

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

TAISA ALVES

GUARDA COMPARTILHADA E SUAS PECULIARIDADES

MARÍLIA
2012

TAISA ALVES

GUARDA COMPARTILHADA E SUAS PECULIARIDADES

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

MARÍLIA
2012

Alves, Taisa

Guarda compartilhada e suas peculiaridades/Taisa Alves;
orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n],
2012.

66 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Poder Familiar 2.Guarda dos Filhos 3.Guarda compartilhada

CDD: 342.164



Táisa Alves

RA: 42490-0

GUARDA COMPARTILHADA E SUAS PECULIARIDADES

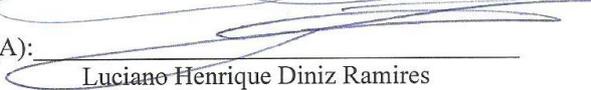
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (DEZ)

ORIENTADOR(A): _____


Teofilo Marcelo de Azeiteiro Leão Junior

1º EXAMINADOR(A): _____


Luciano Henrique Diniz Ramires

2º EXAMINADOR(A): _____


Marília Verônica Miguel

Marília, 17 de outubro de 2012.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe Eliana, por todo apoio, amor, ajuda e incentivo que me deu ao longo desses cinco anos. Foram muitos momentos felizes, muitas tardes de estudos juntas. Ter a minha mãe como companheira de classe foi uma honra e uma grande motivação para concluir esta etapa acadêmica.

Dedico esta minha conquista também ao meu pai Reinaldo por estar presente em todos os momentos de minha vida; me amando e me incentivando a estudar para alcançar meus objetivos.

Mãe e pai, vocês são muito especiais para mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado a vida e todas as condições necessárias para que eu chegasse até aqui, por ter me dado força em todos os momentos difíceis e por sempre me guiar e mostrar os caminhos que devo seguir.

Agradeço especialmente aos meus pais Reinaldo e Eliana, e a minha irmã Rená, por serem minha base, pelo amor incondicional e por sempre terem me ensinado o valor do estudo.

Agradeço também ao meu namorado Plínio, por todo amor, atenção e apoio.

Agradeço aos meus amigos, em geral, por sempre estarem por perto dispostos a me ajudar.

Agradeço aos professores, por toda disposição em ensinar e por terem feito parte da minha vida durante esses anos, em especial ao meu orientador, professor Teófilo, que muito me auxiliou no desenvolvimento deste trabalho.

EPÍGRAFE

FAMÍLIA

*Família.
Família...
Todos temos,
Dela viemos.
Nela nascemos...
Então crescemos.*

*Para uns,
a família é só o pai,
para outros, só a mãe,
muitos só têm o avô...
Mas é família:
sinônimo de calor!*

*Tem família
que é completa,
repleta,
discreta,
seleta,
aberta...*

*Outra,
é engraçada,
atiçada,
afinada,
engrenada,
esforçada,
empenhada...*

*Mas tem família
complicada,
indelicada,
desajustada,
desacertada,
debilitada...*

*Família...
Família é assim:
lá não temos capa
- nada nos escapa!
Máscaras, como usar?*

*Não, não dá prá enganar!
Às vezes queremos fingir,
mas isto é apenas mentir...*

*E, é lá dentro de casa
que surge, cresce, aparece,
o lobo voraz,
o urso mordaz,
elefantes ferozes,
(com trombas e tudo)
leões velozes
com unhas e dentes
inclementes...*

*Família...
Família é lugar
onde convivem os diferentes:
um é risonho, outro tristonho;
um é exibido, outro inibido;
um é calado, outro exagerado;
um é cabeludo, outro testudo;
um é penteado, outro descabelado...*

*Família...
Família é assim:
nunca é possível contentar,
pois onde há diferenças,
haverá desavenças.
como a todos agradar?*

*Mas entre todos os valores
Cultivados entre nós
Há algo como uma voz
Muito enfática a dizer:
“Cultive a educação,
faça lazer, haja afeição;
dê carinho, tudo aos seus!
Mas o maior valor
– maior até que o amor –
é cultivar Deus!”*

Noélio Duarte

ALVES, Taisa. **Guarda Compartilhada e suas peculiaridades**. 2012. 66 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

O trabalho ora apresentado terá como foco principal o estudo da modalidade de guarda compartilhada, procurando demonstrar que o direito de família tem a preocupação de buscar novos modelos capazes e dar proteção ao interesse do menor e de dar respostas as necessidades do avanço da sociedade. A guarda compartilhada surgiu da necessidade de tentar suprir as deficiências que outros modelos de guarda possuem, buscando diminuir a distância criada entre o menor e um de seus genitores, porém ela possui vantagens e desvantagens, na teoria ela contribuiria para reequilibrar os papéis parentais, pois ambos os genitores teriam os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos menores, em contra partida a grande desvantagem da guarda compartilhada está na sua aplicabilidade na prática, pois para que ela atinja seus objetivos é preciso que exista harmonia entre os pais, para que estes consigam ter o bom relacionamento necessário para decidir juntos sobre todos os aspectos da criação do menor. Para maior entendimento do tema será analisado primeiramente os aspectos referentes ao poder familiar, em seguida será apresentado os vários tipos de guardas existentes no Brasil e por fim será exposto mais especificamente sobre a guarda compartilhada conceituando-a, comparando-a com precedentes internacionais e discorrendo sobre os demais aspectos que envolvem o tema.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda de filhos. Guarda compartilhada.

ALVES, Taisa. **Shared Custody and its peculiarities**. 2012. 66 p. Course Assignment (Bachelor's Degree in Law) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

The work presented here will focus primarily on the study of shared custody, trying to demonstrate that family law is concerned with searching new appropriate models, protecting the interests of the underage children and responding to the needs of society's advancement. The shared custody arouse from the need to try to address the weaknesses that other custody models present, trying to close the gap created between the underage children and one of their parents; however, it has advantages and disadvantages, in theory it would help to rebalance the parental roles, as both parents would have the same rights and duties regarding underage children. However, the great disadvantage of the shared custody is related to its applicability in practice because there must be harmony between the parents so that they can have a good relationship in order to decide together about aspects of the child's education. In order to better understand the topic, aspects related to family power will be analyzed, then various types of custody existing in Brazil will be presented and finally the shared custody will be presented more specifically by means of concepts, comparison with international precedents and discourse on other aspects involving the theme.

Keywords: Family Power. Custody of children. Shared custody.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – PODER FAMILIAR.....	13
1.1 Conceito e Evolução.....	13
1.2 Titularidade do Poder Familiar.....	15
1.3 Direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar.....	17
1.4 Suspensão, destituição e perda do Poder Familiar.....	21
CAPÍTULO 2 – GUARDA DOS FILHOS.....	26
2.1 Conceito e características.....	26
2.2 Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira.....	30
2.3 Modelos de Guarda.....	31
2.3.1 Guarda Única.....	31
2.3.2 Guarda Alternada ou Partilhada.....	32
2.3.3 Guarda por Aninhamento ou Nidação.....	33
2.4 Critérios para se determinar a guarda dos filhos.....	33
2.5 Síndrome da Alienação Parental.....	37
CAPÍTULO 3 – GUARDA COMPARTILHADA.....	41
3.1 Conceito.....	41
3.2 A Guarda compartilhada no direito comparado.....	42
3.2.1 No direito Inglês.....	43
3.2.2 No direito Francês.....	43
3.2.3 No direito americano.....	44
3.2.4 No direito canadense.....	45
3.3 Objetivo e justificativa da guarda compartilhada.....	46
3.4 Reflexos da guarda compartilhada.....	48
3.4.1 Residência.....	48
3.4.2 Educação.....	50
3.4.3 Alimentos.....	51
3.4.4 Responsabilidade Civil.....	53
3.5 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.....	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXO A Lei nº 11.698 de Junho de 2008.....	65

INTRODUÇÃO

Analisando a sociedade contemporânea e comparando-a com a sociedade de anos atrás, podemos perceber claramente que inúmeras foram as mudanças ocorridas e vários foram os fatores que deram causa a essas alterações. A família é uma entidade de extrema relevância na sociedade e muitas destas mudanças ocorreram no âmbito familiar. As modificações mais relevantes para o presente estudo estão relacionadas à crescente igualdade entre o homem e a mulher e também ao pátrio poder que tem se transformado constantemente ao longo dos anos e conseqüentemente vem trazendo alterações a instituição da guarda dos filhos.

Por volta do século XIX, as famílias brasileiras ainda possuíam traços profundos da família da antiguidade, pois a mulher não tinha os mesmos direitos que o homem, a sua função era cuidar dos afazeres domésticos enquanto o homem era quem possuía exclusivamente o poder de chefe de família. O homem era o administrador, o representante da sociedade conjugal e aquele a quem os filhos e a esposa eram submissos. Por ser o único detentor do poder familiar a atribuição da guarda era dada a ele.

Ao longo dos anos, a sociedade foi evoluindo e a mulher foi aos poucos conquistando o seu espaço. O direito acompanhou a evolução da sociedade e foi absorvendo essas mudanças passando a garantir os direitos da mulher. Por fim o Código Civil de 2002, igualando a responsabilidade dos pais, atribuiu a ambos, em unidade substancial, a direção da criação e da educação dos filhos.

Na constância do casamento ou da união estável não há problemas em relação à guarda dos filhos já que a mesma pertence aos genitores e é exercida em comum por ambos. O problema se inicia quando ocorre o fim do casamento ou da união estável, pois é nesse momento que se discute a quem vai pertencer a guarda dos filhos.

A guarda consiste em direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. É função daquele que tem a guarda criar e educar o menor, orientando-o e protegendo-o, bem como dirigindo a sua vida através da autoridade que possui sobre o mesmo.

A guarda compartilhada surgiu com o objetivo de tentar atender as novas necessidades da sociedade, nesta modalidade de guarda os pais tem os mesmos direitos e deveres, e decidem juntos sobre todas as questões relacionadas à vida dos filhos. O fato dos genitores compartilharem a guarda e estarem mais próximos dos filhos é uma forma de diminuir o afastamento que surge entre o menor e o genitor não guardião nos casos de guarda

única, situação em que a guarda pertence a apenas um dos pais, enquanto ao outro resta o direito de visita.

O direito busca em primeiro lugar o melhor interesse do menor e por esse motivo é importante o estudo do tema, pois a forma de vida, criação e educação do menor hoje pode trazer consequências para seu futuro. A falta de intimidade e de um bom relacionamento com um dos seus genitores, pode posteriormente influenciar negativamente sua personalidade.

Serão analisados os aspectos que envolvem a guarda compartilhada e a principal justificativa para a escolha do tema é o fato de que o fim do casamento ou da união estável pode trazer muitas consequências negativas à vida dos filhos, sendo que a opção pela forma mais adequada de modalidade de guarda, em cada caso concreto, pode ajudar a diminuir os danos sofridos pelos filhos após a ruptura conjugal de seus pais.

O presente trabalho tem por objetivo principal analisar as diversas modalidades de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico, dando enfoque à guarda compartilhada que é uma modalidade que possibilita aos pais se manterem mais presentes na educação e desenvolvimento dos filhos. Serão analisadas as vantagens, desvantagens e consequências geradas por ela, bem como os problemas que envolvem a sua aplicabilidade, pois para que a guarda compartilhada seja a melhor opção para o menor é necessário que os pais mantenham um relacionamento harmônico entre eles.

O conhecimento científico utilizado para elaboração deste trabalho será baseado em pesquisas bibliográficas e documentais, que envolvam o tema em questão. Para obter as informações necessárias ao desenvolvimento da pesquisa as fontes bibliográficas e os dados serão retirados de livros, legislações pertinentes e pesquisas on line. O material coletado será selecionado para um melhor aproveitamento do mesmo, no sentido de permitir a obtenção de respostas aos problemas levantados na pesquisa e ao final poder avaliar todas as peculiaridades do instituto da guarda compartilhada.

O trabalho será dividido em três capítulos, de forma a melhor sistematizar o tema.

No primeiro capítulo, para que se possa entender melhor o instituto família, o qual é o cenário do presente estudo, serão apresentados os conceitos e as características do poder familiar e a sua evolução ao longo do tempo. Serão delimitados também os direitos e deveres dos titulares do poder familiar, bem como as consequências trazidas pela forma com que estes exercem tal poder.

No segundo capítulo serão apresentadas as diversas modalidades de guarda e suas características, começando com uma análise da evolução do instituto da guarda em nosso

ordenamento jurídico. Serão apresentados também os critérios que determinam à guarda dos filhos e um estudo sobre a síndrome da alienação parental.

No capítulo terceiro será apresentada a modalidade de guarda compartilhada no direito pátrio e no direito comparado. Será feito uma análise dos seus reflexos, observando assim as vantagens e desvantagens decorrentes de tal modalidade de guarda.

O direito contribui com as leis que amparam as crianças e que dão possibilidades de escolha aos pais quanto às formas de guarda de seus filhos. A guarda consiste no direito de cuidar, educar e decidir sobre questões importantes relacionadas à vida do menor, sendo assim a escolha da modalidade de guarda deve ser feita de forma sensata, de maneira que priorize e atenda aos interesses do filho. Para isso deve-se sempre analisar as peculiaridades de cada caso concreto.

CAPÍTULO 1 – PODER FAMILIAR

1.1 Conceito e Evolução

O Poder familiar é um instituto que muito se modificou no decorrer da história da humanidade, acompanhando as mudanças ocorridas no âmbito familiar. A origem do poder familiar, que é a evolução do antigo pátrio poder, encontra-se em épocas muito remotas.

O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma. (GRISARD FILHO, 2010, p.37).

Faz-se necessário o estudo do poder familiar para que se entenda melhor o instituto da guarda compartilhada, e tomaremos o direito romano como ponto de partida para a análise de sua evolução.

No direito romano, somente o “pater”, ou seja, o pai possuía o poder sobre toda a família. A mulher e os filhos estavam em posição inferior e eram considerados incapazes de dirigir suas próprias vidas. O poder exercido pelo pai sobre a família era absoluto, sem limites, sendo igualado ao da propriedade, pois o pai tinha o direito de matar, vender, abandonar ou entregar o filho à vítima de dano causado por seu dependente.

No direito romano, o pátrio poder, coluna central da família, era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo as esposas, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. (GRISARD FILHO, 2010, p.37).

O pátrio poder, no direito romano, se originou com fundamento político e religioso, pois o pai era o chefe do culto religioso realizado aos antepassados com objetivo de acalmar os espíritos destes e além de ser o chefe do culto doméstico, o pai era também chefe da família, e pelo fato da sociedade estar dividida nesses grupos, chamados família, era conveniente que existisse essa rígida autoridade do “pater” sobre todos os membros do grupo, pois estabelecendo a disciplina e a ordem dentro das famílias, conseqüentemente se estabeleceria a disciplina e a ordem na sociedade. (VENOSA, 2011, p.303).

O pátrio poder foi modificando-se ao longo dos anos, e a rigidez e os poderes absolutos do “pater” foram se enfraquecendo. Um fator que merece destaque por ter sido de

grande relevância na ocorrência dessas mudanças é o advento do cristianismo, pois este, como explica Silva (2006, p.21), “começou a reconhecer a igualdade entre os cônjuges e a pregar, como um dever dos pais, os cuidados com a educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos”, e com isso, aos poucos, passou a existir um vínculo de amor e afeição entre os membros da família.

Todas essas transformações do poder familiar foram evoluindo, e passaram a refletir na legislação dos países, inclusive em nosso país.

Nosso Código Civil de 1916, em sua redação original atribuía ao pai o exercício do pátrio poder, enquanto a mãe possuía um papel secundário, pois somente na falta ou impedimento do pai é que esta poderia exercê-lo. Tal solução foi modificada pela lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, que permitia que a mãe colaborasse com o pai no exercício do poder familiar, passou então a vigorar, a seguinte redação:

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

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

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 5º e o artigo 21 da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) deixaram claro o fim da desigualdade entre o homem e a mulher, ou seja, pai e mãe, na sociedade conjugal. O poder familiar passou então a ser exercido pelo pai e pela mãe, em igualdade de condições e ficou assegurado a qualquer um destes o direito de recorrer à autoridade judiciária competente em caso de discordância. Conforme vemos abaixo:

Art. 226 [...]

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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

Por fim, em 2002 ocorreu a alteração do Código Civil, que em seu artigo 1.631 atribuiu a ambos os pais os deveres e direitos com relação filhos quando menores ou incapazes.

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

Atualmente vários são os conceitos de poder familiar que podem ser encontrados, mas todos eles neste mesmo sentido, como define Diniz (2002, p.447):

O pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.

Sendo assim, conclui-se que o poder familiar consiste na tutela dos pais em relação aos seus filhos, nos deveres e direitos que estes possuem, pois cabe aos genitores à obrigação de dirigir a vida dos filhos, cuidando, educando e suprimindo as necessidades de seu desenvolvimento.

1.2 Titularidade do Poder Familiar

Como já observamos no capítulo anterior, várias foram as mudanças sofridas pelo pátrio poder ao longo do tempo, e por consequência a titularidade do poder familiar também passou por algumas transformações, até chegar às delineações atuais.

O poder familiar consiste em direitos e deveres que são dados aos pais com o objetivo de proteger os menores, devendo os pais educá-los e prepará-los para a vida, bem como suprir as suas necessidades. O poder familiar se inicia com o nascimento do filho e constitui um múnus público de interesse do Estado, ou seja, é um dever decorrente da lei, é obrigatório, e por esse motivo é indisponível, irrenunciável, indelegável, indivisível e imprescritível.

[...] o poder familiar é instituto de proteção a menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores. Trata-se de um múnus público, razão pela qual o estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que ai vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o poder familiar absoluto nem

intangível, com o propósito de evitar abusos. (GRISARD FILHO, 2010, p.51).

O poder familiar é indisponível e indelegável porque os pais não podem dispor deste como bem entenderem e nem mesmo podem delegá-lo a outrem. O poder familiar é irrenunciável porque os pais não podem abrir mão dele, a não ser em caso de adoção, pois nesse caso os pais serão destituídos do poder familiar e este passará a ser exercido pelos pais adotivos.

Com relação à indivisibilidade, ela se dá apenas ao poder familiar, mas não ao exercício do poder familiar, pois este sim pode ser divisível, como por exemplo, em caso de pais separados, em que as incumbências e tarefas podem ser divididas entre os genitores. O poder familiar não se extingue pelo desuso, e por esse motivo ele é também imprescritível.

O poder familiar é indivisível, porém não o seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta. O poder familiar também é imprescritível. Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se do estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. (VENOSA, 2011, p.308).

Com a alteração do Código Civil de 2002, o poder familiar foi atribuído a ambos os genitores, em igualdade de condições, sendo dado aos mesmos, iguais direitos e obrigações, durante a constância do casamento ou da união estável, só assumindo um com exclusividade, na falta ou impedimento do outro.

É importante salientar que o poder familiar existe independente do vínculo entre os genitores, pois mesmo com o fim do casamento ou da união estável, preserva-se o exercício conjunto do poder familiar. Conforme os ensinamentos de Venosa (2011, p.305) “nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável”.

Os pais são os titulares do poder familiar e cabe a eles, de acordo com o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e em contrapartida devem os filhos ampará-los na velhice, em caso de enfermidade ou quando for necessário. Os filhos ficam sujeitos ao poder familiar enquanto forem menores, conforme o

que diz o artigo 1.630 do Código Civil. É importante salientar que a constituição não faz nenhuma distinção entre filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos.

No caso de filho nascido fora do casamento, só exercerá o poder familiar àquele que houver reconhecido legalmente o filho. O artigo 1.633 do Código Civil atribui o poder familiar exclusivamente à mãe em caso de filho não reconhecido pelo pai, e menciona ainda que se a mãe também não for conhecida ou capaz de exercer o poder familiar, o Estado, por meio do juiz, deverá nomear um tutor ao menor.

1.3 Direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar

Sendo o poder familiar um conjunto de direitos e deveres quanto à pessoa e bens dos filhos, exercido pelos genitores, é importante destacar quais são esses direitos e deveres que estão elencados no Código Civil, em seu artigo 1.634.

Art. 1.634 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Faz-se necessário analisar cada um desses incisos, para que se possa compreender melhor os direitos e deveres decorrentes do poder familiar.

O inciso I se refere à criação e educação dos filhos. Incumbe aos pais, primordialmente, o dever de criar e educar seu filho, ensinando-o como se comportar, como agir, amoldando seu caráter, provendo o seu sustento para que este fisicamente sobreviva, além de proporcionar-lhe educação e estudos, na medida de suas possibilidades, para que este possa no futuro conseguir o próprio sustento e para que possa ser útil a sociedade.

[...] 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 a 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. (DINIZ, 2002, p.451).

Os pais que não cumprem com suas obrigações, e sem justa causa, não proveem a subsistências de seus filhos, não lhes proporcionando os recursos necessários, ou deixam de pagar pensão alimentícia, ou deixam de prover a instrução primária de filho em idade escolar, estão sujeitos a sofrerem as sanções impostas pelo Código Penal em seus artigos 244 e 246, pois tais descumprimentos caracterizam abandono material e abandono intelectual.

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

O inciso II menciona que compete aos pais ter os filhos em sua companhia e guarda. Este inciso não se trata apenas de um direito dos pais, mas também de um dever imposto a estes em relação aos filhos.

Trata-se de um dever, pois aos pais cabe a tarefa de criar, educar e guardar os filhos, e de um direito, pois, podem os pais decidir sobre as questões referentes aos filhos, podem decidir os lugares que os filhos devem ou não frequentar, as pessoas com quem estes podem ou não conviver, podem também retê-los no lar quando quiserem, podem escolher qual a melhor escola para seus filhos estudarem, podem ensinar aos filhos como devem se comportar, enfim, os pais tem o direito de reger a vida de seus filhos da maneira que considerarem melhor, sem é claro, praticar atos abusivos que podem até mesmo acarretar a perda do poder familiar.

O inciso III se refere à questão do casamento dos filhos menores. Para que o relativamente incapaz, ou seja, aquele entre dezesseis e dezoito anos possa constituir matrimônio é necessário o consentimento dos pais.

De acordo com o que diz o artigo 1.519 do Código Civil quando houver recusa, sem justo motivo, dos pais em consentir que o filho se case, a denegação do consentimento poderá ser suprida pelo juiz.

Art. 1.519 - A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

A lei não especifica o que seria um motivo justo para a não realização do casamento, fica então, a critério do juiz, que deverá analisar o caso concreto e decidir se o motivo alegado pelos pais realmente justifica a negação do consentimento.

De acordo com o inciso IV podem os pais nomear tutor para os filhos para que se o outro genitor não lhe sobreviver, ou sobrevivo não puder exercer o poder familiar, seu filho fique sob a tutela de alguém escolhido por ele, alguém de sua confiança, pois não há ninguém melhor para escolher quem deve cuidar dos filhos no caso de sua morte, do que os próprios pais. A nomeação do tutor deve ser feita por documento autêntico ou testamento, pois somente terá efeito quando o outro genitor também estiver falecido ou se estiver este incapaz de exercer o poder familiar.

Esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercitar o poder paternal, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere. (RODRIGUES, 2008, p.361).

O inciso V refere-se aos filhos menores de dezesseis anos, que serão representados pelos pais na prática dos atos da vida civil e também se refere ao filho relativamente incapaz, aquele entre dezesseis e dezoito anos, que deve ser assistido pelos pais na prática dos atos da vida civil.

O intuito da lei ao determinar que os filhos menores de dezoito anos devem ser representados ou assistidos, foi protegê-los, evitando que estes, por imaturidade ou falta de experiência praticassem atos que pudessem ser prejudiciais a eles próprios.

Os atos praticados por menores de dezesseis anos sem a representação dos pais serão considerados nulos, e os atos praticados por menores, entre dezesseis e dezoito anos sem a assistência dos pais, serão anuláveis.

O inciso VI dispõe que podem os pais reclamar os filhos daquele que ilegalmente os detenha. A medida judicial cabível nessa situação é a busca e apreensão, mas para que seja deferido, o juiz precisa estar convencido da ilegalidade da detenção do menor feita por outrem.

Conforme o inciso VII podem os pais, exigir obediência e respeito dos filhos, e também podem exigir que os filhos realizem serviços próprios de sua idade e condição. Respeito e obediência são indispensáveis a uma boa criação e educação, e muitas vezes para conseguir que seus filhos obedeçam é necessário castigá-los ou corrigi-los, porém, os pais devem fazer isso de forma moderada, pois em caso de exageros poderão perder o poder familiar, como dispõe o inciso I do artigo 1.638 do Código Civil, que será estudado mais adiante.

É permitido que os pais exijam dos filhos serviços próprios de sua idade e condição, porém a Constituição Federal de 1988, buscando proteger o menor, dispõe em seu artigo 7º XXXIII que é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, exceto na condição de aprendiz, a partir do quatorze anos e é vedado também o trabalho noturno, perigoso e insalubre para menores de dezoito anos.

Art. 7º [...]

[...]

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Os pais também são responsáveis pela administração dos bens de seus filhos, esses bens, podem se incorporar ao patrimônio do menor de diferentes formas, podendo ser por doação, por testamento, ou também por fruto de seu próprio trabalho. O artigo 1.689 do Código Civil dispõe que o pai e a mãe, enquanto estiverem no exercício do poder familiar, além de administrar os bens dos filhos, também serão usufrutuários desses bens.

Art. 1.689 - O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Aos pais cabe somente o direito de administrar os bens dos filhos, pois como explica Venosa (2011, p.312): “A administração a que se refere à lei abrange apenas os atos restritos de administração, como locação, aplicações financeiras, pagamento de impostos, defesa de direitos, por exemplo”, portanto existem atos que não podem ser praticados pelos pais em relação aos bens dos filhos, e quando praticados, podem ser considerados nulos, conforme estabelece o artigo 1.691 do Código Civil:

Art. 1.691 - Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Existem bens que são excluídos do usufruto e da administração dos pais, estão estes bens enumerados no artigo 1.693 do código civil.

Art. 1.693 - Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Portanto, não devem os pais ultrapassar os limites da simples administração dos bens de seus filhos, respeitando todos os dispositivos de leis, para que o patrimônio de seus filhos seja preservado.

1.4 Suspensão, destituição e perda do Poder Familiar

Como já mencionado anteriormente, cabe aos pais o dever de criar, sustentar e educar seus filhos, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma a obrigação dos pais de cumprir os deveres incumbidos a eles:

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

Por ser o poder familiar um múnus público cabe ao Estado fiscalizar a maneira como os pais o exercem, podendo inclusive, suspender ou destituir os pais do exercício do poder familiar, quando estes não estiverem cumprindo suas obrigações ou não estiverem cuidando de seus filhos como deveriam. Tais medidas visam proteger os filhos da má influência dos pais, e dos danos que estes podem causar ao patrimônio dos filhos.

Nesse sentido, Rodrigues (2008, p.368) explica que:

Efetivamente, em se verificando que os pais, pelo seu comportamento, de um modo ou de outro prejudicam os filhos, o ordenamento jurídico reage e, conforme a menor ou maior gravidade da falta praticada, suspende-os, ou os destitui do pátrio poder ou poder familiar. A suspensão e a destituição do poder familiar constituem assim, sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o poder parental de acordo com as regras estabelecidas pelo legislador, e visam atender ao maior interesse do menor. A nosso ver, tais sanções têm menos um intuito punitivo aos pais, do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influencia daqueles.

O Estatuto da Criança e do adolescente, em seu artigo 24 estabelece que:

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

A suspensão do exercício do poder familiar aplica-se aos casos menos graves, e é facultativa, pois o juiz analisará o caso concreto, e poderá aplicar a suspensão da maneira e pelo tempo que achar necessário, ou poderá não aplicá-la quando os pais se comprometerem a mudar sua conduta e dar fim ao motivo da suspensão. O poder familiar é suspenso por tempo determinado, pois se cessar a causa que a originou, o genitor que estava suspenso retornará ao exercício do poder familiar. É importante mencionar também, que a suspensão do poder familiar, pode ocorrer em relação a apenas um dos filhos, como também pode ocorrer em relação a todos, ou alguns, e pode o poder familiar ser suspenso no todo ou em parte.

Em casos de suspensão do poder familiar, será nomeado um curador especial ao menor.

As condutas que levam a suspensão do poder familiar estão elencadas no artigo 1.637 do Código Civil, sendo estas as que seguem abaixo:

Art. 1.637 - Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz,

requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

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

A destituição, ou perda do poder familiar, é uma medida mais drástica, aplicada em hipóteses mais graves do que a suspensão e pode atingir a apenas um dos genitores, caso em que o poder familiar passará a ser exercido exclusivamente pelo outro genitor, porém, se o outro genitor também for destituído do poder familiar, ou por alguma outra razão não puder exercê-lo, será nomeado um tutor ao menor.

A destituição do poder familiar é uma medida imperativa, ou seja, em caso de ocorrência de uma das hipóteses previstas na lei, deverá o juiz destituir o genitor do exercício do poder familiar, tal destituição, se dará em relação a todos os filhos, e não apenas em relação a um ou alguns como ocorre nos casos de suspensão do poder familiar.

São estes os casos de destituição do poder familiar, de acordo com o artigo 1.638 do Código Civil:

Art. 1.638 - 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.

Com relação ao inciso I, podem os pais, corrigir seus filhos, aplicar castigos moderados que colaborem positivamente para sua educação, porém, não podem os pais cometerem exageros ao castigar seus filhos, não podem chegar ao ponto de torná-los vítimas de violência e maus-tratos.

O projeto de lei nº 7672 surgiu com o intuito de proibir a aplicação de castigo corporal que se caracteriza pela “ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente” e de tratamento cruel ou degradante que se caracteriza pela “conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente”, de acordo com tal projeto de lei, todo menor tem o direito de ser educado sem o uso destes castigos, porém é importante ressaltar que existem outras formas de castigos que não caracterizam nenhuma das condutas previstas neste projeto de lei e que, portanto podem ser usados na educação dos filhos.

O inciso II refere-se aos pais que deixam seus filhos em abandono. O desinteresse dos pais em relação aos filhos, o descaso com a sua educação e criação, ou condutas como privar os filhos de alimentos, de cuidados necessários a sua saúde e sobrevivência, ou influenciá-los de alguma forma a vadiagem, são condutas que, entre outras, caracterizam abandono e acarretam a perda do poder familiar.

De acordo com inciso III não devem os pais praticarem atos contrários a moral e aos bons costumes. Tal disposição foi criada com o objetivo de evitar que os pais se tornassem maus exemplos para os filhos, e de evitar que a conduta dos pais influenciasse negativamente o comportamento dos filhos. Com toda certeza, esse inciso é de grande importância, pois vários são os estudos psicológicos que afirmam que a personalidade e o caráter das pessoas são desenvolvidos na infância, portanto é de extrema relevância para o futuro dos menores que eles sejam criados em um ambiente saudável, com pais que transmitam bons valores, e que colaborem positivamente para seu desenvolvimento, criação e educação.

O inciso IV se refere aos pais que incidem, reiteradamente, nas faltas que podem acarretar a suspensão do poder familiar, tal dispositivo visa evitar a repetição de tais falhas.

A extinção do poder familiar ocorre em cinco situações, conforme o que diz o artigo 1.635 do Código Civil.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A primeira situação ocorre com a morte dos pais ou do filho. É importante salientar, que a morte de apenas um dos genitores não acarreta a extinção do poder familiar, pois neste caso, o poder familiar passa a ser exercido exclusivamente pelo outro genitor.

A segunda e a terceira hipótese de extinção do poder familiar dizem respeito à capacidade civil, sendo que a segunda menciona que o poder familiar se extingue pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único do Código Civil, pois a emancipação antecipa a maioridade, passando o menor a possuir capacidade civil e a terceira menciona que se extingue o poder familiar pela maioridade. Portanto ambos são causas de extinção do poder familiar, pois se presume que após possuir capacidade plena, o filho não precisará mais dos cuidados dos pais.

A quarta situação ocorre em caso de adoção, pois neste caso, o poder familiar é extinto para os genitores, e passa a existir para os pais adotivos.

A quinta e última situação ocorre por decisão judicial, quando por praticarem alguma das condutas mencionadas no artigo 1.638 do Código Civil, já mencionado anteriormente, os pais perdem o poder familiar.

CAPÍTULO 2 – GUARDA DOS FILHOS

2.1 Conceito e características

Para que se entenda melhor o instituto da guarda é de grande importância a análise de seu conceito e de suas peculiaridades, para isso torna-se indispensável observarmos o que dizem alguns doutrinadores sobre o tema.

A guarda de filhos é conceituada por Guilherme Gonçalves (1998, p.31) da seguinte forma:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

O direito de família busca regular as relações entre as pessoas no âmbito familiar, regular as relações entre pais e filhos e entre os cônjuges, trata também da questão patrimonial, enfim, de tudo que se relaciona a família. A guarda dos filhos é atribuída ao guardião como um poder-dever, pois a este cabe o dever de educar, proteger, ensinar e zelar pelo bem estar do menor, e também é um poder, pois a ele cabe o direito de tomar as decisões relacionadas à vida do menor, decidir a escola onde este estudará os lugares que poderá frequentar, quais serão suas atividades diárias, enfim, aquele que possuir a guarda do menor é quem poderá decidir sobre as questões relacionadas à vida deste.

É importante salientar que a guarda e o poder familiar podem existir separadamente, pois, como explica Silva (2006, p.44) “a guarda é inerente ao poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, mas o seu exercício efetivo na prática, é do genitor guardião”. Isso acontece pelo fato de que o genitor guardião inevitavelmente está mais próximo do menor, é aquele que está mais presente em sua rotina diária, e por conta disso exerce constantemente o poder familiar.

Segundo Diniz (2002, p.501) “A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, sob pena de incorrer no art. 249, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, regularizando assim a posse de

fato.”. Sendo assim, incumbe ao guardião garantir o pleno desenvolvimento do menor, e prestar-lhe tais assistências, porém se descumprir, dolosa ou culposamente os deveres decorrentes da guarda, será punido com multa de três a vinte salários de referência, sendo a pena dobrada em caso de reincidência, de acordo com o que diz o artigo 249 da lei nº 8.069/1990.

Art. 249 - Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Sendo os pais juntamente os guardiões dos filhos na constância do casamento, o problema da guarda surgirá no momento em que a ocorrer à dissolução do casamento. Nos casos de divórcio ou separação por mútuo consentimento, bem como na dissolução de união estável podem os cônjuges acordar sobre as questões relacionadas aos filhos, determinando a quem pertencerá à guarda dos filhos, e também sobre questões como o regime de visitas e os alimentos. Porém, nem sempre os genitores conseguem manter uma relação harmoniosa após o fim do casamento ou da união estável e por esse motivo alguns casais não conseguem chegar a um consenso sobre a guarda dos filhos, nesses casos, de acordo com o que diz o artigo 1.584, § 2º do Código Civil, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Art. 1.584 [...]

[...]

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

Quando o péssimo relacionamento dos genitores tornar impossível a aplicação da guarda compartilhada, o juiz atribuirá a guarda unilateral ao genitor que revelar melhores condições para exercê-la. O Código Civil menciona os fatores que serão levados em consideração para definir qual dos genitores possui melhores condições, em seu artigo 1.583, § 2º:

Artigo 1.583 [...]

[...]

§ 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.

Nos casos em que o juiz verificar que por algum motivo relevante o filho não deva permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda do menor a outra pessoa, que será de preferência alguém da família de um dos genitores, que revele ter condições para a criação do menor, bem como uma relação de afinidade e afetividade com este, conforme o que diz o § 5º do artigo 1.584 do Código Civil.

Art. 1.584 [...]

[...]

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

É importante frisar que esta é uma exceção aplicada apenas em situações onde existir motivos graves que levem o juiz a se convencer de que para o bem do menor deverá deferir a guarda a outrem. Segundo Gonçalves (2009, p.265) “Para romper o liame natural existente entre pais e filhos, com o deferimento da guarda a terceiro, é necessário que existam motivos graves que autorizem a medida e atribuam maior vantagem aos filhos”.

Em relação ao direito de visita, é assegurado ao pai ou a mãe que não possui a guarda dos filhos o direito de visitar e de ter os filhos em sua companhia, respeitando é claro o que foi acordado com o outro genitor, ou o que foi fixado pelo juiz. O direito de visita se estende também aos avós, conforme o que diz o artigo 1.589 do Código Civil.

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

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

É importante salientar que o direito de visita não tem caráter definitivo, pois quando a convivência com o genitor não guardião nas horas ou dias de visitas estiver acarretando prejuízos ao menor, poderá este ser suspenso visando atender ao princípio do melhor interesse do menor, porém tal suspensão só ocorrerá quando ficar provado à existência de motivos

realmente relevantes, podendo inclusive o direito de visita ser suspenso para a realização de averiguações desses motivos.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DAS VISITAS AO GENITOR. CABIMENTO O direito de visitas, por parte do genitor, deve privilegiar os interesses da criança, a quem deve ser assegurado um sadio desenvolvimento emocional e psicológico. Restando evidenciada desarmonia entre pai e filho com evidentes reflexos nas atitudes do menor. impõe-se a suspensão das visitas, por ora, ate a conclusão do estudo social e avaliação psicológica, de forma a que seja averiguado qual o sistema de visitas que melhor beneficiará o menor. BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE. (Agravado de instrumento – Numero do processo: 70040290769 – Comarca de Ibirubá – Data de Julgamento: 31-01-2011 – Relator: Roberto Carvalho Fraga).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO DO GENITOR. SUSPEITA DE ABUSO SEXUAL PELO GENITOR. 1. Tendo ocorrido a suspensão das visitas paternas à filha diante da existência de indícios veementes de que o genitor praticou atos de violência sexual contra ela, descabe, por ora, deferir a visitação. 2. A gravidade dos fatos imputados desaconselha a aproximação do pai com a filha, enquanto não vierem aos autos elementos de convicção seguros acerca da inexistência de prejuízo ou de dano para a criança. Recurso desprovido. BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRAVO DES PROVIDO. (Agravado de instrumento – Número do processo: 70029920790 – Comarca de Porto Alegre – Data de Julgamento: 11-11-2009 – Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

Grisard Filho (2010, p.92) lembra que, em relação a questão da guarda, sua fixação “não se submete a autoridade da coisa julgada” pois vários são os fatores que determinam a quem pertencerá a guarda do menor, fatores estes que podem se modificar ao longo tempo causando possíveis prejuízos ao menor. Deve-se sempre priorizar o melhor interesse do menor, por esse motivo em determinadas situações, em que houver graves motivos, poderá o juiz regular a questão da guarda de maneira diferente da anterior, visto que no momento outras são as circunstâncias, como poderá também revogar a guarda, como nos explicam o artigo 1.586 do Código Civil e o artigo 35 da lei 8.069/90 (ECA):

Art. 1.586 - Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 35 - A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

2.2 Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira

Até chegar às delineações atuais, o instituto da guarda passou por algumas transformações.

De acordo com os ensinamentos de Silva (2006, p.45):

A primeira regra que regulou o destino dos filhos de pais separados foi o Decreto nº 181 de 1890 que, em seu artigo 90 estipulava: A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles [...]

Conforme explica Grisard Filho (2010, p.59) “O Código Civil de 1916, cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial”. Nos casos de dissolução amigável deveria ser observado o que os genitores acordassem em relação a guarda de filhos. Já nos casos em que a dissolução do matrimônio não ocorresse de forma amigável e houvesse culpa de um dos genitores, a decisão que atribuiria a guarda à um deles seria dada através do juiz, que para chegar a sua escolha levaria em consideração o sexo e a idade dos filhos.

Desta maneira esclarece Silva (2006, p.46) sobre o esquema que deveria ser seguido nos casos de separação dos genitores:

[...] havendo cônjuge inocente, com ele os filhos menores ficariam; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas menores e os filhos até os 6 (seis) anos, os quais, após essa idade, passariam a guarda do pai; os filhos menores, mas com mais de 6 (seis) anos passavam à guarda direta do pai; havendo motivos graves, o juiz, a bem dos filhos, poderia regular a guarda de maneira diferente.

No ano de 1941 surgiu o Decreto Lei nº 3.200, que regulava em seu artigo 16 a guarda de filho natural, de acordo com Grisard Filho (2010, p.59) tal dispositivo determinava que o filho natural “ficasse com o progenitor reconhecente e, se o fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor”.

Com o advento da lei nº4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) surgiram alterações em relação ao desquite litigioso, mas não em relação ao desquite amigável. O esquema que era utilizado na determinação da guarda pelo código civil da época se modificou, passando a não mais observar o sexo e a idade do menor nos casos em que ambos os cônjuges eram culpados, ficando o menor sob a guarda da mãe. Outra modificação ocorrida foi em relação ao arbítrio do juiz, pois este passou a poder deferir a guarda dos filhos menores à outra pessoa

idônea da família dos cônjuges nos casos em que verificasse que nenhum dos genitores teria condições para a guarda, assegurando é claro o direito de visita dos pais. A lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) surgiu em 1977 e com sua entrada em vigor instituiu o divórcio no Brasil, e passou a regular os casos de dissolução do casamento. (SILVA, 2006, p.47).

Em 1988, a Constituição Federal, em seu artigo 227 mencionou de forma clara o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar os direitos da criança e do adolescente:

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

Tais direitos são também assegurados pelo artigo 4º da lei nº 8.069/90 (ECA):

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Código Civil de 2002, traz algumas modificações, como explica Grisard Filho (2010, p.63), “sepulta o anacrônico regime de perda da guarda do filho pela culpa do cônjuge na separação e o da prevalência materna na sua fixação”, sendo assim, o princípio que passa a ser levado em consideração pelo juiz para a determinação da guarda é o da prevalência do interesse do menor.

Em 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.698 (Anexo A), que instituiu e disciplinou a Guarda Compartilhada, porém tal assunto não será tratado nesse momento, visto que mais adiante haverá um tópico específico para este tema.

2.3 Modelos de Guarda

2.3.1 Guarda Única

A guarda única, ou unilateral, é aquela em que a responsabilidade direta dos filhos fica com apenas um dos genitores, ou seja, ao detentor da guarda é conferido o dever de

cuidado direto dos filhos, sendo que este genitor será aquele que apresentar melhores condições, analisando-se sempre o melhor interesse do menor.

Ao outro genitor cabe o dever de supervisionar os interesses dos filhos, ou seja, deve este acompanhar a vida, a criação e o desenvolvimento dos filhos, devendo também contribuir financeiramente. O genitor não detentor da guarda possui o direito de visita aos filhos.

Esta modalidade de guarda recebe muitas críticas, pois vários são os casos em que o pouco contato com o genitor que não possui a guarda acaba resultando em um afastamento gradual entre este e o menor, já que o tempo de convivência se restringe aos dias e horários de visitas, diminuindo assim o vínculo existente entre eles, sendo que, tal vínculo, visando o melhor interesse do menor, não deveria ser prejudicado.

2.3.2 Guarda Alternada ou Partilhada

Esta modalidade de guarda é aquela em que os genitores exercem a guarda dos filhos alternadamente em períodos predeterminados que podem ser divididos em dias, semanas, meses, ou até mesmo períodos anuais, ou seja, o menor passa um período com um dos genitores e outro período com o outro genitor.

Nesse sentido Grisard Filho (2010, p.91) explica que:

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica quanto a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.

A guarda alternada é muito criticada, pois traz prejuízos psicológicos ao menor, já que este passa a viver em duas realidades distintas sendo criado em cada uma delas de forma diferente, o que pode comprometer o seu bem estar, além de contradizer o princípio da continuidade do lar. No mesmo sentido discorre Silva (2006, p.62) sobre o tema:

Este é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere substancialmente do que ocorre com a criança quando passa um período de férias com o genitor não guardião. Durante esse tempo de férias as atividades são em maioria de

lazer e diversão e assim diversas das atividades do período escolar, não prejudicando os hábitos e padrão de vida da criança.

A jurisprudência também se faz contrária a essa modalidade de guarda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se manifestou a respeito da seguinte maneira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. CRIANÇA DE TENRA IDADE. IMPOSSIBILIDADE. Totalmente contra-indicada a guarda alternada " uma semana com cada genitor ", pois impede o estabelecimento de rotinas essenciais para a segurança da criança, mormente considerando que os pais residem em cidades diferentes e que se trata de um bebê de apenas um ano e oito meses. Sendo provisoriamente deferida a guarda exclusiva da criança à mãe, imperiosa a fixação de alimentos em favor do menor, em percentual sobre os rendimentos do genitor. BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de instrumento – Número do processo: 70019784917 – Comarca de Porto Alegre – Data de Julgamento: 08-08-2007 – Relator: Luiz Felipe Brasil Santos).

2.3.3 Aninhamento ou nidação

Essa modalidade de guarda é aquela em que os filhos residem em uma só casa, enquanto os pais se revezam em períodos alternados, ou seja, são os pais que se mudam para a residência dos filhos em períodos diferentes.

Grisard Filho (2010, p.91) destaca um dos problemas ao se adotar esse modelo de guarda:

Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos.

2.4 Critérios para se determinar a guarda dos filhos

A determinação da guarda é uma questão de grande importância, por se tratar do destino de um menor, ou seja, de alguém que deve ter seus interesses protegidos e o seu bem estar assegurado. Como já dito anteriormente, durante a constância do casamento ou da união estável, os genitores são juntamente guardiões dos filhos menores, porém quando ocorre o divórcio ou a dissolução da união estável deve-se determinar qual será o destino dos filhos menores. Os pais podem chegar a um acordo e decidir com quem ficará a guarda dos filhos menores, porém se não houver acordo entre eles a guarda dos filhos vai ser atribuída a aquele que revelar melhores condições para exercê-la. É nesse momento que surge a necessidade de

se analisar algumas circunstâncias relacionadas aos genitores, para que se possa aplicar a modalidade de guarda que trará mais benefícios ao menor.

Para se determinar a quem pertencerá a guarda dos filhos, deve-se ter como critério o melhor interesse do menor, pois os interesses destes devem ser sempre priorizados em relação a qualquer outro interesse dos genitores.

A análise de cada caso concreto deve ser feita individualmente, pois diferentes são as peculiaridades de cada um deles e diferentes são os interesses do menor em cada situação, ou seja, são contextos diversos e por esse motivo não devem ser analisados de forma geral. Cabe ao juiz examinar as características de cada caso, buscando sempre proteger os interesses do menor, como por exemplo, os interesses morais, materiais e emocionais do menor.

Em relação aos interesses morais e materiais Grisard Filho (2010, p.77) explica que:

Há que distinguir entre o interesse moral e o interesse material para a determinação da guarda. Evidentemente, aquele prevalece sobre este, referido por uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional. No interesse moral tenha-se presente a idade do menor, que, na primeira infância, necessita de um particular cuidado e afetividade constante. Enquanto o material não se pode considerar independentemente do moral, nem priorizá-lo.

O fim do relacionamento entre os pais, afeta em muito a vida dos filhos, principalmente no que diz respeito às questões emocionais, pois até então a criança que convivia e fortalecia os vínculos afetivos com ambos os pais a cada dia, passa a viver em outra realidade, onde não mais tem a presença diária de ambos, e em muitos casos o vínculo criado com o genitor que não mais reside com ela acaba se enfraquecendo consideravelmente. Tais situações podem prejudicar o desenvolvimento do menor.

Grande é a preocupação do direito com as questões psicológicas na vida do menor e também com a forma de educação e os conceitos morais que este receberá daquele que é responsável por sua formação, pois tudo isso influenciará no desenvolvimento de sua personalidade e trará consequências em sua vida adulta, por esse motivo, o interesse moral prevalece sobre o material, porém, o interesse material também é importante, pois pode proporcionar melhores condições ao menor em relação à educação, saúde, lazer e etc., mas não deve este ser priorizado, já que mesmo quando o genitor que possui melhores condições financeiras não for o guardião do menor, não poderá este deixar de proporcionar o que for preciso ao filho, na medida de suas possibilidades.

Nesse mesmo sentido ensina Grisard Filho (2010, p.77):

Por vezes, é claro, sobrepõe-se o interesse material, transitoriamente, porém, sobre o moral, quando, sofre o menor de grave doença, necessitando mais de meios econômicos. O interesse material ou econômico não deve ser tomado em conta como fator decisivo na questão que consideramos. O genitor que disponha de mais recursos estará obrigado a transferi-los aos filhos na forma de alimentos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda.

A idade do menor é um critério que também deve ser levado em consideração nos casos em que o filho ainda estiver na terna idade, ou seja, na primeira infância, fase em que a criança ainda tem uma forte ligação com a mãe, e ainda depende dela para a amamentação, nesta fase a criança age por instinto, e ainda não é capaz de desenvolver sua personalidade a partir da percepção dos fatos que acontecem a sua volta, por esse motivo não existe neste momento a preocupação com os valores pessoais ou características de personalidade dos pais, mas sim com a sensibilidade materna e a forte ligação estabelecida entre mãe e filho pela amamentação, sendo assim, quando o menor encontra-se nessa fase, existe certa preferência para que este fique sob a guarda da mãe. Porém, conforme o menor vai saindo dessa fase da terna idade, essa regra vai deixando de ser tão absoluta, como explica Silva (2006, p.56):

Quando a criança ingressa na idade escolar, essa regra já não será mais tão absoluta. O menor poderá compreender as atitudes de seus genitores. O juiz deverá então pesquisar sobre a capacidade educativa dos pais, o ambiente familiar e cultural em que vivem e o tempo disponível à dedicação de seus filhos.

Com relação ao sexo do menor, esse critério não é mais levado em consideração, visto que, não há problema algum em atribuir a guarda de uma filha a um pai que possui boa conduta, bons valores e que poderá educá-la corretamente ao invés de atribuir a guarda a uma mãe que não possua tais características, tenha um comportamento reprovável e que não irá educá-la de forma positiva para seu desenvolvimento. Da mesma forma também não se deve, como esclarece Silva (2006, p.56), “negar a guarda de filho menor a uma mãe que, embora não possua grande cultura, é moralmente sã, contra um pai que apresenta vida irregular, com maus hábitos e comportamento reprovável”, pois como já dito anteriormente, o que realmente importa é o bem-estar do menor, independente de ser do sexo feminino ou masculino.

Leite (1997, p.200) observa que:

O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe “naturalmente” boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os

magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje contestada a nível fático.

Em situações em que os pais possuem dois ou mais filhos, evidentemente não é aconselhável separá-los, pois além de enfraquecer o vínculo existente entre eles, tal separação provocaria uma cisão muito mais profunda em uma família que devido à separação dos genitores já está abalada, ou seja, os filhos teriam que enfrentar mais esta separação, justamente em um momento em que deveriam se unir para de certa forma apoiarem um ao outro e passarem juntos pela dor que sente uma criança ao ver seus pais se separando.

Porem se por algum motivo for impossível manter os irmãos juntos, sob a guarda do mesmo genitor é indispensável à existência de um amplo regime de visitas. É importante dizer, que esse critério perde a razão quando a diferença de idade entre os irmãos for grande, pois nesse caso, eles possuem atividades diferentes e dedicam tempo diverso a elas, além do fato de que talvez possuam necessidades diferentes decorrente da idade.

Outro aspecto importante, que também deve ser considerado na determinação da guarda, é a opinião do menor, pois uma conversa com este pode ajudar o juiz chegar ao seu convencimento do que é melhor para ele, porém, deve o juiz apenas conversar e de maneira nenhuma perguntar ao menor com quem ele gostaria de ficar, porque o filho sabe que se escolher um dos genitores o outro ficará magoado, além disso, nem sempre a escolha do menor seria a melhor escolha, pois este ainda não tem discernimento para saber o que é melhor para ele.

Neste sentido é a lição de Silva (2006, p.59):

É missão do magistrado avaliar, em caso de preferência por um dos genitores, manifestada pela criança, se essa escolha esta em consonância com a melhor solução aplicável ao caso. Porque a escolha da criança, apesar de importante, é capaz de revelar predileção pelo genitor menos exigente. Algumas vezes, sabe-se que os filhos optam pelo pai relapso, preocupados em agradar, ausente nas horas em que o pulso forte deve atuar. São conhecidos os resultados nefastos, a longo prazo, dessa espécie de educação dos filhos menores.

Deve o juiz analisar também, o comportamento dos genitores, pois tal critério é de grande importância na determinação da guarda dos filhos, pois estes estão em fase de desenvolvimento, e formarão sua personalidade e conjunto de valores a partir do que lhes forem ensinado e dos exemplos observados no dia-a-dia, por esse motivo, deve o juiz dar preferência na atribuição da guarda a aquele que possui boa conduta do que a aquele que demonstra possuir maus hábitos, condutas imorais ou reprováveis.

2.5 Síndrome da Alienação Parental

Síndrome da Alienação Parental é o nome dado à situação em que ocorre um grande afastamento entre um genitor e seu filho, causado pelo outro genitor, que por não saber lidar com o rompimento do vínculo conjugal e com os sentimentos negativos advindos deste, como abandono, rejeição ou traição, acabam usando o filho para vingar-se, influenciando-o e até mesmo treinando-o para que este passe a rejeitar e odiar o outro genitor para assim romper totalmente os vínculos afetivos existentes entre eles.

A Síndrome da Alienação Parental é conceituada por Silva (2006, p.160) da seguinte maneira:

Alienação Parental é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado através de um comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que detém a guarda do filho. A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa. Quando a síndrome está presente, a criança dá sua própria contribuição na campanha para desmoralizar o genitor alienado.

No mesmo sentido explica Dias (2008, p.11):

[...] muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso cria um série de situações visando dificultar ao máximo ou impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo.

O genitor alienante age de diversas formas, utilizando-se tanto de meios sutis, como também de meios perversos para alcançar seu objetivo. O genitor alienante inventa fatos, tenta atrapalhar ao máximo os momentos de visita, se mostra triste e fragilizado e faz o filho acreditar que o outro genitor é o culpado por seu sofrimento, induz o filho a mentir em relação ao outro genitor, enfim se utiliza de vários meios para afastar o filho do outro genitor.

A lei 12.318/2010 que dispõe sobre a alienação parental traz em seu artigo 2º, o conceito de alienação parental e algumas condutas que levam a sua caracterização.

Art.2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos

genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O comportamento do genitor alienante é um comportamento doentio, que não mede esforços para afetar o outro, tanto que não percebe o quanto está prejudicando seu filho.

De acordo com os ensinamentos da psicóloga e psicanalista Motta (2008, p.35):

O genitor “alienador”, que em geral é o que detém a guarda, teria como meta proceder a uma “lavagem cerebral” na mente de seus filhos inculcando-lhes pensamentos e sentimentos em relação ao outro genitor, visando afastá-los e destruir mesmo, o vínculo existente entre eles. O genitor “alienador” promove uma verdadeira campanha denegritória em relação ao ex-cônjuge perante o judiciário, utilizando seu/s filho/s como meio de emprestar credibilidade às suas acusações. Para conseguir ter no filho ou filhos, aliado/s, o genitor “alienador” promove a S.A.P., desqualifica o outro perante o filho, denigre a sua imagem, fala mal dele, coloca-se como vítima fragilizada fazendo com que a prole se alinhe ao seu lado e se tornem verdadeiros soldados nesta batalha conta o outro.

A gravidade do problema aumenta consideravelmente quando o genitor alienante de tanto mentir e inventar fatos sobre o outro genitor consegue convencer o filho de que tais fatos são verdadeiros e que realmente aconteceram. Ocorre que muitas vezes esses fatos inventados estão relacionados a situações extremamente graves que poderiam inclusive levar a suspensão do direito de visita do outro genitor. Dias (2008, p.12) explica e exemplifica brilhantemente tal situação:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visita que possa configurar indícios de

tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se desse fato, verdadeiro ou não, denuncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se assim, falsas memórias.

No momento em que alguém próximo a criança ou até mesmo seu pediatra ou algum advogado toma conhecimento de tal fato e acredita em sua veracidade, a tendência é que estes busquem o judiciário, para que possam ser tomadas as medidas necessárias, é nesse momento que se encontra o juiz em uma situação delicadíssima, pois deve este tentar identificar se tais fatos realmente correspondem a realidade, ou se trata-se de caso de alienação parental, para isto pode o juiz determinar a perícia psicológica ou biopsicológica, caso o laudo confirme a ocorrência da alienação parental existe uma série de medidas que podem ser tomadas pelo juiz, tais medidas estão descritas no artigo 6º da Lei 12.318/2010:

Art. 6º - Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único - Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

A Síndrome da Alienação Parental tem consequências gravíssimas na vida de uma criança, pois não afeta somente a sua infância, mas também traz consequências na fase adulta. Os pais deveriam ser os primeiros interessados no bem estar do menor e deveriam tentar proporcionar a este uma vida saudável, com relacionamentos saudáveis ao invés de usar os filhos como objeto de disputa e submetê-los a uma situação onde se veem forçados a tomar partido de um dos genitores e se afastar do outro que até então era presente em sua vida e

mantinha com ele um vínculo afetivo. As consequências trazidas pela Síndrome da Alienação Parental podem ser devastadoras na vida de uma pessoa. Desta maneira esclarece Silva (2006, p.162) sobre as consequências desta síndrome:

Induzir uma Síndrome de Alienação Parental em uma criança é uma forma de abuso. Os efeitos nas crianças podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psico-social normal, transtornos de identidade e de imagem, sentimento incontrolável de culpa, isolamento, falta de organização, dupla personalidade e, às vezes, até suicídio. As vítimas dessa síndrome têm inclinação ao álcool e às drogas. O sentimento incontrolável de culpa se deve ao fato de que a criança, ao passar para idade adulta, constata que foi cúmplice inconsciente de uma grande injustiça em relação ao genitor alienado.

É importante salientar também que de acordo com o artigo 3º da lei 12.318/2010 a prática da Alienação Parental constitui abuso moral contra o menor e fere o seu direito fundamental de ter uma convivência familiar saudável.

Art. 3º - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A guarda compartilhada pode ser uma solução para este problema, pois este modelo de guarda busca assegurar uma participação efetiva dos pais na criação do filho, para que assim o filho possa ter em sua vida a presença constante de ambos os pais, tornando mais difícil à manipulação deste por um dos genitores, pois o menor conviverá mais com o outro genitor e conseqüentemente o conhecerá melhor e assim será mais fácil para ele distinguir o que é real e o que não é, além do fato de que manterá o vínculo existente entre eles, o que dificultará a prática da alienação parental.

CAPÍTULO 3 – GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Conceito

De acordo com os ensinamentos de Fontes (2009, p.36) a guarda compartilhada é:

[...] um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vem a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação e criação. É tal espécie de guarda um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família, buscando-se assemelhar as relações pai/filho e mãe/filho – que naturalmente tendem a modificar-se nesta situação – as relações mantidas antes da dissolução da convivência, o tanto quanto possível.

Neste modelo de guarda ambos os genitores possuem a mesma autoridade em relação aos filhos, por esse motivo as decisões importantes em relação ao bem-estar, criação e educação dos menores são tomadas por ambos em conjunto.

O artigo 1.583, § 1º, da lei 11.698/08, define a guarda compartilhada como sendo a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A guarda compartilhada surgiu com o objetivo de tentar suprir as deficiências que as outras modalidades de guarda possuem, visando diminuir a distância criada entre o filho e um dos seus genitores após a ruptura do vínculo conjugal, pois para o bom desenvolvimento do menor é muito importante que seja mantida a convivência com ambos os genitores.

Grisard Filho (2010, p.132) explica que:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciososa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais.

A respeito do tema, Silva (2006, p.65) esclarece que a guarda compartilhada “permite aos filhos viverem em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma co-participação deles, em igualdade de direitos e deveres”.

É importante mencionar, que a guarda compartilhada visa não somente tutelar o direito do filho de manter a convivência e o vínculo com ambos os genitores, mas também

visa tutelar o direito do genitor de conviver com seu filho. Antes este direito era prejudicado pelo fato do genitor ter que se restringir aos horários de visita e isto dificultava a participação verdadeiramente na vida, criação e educação de seu filho.

Segundo Grisard Filho (2010, p.132):

A guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmenta a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na Constancia da união conjugal.

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda que permite a ambos os genitores participar e dirigir a vida dos filhos, pois ambos os genitores possuem direitos e deveres em relação aos mesmos.

Para que a aplicação da guarda compartilhada atinja os objetivos para os quais foi criada, é indispensável que exista um bom relacionamento entre os pais, onde ambos visem em primeiro lugar o bem-estar de seus filhos, buscando proporcionar a estes um ambiente saudável para que possam crescer e se desenvolver da melhor forma possível.

3.2 A Guarda compartilhada no direito comparado

Grisard Filho (2010, p.139) menciona que “a guarda compartilhada nasceu na Inglaterra e de lá se trasladou para a Europa continental, desenvolvendo-se na França. Depois atravessou o atlântico encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos”.

Conforme os ensinamentos de Fontes (2009, p.24):

Foi na Inglaterra na década de 60, que ocorreu a primeira decisão sobre guarda compartilhada (joint custody). As decisões dos tribunais Ingleses privilegiaram o interesse maior da criança e a igualdade parental. Tais precedentes repercutiram na França e no Canadá. O direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

É de grande relevância que se analise como tem sido a aplicação da guarda compartilhada em países diversos, porém é importante considerar que cada país apresenta um contexto diferente, ou seja, cada um possui sua própria cultura, suas próprias características e tais fatores influenciam grandemente na formação das famílias, e nas características destas,

sendo assim, algo que se mostre eficaz em um determinado país, pode não ter a mesma eficácia em outro.

3.2.1 No direito inglês

Analisando a evolução do instituto da guarda, nota-se que, em determinado momento da história, a guarda era atribuída ao pai devido ao princípio que dizia que este era proprietário de seus filhos, posteriormente, tal preferência foi modificada e passou a pertencer à figura materna, desta forma a injustiça que antes era em relação à mãe, passou a ser em relação ao pai.

Segundo os ensinamentos de Grisard Filho (2010, p.139):

No século XIX, o parlamento inglês modificou o princípio de que o pai era proprietário de seus filhos, cabendo-lhe, necessariamente, a guarda em caso de conflito, e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos. Se anteriormente era injustiça à mãe a guarda exclusiva do pai, detentor de amplos poderes sobre a pessoa dos filhos, os Tribunais entenderam, agora, estar injustiçado o pai, na medida em que se passou a atribuir a guarda à mãe.

De acordo com diversos textos estudados até aqui, a Inglaterra foi a pioneira na introdução do instituto da guarda compartilhada, o direito inglês buscou acabar com a preferência dada à mãe na atribuição da guarda, para isto, os tribunais passaram a distribuir de forma mais igualitária a responsabilidade dos pais em relação aos filhos e passaram também a priorizar o interesse do menor e a igualdade parental em suas decisões, para que desta forma fosse mantido o vínculo entre os filhos e seus genitores.

3.2.2 No direito francês

A noção de Guarda compartilhada passou a aparecer no direito francês a partir de 1976, devido às deficiências existentes no sistema de guarda exclusiva, pois se buscava diminuir as injustiças provocadas por este modelo de guarda. (FONTES, 2009, p.27).

Neste sentido Silva (2006, p.87) esclarece que:

Foi na França que surgiu a primeira lei sobre guarda compartilhada, que harmonizou o Código Civil Francês com a jurisprudência existente desde 1976. Chamada de “Lei Malhuret”, nome do então Secretário de Estado dos

Direitos Humanos, editada em 22 de julho de 1987, sob o número 87.570/87 estabeleceu que a autoridade parental deva ser estabelecida pelo casal a quem, divorciado ou não, compete reger e determinar os detalhes da vida cotidiana dos filhos. O juiz que intervém visando ao interesse da criança deve evitar desacreditar os pais.

O direito francês, segundo Grisard Filho (2010, p.141), estabelece que quando um casal se separa, “o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo, a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos”.

Na França, assim como na Inglaterra, o instituto da guarda compartilhada surgiu com o objetivo de diminuir as injustiças, atribuindo a ambos os pais os direitos e os deveres em relação aos filhos, e também passou a dar preferência ao interesse do menor.

3.2.3 No direito americano.

A respeito do tema Silva (2006, p.89) relata que:

O direito Americano absorveu a Nova tendência e a desenvolveu em larga escala. As estatísticas mostram que os pais são francamente favoráveis a ela, pelos vários aspectos em que beneficiam os filhos como autoestima, atividade, relacionamento, adaptação e melhor desenvolvimento psicoemocional.

Muitas são as vantagens trazidas aos pais e aos filhos pela guarda compartilhada, e nos Estados Unidos da América as características desta modalidade de guarda são muito divulgadas, e este é, sem dúvida, um grande motivo para o enorme número de casais que optam por tal modelo de guarda. Segundo Grisard Filho (2010, p.144) nesse país “existem cerca de quatrocentos programas de educação para os pais em quarenta Estados americanos”.

Em relação a esse grande número de adeptos da guarda compartilhada nos Estados Unidos da América, Fontes (2009, p.33) argumenta que existe outro motivo, além do citado acima, que torna essa modalidade de guarda tão utilizada no país. A autora menciona este motivo:

Nos Estados Unidos da América não existe uma regra para definir qual o modelo de guarda deve ser adotado, diferentemente do que ocorre no Brasil. Naquele país o casal é submetido a um estudo, passando por uma espécie de órgão mediador, para se verificar o que é o melhor para a criança. Do resultado dessa pesquisa se conclui que o genitor que incentiva a convivência do filho com o outro genitor está de acordo com o melhor interesse da criança; e, aquele que não incentiva essa convivência não é apto

para exercer a guarda. Portanto ai está o motivo para grande número de deferimento da guarda compartilhada, uma vez que os ex-cônjuges com receio de perderem a guarda permitem harmoniosamente que seu filho tenha contato com ambos.

É importante mencionar também, as dificuldades existentes na aplicação da guarda compartilhada no direito americano. A este respeito Grisard Filho (2010, p.143) explica que:

Como cada Estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, como danosos efeitos ao bem estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito. O resultado desse intento é a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, adotada por um crescente número de estados. Presentemente, é política pública dos Estados assegurar ao menor contato frequente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança.

De acordo com diversos textos estudados até aqui, os Estados Unidos da América é um país que muito tem se dedicado aos estudos e pesquisas sobre a guarda compartilhada e por esse motivo, muito tem contribuído com o desenvolvimento desta modalidade de guarda.

Atualmente a maioria dos Estados do referido país já aderiu à guarda compartilhada, e os demais Estados, apesar de não terem tal modelo de guarda regulamentado em sua legislação, já o aplicam na prática.

3.2.4 No direito canadense.

Conforme os ensinamentos de Grisard Filho (2010, p.145):

No Canadá, a formulação típica da guarda, após o divórcio, é a *sole custody* a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita. A guarda compartilhada só se confere quando os pais manifestam essa opção, por meio de acordo, para melhor atender os interesses seus e dos filhos. Se o acordo não é possível, o Tribunal decide por eles.

O direito Canadense, assim como os países citados anteriormente, também prioriza o interesse do menor, e por esse motivo, apesar de decidirem pela guarda compartilhada apenas quando esta for opção dos pais, os juízes procuram sempre esclarecer aos mesmos sobre os benefícios trazidos pela guarda compartilhada tanto para eles como para os filhos.

Silva (2006, p.99) explica que:

A seção 16 da lei de divórcio canadense diz que o Tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses. Os Tribunais canadenses baseiam a limitação da aplicação da guarda conjunta apenas em casos de pedido conjunto das partes, na argumentação de que não se pode compelir um pai a cooperar em uma guarda compartilhada quando ele não deseja, sob o risco de não se atingir o objetivo.

De acordo com o direito Canadense, a guarda compartilhada não deve ser imposta aos pais quando estes não a quiserem pelo fato que se isso acontecesse, a guarda compartilhada não atingiria, na prática, os fins para os quais foi criada. Eles argumentam que os casais que estão passando por situações litigiosas e que não conseguem se entender, não conseguirão no dia-a-dia decidir juntos sobre questões relativas aos filhos, o que acabaria gerando um conflito maior entre os mesmos.

3.3 Objetivo e justificativa da guarda compartilhada

A determinação da guarda é uma questão de extrema relevância para o bem estar do menor, e por isso cada caso concreto deve ser analisado cuidadosamente, para que o menor não seja de forma alguma prejudicado.

Quando ocorre o fim da sociedade conjugal, vários conflitos emocionais começam a surgir e muitas vezes os filhos são os mais atingidos, pois acabam se tornando objeto de disputa, onde os pais agem como se a guarda fosse um “jogo”, onde um ganha e o outro perde, e não se dão conta de que nesses casos os mais prejudicados são os filhos.

O melhor seria para os filhos que ambos os pais participassem conjuntamente de sua vida e criação e que ambos continuassem presentes para que nenhum vínculo fosse quebrado.

Muitos fatores tornam o processo de separação muito complicado e a separação por si só já é algo difícil e doloroso, e por esse motivo é importante buscar formas de se solucionar a questão da guarda da melhor maneira possível.

Nesse sentido Grisard Filho (2010, p.187) menciona que:

Hoje é imperioso pesquisar maneiras de garantir um relacionamento harmonioso da coparentalidade e que minimizem as perturbações psicoemocionais que emergem do divórcio. Bem compreender o processo relacional dos sujeitos envolvidos nos ambientes social e familiar que vivenciaram e as transformações que se operam em suas individualidades, é tarefa que deve se ocupar a pesquisa social.

A guarda compartilhada se justifica pelo fato de que nesta modalidade de guarda, tanto os direitos quanto os deveres em relação ao menor são atribuídos a ambos os genitores, para que estes conjuntamente possam criar e educar seus filhos, e não apenas um deles, como ocorre nos casos de guarda única, onde apenas um possui a guarda enquanto ao outro resta apenas o direito de visita, o que acaba causando um afastamento gradativo no relacionamento do menor com o genitor não guardião, afastamento este que pode ser evitado através da determinação da guarda compartilhada.

Segundo os ensinamentos de Fontes (2009, p.38):

A guarda compartilhada surgiu com o desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro do seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária ao princípio constitucional da igualdade. Com a guarda compartilhada busca-se reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

Neste sentido Silva (2006, p.111) afirma que:

Efetivamente a participação nas principais decisões a respeito dos filhos não existe na guarda única, já que só o genitor-guardião as exerce, relegando ao outro somente a visita demarcada e a obrigação de alimentos. Ao contrário da guarda conjunta, que tem a virtude de permitir aos pais continuarem a agir como agiam, enquanto na constância do casamento, dividindo as responsabilidades nas decisões importantes a respeito dos filhos.

De acordo com Fontes (2009, p.83):

A guarda compartilhada objetiva manter, após a ruptura do casal conjugal, o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos genitores o direito de participar das decisões importantes de seus filhos. Também garante, aos filhos do casal separado, o direito de ter ambos os pais de forma contínua em suas vidas.

Conforme os ensinamentos dos autores acima mencionados, constata-se que a guarda compartilhada surgiu para solucionar os problemas existentes em outras modalidades de guarda, e para amenizar os prejuízos que a ruptura conjugal dos pais pode causar na vida dos filhos.

É importante mencionar, que existem diversas situações, portanto a guarda compartilhada pode ser eficaz em alguns casos, como por exemplo, para solucionar o problema do afastamento entre genitor e filho causado pelo modelo de guarda exclusiva,

como pode também não ser eficaz em outros casos, e por esse motivo é importante que cada caso concreto seja cuidadosamente analisado antes de se determinar a aplicação de tal modalidade de guarda.

Em determinados casos, a guarda compartilhada não deve ser aplicada de forma alguma. Sobre este aspecto Fontes (2009, p.90) explica que:

Para que se vislumbre a possível aplicação da guarda compartilhada, deve ser analisado o caso concreto, pois, em determinadas situações pode não atender o melhor interesse do menor. Não seria aplicável, por exemplo, quando um dos cônjuges apresentarem algum distúrbio ou vício que possa por em risco a vida do filho. Neste caso, a guarda seria exclusiva aquele genitor que tivesse melhores condições de fornecer ao filho um ambiente favorável para seu crescimento e desenvolvimento sadio. Outro fator que poderia tornar inviável a utilização deste modelo de guarda é o conflito constante dos pais. São aqueles pais que não cooperam entre si, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminando o tipo de educação que proporcionam aos seus filhos. Aqui restaria a opção pela guarda única, deferindo-a aquele genitor que estiver mais disposto a dar ao outro amplo acesso ao filho.

Desta forma, fica claro que o interesse do menor sempre deve ser priorizado, e que a guarda compartilhada quando aplicada de maneira correta, é capaz de trazer vários benefícios aos filhos. Ter a presença de ambos os pais é algo importantíssimo para o bem estar e para o bom desenvolvimento das crianças, pois elas precisam sentir que são amadas e que não vão perder nenhum deles devido ao fim do vínculo conjugal.

Justifica-se a aplicação da guarda compartilhada, pelo fato de que ela busca garantir e priorizar o interesse do menor e busca também a igualdade entre pai e mãe em relação às questões que envolvem seus filhos.

3.4 Reflexos da Guarda Compartilhada

3.4.1 Residência

Ao ser determinada a guarda compartilhada, deve-se determinar também a residência do menor. Nesta modalidade de guarda o menor não terá duas residências onde viverá de forma alternada, e sim uma única residência, para que ele possa ter a estabilidade que um menor necessita para seu bom desenvolvimento.

A escolha da residência será feita buscando atender ao melhor interesse do menor, e por esse motivo será a residência daquele que oferecer as melhores condições para sua criação.

Sobre esse aspecto Grisard Filho (2010, p.173) explica que:

Os critérios de determinação da guarda, dentre eles a situação dos pais, definirão o local de residência do menor, atendendo-se sempre, ao seu melhor interesse, devendo ficar com aquele dos pais que apresente melhores condições ao seu pleno desenvolvimento. Cada caso é um caso à discricionariedade do juiz, que deve evitar as fórmulas estereotipadas, utilizadas automática, invariável e tradicionalmente. Tais são preconceituosas, na medida em que desatendem a necessidade do menor e dispensam a presença permanente, conjunta e ininterrupta do pai e da mãe na sua formação para a vida.

Neste sentido tem se manifestado a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - GUARDA COMPARTILHADA - LAUDO PSICOSSOCIAL - FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA DA MENOR JUNTO AO GENITOR - VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZEM A CONCLUSÃO ACERCA DA CONVENIÊNCIA DA ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO ESTABELECIDADA - MENOR BEM ASSISTIDA EM AMBIENTE FAVORÁVEL À SUA EDUCAÇÃO E AO SEU DESENVOLVIMENTO - INEXISTÊNCIA DE ÔBICE AO CONVÍVIO REGULAR COM A GENITORA - PROVIMENTO NEGADO. - A guarda de menor deve ser deferida visando ao seu bem-estar, em função da maior preocupação na preservação de um ambiente que seja favorável à educação e ao desenvolvimento físico e intelectual do infante. Definida a guarda compartilhada, sem oposição de qualquer um dos genitores quanto a tal situação, há de ser respeitada a fixação da residência da criança na casa do genitor, que vem exercendo a guarda de forma adequada e responsável há aproximadamente cinco anos, cabendo à regulamentação do período em que a criança ficará em companhia da genitora, possibilitando, assim, o restabelecimento da convivência entre mãe e filha e a preservação dos laços de afetividade, que influirão sobremaneira na estabilidade emocional e na formação do caráter da criança. BRASIL.Tribunal de Justiça do Minas Gerais. (Apelação Civil nº: 1.0024.08.148024-6/001 – Comarca de Belo Horizonte – Data do Julgamento: 01-03-2008 - Relator: Armando Freire).

Embora a residência do menor seja única, e este resida com apenas um dos genitores, deve o outro genitor, na medida de suas possibilidades, ter um espaço para o filho em sua residência, para que o mesmo possa se sentir confortável e acolhido também nesta residência.

Neste sentido Silva (2006, p.114) menciona que:

[...] é necessário reforçar um ponto: ambos os pais devem possuir acomodações para a criança em suas respectivas residências. Deve ela ter consciência de que existe “um canto seu” em cada um dos lares de seus genitores, onde ela sentirá que é sua casa também. Não se trata aqui da exigência de quartos para cada filho, mas certamente um local especial, que será variável segundo o estilo de vida dos genitores bem como do potencial financeiro deles. Afinal para os filhos, o essencial é se sentirem amados e não, bajulados financeiramente.

É importante ressaltar, que na modalidade de guarda compartilhada, como explica Fontes (2009, p.74) “o genitor que mora com o menor terá a guarda física, também chamada de material, imediata, próxima; e ambos terão a guarda jurídica”.

Deve-se buscar sempre o melhor interesse do menor ao se determinar a residência deste, e devem os pais independente de possuir ou não a guarda física do filho, fazer com que este se sinta amado e querido em sua residência.

3.4.2 Educação

Para se tratar do tema educação, é importante primeiramente esclarecer que educação não corresponde apenas a proporcionar uma boa formação escolar ao menor, pois educar uma criança significa ensiná-la sobre os valores importantes, princípios religiosos, cultura, ensiná-la como deve se comportar, ensiná-la a respeitar os outros e a ter dignidade, enfim, a educação de uma criança está relacionada tanto ao aspecto material, quanto ao moral. Ocorre que na prática, infelizmente, muitos confundem dar educação aos seus filhos, com pagar pensão, ou pagar os estudos dos mesmos.

Sobre este aspecto, Leite (1997, p.273) explica que:

Educar não é, como se tem irresponsavelmente propagado no Brasil – “pagar” a escola, “pagar” um professor particular, “pagar” um curso de línguas etc. – O pai que (geralmente) paga os estudos dos filhos, que paga um professor particular, um curso de línguas, pode estar participando pecuniariamente ao sustento de uma criança, sem, portanto, educá-lo. É bom que se distinga bem o sustento (manutenção material) da educação (manutenção moral), já que a tendência nacional tem, maliciosamente, se direcionando no sentido de visualizar no pagamento a forma, por excelência, de se desvincular da educação dos filhos.

Sendo assim, quando os genitores participam da vida do filho, quando se preocupam com a sua formação escolar, religiosa e moral, quando estão presentes em reuniões escolares ou ajudam nos deveres, quando ensinam ao seu filho como deve se comportar, e até mesmo quando passam tempo se divertindo com seu filho, estão educando-o, pois é através do convívio constante, e dos pequenos e grandes exemplos e ensinamentos que se educa uma criança, que se forme o seu caráter e a prepara para a vida adulta. Mesmo aquele que não possui condições para financiar cursos extracurriculares, ou pagar a melhor escola para seu filho pode participar efetivamente de sua educação.

Para que o filho tenha um desenvolvimento sadio, é muito importante a presença de ambos os genitores, pois cada um deles tem funções diferentes e indispensáveis em sua vida e na formação de seu caráter. O modelo de guarda compartilhada, diferentemente do modelo de guarda única, faz com que os pais tenham os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos e por esse motivo os dois são responsáveis pela educação dos mesmos, e não apenas um deles enquanto ao outro resta a função de fiscalização.

Neste sentido Fontes (2009, p.76) menciona que:

Adverte-se que na guarda exclusiva, cabe ao genitor não guardião fiscalizar a educação dos filhos, facultando-lhes à lei, recorrer ao Judiciário para solucionar as possíveis divergências quando não satisfeito quanto aos atos praticados pelo genitor guardião. Sabe-se que isso raramente acontece, talvez devido à falta de praticidade ou por inoperância do Estado por meio dos seus servidores e órgãos. Resultando, lamentavelmente e sistematicamente, como se vê na prática forense, em confundir dar educação com pagar pensão. O que não acontece na guarda conjunta, em que ambos os genitores participam diária e ativamente na educação da criança.

A guarda compartilhada permite que ambos os genitores decidam conjuntamente sobre todas as questões relacionadas à educação de seu filho e desta forma, o menor é beneficiado, pois tem a participação de ambos os pais em sua criação.

3.4.3 Alimentos

A ambos os pais cabe o dever de prover alimentos aos filhos. Considera-se alimento, segundo os ensinamentos de Silva (2006, p.133), aquilo que é “destinado a tudo que seja imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidade e as despesas de criação e educação”.

Na modalidade de guarda compartilhada, o pai e a mãe podem decidir de comum acordo, qual será o montante da pensão alimentícia. Nesta modalidade de guarda, os pais atuam conjuntamente em relação a todos os aspectos da vida do filho, sendo assim, não seria diferente com relação aos alimentos.

Sobre este assunto é importante que sempre se analise o binômio necessidade/possibilidade.

Neste sentido Silva (2006, p.135) explica que:

Princípio importante a ser seguido nesse assunto, é o binômio necessidade/possibilidade. A necessidade caracteriza-se como a impossibilidade de manter a própria manutenção pelo trabalho, ou em virtude da ausência absoluta de bens. Em se tratando de filhos menores, a definição não carece de maiores explicações. Caracteriza-se a possibilidade pela existência de meios econômicos para suprir as necessidades materiais do alimentado. É fato, portanto, que a situação de miséria faz desaparecer o dever.

Segundo os ensinamentos de Fontes (2009, p.79):

Em relação aos alimentos, cabe salientar que deve-se levar em conta o binômio Necessidade/Possibilidade, não devendo utilizar-se de má fé, do instituto da guarda compartilhada, como desculpa para se exonerar do pagamento da pensão. Se o casal quando unidos concorriam ambos para o sustento dos filhos; agora separados devem continuar com o mesmo proceder. Quando da guarda compartilhada, o pai que geralmente na maioria dos casos é quem paga a pensão alimentícia poderá ver de perto, acompanhar, conviver com os filhos, vendo assim suas necessidades, muitas vezes negadas, pelo fato de estarem distantes.

A jurisprudência tem se manifestado no seguinte sentido:

Ementa: AÇÃO DE ALIMENTOS. FILHOS MENORES. FIXAÇÃO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. PROVA. 1. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do alimentando, assegurando-lhe condições de vida assemelhadas às do genitor, mas dentro da capacidade econômica deste e sem sobrecarregá-lo em demasia, o que constitui o binômio alimentar de que trata o art. 1.694, §1º, do CC. 2. Compete a ambos os genitores o encargo de prover o sustento da prole comum, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade. 3. Restando comprovado que o genitor arca também com grande parte dos gastos dos filhos menores, pois mora ao lado da casa deles, exercendo praticamente uma guarda compartilhada, cabível estabelecer uma redução no valor que ficou obrigado a prestar in pecúnia. BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (SEGREGO DE JUSTIÇA). (Apelação Cível nº 70040471336 – Comarca de Viamão – Data

do Julgamento: 19-10-2011 – Relator: Sergio Fernando de Vasconcelos Chaves).

A pensão alimentícia é uma das questões mais discutidas quando ocorre a dissolução do vínculo conjugal, pois muitas vezes, o genitor guardião se sente sobrecarregado enquanto o genitor não guardião pensa estar colaborando com o montante necessário ou até mais que o necessário. Tal situação pode ocorrer devido ao distanciamento que surge entre o genitor não guardião e o filho após o fim da sociedade conjugal, pois por não estar presente na vida do filho, o genitor não tem consciência de quais são suas necessidades.

Neste sentido são os ensinamentos de Silva (2006, p.135):

Se na família enquanto unida, ambos os genitores concorriam, na proporção de seus recursos, para a necessidade de todos, incluindo-se aí o sustento e educação da prole, na família decomposta o mesmo proceder é de ser exigido. Aí reside uma grande vantagem da guarda compartilhada no aspecto dos alimentos: é que, por ser meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos que lhe cabe, pois, com efeito, quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente sua obrigação quanto ao pagamento da pensão, necessitando ser disso constantemente cobrado.

A guarda compartilhada tem como um de seus objetivos, acabar com esse distanciamento e por esse motivo tanto os deveres como os direitos são compartilhados pelos pais, desta forma o genitor que não reside com o filho continua presente em sua vida e conseqüentemente sempre estará ciente das necessidades de seu filho, o que o incentivará a colaborar de maneira justa com os alimentos, evitando conflitos como o acima citado.

Portanto, a melhor escolha a ser feita pelos pais, é acordarem sobre o montante da pensão alimentícia de acordo com a possibilidade de cada um e com a necessidade do menor.

3.4.4 – Responsabilidade civil

Na modalidade de guarda compartilhada, a responsabilidade civil dos pais quanto aos atos praticados por seus filhos menores que causam danos a terceiros, é conjunta.

O Código Civil em seu artigo 932, I, menciona que:

Art. 932 - São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Na guarda compartilhada, os genitores são responsáveis conjuntamente por todas as questões relacionadas aos filhos, sendo assim, conforme explica Fontes (2009, p.80), o mesmo ocorre em relação à responsabilização civil dos pais, visto que “ocorrendo o dano, no caso de guarda compartilhada, ambos os genitores são responsáveis, pois desempenham conjuntamente a educação e a formação diária do filho”.

De acordo com os ensinamentos de Leite (1997, p.277):

A jurisprudência exige a reunião das duas condições previstas pelo texto legal, a guarda (“sob seu poder”) e a coabitação (“em sua companhia”), para a caracterização da responsabilidade. No caso de guarda conjunta de cônjuges separados ou divorciados, a condição de guarda esta preenchida já que este direito pertence aos dois genitores. Quanto à segunda condição, igualmente, não pode pairar qualquer dúvida sobre a ocorrência de coabitação. Quer a criança resida com um de seus pais, quer ela se encontre temporariamente (estadia) na casa do genitor não guardião, não resta dúvida que aquele que se encontra em companhia do filho, no momento em que ocorreu o dano, será considerado responsável.

A jurisprudência não é pacífica em relação a este assunto e as opiniões dos doutrinadores são bastante divergentes.

Segundo Silva (2006, p.132):

[...] o magistrado, através de um prudente arbítrio, deverá analisar todo um contexto, para poder decidir atribuir ou não a responsabilidade aos pais, ou a um deles, pela reparação civil: se o menor agiu por si mesmo, se os pais poderiam lhe ter dado outra educação e até que ponto essa educação evitaria o cometimento do ato ilícito pelo menor, se a falha na educação é atribuível somente aos pais, ou também a outras figuras, como representantes da escola, por exemplo.

Conclui-se, portanto, que deve o juiz analisar cada caso concreto e suas peculiaridades antes de decidir se deve ou não atribuir aos pais a responsabilidade pelos danos praticados pelos filhos menores.

3.5 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

Na modalidade de guarda compartilhada ambos os pais possuem a guarda jurídica dos filhos, ou seja, exercem conjuntamente a autoridade parental. Por decidirem juntos sobre

todas as questões relacionadas aos filhos, ambos os pais se mantêm presentes vida dos mesmos.

O compartilhamento da guarda apresenta várias vantagens, uma delas é o fato de que o menor que tem a presença de ambos os pais em seu dia-a-dia, que se sente amado e cuidado por estes, e que não se distancia do genitor que com ele não reside após o fim do vínculo conjugal, tem um melhor desenvolvimento psicológico e emocional.

Neste sentido Grisard Filho (2010, p.218) explica que:

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas do que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

O melhor desenvolvimento do menor cujos pais compartilham a sua guarda se dá porque este não se afasta de nenhum dos seus genitores, pois ambos os pais tem os mesmos direitos e deveres em relação a ele e são conjuntamente responsáveis por sua educação, impedindo assim que tal afastamento ocorra, desta forma, o menor não se sentirá rejeitado pelo genitor que com ele não resida.

Ainda nas palavras de Grisard Filho (2010, p.218):

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado e justiça aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio. A guarda compartilhada diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda exclusiva. Ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição causados nos filhos e proporciona-lhes a convivência com os papéis paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Fontes (2009, p.84):

A cooperação entre os pais a fim de preservar o interesse maior do filho, zelando pelo seu bem-estar, minimiza os desajustes e a probabilidade de os mesmos desenvolverem problemas psicológicos e de adaptação social decorrentes da ruptura familiar e do constante conflito que a acompanha.

O modelo de guarda única tem causado um afastamento entre o filho e pai que não detém sua guarda e como consequência desse afastamento, o genitor não guardião por não estar convivendo constantemente com o filho, não tem o conhecimento exato sobre quais são suas necessidades e sendo assim, quanto maior esse afastamento maior a chance do genitor não guardião não perceber quão necessário é cumprir sua obrigação de prover alimentos e de visitar o filho.

De acordo com o que diz Grisard Filho (2010, p.218):

A maior cooperação entre os pais provocada pela guarda compartilhada afasta a possibilidade de obtenção da clássica guarda única por um dos genitores, no caso do insucesso do modelo, que impõe ao não guardador um afastamento e aviva um sentimento de fracasso. Decorrente daí, menos lhe parece evidente cumprir a obrigação alimentar e o dever de visita, aumentando a distância entre pais e filhos e o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, a tristeza, a frustração e a depressão.

O fato da cooperação existente entre os genitores na modalidade de guarda compartilhada evitar uma possível mudança para a modalidade de guarda única é outra vantagem trazida pela guarda compartilhada.

Nos casos em que existe um bom relacionamento entre os genitores a atribuição da guarda compartilhada tem se mostrado a melhor alternativa. Neste sentido tem se manifestado a jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO DOS PAIS. MELHORES INTERESSES DA CRIANÇA.
 - A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida por consenso por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício.
 - O estabelecimento da guarda unilateral é contrário aos melhores interesses do menor em situação familiar que revela o interesse mútuo dos pais em participarem efetivamente e assumirem de forma conjunta e simultânea a responsabilidade pela educação do filho, bem como um bom relacionamento e manutenção de diálogo entre o casal, sobrepondo o bem do filho aos seus interesses individuais. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível nº 1.0686.10 - Comarca de Teófilo Otôni - Data do Julgamento: 06-09-2012 – Relator: Heloisa Combat).

É importante ressaltar também, conforme menciona Fontes (2009, p.85), que “é direito dos menores poder conviver com ambos os genitores, não sendo admissível retirar-lhes esse direito, somente pelo fato de seus pais estarem se separando”.

A guarda compartilhada traz vantagens tanto para os pais quanto para os filhos, pois conforme explica Grisard Filho (2010, p.224) essa modalidade de guarda “reafirma a igualdade parental desejada pela Constituição Federal e pontua seu argumento fundamental nos melhores interesses das crianças”.

Outra vantagem da guarda compartilhada em relação aos pais é o fato de que nenhum deles irá se sentir sobrecarregado, pois ambos terão as mesmas funções em relação ao filho e nenhum deles se sentirá excluído da vida do mesmo, pois ambos participarão efetivamente de sua criação, o que evita o surgimento de sentimentos como culpa ou frustração em relação ao filho.

De acordo com Silva (2006, p.112):

As mães que compartilham a guarda dos filhos com os ex-companheiros, são mais satisfeitas de um modo geral, tendo em vista poderem dividir os encargos da prole e dedicar maior tempo à suas atividades profissionais, sabendo que os filhos estão em resguardo com os pais, enquanto que estes, por sua vez, se sentem menos pressionados com o único encargo que lhes restava, na guarda única, de prover os filhos.

A guarda compartilhada, assim como as outras modalidades de guarda, apresenta vantagens e desvantagens. Uma destas desvantagens consiste no fato de que a guarda compartilhada é inaplicável em alguns casos, como por exemplo, nos casos em que um dos genitores apresentarem algum distúrbio psicológico ou algum vício que possa colocar em risco o bom desenvolvimento ou a vida do menor, pois neste caso a melhor solução seria deferir a guarda ao outro genitor, ou seja, ao genitor que possui melhores condições para proporcionar um ambiente tranquilo e saudável para criar e educar o menor.

Outro caso em que a guarda compartilhada se torna inaplicável, é quando os genitores entram em conflito constantemente, pois se não existe diálogo entre eles, se não conseguem cooperar um com o outro, e não conseguem chegar juntos a um consenso sobre assuntos corriqueiros, não vão conseguir de maneira alguma compartilhar a guarda de uma criança.

Segundo os ensinamentos de Grisard Filho (2010, p.225):

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

Neste sentido tem se manifestado a jurisprudência:

EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA - RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES - IMPOSSIBILIDADE GUARDA - DEFERIMENTO AO PAI - INTERESSE DO MENOR. - A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os genitores possuem uma relação conflituosa tendo em vista o perigo de contagiar negativamente o menor com a desavença dos pais. - Deve ser acolhido o pedido de guarda formulado pelo pai da infante quando além dos pareceres do Assistente Social Judicial e do Ministério Público demonstram que a menor em companhia do pai ficará melhor assistida material, moral e afetivamente. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (Apelação Cível nº 1.0079.03.063450-9/001 – Comarca de Contagem – Data do Julgamento: 31-03-2009 – Relator: Belizário de Lacerda).

Existe uma crítica com relação à guarda compartilhada baseada no argumento de que toda criança precisa ter estabilidade, ou seja, precisa ter um lar definido, pois se não for dessa forma os pais acabariam transformando a criança em “iô-iôs”, que em um período estariam com o pai e em outro com a mãe, e que por esse motivo a criança perderia o referencial do lar. É importante observar que existe um engano nessa crítica, pois tal crítica não se refere à guarda compartilhada, e sim a guarda alternada, que é um modelo diverso de guarda onde a criança possui dois lares, e mora um período com o pai e outro com a mãe, diferentemente do que ocorre na guarda compartilhada, pois nesta modalidade de guarda se estabelece uma residência fixa para o menor, garantindo assim a estabilidade necessária para seu bom desenvolvimento. (FONTES, 2009, p.91).

Sobre este aspecto Grisard Filho (2010, p.226) menciona que:

A indiscriminação entre esses dois modelos (compartilhada e alternada) tem levado a críticas e relutância na aplicação da guarda compartilhada, que não tem como pressuposto o compartilhamento da educação dos filhos em lares separados.

Conclui-se, portanto, que a maior desvantagem da guarda compartilhada é o fato de que, na prática, ela só funciona quando os genitores se entendem muito bem, e estão dispostos a superar os problemas de relacionamento existentes entre eles em prol dos filhos, o que dificilmente ocorre entre os casais na iminência de uma separação.

Assim sendo, deve-se ressaltar mais uma vez que cada caso possui suas peculiaridades, e que cada família possui características diferentes e por esse motivo é de grande importância que se analise cada caso concreto antes de se escolher a modalidade de guarda mais favorável.

CONCLUSÃO

Como pode se perceber no decorrer do presente trabalho, o instituto da guarda é de extrema importância para o Direito de Família, visto que está relacionado a crianças e adolescentes, e estes necessitam de cuidado, proteção e segurança, pois ainda são menores e incapazes de cuidar de suas próprias vidas de forma independente, portanto é função do Estado e dos pais garantirem o bem estar dos mesmos.

Muitas foram as transformações ocorridas na nossa sociedade e estas mudanças trouxeram reflexos diretos no nosso Direito de Família que conseqüentemente teve que se moldar as novas necessidades, visando acompanhar essas mudanças e procurando soluções para os conflitos que passaram a existir.

Foi se modificando também o modelo de família e novas possibilidades foram surgindo em relação à maneira de se criar os filhos. Houve uma evolução na lei com relação ao deferimento da guarda ao cônjuge que apresentar melhores condições de assumi-la e isto afastou a antiga imposição de que tal responsabilidade pertencia à figura materna. O Direito de Família evoluiu no sentido de conseguir a prestação jurisdicional mais adequada a cada caso concreto e para isso ampliou a matéria que regula a guarda dos filhos.

No cenário atual, pode-se perceber que o número de rompimento entre os casais tem crescido excessivamente, e por conseqüência disso surgem vários problemas no âmbito familiar. Com o fim do casamento ou da união estável, a estrutura familiar fica abalada trazendo reflexos para a vida dos filhos e é nesse momento que se deve determinar quem possuirá a guarda dos mesmos.

Ocorre que, ao longo das décadas, foi se percebendo que as modalidades de guarda existentes no Brasil não atingiam aquilo que deveria ser o ponto principal, ou seja, não priorizavam o interesse do menor e o convívio do mesmo com ambos os pais. No modelo de guarda única, ao se atribuir a guarda a apenas um dos genitores, o relacionamento com o outro, na maioria das vezes, fica prejudicado, pois a este resta apenas o direito de visita que, via de regra, se dá em finais de semanas alternados. Isto acaba afastando cada vez mais o genitor não guardião de seu filho devido ao pouco tempo que passam juntos.

Outro problema decorrente da modalidade de guarda única é o fato que o genitor guardião, muitas vezes não consegue lidar com o rompimento conjugal e acaba dificultando o acesso do outro genitor ao seu filho além de provocar crises de lealdade dos filhos com relação aos pais, o que pode muitas vezes ocasionar a síndrome da alienação parental.

A figura da guarda compartilhada surgiu com o intuito de solucionar os problemas mencionados acima, veio de encontro ao desejo dos pais de participarem ativa e simultaneamente da vida de seus filhos. Nesta modalidade, ambos os genitores continuam convivendo com o filho após a ruptura do relacionamento, pois a guarda jurídica do menor pertence a ambos que continuam a ter os mesmos direitos e deveres em relação ao filho.

O vínculo existente entre pais e filhos e a cooperação entre os genitores na criação e educação de seus filhos é estimulado na guarda compartilhada que pode minimizar os traumas decorrentes do desmembramento da família. Prioriza-se o melhor interesse do menor além de não privá-lo da companhia, amor e cuidado de nenhum dos genitores, permitindo que cresçam em contato tanto com a figura materna quanto com a paterna, essenciais para a sua formação.

A guarda compartilhada também possui desvantagens, assim como os outros modelos de guarda. Quando há o rompimento conjugal, certamente o casal possui motivos relevantes para se separarem, na maioria dos casos não estavam tendo um bom relacionamento e os desentendimentos anteriores continuam ocorrendo após a separação. Os casais passam do diálogo a discussão e não conseguem tomar decisões juntos sobre questões simples. Para esses casais que não conseguem sequer dialogar se torna impossível compartilhar a criação e educação de uma criança. Nestes casos a guarda compartilhada não é a mais indicada, pois poderia trazer prejuízos ainda maiores para o desenvolvimento do menor.

Para que a guarda compartilhada tenha sucesso, é importante que exista harmonia e um bom relacionamento pós-separação entre os pais, e que ambos estejam dispostos a passar por cima de suas diferenças e desavenças para buscar o melhor interesse do filho. Se ambos colaborarem, nenhum se sentirá sobrecarregado ou excluído da vida do filho.

A guarda compartilhada deve ser incentivada por todos os profissionais do Direito e principalmente, cabe ao magistrado analisar os casos que se apresentarem de acordo com as características e peculiaridades de cada família, ponderando as vantagens e desvantagens em cada caso concreto, aplicando sempre que possível este modelo de guarda, pois ela é, sem dúvida, um dos maiores instrumentos de preservação da convivência familiar e dos laços afetivos.

É importante destacar que compartilhar a guarda de um filho, significa muito mais do que possuir os mesmos direitos e deveres em relação ao mesmo, compartilhar a guarda de um filho, significa participar da sua rotina, de sua vida escolar, preocupar-se com sua saúde, apoiá-lo, poder transmitir seus valores, religião e cultura, estar sempre presente, ter mais tempo para passear, conversar e demonstrar todo seu carinho e amor. Compartilhar é deixar

de lado o egoísmo, os sentimentos ruins e desavenças dos genitores em prol do bem estar, da felicidade e do bom desenvolvimento dos filhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1.962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 28/12/2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28/12/2011.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 28/12/2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro, de 10 de Janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 28/12/2011.]

BRASIL. **Código Civil Brasileiro, de 01º de Janeiro de 1916.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 24/09/2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro, de 07 de Dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 27/09/2012.

BRASIL, Lei nº6.515, 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.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acesso em: 30/09/2012.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 25/09/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Suspensão de visitas ao genitor.** Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Regulamentação de visitas.** Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Guarda Alternada**. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Guarda Compartilhada - Laudo Psicossocial - Fixação da residência do menor junto ao genitor**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação de alimentos**. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Guarda Compartilhada – Consenso dos pais – Melhor interesse da criança**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Guarda Compartilhada – Relação conflituosa entre os genitores – Impossibilidade da guarda**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 08/03/2012.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18ª ed. São Paulo, v. 5, Saraiva, 2002.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada: Doutrina e Prática**. São Paulo: Editora Pensamentos & Letras, 2009.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28^a ed. São Paulo, v. 6, Saraiva, 2008.

SILVIA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora De Direito Ltda., 2006

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11^a ed. São Paulo, v. 6, Editora Atlas S.A, 2011.

ANEXO A - LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º (VETADO).” (NR)

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.