.

Já se observa, entretanto, decisões que claramente privilegiando e oportunizando o máximo de continuação físico e emocional entre pais e filhos depois do divórcio, pois a família não termina com esse, oportunizando-lhes desenvolver relacionamentos significativos e duráveis, imprescindíveis para o bem-estar e integral desenvolvimento psicossocial das crianças:

Guarda conjunta – Características – Conveniência de sua utilização (MARTINS, 1999, p.35).

Como alerta a melhor doutrina, a nação de guarda conjunta não se exaure na mera guarda, cujo conceito civilista é indissociável da presença física, o que é incompatível com a separação da família; consiste assim, num conjunto de prerrogativas exercidas pelos pais em relação aos filhos, incluindo o poder de controlar a educação, escolher a religião e a administração da propriedade da criança, assim como o de negar o consentimento para o casamento, dentre outros.

Embora não seja objeto de previsão expressa em nosso direito positivo, a guarda conjunta, pelo que se infere da experiência oriunda do direito

comparado, possuía grande valia ao promover uma relação de cooperação, bom convívio e respeito entre pais e filhos, sendo recomendável a sua adoção pelo legislador, a despeito de não se encontrar sua experiência incorporada à tradição nacional.

No que respeita especificamente a "guarda compartilhada" a jurisprudência é igualmente pacífica no sentido de afastar sua aplicação quando a relação entre os genitores é marcada pela desarmonia, pelo desrespeito e pelos constantes conflitos e disputas, conforme se aduz da leitura dos seguintes julgados:

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 definitiva 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." (TJRS - Apelação Cível Nº 70005127527 - 8ª Câ. Cível - rel. Des. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA - J. 18.12.03)³.

Quando não se tem respeito mútuo e bom senso entre os genitores, não pode ser aplicada a guarda compartilhada. No caso da apelação cível, os pais eram prejudiciais a formação psicológica da criança, então, o (a) menor ficaria com a mãe e cabe ao pai as visitas.

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 70 005 760 673 - 7ª Câ. Cível - rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - j. 12.03.03)⁴. (grifos da autora).

³ Grifos da autora do presente trabalho.

⁴ Grifos da autora.

Quando os genitores são bons pais, não demonstram egoísmo, não dificultam as coisas, se fossem bons pais, colocariam o bem-estar da criança em primeiro plano, e como não foi isso que fizeram, não cabe a guarda compartilhada.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. FILHO. ALTERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Se o "melhor interesse" do filho é que permaneça sob a guarda materna, já que a estabilidade, continuidade e permanência dele no âmbito familiar onde está inserido devem ser priorizadas, mormente considerando-se que a mãe está cumprindo a contento seu papel parental, mantém-se a improcedência da alteração da guarda pretendida pelo pai. Descabe também a guarda compartilhada, se os litigantes apresentam elevado grau de animosidade e divergências.
(TJRS - Apelação Cível Nº 70008688988 - 8ª Câm. Cível - rel. Des. JOSÉ S. TRINDADE - J. 24.06.04). (Grifos da autora).

Conforme demonstrado na apelação cível, o filho deve permanecer sob a guarda da mãe, que possui melhores condições de criar e educar a criança, caso em que a guarda compartilhada é inviável, passando ao pai a visitar o (a) menor regularmente.

E, na ementa abaixo, como se trata de criança de pouca idade, o melhor é que fique com a mãe, devido as condições difíceis dos pais. Lembrando, que a modalidade de guarda, pode ser sempre revista no Judiciário, visando o melhor interesse do menor.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - CULPA RECÍPROCA. Para que seja declarada a separação por culpa de uma das partes, não bastam alegações, por mais graves que sejam, sem amparo de provas seguras que as corroborem. **Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da GUARDA COMPARTILHADA quando o casal tem convivência problemática e com choques constantes.** (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.343058-4/000 - 7ª Câm. Cível - Relator DES. WANDER MAROTTA - j. 23.09.03)⁵.

Logo, no que respeita especificamente a "guarda compartilhada" a jurisprudência é igualmente pacífica no sentido de sua aplicação, quando a relação entre os genitores é marcada pela harmonia, pelo respeito e pelos laços de amizade e bom senso, conforme se aduz da leitura dos seguintes julgados:

Guarda e Responsabilidade - QUANDO A VERDADE DA RAZÃO SE APRESENTA, EM SINTONIA COM A VERDADE DOS FATOS É DE SE CONCLUIR PELA VERDADE DA JUSTIÇA, ASSIM É QUE HÁ QUE

⁵ Grifos da autora.

SER RECONHECIDO DE DIREITO O QUE JÁ EXISTE DE FATO, OU SEJA, A GUARDA COMPARTILHADA DOS MENORES PELOS CONVIVENTES. (Art.5º da LICC). Provimento do recurso para a concessão da Guarda como requerida. Tipo da Ação: APELAÇÃO CÍVEL, Número do Processo: 2001.001.03347, Data de Registro: 06/12/2.001, Órgão Julgador: DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CIVEL, DES. ANTONIO FELIPE NEVES, Julgado em 03/09/2.001.

Conforme vislumbramos na apelação cível, quando os pais buscam o bem-estar físico e emocional da criança, querem continuidade das relações familiares e efetivadas, e por isso nada mais justo que ser decretada a guarda compartilhada.

MENOR - GUARDA – PREVALÊNCIA

Em se tratando de guarda de menores, há que encaminhar os julgamentos basicamente no sentido de garantir-lhes, tanto quanto possível, tranquilidade e bem-estar (TJ-SP - Ac. unân. da 5ª Câm. Cív. julg. em 17-2-94 - Agr. 201.724.1/3-Capital - Rel. Des. Marco César. Apase Paraná).

Prevalece a guarda compartilhada, quando os pais garantem ao menor a tranquilidade e o bem-estar, passando a viver e dividirem com os filhos momentos de eterna ternura e afeto.

A seguir veremos um julgado onde os pais não têm condições de suprir as necessidades da criança, e como ela mora com avó desde que nasceu, foi estabelecido a guarda compartilhada entre seus pais e a avó, para que a criança tenha direito a inclusão na Caixa de Previdência de Servidor Municipal da avó.

GUARDA COMPARTILHADA GUARDA DE MENOR - POSSE E GUARDA DE NETO - TRATAMENTO MÉDICO - INTERESSE DE MENOR - PREVALÊNCIA - RECURSO PROVIDO

Apelação Cível. Pedido de Guarda de responsabilidade. Indeferimento preliminar de intempestividade recursal rejeitada, nas circunstâncias do caso concreto. Avó objetivando prestar tratamento médico à neta, através de Caixa de Previdência de Servidor Público Municipal. Criança que se acha sob os cuidados da apelante, desde que nasceu. Precariedade de recursos dos pais para que possam suprir suas necessidades. Estudo social em tal sentido. Caracterização de Guarda Compartilhada, à oportunidade da audiência. Manifestação informal das partes em juízo de que o pedido visava tornar possível a inclusão da menor naquele sistema previdenciário. Dever de prestação material, moral e educacional à criança. Existência de penalidades, na hipótese do descumprimento das obrigações art. 33, parágrafo primeiro da Lei 8.069. Abdicando os pais da menor de exercerem a guarda de fato e de direito sobre a filha, e sem condições de lhe prestar qualquer assistência material, não há obstáculo à concessão da medida, de caráter provisório, sujeita a fiscalização do Ministério Público. Interesse da menor que deve prevalecer, pouco importando os resultados que advenham desta decisão junto à previdência. Provimento do recurso. Decisão unânime. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Apelação Cível Processo número 2000.001.11184

Data do Registro: 14/02/2.001 Órgão Julgador: Décima quinta Vara Cível Votação Des. José Motta). Colaboração: Antonio Pedro Lacerda de Barros ⁶. (VILELA 2008).

Diante de todo o exposto, percebemos que quando há respeito mútuo e bom senso entre os genitores, a guarda compartilhada é o melhor, pois permite, ao filho, desfrutar do convívio com ambos os pais, mesmo após a dissolução da família.

De acordo com a Constituição, o poder familiar é igualitário para ambos os pais, e assim deve permanecer em caso de separação ou divórcio. E optar por essa modalidade de guarda, além de ser melhor para criança, divide a responsabilidade com ambos os pais, pois prevê o equilíbrio de papéis dos genitores, favorecendo o bem-estar social, físico e mental da criança.

VILELA, Sandra R.; GRAMINHANI, Márcia. **Jurisprudências:** Guarda de Filhos e Visitas I. Disponível em: <[http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-456343080&rvTextoRecenteTipo=\(TextoTipoNovo%20=%20'analysis'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'jurpru'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'disser'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'comment'\)](http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-456343080&rvTextoRecenteTipo=(TextoTipoNovo%20=%20'analysis'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'jurpru'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'disser'%20or%20TextoTipoNovo%20=%20'comment')>)>. Acesso em: 20.mai. 2008

CONCLUSÃO

As diferentes mudanças ocorridas na sociedade, tal como a inserção da mulher no mercado de trabalho, do homem mais participativo no cotidiano familiar, bem como a descaracterização patriarcal da família, implicam em uma nova distribuição dos papéis da família e novas formas de configurações vinculares. O crescente número de ruptura dos casais conjugais colaborou para que as questões que envolvem a guarda ganhassem cada vez mais relevância.

Há consenso sobre a importância de que ambos os pais estejam presentes na vida do filho para o seu bom desenvolvimento. Com a ruptura conjugal, a estrutura familiar fica abalada e a parte mais frágil é o filho, que precisa de atenção para uma formação equilibrada. A guarda compartilhada apresenta-se, nesse caso, como modelo recomendável, pois busca minimizar os efeitos da separação, além de permitir o contato de ambos os genitores com a prole.

Com a unidade familiar preservada, no modelo de guarda compartilhada, encontramos fundamento no afeto e no respeito entre os membros da família. Tais elementos não podem ser considerados, apenas na constância da família, pelo contrário, devem estar presentes nos momentos difíceis das relações familiares.

No referido modelo ambos os genitores exercem a guarda jurídica e, como trata - se de um arranjo no qual os pais têm o poder conjunto de decisão, podem definir qual o melhor arranjo de guarda física de sua prole. Porém, a questão de alternância de lares do menor não faz parte de seu conceito, mas sim como um resultado do modelo compartilhado.

Aos que se posicionam contrários ao modelo compartilhado, constatou-se que a base do seu entendimento quanto à questão da alternância de residências, justifica-se que a criança perde o referencial do lar. Todavia, o referencial a não ser perdido é o da família, que constitui-se de pai, mãe, irmãos, avôs, avós, tios, tias, primos, enfim, é o da afetividade que envolve a relação parental e não do espaço físico.

A essência da guarda compartilhada está refletida na ação de cooperação, o caráter conjunto do ato da concepção dá aos filhos o direito de ter pai e mãe.

A guarda compartilhada encontra subsídios na Constituição Federal (BRASIL,2003), bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2003), na Lei do Divórcio (BRASIL, 2003) e, ainda nas inovações trazidas com a Lei da Guarda Compartilhada, Lei número 11.698/08 (BRASIL, 2008) que alterou e inseriu de forma expressa nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil esse novo instituto. E, também, na nova Lei da Guarda Compartilhada

– Lei nº. 13.058/14 (BRASIL, 2015) que alterou, inseriu e modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, e tornou regra esse novo modelo de guarda, em que ambos os genitores exercem em igualdade de condições a guarda dos filhos, salvo se um dos genitores declararem ao Magistrado que não deseja a guarda do (a) menor, então, nesse caso se aplica a guarda única.

Conclui-se o presente trabalho acreditando que a guarda compartilhada, enquanto forma de assegurar o melhor interesse da criança e a isonomia de direitos dos genitores, apresenta-se como solução mais adequada, pois visa a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos e na luta pela dignidade da pessoa humana, como caminho indispensável para que esse ideal seja alcançado a par dos conceitos e princípios constitucionais correlatos.

Entretanto, o compartilhamento não deve ser uma regra aplicada indistintamente a todos os casos, pois é necessária a correta identificação da singularidade de cada família. O melhor arranjo de responsabilidade parental é aquele que atende às necessidades do caso em questão.

Há que se difundir o modelo, com seu correto entendimento, e sua aplicação é tarefa dos operadores do Direito em parceria com profissionais das demais áreas do conhecimento humano, que se dedicam ao tema das relações sociais.

Como proposta, apresentamos a Mediação como um instrumento benéfico a ser experimentado por casais que rompem a vida em comum, pois facilita o diálogo e ajuda nas soluções onde se insere um terceiro, (chamado de Mediador) que mostrará o sentido da realidade, necessários para atingir acordos convenientes.

Assim, os casais podem deixar de ser esposo e esposa, mas os filhos continuam sendo filhos para sempre. Se marido e mulher têm que se separar que o façam, mas sem separar o papai e a mamãe das crianças, filhas desse casamento.

O trabalho apresentado elaborou a questão da guarda compartilhada sob o enfoque jurídico, como forma de fazer valer os direitos advindos da legislação pátria. Assim, o tema em comento, tem como sujeito de direito, o menor, que é titular do direito a manter uma adequada comunicação com ambos os pais, de ter companhia de seus genitores, direito de ter amor, carinho, compreensão de um pai ou uma mãe ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai e da mãe, garantindo uma adequada comunicação entre pais e filhos é cumprir o propósito constitucional de proteção da família, surgida ou não do casamento.

Os pais são, em regra, solidariamente responsáveis pelos atos praticados por seus filhos menores, enquanto convivam, pois na constância do casamento há uma presunção *juris*

tantum de responsabilidade, que se relaciona com o poder familiar, que dá ao pai ou à mãe o direito e dever de velar por seus filhos e preservar-lhes esses direitos, mesmo após a separação.

Portanto, na medida em que a sociedade e os juízes aceitam que em casos de ruptura ambos os pais estão, em princípio, habilitados à criação dos filhos, a guarda compartilhada proporcionará um melhor vínculo entre os componentes das famílias transformadas, aumentando a responsabilidade parental. E, o mais importante é que esse caminho seja percorrido em conjunto, com muito cuidado e carinho, por ambos os genitores.

Quem pode levar a Guarda Compartilhada para o seio familiar, mais que a figura do Magistrado, são os pais do envolvido, o pai e a mãe, os dois pais, as duas mães, e as mais diversas formas de família, e vão demonstrar para o Judiciário, que eles têm o bom senso e a capacidade de deixar os conflitos de lado para pensarem no bem-estar da prole e para que possa ser aplicada a Guarda Compartilhada e o filho mais do que ter pais presentes e participativos, poderão desfrutar do amor, carinho e companheirismo em seu dia a dia.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 22.jan.2016.

AKEL, Ana Carolina Silveira. *GUARDA COMPARTILHADA: UM AVANÇO PARA A FAMÍLIA*. 2ª ed. – 2ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2010, p.103;114.

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. As Perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de direito de família*, Porto Alegre, n.31, v.7, p.25-26, Ago/set,2005.

ALVES, Fernando de Brito; FILHO, Vladimir Brega. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. *DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: LIMITES. PROTEÇÃO E EFETIVIDADE*.

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais no Estado Democrático*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 275.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Temas de filosofia*. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1998, p.143.

Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.aleitamento.com/direitos/conteudo.asp?cod=1268>>. Acesso em: 14. Fev.2016.

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. *A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugalidade dos genitores*. Revista IOB de Direito de Família, v.71, abr./maio 2012, p.88.

AVILA, Humberto. *TEORIA dos PRINCÍPIOS da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. Malheiros, p.152, 2009.

_____. *TEORIA dos PRINCÍPIOS da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª ed. Ver. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, pg.203.

AZAMBUJA, M. R. A criança, o adolescente: aspectos históricos. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id615.htm>>. Acesso em: 20, julho de 2016.

BAGGESNTOSS, Grazielly Alessandra. *A fraternidade como método relacional e fundamento institucional : proposta de mudança paradigmática da percepção do ser humano acerca de si, de sua comunidade e do direito*. IN: VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, pg. 205.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação e o princípio da solidariedade humana. Família e solidariedade*. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008, pg.23.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12.ed.atual. Rio de Janeiro: F.Alves, v.2,1. 960.

_____. *Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 18.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p .416.

BODSTEIN, Lenice. *Pais para sempre: Guarda Compartilhada*. Disponível em: < <http://www.paisparasemprebrasil.org/page18.html>>. Acesso em: 23. Jan. 2016.

BOLETIM BONIJURIS, Curitiba, p. 4291, 4305, 1997.

BOULOS, *Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios*. In.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO. Theodoro de Almeida. *Grandes temas de direito de família e sucessões*. São Paulo. Saraiva:, 2011.

BRABO, T. S. A. M. *Democracia, Cidadania e Gênero na Escola: Políticas e Práticas*. Disponível em <http://www.anpae.org.br/iberolusobrasileiro2010/cdrom/113.pdf>. Acesso em 17.jan.2016.p.02.

BRASIL. *Código Civil*. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 53. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso: 26.jan.2016.

_____. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.31.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Decreto-lei 2848. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26.jan.2016.

_____, *Dec. Nº99.710 de 21 de novembro de 1990*. Promulga Convenção sobre Direitos da Criança. Diário Oficial da União-I, Brasília.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. (Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990). 13.ed.São Paulo:Saraiva.2003.

_____. Lei 11.698 de 13 de Junho de 2008. *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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 13.08.2008.

_____. Lei 13.058 de 22 de Dezembro de 2014. *Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 07. Mai. 2015.

_____. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai / organizador Yussef Said Cahali; . – 5. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada / Estatuto da mulher casada. Obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai / organizador Yussef Said Cahali; . – 5. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Sociedade: Lula sanciona projeto da guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.jornaldestak.com/noticia.asp?ref=26678>. Acesso em: 14. jun. 2008.

BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada*. Júris síntese millenium jan./mar. 2.002.01 CD-ROM.v. 44.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CANEZIM, Claudete Carvalho. Da. *Guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v.6, n.28,p.50 25.fev/mar.2005.

CANO, Angel. *A fraternidade como categoria jurídica na aplicação das leis de família*. In: CASO, Giovanni...[et.al.] (org.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*: São Paulo: Cidade Nova – LTr, 2008, pg. 85.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio ANtonio Fabris, 2000, p.44.

CARTILHA GUARDA COMPARTILHADA. Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso. Disponível em: <<http://www.adfas.org.br/admin/upload/27102015%20CartilhaGuardaCompartilhada.pdf>>. Acesso em: 23. Jan.2016.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, (2010, p.71).

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de família e direitos humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares*. Leme/SP: Edijur, 2012.
CASTRO, Ismênio Pereira de. *A relação dos filhos com os pais após a ruptura da tradicional convivência familiar: Uma ótica sócio jurídica*. In: SILVEIRA, Paulo (org). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.

CÉZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Método, 2004.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto San José da Costa Rica. Disponível em <<http://www.6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 20.jul.2016.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21.jul.2016.

CORREIA, Eveline de Castro. *Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental*. Disponível em: < <http://www.ibffam.org.br/?artigo&artigo=713>>. Acesso em: 20.jan.2016.

COSTA, Maria Iracy Menezes da. *Responsabilidade civil no direito de família*. ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas, n.2, fev. 2005, p. 157.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto – como e a quem indenizar a omissão do afeto*. Revista Síntese de Direito de Família, São Paulo, n.32, ago./set. 2005, pg.33.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em: 23.jan.2016.

DECLARAÇÃO MUNDIAL SOBRE A SOBREVIVÊNCIA, PROTEÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS NOS ANOS 90. Disponível em: <<http://www.scj.pe.gov.br/scjpe/sites/all/themes/zentropy/pdf/legislacao/Declaracao%20Mundial%20sob%20Desenvolvimento%20Crianca%20int.pdf>>. Acesso em: 21.jul.2016.

DERECHO DE FAMILIA – Revista Interdisciplinares de Doctrina y Jurisprudência, Buenos Aires, v. 5, p. 78 -79, abr. 1991.

DIAS, Maria Berenice. Guarda. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-guarda.dept>>. Acesso em: 16.jan.2016.

DIAS, Maria Berenice (Org.) *Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS*. 10ª edição revisada e ampliada. São Paulo. Ed. RT, 2015.

_____. *Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?* Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental,_o_que_%E9_iss.pdf>. Acesso em 20 de jan. de 2016.

_____. *Direito de família e o novo Código Civil*. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª edição. Belo Horizonte; Del Rey, 2003, p. 57.

_____. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60-68.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. O valor jurídico do afeto: Filiação socioafetiva x monetarização das relações de afeto. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8724>. Acesso em: 18 de Março de 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 18 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

_____. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 5. 23ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, pg. 16.

DIREITO-Revista Semestral. Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica. Vol.2- 2 semestre de 2014. São Paulo: PUC, 2014.

DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DA DELINQUENCIA JUVENIL – DIRETRIZES DE RIAD. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf>>. Acesso em: 21.jul.2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Marcos. A Lei da alienação parental em auxílio aos diplomas internacionais de proteção da criança e do adolescente. In: DIAS, Maria Berenice (Org.) *Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010*. Revista dos Tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Comentários Iniciais À Lei 12.318/2010*. Disponível em <<http://blog.opovo.com.br/direitoeinformacao/alienacao-parental-comentarios-iniciais-a-lei-12-3182010/>>. Acesso em: 20.jan.2016.

DUTRA, Carlos Augusto de Amorim. *A inimputabilidade penal e as medidas aplicáveis aos jovens infratores no Brasil e na Argentina*. Florianópolis, 2006. p.32.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Ciro Mioranza. Coleção grandes obras do pensamento universal. v. 2. São Paulo: Escala, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Prospecções no direito das famílias: aventando hipóteses*. IN: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira (coord) *Família e sucessões: sob um olhar prático*. Porto Alegre: IBDFAM, Letra Et Vida, 2013, pg. 23.

_____. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, vol. 6. 4. Ed. Salvador: JusPodium, 2012.

FERRANDIN, Mauro. *Ato penal juvenil – aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal*. Curitiba: Juruá, 2009.p. 32.

FREITAS, Douglas Philips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei 11.698, de 13 de julho de 2008*: Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.53.

FRÓES, Carla Baggio Laperuta; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. *Afetividade: essencialidade nas relações familiares*. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

GADOTTI, Moacir. *A Escola e o Professor: Paulo Freire e a paixão de ensinar*. 1ª. Ed. – São Paulo: Publisher Brasil, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. Vol.6. 2ª. Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, Pg.44-45-113-114.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Notas sobre a guarda compartilhada*. Revista IOB de Direito de Família, v.61, ago./set.2010, p.75.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-7-8. vol.6.

GONTIJO, S. *Guarda de filho*. COAD-ADV – Informativo Semanal, Rio de Janeiro, n.44, p.563-564, 1997.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.79-194.

_____. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.p. 169 -187.

_____. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pg.168.

GROENINGA, Giselle. *Curso de Direito e Família – Mediação Familiar*. Instituto dos Advogados de São Paulo. Junho, 1999.

_____. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança – contribuições da mediação interdisciplinar*. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 62, Março, 2001, p.81.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6 ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1-7-8. Vol. 6.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão social do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p.147/176.

HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. *O abandono afetivo paterno-filial o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhes/872>>. Acesso em: 21.jan.2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 17.

HIRODAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Revista brasileira de direito de família. N.1, 2000, p g.7.

IBDFAM, *As novas famílias*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4903/novosite#.UdmrWu>>. Acesso em: 22.jan.2016.

IBIAS, Delma Silveira. *Dano moral e abandono afetivo*. In: BABEDO, Claudia Gay (coord.). Debates contemporâneos sobre direito de família. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2012, pg.126.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Registro Civil 2014. IBGE: Rio de Janeiro, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p.73-77.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. *Constitucionalização da ética do afeto e a alteridade nas novas famílias*. In Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias. Iara Rodrigues de Toledo, Sarah Caroline de Deus Pereira, Daiane Cristina da Silva Mendes. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, p. 136.

LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL – LEI Nº. 12.318/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 21.jul.2015.

LEIRIA, Maria Lucia Luz. *Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática*. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis-publicacoes/emagis-guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teorica_a_pratica.pdf>. Acesso em: 04. fev. 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 266.

_____. *Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.182.

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

LIBÂNEO, José Carlos – Democratização da escola pública – a pedagogia crítico-social dos conteúdos, 2006, 21ª edição.

_____. Didática. São Paulo: Cortez, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família*. In Carlos Alberto Bittar (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-63-74-81.

MADALENO, Rolf. *CURSO DE DIREITO DE FAMÍLIA*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.275.

_____. *Guarda compartilhada*. In: IBIAS, Delma Silveira. (coord.) *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, LetraEtVida, 2013, p.116.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2013, pg. 646.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Tutela de filiação*. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro, a. 4, n.4, nov. 1999, p. 35

MARTINS, Ronaldo (Juiz da 1ª Vara da Família do Rio de Janeiro), *Parecer sobre a guarda dos filhos de pais separados*. Disponível em: < <http://www.apasepr.com.br/parecer.asp>>. Acesso em: 21.jan.2016.

MAZZINGHUI, J. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo –Perrot, 1981. t. 3: Divorcio – Filiación – Adopción Pátria Potestad. 1981, p.294

MENDES, Daiane Cristina da Silva; Toledo, Iara Rodrigues. *Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias*. São Paulo: Letras Jurídicas, 1ª. Ed., 2014.

MENDONÇA, Martha. *Uma lei a favor dos pais: um projeto prestes a ser aprovado oficializa o que muitas famílias já fazem: a guarda compartilhada dos filhos e a igualdade total entre pai e mãe separados*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDG80201-6014-497,00.html>>. Acesso em: 31. mai. 2008.

MENDONÇA, Martha *Quando a separação não é um trauma: novos estudos mostram que o divórcio não prejudica as crianças - ao contrário, em alguns pontos chega a ajudar*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG68555-6014,00-QUANDO+A+SEPARACAO+NAO+E+UM+TRAUMA.html>>. Acesso em: 31.mai.2008.
MIOTO, Regina Célia Tamasso. *Família e saúde mental: contribuições para reflexão sobre processos familiares*. In: *Revista e Sociedade*. n 67. São Paulo: Cortez, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 5ª ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012, p.219.

MONTEIRO Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2.004.

MOTTA, M. A. P. Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. In: *Direito de família e ciências humanas*. Caderno de Estudos n.2. Eliana Riberti Nazareth. 1998, p.60.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada: uma solução possível*. Revista Literária de Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, n.9, fev.1996, p.19. Bimestral.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MUNUS – Dicionário Jurídico – DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/munus>. Acesso em: 04.ago.2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAZARETH, E. R. Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: Eliana Riberti Nazareth (coord). *Direito de família e ciências humanas*. Cadernos de Estudos n.1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997. p.83.

NEGRÃO, Mário Márcio – Médico Neurologista/ Psicoterapeuta – CRM 3258. *Transtornos do Humor II*. Disponível em: < http://www.orgone.com.br/a_thumor2.html>. Acesso em: 21.jan.2016.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Do poder familiar. In: *direito de família e o novo código civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 144-145.

NEUBERN, Maria Augusta Buzzo. *A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO EFETIVO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR*; orientadora: Thereza Christina Nahas. Dissertação de Mestrado – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, SP: [s.n.] , 2010, p.60-62.

NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados*. Monografia de conclusão do curso “Direito Especial da Criança e do Adolescente”- Departamento de Pós Graduação da faculdade de direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro – Brasil, 1996. Disponível em : <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em : 15.mai.2003.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 66.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares*. São Paulo: Atlas, 2011, p.35.

OLIVEIRA, Diego Abdalla de; GÂNDARA, Luma Gomes; Formas alternativas de resolução de conflitos: A necessidade de uma mudança da mentalidade judicante brasileira sob o prisma do novo código de processo civil. IN: BERNARDI, Renato; NEVES, Fabiana Tamaoki. *FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO II*. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID), ed. INSTITUTO RATIO JURIS, 2014, pg.78-98.

OLIVEIRA, José Francisco de. *Guarda: visitação e busca e apreensão de filho*. São Paulo: Edições trabalhistas, 1998.

OPPENHEIN, R.; SZYLOWICHI, S. Partir o compartir La tenencia. Esposible compartir la tenencia de los hijos en caso de divorcio? Derecho de família – *Revista Interdisciplinária de Doctrina y Jurisprudência*, Buenos Aires, s.a.

O sigilo só é sigilo enquanto não chega ao alcance da imprensa. Entrevista Ministro Marco Aurélio Mello – STF. Disponível em <http://www.caasp.org.br/RevistaDigital/ed14/revista_caasp_14.html#/6/>. Acesso em 05/04/2015.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21.jul.2016.

PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda Compartilhada dos filhos. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n.32, v.7,p.50-68, out/nov, 2005.

_____. *Guarda Compartilhada dos filhos*. Disponível em:<<http://www.ibdfam.com.Br/dwoad/mercosul/artigos/Um%20estudo%20multidisciplinar%20da%20guarda%compartilhada%20>>. Acesso em: 19 set.2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 .

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 05-61, jan-fev-mar. 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 237.

PEREIRA, Sérgio Gischkaw. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. *Ajuris* 36, mar - 1986, p.53.

PIMENTEL, Sílvia; GIORGI, Beatriz di; PIOVESAN, Flávia. A figura/personagem mulher em processo de família. Porto Alegre: S. Fabris, 1993. p. 40

PLATÃO. Diálogos: seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 5ª. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

POZZOLI, Lafayette. *Direito de família: a fraternidade humanista na mediação familiar*. In *Fraternidade como categoria jurídica*. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 99-112.

_____. *DIREITO-Revista Semestral*. Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica. Vol.2- 2 semestre de 2014. São Paulo: PUC, 2014.

POZZOLI, Lafayette. *Revista em tempo*. -v.9, n.9 - . Marília: Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2010.

PROPOSTA para introdução da guarda compartilhada no novo código civil: projeto de lei nº 6350/02. *Intelligentia jurídica*, ano II, n. 21, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/propostas/propostas10.html>>. Acesso em: 30.out. 2003.

RAMOS, Magdalena. *Introdução a Terapia Familiar*. São Paulo: Ártica, 1990. REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, a. 41, v.573, p. 207 – 208, jul. 1983.

REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PROTEÇÃO DOS JOVENS PRIVADOS DE LIBERDADE. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/infancia/documentos_internacionais/id104.htm>. Acesso em: 21.jul. 2016.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E DA JUVENTUDE – REGRAS DE BEIJING. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em: 21.jul.2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v.1,2 e 3.

RIZZI, Maria Helena. Guarda compartilhada (sob um prisma psicológico). Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvtextoId=480180144>>. Acesso em: 21.jan.2016

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6.

ROLF, Madaleno. *Curso de direito de família*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, pg.379.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSINI, Maria Augusta Sanches. *Aprender tem que ser gostoso*. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 15-16.

ROSSOT, Rafael Bucco. *O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar*. In.: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. V. 0 (out-nov/2007). Porto Alegre: Magister, 2009. p. 5-24.

RUSSO, José. As Sociedades Afetivas e Sua Evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. Ensino Jurídico: demandas contemporâneas. In: PADILHA, Norma Sueli. GRAMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: a

Constituição Federal de 1988 20 anos depois. Rio de Janeiro/RJ: Elsevier Editora Ltda, 2010. P. 11.

_____. MACHADO, Edinilson Donisete. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): efetividade do direito fundamental à educação por meio do papel docente para a formação de qualidade. IN: NAHAS, thereza Cristina, GÊNOVA, Jairo José, SILVA, Nelson Finotti. (org.) ECA efetividade e aplicação: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico. São Paulo/SP: LTr, 2012. (Coleção UNIVEM) p.44 a 53.

SANTOS, Lia Justiniano. Guarda Compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*, SP,n.8, jan/mar. 2001. (CD-ROM).

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito e afetividade: estudo sobre a influência dos aspectos afetivos nas relações jurídicas*. Dissertação (mestrado) apresentada ao Departamento de Direito Civil como exigência parcial para a obtenção do título de mestre pela Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; BRAGANHOLLO, Beatriz helena; GRÜBEL, Patrícia. *Um estudo multidisciplinar da guarda compartilhada*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.Br/dwoad/mercosul/artigos/Um%20estudo%20multidisciplinar%20da%20guarda%compartilhada%20>. Acesso em: 19 set.2004.

SCHEIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, n.22, abr./jun.2005, pg.62.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo; Schmidt; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. *Paternidade Socioafetiva: O sentimento constitucional para a família contemporânea*. Dissertação -Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

SERRANO JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.169/222.

SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*. São Paulo: LEP, 2005.

_____. *Guarda compartilhada – Posicionamento Judicial*. São Paulo: Editora de Direito, 2ªmTiragem 2006.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. Ed. Leme: Mizuno, 2015, p.54-107.

SILVA, Evandro Luiz. *Dois lares é melhor que um*. Disponível em: <[http:// www. Pailegal.net](http://www.Pailegal.net)>. Acesso em: 11. jun. 2003.

_____, E. Z. M. *Paternidade ativa na separação conjugal*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 199.

SOUZA, Giselle. Homem obtém posse compartilhada de animal de estimação. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-05/homem-obtem-posse-compartilhada-cao-estimacao>>. Acesso em: 15.jan.2016.

SPAGNOL, Rosângela Paiva. *Filhas da mãe (uma reflexão à guarda compartilhada)*. Júrís síntese millenium v.44, nov. -dez. 2003.01 CD-ROM.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. São Paulo: Saraiva, 1998, pg.24.
TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no Direito de Família*. In: IBDFAM. Disponível em: <[http:// www. Ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859](http://www.Ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859)>. Acesso em: 22.jan.2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em:<http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html>. Acesso em: 20. dez. 2014.

TEDARDI, Maurílio dos Santos. *Normatização da guarda conjunta: uma responsabilidade a ser assumida pelo Estado*; Orientador: Dr. Lafayette Pozzoli. Dissertação de Mestrado – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, SP: [s.n.] , 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pg. 110.

TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. São Paulo: Nobel, 1995. p.119-123.

TIBA, Içami. *Disciplina, limite na medida certa*. 72. Ed. São Paulo: Gente, 1996, pg. 67-140.

_____. Quem Ama, Educa! 160. Ed. São Paulo: Gente, 2002, pg. 74.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, n.14, 2013, p.17638-17640.

_____, FÉLIX, Denize. A guarda compartilhada como alternativa para as novas gerações parentais. *Júris síntese millenium*. v.44, jul. ago. 2.002, CD-ROM.

TOLEDO, Iara Rodrigues de. *Da afetividade e do direito personalíssimo ao patronímico/matronímico*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50a074e6a8da4662>. Acesso em 21.jan.2016.

VALENTIN, Fernando; NORONHA, Rogério (Orgs.). *Atlas da Guarda Compartilhada*. 1ª Edição. 2015. Disponível em: <http://www.atlasdaguardacompartilhada.com/>. Acesso em 22. Jan. 2016.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil*. 3.ed.:São Paulo: Atlas, 2003. p. 472.

_____. *Direito Civil: direito de família*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 286.

VILELA, Sandra R. *Proposta sobre guarda de filhos*. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em: 09. jun. 2008.

X CÚPULA IBERO-AMERICANA DE CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO-DECLARAÇÃO DO PANAMÁ – “unidos pela infância e adolescência, base da justiça e da equidade no novo milênio”. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10141.htm. Acesso em: 21.jul.2016.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p.9/41.

_____. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 14.

WALLERSTEIN. J.S.; BLAKESLEE, S. *Sonhos e realidade no divórcio: marido, mulher e filhos dez anos depois*. São Paulo: Saraiva, 1991

