



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E LETRAS

Amanda Marçal Sève Jaeger

GUARDA COMPARTILHADA: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Três Rios, RJ
2015

AMANDA MARÇAL SÈVE JAEGER

GUARDA COMPARTILHADA: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL



Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Orientadora: Prof. Dra. Vanessa Corrêa Sampaio

Três Rios, RJ
Novembro de 2015

AMANDA MARÇAL SÈVE JAEGER

GUARDA COMPARTILHADA: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Professora Doutora Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza
(Orientadora)
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha mãe e meus irmãos, por estarem sempre ao meu lado, me apoiando e dando forças nos momentos mais difíceis, inclusive neste. Obrigada por não me deixarem desistir, mesmo quando este parecia o caminho mais fácil. Como sou grata a Deus por fazer parte dessa família.

Agradeço a minha vizinha, que no auge dos seus 87 anos, reza por mim todos os dias e, ainda me mimar com suas comidas deliciosas.

Agradeço, também, ao André pela amizade, cumplicidade e por acreditar em mim mesmo quando eu já não acreditava mais. Obrigada por ser quem você é e por fazer da minha vida melhor.

Aos meus amigos, por serem tão maravilhosos e especiais. Obrigada por tornarem a minha vida mais colorida e cheia de festa. Agradeço especialmente ao Jean, por toda ajuda nesse momento. Não tenho a menor dúvida que sem você, eu não teria conseguido.

Agradeço a minha orientadora, Vanessa, que teve toda a paciência e compreensão do mundo. Obrigada pelo carinho e por toda a ajuda.

E, agradeço especialmente a Deus, que nunca me abandonou. Obrigada pela minha vida e pela minha saúde. Sem Ele, nada seria possível.

“Os filhos não precisam de pais gigantes, mas de seres humanos que falem a sua linguagem e sejam capazes de penetrar o seu coração”.

Augusto Cury

RESUMO

JAEGER, Amanda Marçal Sève Jaeger. **A Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2015. 63p. Monografia (Graduação em Direito). Instituto de Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

Trata o presente estudo de uma análise do instituto da guarda compartilhada à luz do Código Civil e do princípio do melhor interesse da criança. Diante da constante evolução da sociedade em que se vive, o ramo do direito das famílias enfrenta diversas alterações para se adequar as novas demandas da coletividade. Assim, se antes de 2008 apenas a guarda unilateral era prevista em nosso ordenamento jurídico, agora, o compartilhamento é tido como obrigatório, uma vez que permite a continuidade da relação entre pais e filhos. Dessa maneira, esta monografia apresenta uma relevante abordagem do instituto da guarda conjunta, expondo seus prós e contras.

Palavras-chave: 1-Poder Familiar. 2-Divórcio. 3-Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

JAEGER, Amanda Marçal Sève Jaeger. **A Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2015. 63p. Monografia (Graduação em Direito). Instituto de Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

This present work aims to analyze the institute of shared guard under the light of the Civil Code and also under the principle of the best interest of the child. Considering the const evolution of the nowadays society, the area of the Family Law faces many changes to fit itself inside the new requests of the society. Thus, if before 2008 only the unilateral guard existed on the national law system, now the sharing is used as mandatory, once that allows the relation between parents and children keep existing. Therefore, this monograph shows a relevant approach of the guard institute, showing its benefits and problems.

Keywords: 1-Familiar Power. 2-Divorce. 3-Shared Guard.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DO PODER FAMILIAR	12
1.1. Noção Histórica	12
1.1.1. Do Princípio do Melhor Interesse da Criança	15
1.2. Conceito.....	17
1.3. Abrangência do Poder Familiar.....	19
1.4. O Poder Familiar e os Pais Divorciados	22
2. DA GUARDA E SUAS ESPÉCIES	26
2.1. Contexto Histórico	26
2.2. Da Guarda Unilateral	28
2.2.1. Considerações Iniciais	28
2.2.2. Da Guarda Unilateral Propriamente Dita.....	30
2.2.3. Do Direito de Visita.....	35
2.3. Da Guarda Alternada	38
2.4. Do Aninhamento	40
3. DA GUARDA COMPARTILHADA.....	41
3.1. Considerações Iniciais	41
3.2. Conceitos.....	42
3.3. Da Nova Lei de Guarda Compartilhada	45
3.3.1. Da Necessidade de uma Nova Lei Regulamentadora	45
3.3.2. Das Alterações trazidas pela Lei nº 13.058/14	48
3.3.3. O Pagamento de Alimentos na Guarda Compartilhada	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada à luz do Código Civil, incluindo as modificações previstas na Lei nº 13.058/14 e, o princípio do melhor interesse da criança, diferenciando-a das demais modalidades de guarda.

Como é sabido, o ramo do direito de família passa por diversas transformações ao longo dos tempos, uma vez que precisa se adequar à constante evolução da sociedade.

O termo *patrio poder* surgiu no Direito Romano e apresentou inúmeras modificações em razão do desenvolvimento da história do ser humano. Naquela época cabia ao homem a chefia da sociedade conjugal, possuindo autoridade plena sobre tudo, incluindo patrimônio, e todos, inclusive sobre a mulher e a prole.

Importante mencionar que além da mulher ser tida como propriedade do marido, possuía apenas duas funções, sendo estas as de gerar filhos e a de suprir as necessidades biológicas masculinas.

Devido à luta das mulheres, através dos movimentos feministas por direitos iguais, começou a ocorrer uma verdadeira revolução na nossa legislação e, a grande primeira mudança aconteceu em 1962, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, o qual conferiu à mãe a condição de colaboradora do pai.

Após, foi publicada a Lei do Divórcio em 1977, a qual conferiu à esposa novos direitos. No entanto, foi apenas em 1988 que a igualdade entre o homem e a mulher foi reconhecida em nossa Constituição Federal, consoante prevê o artigo 226, §5º, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Em razão de tais conquistas, a mulher passou a exercer o poder familiar de maneira igualitária, possuindo o direito de permanecer com a prole nos casos de divórcio. Importante ressaltar, que devido às novas garantias conquistadas pelas mulheres, a guarda unilateral passou a ser a modalidade mais aplicada por nossos juízes e Tribunais, ou seja, a mãe permanecia com a guarda física, cabendo ao outro progenitor apenas o direito de visitação.

Ocorre que, nos dias de hoje, ambos os pais trabalham fora de casa e, além disso, ambos possuem o direito de após a dissolução da sociedade conjugal,

conviver com os filhos de maneira igual, dando continuidade à relação que existia antes do dito rompimento.

Cumpre informar, ainda, que após diversas pesquisas, foi constatado que para o crescimento sadio das crianças e adolescentes, o convívio com ambos os genitores é fundamental e, em função dessas constatações, foi inserida em nosso ordenamento jurídico uma nova modalidade de guarda: a guarda compartilhada.

Dessa maneira, o presente trabalho aborda a evolução do poder familiar no nossa sociedade no primeiro capítulo, explicando sua abrangência e características e, como este procede nos casos de divórcio dos pais.

No segundo capítulo, tem-se um estudo detalhado sobre as modalidades de guarda, ou melhor, são abordadas a guarda unilateral, a guarda alternada e o *aninhamento*, com suas características, pontos positivos e negativos, além de uma análise dos artigos previstos no Código Civil sobre tais institutos.

A monografia é finalizada no terceiro capítulo, o qual trata somente do compartilhamento, examinando-se todos os artigos previstos na Lei nº 13.058/14 e, com a exposição das principais características desta modalidade.

CAPÍTULO1 – DO PODER FAMILIAR

1.1. Noção Histórica

O Código Civil adotou a expressão poder familiar ao dispor que os filhos, enquanto menores, estão sujeitos aos cuidados dos pais. Esta expressão, como mencionado anteriormente, surgiu em 2002 e corresponde ao antigo *patrio poder*, termo que remonta ao direito romano, onde o pai e, somente ele, exercia o poder com relação aos filhos:

Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres¹.

Impende ressaltar que, o Código Civil de 1916 atribuía ao marido a *patria potestas*, ou seja, cabia a este chefiar a família. Apenas na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava a mulher, assumindo, assim, o poder com relação aos filhos. Além disso, o mesmo diploma legal dispunha que a viúva perdia o poder familiar quando contraía novas núpcias, independente da idade dos filhos. Porém, esta recuperava o *patrio poder* quando enviuvasse novamente², ou seja, existia uma grande desigualdade e discriminação com relação à mulher dentro da sociedade conjugal³.

Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada garantiu o poder familiar a ambos os genitores, alterando, assim, o Código Civil de 1916. Segunda a autora Maria Berenice Dias, independente do poder paternal ser atribuído a ambos os pais, este era “exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça”⁴.

O doutrinador Paulo Lôbo explica:

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o *pátrio poder* e o poder marital⁵.

¹ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

² Art. 393 do Código Civil de 1916.

³ Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.423.

⁴ Idem, p. 423.

⁵ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 296 e 297.

Apenas com o passar do tempo e com o fato da Constituição Federal de 1988 ter concedido tratamento isonômico ao homem e à mulher em relação aos filhos comuns é que o poder familiar passou a ser, assim, de ambos os genitores.

Com isso, nas palavras da doutrinadora Maria Berenice:

O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles⁶.

Assim, resta claro, que houve uma mudança substancial no instituto em questão, o que antes era tido como um poder dos pais, principalmente do pai sobre os filhos, ou seja, o *pátrio poder* era todo voltado ao interesse do chefe da família, nos tempos de hoje, este instituto condiciona o interesse dos pais ao interesse dos filhos, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento⁷.

Dessa forma, tem-se que o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) alterou o sentido do instituto do poder familiar, baseado no princípio do melhor interesse da criança. Impende ressaltar, ainda, que mesmo sendo anterior ao Código Civil de 2002, o ECA, possui prevalência sobre aquele diploma legal, uma vez que aborda de maneira específica o tema.

Nas palavras do doutrinador Paulo Lôbo, “não se vislumbra contradição (cronológica ou de especialidade) entre o ECA e o Código Civil, não se podendo alvitrar sua derrogação, salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar”⁸.

No entanto, diversos doutrinadores⁹ criticam a expressão poder familiar, pois acreditam que a ênfase continua no poder, ou seja, para eles o que ocorreu foi apenas uma mudança, retirando o poder do pai e transferindo-o a família. O autor Silvio Rodrigues critica tal mudança de nomenclatura: “pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “*pátrio*” do que incluir o seu real conteúdo que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família

⁶Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.424.

⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

⁸ LÔBO, Paulo, *Do Poder Familiar*, P. 184, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 424.

⁹Entre eles, Maria Berenice Dias, Silvio Rodrigues, Paulo Lôbo.

como o nome sugere”¹⁰.

Claudete Carvalho Canezin explica que o poder familiar, atualmente, não é mais visto como um poder e sim como um dever dos pais com os filhos, logo o mencionado instituto converteu-se em um *munus*, assim, tem-se que a nova nomenclatura não é adequada. Para esta autora o mais correto seria falar em função familiar ou em dever familiar: “A modificação não passou de um efeito de linguagem, tendo em vista que a ideia contida na nova nomenclatura é, ainda, apegada ao contexto familiar da sociedade do século passado”¹¹.

Paulo Lôbo explica “que a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento”¹².

Cumprir informar, ainda, que legislações estrangeiras mais recentes optaram por fazer uso da expressão “autoridade parental”, uma vez que esta reflete a profunda mudança no instituto supramencionado: ““Parental” destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade”¹³.

Flávio Tartuce é um dos autores do direito brasileiro que defende o uso da expressão “autoridade parental”, para este, “é expresso que o termo *autoridade* se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar”¹⁴.

Este autor, ainda explica em seu livro, que a terminologia *patrio poder* foi totalmente superada e, além de não encontrar mais espaço, não pode mais ser utilizada de maneira alguma, uma vez que a figura paterna não exerce mais domínio algum.

Assim, tem-se que a discussão em torno da terminologia usada pelo direito brasileiro é importante e oportuna, pois reflete a real mudança que o instituto do poder familiar passou ao longo dos anos.

¹⁰ Silvio Rodrigues. *Direito Civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 6. p. 355, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 424.

¹¹ CANEZIN, Claudete Carvalho. *A noção de poder familiar e a desconsideração do novo modelo de família nuclear*. In: BARROSO, Lucas Abreu (coord.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 476, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 424.

¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p.275.

¹³ Idem, p. 296.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: direito de família* / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. P.942.

1.1.1. Do Princípio do Melhor Interesse da Criança

Não restam dúvidas que os menores de dezoito anos, ou seja, as crianças e os adolescentes são seres mais vulneráveis e frágeis do que qualquer cidadão com idade superior a aquela. Partindo dessa premissa, o princípio constitucional em epígrafe surge para consagrar os direitos das crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais.

Nesse sentido, importante colacionar os dizeres do doutrinador Paulo Lôbo:

O princípio do melhor interesse significa que a criança - incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade¹⁵.

Dessa forma, resta claro, que com o advento da Constituição Federal de 1988 e, a qual possui como princípio fundamental o melhor interesse da criança, ocorreu uma verdadeira inversão de valores, principalmente na relação de pais e filhos.

Importante mencionar a explicação Tânia da Silva Pereira acerca do presente tema:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”¹⁶.

De acordo com o autor Paulo Lôbo, “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”¹⁷

Frisa-se que, o princípio do melhor interesse da criança é originário do *parens patriae*, um instituto inglês, no qual cabia ao rei proteger os indivíduos que não tinham condições de fazê-lo em causa própria, ou seja, as crianças e adolescentes e, também, os incapazes. O instituto em questão foi recepcionado em

¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 75.

¹⁶ PEREIRA, Tânia d Silva. *Da adoção*. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo d Cunha Pereira (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131, citando GRIFFITH, Daniel B., *apud* LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 75.

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 75

1813 pelos Estados Unidos, mais precisamente pela Corte da Pensilvânia, num julgamento onde foi reconhecida a prioridade do interesse da criança frente aos pais.¹⁸

No Brasil, a Constituição Federal no seu art. 227, assegura a todos os menores de dezoito anos, sem fazer qualquer distinção entre brancos e negros, filhos havidos dentro e fora do casamento, uma série de direitos, quais sejam, direito à vida, à alimentação, à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar.

Apesar da Carta Constitucional listar e assegurar o rol de direitos mencionados anteriormente, é na Lei 8.069 de 1990 que toda esta matéria está disciplinada, ou seja, a forma como devem ser priorizados e respeitados tais direitos.

Interessante trazer a lume a explicação Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria de Fátima Freire de Sá acerca do assunto:

O Estatuto da Criança e Adolescente, microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais¹⁹.

Outrossim, as relações entre pais e filhos também foram modificadas pelo Estatuto em questão, ou seja, não há mais de se falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais ou adotivos, pois a Lei 8.069 de 1990 prega a igualdade entre estes, pondo fim a uma série de discriminações. Nas palavras de Maria Berenice Dias, agora “filho é simplesmente “filho””²⁰.

Por último, porém de suma importância, em atenção ao direito fundamental à convivência familiar, o ECA busca de forma prioritária o fortalecimento dos vínculos familiares com a consequente convivência e manutenção da criança no seio da

¹⁸ Caso Commonwealth v. Addicks ocorrido na Corte da Pensilvânia. Neste julgamento, foi reconhecida a prioridade do interesse da criança ao atribuir à mãe a guarda, sendo que esta era acusada de adultério. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html> />. Data de acesso: 05/03/15 as 10:40 horas.

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e Adolescente e do Estatuto do Idoso*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n.26. p. 18-34, out.-nov. 2004, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 68.

²⁰ Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 68.

família natural²¹.

1.2. Conceito

De acordo com os ensinamentos da Maria Berenice Dias, houve uma modificação do conteúdo do poder familiar devido à nova situação da prole dentro da família²². Interessante trazer a lume a explicação do professor José Lamartine:

O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho²³.

Para o doutrinador Paulo Lôbo:

O poder familiar é, assim, entendido como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. Não é um poder discricionário, pois o Estado reserva-se o controle sobre ele²⁴.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona explicam que o poder familiar é “como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”²⁵.

O autor Flávio Tartuce conceitua poder familiar como “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo no afeto”²⁶.

Dessa maneira, tem-se que o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais no tocante aos filhos e aos seus bens. Frisa-se que, grande parte dessa mudança conceitual deve-se ao princípio do melhor interesse da criança, o qual norteia a Lei nº 8.069/90.

O ECA entende que os filhos, por estarem ainda em fase de

²¹ Idem. P. 68.

²² Idem. p. 424.

²³ OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1990. p.31, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 424.

²⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 298.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume VI. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional*. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: saraiva, 2011. P. 586.

²⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: direito de família* / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. ps. 941/942.

desenvolvimento, carecem de cuidados especiais e por isso devem ter prioridades, não apenas no campo material, mas também no afetivo. Em suma, é dever dos pais satisfazer as necessidades dos seus filhos, sejam estas físicas, morais, espirituais ou sociais.

Waldyr Grisard Filho define o poder familiar como o “conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos”²⁷.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “a autoridade parental é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável”²⁸.

Cumprir informar, ainda, que o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, ou seja, os pais não podem renunciar aos filhos, nem vendê-los ou transferi-los a outrem. Além disso, este instituto decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal ou socioafetiva, logo, os filhos de zero a dezoito anos estão sujeitos ao poder familiar, desde que devidamente registrados.

Com base no exposto, não restam dúvidas, que o poder familiar é um encargo imposto por lei aos pais, visando o melhor interesse da criança. Assim, resta claro, que o próprio Estado fixa os limites de atuação dos pais ou de outros possíveis titulares do poder familiar:

A autonomia da família não é absoluta, sendo cabível, e às vezes salutar, a intervenção do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da família²⁹.

Além do Estado ter pego para si o papel de fiscalizar e fixar os limites do poder familiar, este possui, também, algumas obrigações com relação aos menores de dezoito anos. Entre elas, prestar assistência à saúde e fornecer educação básica, quando os genitores não tiverem condições econômicas para prover tais necessidades (Art. 227 da Constituição Federal)

²⁷GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 24, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 425.

²⁸TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina da autoridade parental*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. P. 103-124, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 425.

²⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. Vol. 5, *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 425.

1.3. Abrangência do Poder Familiar

O atual Código Civil enumera de forma simples e direta os nove deveres dos pais para com os filhos. São esses:

- I - Dirigir-lhes a criação e educação;
- II – Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³⁰

Primeiramente, cumpre informar, que o artigo em questão sofreu algumas alterações trazidas pela Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, entre elas, as previstas nos incisos II, IV, V e VII. Tais mudanças buscam, mais uma vez, deixar claro que o interesse e bem estar dos filhos menores devem sempre prevalecer sobre a vontade dos genitores.

O doutrinador Flávio Tartuce explica:

Tais atribuições devem ser tidas como verdadeiros deveres legais dos pais em relação aos filhos. Assim, a sua violação pode gerar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito, nos termos dos requisitos constantes do art. 186 do CC/02³¹.

Não obstante, o referido Código não menciona os deveres impostos pela Constituição Federal de 1988 e, também, não faz referência aos deveres elencados pelo Estatuto da Criança e Adolescente. Desta forma, tem-se que além das obrigações e deveres previstos no Código Civil/02, os genitores também devem observar e respeitar o previsto na Carta Constitucional e no Estatuto menorista, pois ambos tratam de assuntos inerentes ao poder familiar:

³⁰ Previstos no artigo 1.634 do Código Civil de 2002 com redação dada pela Lei nº 13.058 de 2014.

³¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: direito de família* / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 946.

O Código Civil é omissivo quanto aos deveres que a Constituição cometeu à família, especialmente no art. 227, de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar, e no art. 229, que atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores³².

Além de tais direitos garantidos pela Carta Constitucional, o Estatuto da Criança e Adolescente em seu art. 22 prevê, ainda, que é obrigação dos genitores o sustento, a guarda e educação dos filhos menores. Massimo Bianca explica:

Os principais direitos do filho são os de sustento, assistência moral e educação e instrução segundo as próprias capacidades, inclinações e aspirações. Esses são direitos fundamentais de solidariedade que respondem ao interesse essencial desse ser humano a receber ajuda e orientação necessária para a sua formação³³.

Afinal, “a personalidade humana se constrói “na” relação e “pela” relação interpessoal³⁴.

Dentre as novidades trazidas pela nova Lei da Guarda Compartilhada, duas se destacam, sendo estas as previstas nos incisos II e V do artigo 1.634 CC/02. Primeiramente, não restam mais dúvidas, que compete a ambos os pais, independente da sua situação conjugal, exercer conjuntamente a guarda unilateral ou a guarda compartilhada.

Outra inovação trazida pela lei supramencionada é a constante no inciso V do artigo em questão. Antes, segundo previsto no artigo 84 do Estatuto da Criança e Adolescente, a autorização de ambos os pais só se fazia necessária quando a viagem ou mudança fosse para o exterior. Agora, a simples mudança para outro Município deve ter o consentimento de ambos os pais, ou melhor, o genitor detentor da custódia física deve ter a anuência do outro genitor.

Tal medida visa pôr fim na alienação parental e nas diversas disputas entre os pais, que muitas vezes mudavam de cidades almejando, única e exclusivamente, afastar os filhos menores do outro.

Feitas tais considerações, resta claro, que não há grandes dificuldades em entender as atribuições inerentes aos pais listadas nos oito primeiros incisos do art. 1.634 CC/02. No entanto, em relação ao último inciso do art. 1.634 do CC/02 o autor

³² LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 302.

³³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile: La famiglia – Le successioni*. P. 232, *apud* LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 303.

³⁴ Rosa, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015. p.16.

Flávio Tartuce, tece algumas observações importantes, levando em consideração os princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção integral da criança e adolescente:

A exigência de obediência não pode ser desmedida, sendo vedados maus-tratos e relação ditatorial. Em havendo abusos nesse exercício, estará configurado o abuso de direito, o que pode repercutir, em caso de danos, na esfera da responsabilidade civil (arts. 187 e 927 do CC). (...) Segundo, os pais não podem explorar economicamente os filhos, exigindo-lhes trabalhos que não são próprios de sua idade e formação³⁵.

Como consequência desse abuso e autoridade dos pais para com os filhos, além daqueles poderem ser condenados a pagar indenização para estes, há como efeito a suspensão ou mesmo a destituição do poder familiar.

Resta claro, mais uma vez, que o interesse e bem-estar dos filhos são primordiais, cabendo aos pais, na falta de obediência de um desses requisitos elencados no artigo supracitado, enfrentarem uma ação de destituição ou suspensão do poder familiar.

Interessante citar o posicionamento do autor Paulo Lôbo acerca do tema:

Temos por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 227), a permissão contida no inciso VII do art. 1.634 do Código Civil de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a “serviços próprios de sua idade e condição”, além de constituir em abuso (art. 227, § 4º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos, mas nunca para transformá-los em trabalhadores precoces³⁶.

Outrossim, para a doutrinadora Maria Berenice, “nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de dar-lhes amor, afeto e carinho”³⁷.

Nessa esteira, Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que “a essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim,

³⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: direito de família* / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, ps.946 e 947.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 305.

³⁷ Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

pela convivência familiar”³⁸.

Esta convivência familiar deve ser entendida como o direito dos filhos de ter os pais sem sua companhia e vice-versa:

O direito à companhia inclui o de fixar residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai e da mãe, deixe-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo, o filho tem direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado em lei.³⁹

Assim, tem-se que os deveres e obrigações dos genitores vão muito além dos patrimoniais, pois há também os de cunho afetivo:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme⁴⁰.

Estes, inclusive, são tão ou mais importantes que aqueles, que apesar de não constar no rol previsto pelo Código Civil, a jurisprudência atual reconhece e, pune o genitor que abandona afetivamente os filhos, fixando uma indenização por abandono afetivo⁴¹.

Merece menção, ainda, que sempre que houver divergência dos pais quanto ao interesse dos filhos no tocante ao exercício do poder familiar, poderá ser nomeado pelo Juízo um curador, a pedido do Ministério Público ou do próprio menor de dezoito anos.

1.4. O Poder Familiar e os Pais Divorciados

Como já sabido, com o advento da Constituição Federal/88, do Estatuto da Criança e Adolescente/90 e do Código Civil/02, ambos os genitores são os

³⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 32, p. 138-158, out.-nov. 2005, , apud Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 304.

⁴⁰ Ação de Indenização n. 141 / 1030012032-0 da 2ª Vara da Comarca de Capão Canoa/RS, Juiz Titular Mário Romano Maggioni, apud Rosa, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

⁴¹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - CR: 3613894200 SP, Relator: Daise Fajardo Nogueira Jacot, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Câmara de Direito Privado B, Data de Publicação: 17/12/2008)

detentores do poder familiar. Assim, durante o casamento ou a união estável, o casal exerce de forma conjunta o múnus de criar, educar, assistir e, também, de dar afeto e amor aos filhos menores de dezoito anos.

E, logicamente, o fim do relacionamento dos genitores não interfere em nada no poder familiar com relação aos filhos, ou melhor, a unidade da família e a convivência do casal são situações distintas e que não se confundem⁴².

Com o divórcio ou dissolução da união estável, todas as prerrogativas do poder familiar, ou seja, todos os deveres e obrigações continuam intactos. Assim, cabe aos pais de maneira conjunta o sustento, educação e criação dos filhos menores:

Havendo divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. Determina a lei que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas os ter em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar⁴³.

Impende destacar, que com o fim da convivência do casal, se faz necessário estabelecer a guarda dos filhos. Frisa-se que, desde a vigência da Lei nº 13.058/14, a preferência é pelo compartilhamento da guarda, devendo apenas em casos excepcionais ser aplicada a guarda unilateral.

No entanto, independente do tipo de guarda, cabe aos genitores, o direito de visitar e supervisionar o interesse dos filhos, compartilhando assim, das decisões fundamentais que digam respeito a estes e, também, ao genitor que apresente melhores condições financeiras de prover os alimentos, sendo este fixado em sede de liminar e depois confirmado em sentença definitiva.

Ressalta-se, ainda, que a lei nº 12.013/2009 impõe à escola a obrigação de informar aos pais, sendo estes conviventes ou não, sobre o rendimento e frequência dos filhos. Mais uma vez, resta claro, que independente dos genitores não residirem mais sobre o mesmo teto, nada afeta o poder familiar deste para com a prole, devendo ambos participarem ativamente da vida dos filhos menores.

Merece menção o posicionamento da doutrinadora Maria Berenice Dias

⁴²ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/02*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 161-197, , *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 427.

⁴³LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 301.

acerca do presente tema:

A guarda absorve apenas alguns aspectos do poder familiar. A falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia (CC 1.632). Não ocorre limitação à titularidade do encargo, apenas restrição ao seu exercício, que dispõe de graduação de intensidade. Como poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para sua titularidade⁴⁴.

Assim, resta ao genitor não guardião, quando fixada a guarda unilateral, o direito de visitação dos filhos. Não obstante, como dito anteriormente, o poder familiar permanece completo, ou seja, cabe a este fiscalizar, participar da educação dos filhos menores:

Esse poder de vigilância não deve transformar-se em direito de ingerência: não dispõe o genitor não guardião de direito de ação nem de direito de veto em relação às decisões tomadas pelo detentor da guarda. No entanto, eventuais controvérsias podem ser solvidas em juízo⁴⁵.

Em suma, o genitor não guardião deve fiscalizar e participar das decisões tomadas pelo genitor guardião, afinal, como já esclarecido, mesmo com o divórcio, o poder familiar continua intacto. Não obstante, aquele deve realizar tal controle com cuidado e zelo e, sabendo respeitar as decisões tomadas pelo genitor guardião, por fim, o interesse dos filhos menores deve ser sempre priorizado.

Ademais, o Código Civil dispõe, ainda, em seu artigo 1.631, que na falta ou impedimento de um dos pais, o outro exercerá com exclusividade o poder familiar. Porém, deve-se ter em mente, que alguns deveres devem ser exercidos por ambos os genitores, ou melhor, de maneira conjunta, entre eles, o previsto no inciso III do artigo 1.634 do Código supramencionado⁴⁶. Assim, por mais que o art. 1.631 disponha no sentido da exclusividade do poder familiar, para tais atos, necessário a autorização de ambos os genitores.

Importante esclarecer, ainda, que o Estatuto da Criança e Adolescente prevê que o poder familiar não é extinto mesmo quando a guarda da criança é deferida a terceiros ou quando esta é alocada em família substituta, ou seja, a obrigação de

⁴⁴Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 428.

⁴⁵Idem, p. 428.

⁴⁶Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores (...):
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem (...).

pagar alimentos e suprir eventuais necessidades persiste⁴⁷. Diferentemente, da adoção, a qual faz cessar qualquer vínculo com os pais biológicos, entre eles, o poder familiar.

Por fim e não menos importante, se após o divórcio, algum dos genitores vier a constituir nova família, tal fato não afeta em nada o poder familiar deste para com os filhos, consoante dispõe o art. 1.636 do Código Civil/02 e, além disso, a própria Lei protege os filhos da intervenção do novo cônjuge:

Vindo o genitor que detém a guarda unilateral ou compartilhada (CC 1.583) a constituir nova família, tal não afeta o princípio da incomunicabilidade do poder familiar. O casamento, ou a união estável de qualquer dos pais, não enseja a perda do poder familiar, não cabendo a interferência do novo cônjuge ou companheiro (CC 1.636)⁴⁸.

Assim, “o genitor e sua prole configuram uma família monoparental, pois o casamento ou a união estável do guardião não gera a transferência do poder familiar”⁴⁹.

Não obstante, Débora Consoni esclarece que é quase impossível tal intervenção não ocorrer:

Se o desenvolvimento da criança e do adolescente é reflexo do ambiente familiar, todos que circulam naquele ambiente, de certa forma, o influenciam. Logo, há de concluir que, nas famílias reconstituídas (também chamadas de pluriparentais ou mosaico), nas quais convivem pai e mãe com filhos de diferentes uniões, impossível que não haja interferência, direta ou indireta, na criação e educação da prole.⁵⁰

E, defende:

É primordial que se reconheçam o lugar dos pais afins dentro da família reconstituída e a importância de sua função subsidiária, enquanto executores de uma parentalidade integrativa à dos pais biológicos, legitimando-se, pois, suas condutas, de modo que só assim estar-se-á cumprindo o preceito constitucional do melhor interesse das crianças e adolescentes⁵¹.

Por fim, cumpre informar, que este trabalho não abordará a questão do poder familiar nas famílias mosaico devido ao assunto não fazer parte da temática da presente monografia.

⁴⁷ Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 428.

⁴⁸ Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 428.

⁴⁹ Idem, p. 429.

⁵⁰ GOUVEIA, Débora Consoni. A autoridade parental nas famílias recompostas. *Revista Síntese de Direito de Família*, n. 67, ago/set. 2011, p. 41, *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

⁵¹ Idem, p. 59.

CAPÍTULO 2 – DA GUARDA E SUAS ESPÉCIES

2.1. Contexto Histórico

Na vigência do Código Civil de 1916 procurava-se identificar o cônjuge inocente, ou seja, aquele que não praticou nenhuma conduta desonrosa e nem faltou com os deveres do casamento e a ele era atribuída a guarda dos filhos menores, pois este não possuía culpa pelo fim do matrimônio.

Resta claro, que tal disposição era completamente punitiva, pois procurava somente castigar o cônjuge culpado pelo desquite. Para Maria Berenice Dias os filhos “eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole”⁵².

Na hipótese de serem ambos os pais culpados pelo fim do matrimônio, o Código Civil de 1916 previa que os filhos menores poderiam ficar com a mãe após o juiz verificar que tal possibilidade não traria prejuízos de ordem moral e psicológica aos mesmos. No entanto, sendo esta a única culpada pelo fim do casamento, em hipótese nenhuma os filhos ficariam sob sua custódia, não importando a idade destes e nem sua vontade.

A Lei 6.515 de 1977 adotou a mesma postura do Código supramencionado, ou seja, procurava identificar o cônjuge inocente e o culpado pela dissolução do casamento, prevendo que a prole ficaria sob a guarda e proteção do genitor que não deu fim ao casamento⁵³.

Para Maria Berenice “estas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento”⁵⁴.

⁵²Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 439.

⁵³ Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum. (...) Art 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa. § 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa adv prejuízo de ordem moral para eles. § 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

⁵⁴Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 439.

Merece menção a explicação do autor Paulo Lôbo acerca do tema:

No direito anterior, a guarda exclusiva era consequência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa pela separação. A guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la⁵⁵.

Em 1988 a Constituição Federal assegurou como direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres e, dispôs que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por estes⁵⁶, ou seja, pôs fim às discriminações e mudou substancialmente o instituto do poder familiar.

O Estatuto da Criança e Adolescente, em 1990, passou a “dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformou-os em sujeitos de direito, trazendo toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos⁵⁷”, baseado no princípio do melhor interesse da criança.

O Código Civil seguindo as mudanças trazidas pela Carta Constitucional, antes do advento das Leis nº 11.698/08 e 13.058/14, abordava de forma simples a guarda dos filhos à luz do princípio da proteção das pessoas dos filhos.

Assim, com o fim do casamento a guarda era decidida conforme acordo dos genitores, caso houvesse consenso, cabendo ao magistrado fiscalizar se o interesse das crianças e adolescentes estavam sendo protegidos. Outrossim, quando não existia diálogo entre os ex-cônjuges, cabia ao juiz a difícil tarefa de atribuir a guarda a quem possuía as melhores condições.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explica que:

Um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores⁵⁸.

Com a promulgação da Lei 11.698/98, uma nova redação foi dada ao Capítulo XI do Código Civil de 2002 – Da Proteção da Pessoa dos Filhos, com esta houve uma profunda mudança no instituto da guarda, pois a lei passou a dar preferência a uma nova forma de guarda: a compartilhada:

⁵⁵ LÔBO, Paulo. Direito civil : famílias / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo :Saraiva, 2011. p. 192.

⁵⁶ Art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988. .

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 519.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.293.

Deixou de ser priorizada a guarda individual, conferindo aos genitores a responsabilização conjunta e o exercício igualitário dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores⁵⁹.

Apesar do grande avanço na nossa legislação, a preferência dos genitores continuava sendo pela aplicação da guarda unilateral. Segundo o IBGE, dos divórcios ocorridos em 2012 no Brasil, 87,1% da guarda dos filhos menores foi atribuída “às mulheres, enquanto apenas 6% foi compartilhada entre os genitores”⁶⁰.

Outrossim, o compartilhamento da guarda dos filhos também encontrou dificuldades no tocante a sua aplicação por parte dos juízes, uma vez que a expressão “sempre que possível”⁶¹ criou margem para equivocadas interpretações.

Devido a tais motivos, foi promulgada a Lei nº 13.058/14, a qual prioriza o compartilhamento da guarda e impõe a igualdade parental. Agora, é obrigação do magistrado, na audiência de conciliação informar aos pais o significado e importância da guarda compartilhada e aplicá-la, mesmo quando não houver consenso entre os genitores⁶².

2.2. Da Guarda Unilateral

2.2.1. Considerações Iniciais

⁵⁹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 520.

⁶⁰IBDFAM. *Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5495/Guarda+Compartilhada%3A+diretor+do+IBDFAM+comenta+o+modelo+de+guarda+rec%C3%A9m+aprovado+no+Senado+como+regra+em+casos+de+dissolu%C3%A7%C3%A3o+conjugal>>. Acesso em 07 dez. 2014.

⁶¹Expressão prevista no artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, BRASIL.

⁶²AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Não havendo prova irrefutável da incapacidade do alimentante, ônus que lhe cabia, restam mantidos os alimentos fixados. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70063573299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).

O fim do casamento em nada altera o poder familiar dos pais para com os filhos, ou seja, os deveres e obrigações referentes ao poder familiar permanecem íntegros, devendo ambos os genitores continuar cumprindo com suas obrigações referentes à prole, uma vez que “a separação dos cônjuges (separação de corpos, separação de fato ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos”⁶³:

O fim do relacionamento dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação à prole. O rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. O estado de família é indisponível⁶⁴.

Assim, com o fim da convivência dos genitores se faz necessária a definição da guarda dos filhos:

Historicamente os filhos sempre ficavam sob a guarda materna, pelo absoluto despreparo dos homens em desempenhar as funções de maternagem. Sempre foi proibido aos meninos brincar de boneca, entrar na cozinha. Claro que, em face disso, nunca tiveram a menor habilidade para cuidar dos filhos. Assim, mais do que natural que essas tarefas fossem desempenhadas exclusivamente pelas mães: *quem pariu que embale!* Quando da separação, os filhos só podiam ficar com a mãe⁶⁵.

Antes das Leis nº 11.698/08 e 13.058/14, o Código Civil previa apenas a guarda unilateral de forma única:

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

Art. 1.584 - Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único - Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica⁶⁶.

Nesse contexto, os filhos eram vistos como objetos, um verdadeiro instrumento de troca, pois cabia ao genitor não guardião apenas o direito de visita. Estas eram estipuladas conjuntamente com a definição da guarda e se

⁶³LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo :Saraiva, 2011. p. 189.

⁶⁴OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de Família*. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 34 *apud* Dias, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 440.

⁶⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 440.

⁶⁶Artigos previstos no Código Civil antes do advento da Lei 11.698/98, a qual mudou o Capítulo XV – Da Proteção da Pessoa dos Filhos.

caracterizavam por estipulações rígidas de regras e horários.

Aos filhos cabia apenas aceitar o que era definido pelos genitores:

Passando o filho a residir na companhia de um dos genitores, a este ficava deferida a “guarda”, expressão que significa verdadeira “coisificação” do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito⁶⁷.

2.2.2. Da Guarda Unilateral Propriamente Dita

A Lei 13.058 de 2014 mudou totalmente o Capítulo XI – Da Proteção da Pessoa dos Filhos do Código Civil de 2002. Agora a preferência é pelo compartilhamento da guarda dos filhos, possuindo a guarda unilateral caráter excepcional.

Entende-se por guarda unilateral aquela atribuída a só um dos genitores ou a alguém que os substitua, cabendo ao progenitor não guardião a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos,⁶⁸ uma vez que “estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado “abandono moral””⁶⁹.

Na disposição anterior do § 2º do art. 1.583, antes da alteração trazida pela nova lei da guarda compartilhada, a guarda unilateral deveria ser concedida a quem revelasse melhores condições de exercê-la e, objetivamente, pudesse propiciar mais afeto, saúde, segurança e educação. Impende ressaltar, nesse sentido, a explicação do autor Carlos Roberto Gonçalves:

A ordem dos fatores a serem observados na atribuição da guarda unilateral não deve ser considerada preferencial, tendo todos eles igual importância. Na realidade, deve o juiz levar em conta a melhor solução para o interesse global da criança ou adolescente, não se olvidando de outros fatores igualmente relevantes como dignidade, respeito, lazer, esporte, profissionalização, alimentação, cultura etc. (ECA — Lei n. 8.069/90, art.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 441.

⁶⁸ Código Civil – art. 1.583, §5º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

⁶⁹ ⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.294.

4º)⁷⁰.

Cumpra informar, que esta redação pôs em ênfase o interesse da criança, fazendo jus ao disposto no ECA e, conseqüentemente ao princípio do melhor interesse. O que antes vinha previsto de forma simples e resumida em apenas dois artigos, virou um extenso rol de oito artigos, os quais passaram a dar preferência à guarda compartilhada, por esta ser mais compatível com as regras previstas no Estatuto.

Deve-se ter em mente, ainda, que o rol de direitos dos filhos menores previstos no art. 1.583, § 2º do CC/02 não era taxativo e sim qualitativo:

Por óbvio que esse dispositivo jamais poderia ser aplicado sob a ótica prioritária da capacidade econômica dos genitores, com o perigo de beneficiar o pai ou a mãe em melhor condição financeira, em detrimento do outro menos favorecido economicamente⁷¹.

Importante mencionar, ainda, que à luz da Lei 11.698/08, existiam três critérios, ou melhor, *três referenciais de continuidade* que deveriam ser verificados pelos magistrados para facilitar e auxiliar a definição da guarda unilateral:

1. *Continuum de afetividade*: o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo. Para o presente autor, o menor pode ser ouvido a partir da idade de doze anos, aplicando-se, por analogia, a mesma regra da adoção (art. 28, § 2º, do ECA, conforme a recente Lei 12.010/2009, que revogou o art. 1.621 do CC).
2. *Continuum social*: o menor deve ficar onde se sente melhor, levando-se em conta ambiente social, as pessoas que o cercam.
3. *Continuum espacial*: deve ser preservado o espaço do menor, o “envoltório espacial de sua segurança”⁷².

Além de todo o dito, cabe esclarecer, que por ser um rol qualitativo, não havia necessidade de ambos os fatores previstos no art. 1.583, § 2º, do CC/02 estarem conjugados, “os incisos são interdependentes, uma vez que mesmo tendo o afeto destaque nas relações familistas, não há como negar que a guarda deva ser concedida àquele que propicie também melhores condições de saúde, educação e segurança ao filho”⁷³.

⁷⁰ Ibidem, p.294.

⁷¹ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 47 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 5 *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 5: direito de família / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. ps. 555/556.

⁷³ FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*: comentários à Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 53 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

Deste modo, tais direitos dos filhos menores deveriam ser observados no caso concreto, sendo discricionário ao juiz, no momento da definição da guarda unilateral, dar prioridade a um sobre o outro

Fato é que o divórcio é um processo doloroso pelo qual os genitores e os filhos passam. Não restam dúvidas, que este deixa sequelas para sempre na vida de todos os envolvidos, principalmente dos filhos, que querendo ou não, acabam participando de todos os conflitos.

A psicóloga Lenita Pacheco explica que “são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional”⁷⁴.

Além de sofrer com as mudanças trazidas pelo processo do divórcio dos genitores, muitas vezes durante o processo judicial da definição da guarda unilateral, era comum o magistrado ouvir a criança ou adolescente. O principal objetivo de tal depoimento era descobrir a preferência destes, para assim definir qual genitor ficaria responsável pelos filhos.

Entretanto, envolver os filhos menores nesse tipo de escolha só faz piorar o estado emocional em que já se encontram, uma vez que é completamente desumano obrigar uma criança ou adolescente escolher entre seu pai ou sua mãe:

Os especialistas têm alertado para que não se envolva a criança nessa difícil escolha afetiva, ainda que lhe assegure o direito a ser ouvida. Não é recomendável que o juiz a consulte sobre sua opção, pois lhe acarreta sentimentos contraditórios e riscos de conflito psíquico, com afirmações equívocas, pois, afinal, deseja permanecer com ambos os pais⁷⁵.

Dessa forma, resta claro, que a escolha pela guarda unilateral só agravava as mazelas já trazidas pelo divórcio. Assim, em boa hora veio a alteração trazida pela Lei 13.058/14, a qual prevê o caráter excepcional para aplicação da guarda unilateral:

O certo é que andou bem a alteração legislativa para determinar a guarda unilateral como via restritiva. Isso porque sua fixação acirra o litígio, quando um dos pais tem cerceado o convívio cotidiano com o filho. Basta pensar na angústia que assalta o genitor (e, seguramente, o filho), que somente pode estar com o seu próprio filho de quinze em quinze dias e, mesmo assim, por meras quarenta e oito horas.... É a pavimentação de um caminho que começa como um mero visitante e termina como um verdadeiro estranho ao

⁷⁴DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 202 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 441.

⁷⁵LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo :Saraiva, 2011. p. 195.

filho⁷⁶.

Apesar do caráter atípico do instituto, conforme previsto no art. 1.584, § 2º, do CC/02, a guarda unilateral poderá ser aplicada quando um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja exercer o compartilhamento. Assim, estando os genitores aptos a exercer a guarda compartilhada, esta será deferida, salvo quando um dos pais afirmar que não deseja exercê-la.

Conrado Paulino da Rosa chama a atenção para esse tipo de comportamento por parte de um dos pais e sustenta que os promotores e magistrados devem investigar os motivos que levam um dos genitores a manifestar desinteresse pela guarda dos filhos:

Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificado em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores⁷⁷.

Importante mencionar, também, que sendo deferida a guarda unilateral, cabe ao genitor não guardião, a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, prevê o § 5º do art. 1.583, que qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos⁷⁸:

Apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos⁷⁹.

Cumprido informar, ainda, que como meio de garantir a participação dos genitores, principalmente a do genitor não guardião, na formação e educação da prole, qualquer estabelecimento, sendo ele público ou privado, é obrigado a prestar

⁷⁶FARIAS, Cristiano Chaves de. *Prospecções no direito das famílias: aventando hipóteses*. In: IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira. (coord.) *Família e sucessões: sob um olhar prático*. Porto Alegre: IBDFAM, Letra&Vida, 2013, p. 23 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

⁷⁷ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

⁷⁸Redação prevista no art. 1.583, § 5º, do Código Civil de 2002, BRASIL.

⁷⁹ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58.

informações a aqueles sobre seus filhos, sob pena de multa diária⁸⁰.

Do mesmo modo, este poderá visitar e ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso com o genitor guardião ou fixados pelo juiz⁸¹. Não obstante, esse estabelecimento de dias e horários, de fato só faz afastar a prole do genitor não guardião, além de acabar excluindo este da maior parte das atividades dos filhos. Com isso, aos poucos aquele acaba se esquivando de cumprir com as obrigações e deveres inerentes ao poder familiar, pois no meio de tantos ressentimentos já trazidos pelo divórcio, ele ainda sofre com a distância dos filhos:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras⁸².

Maria Berenice afirma que “a guarda, assim concebida, colocava o filho muito mais na condição de mero objeto volante, sempre com mochila nas costas. Igualmente, a definição de horários de visita mais lembra um fracionamento do próprio filho”⁸³.

Impende destacar, ainda, que tais características da guarda unilateral, quais sejam, residir com apenas um dos genitores e regime de visitas estipulado com dias e horários, no fundo, só faz afastar a prole do genitor não guardião, além de aumentar o ressentimento e a insatisfação deste em relação a educação dos filhos menores.

Ocorre que, como dito anteriormente, o divórcio é um misto de dor e ressentimento:

Se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, desmoralização, de descrédito do ex-parceiro⁸⁴.

Esse fenômeno é identificado como alienação parental ou implantação de falsas memórias. Em suma, a síndrome da alienação parental pode incidir em

⁸⁰ Artigo 1.584, § 6º, do Código Civil de 2002, BRASIL.

⁸¹ Artigo 1.589 do Código Civil de 2002, BRASIL.

⁸² CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 28, p. 5 – 25, fev. – mar. 2005. p. 24 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 447.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 441.

⁸⁴ *Idem*, ps. 462 e 463.

qualquer um dos genitores, porém, esta manifesta-se com maior facilidade no ambiente materno, tendo em vista a tradição da mulher ficar com a guarda dos filhos pequenos.

Tal síndrome só faz afastar, cada vez mais o filho do genitor não guardião e vice-versa. Por isso, o Código Civil prioriza a guarda compartilhada, uma vez que esta propicia a continuidade da convivência.

Por último, cumpre informar, que a estipulação da guarda unilateral gera para o genitor não guardião a obrigação de prestar alimentos aos filhos na proporção da necessidade destes e da possibilidade daquele. A obrigação alimentar provisória é deferida em sede de liminar e confirmada em sentença transitada em julgado após a instrução processual.

2.2.3. Do Direito de Visita

Primeiramente, destaca-se que o Código Civil aborda de maneira escassa o direito de visita, estando este previsto apenas no artigo 1.589 do Capítulo XI – Da Proteção da Pessoa dos Filhos.

Não obstante, com o fim da convivência do casal e a escolha pela guarda unilateral ocorre uma restrição quanto ao direito de visita do genitor que não possui a guarda dos filhos, ou seja, o poder familiar deste continua intacto, existindo apenas uma redução de tempo em relação à convivência com os filhos menores.

Ao genitor não guardião cabe supervisionar os interesses dos filhos, além de ter o direito de visitar estes e tê-los em sua companhia, devendo tais direitos serem acordados com o cônjuge guardião:

É imperativa a manutenção da convivência com ambos aos pais, garantindo a proteção dos respectivos direitos das crianças e dos adolescentes. Esse é o exercício da autoridade parental, que não é, e nem deve ser, atribuído apenas ao guardião, pois os deveres e os direitos inerentes ao instituto, relativamente aos filhos, não se extinguem com o divórcio do casal⁸⁵.

Nesse ponto, impende ressaltar, que devido às dores e mágoas trazidas pelo divórcio, é difícil os ex-cônjuges entrarem num acordo justo acerca da visitação e

⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

convivência. Assim, “constitui a principal fonte de conflitos entre pais, sendo comuns as condutas inibitórias ou dificuldades atribuídas ao guardião para impedir ou restringir o acesso do outro ao filho”⁸⁶.

Outrossim, deve-se ter em mente, que impor dificuldades e limitações ao direito de convivência dos filhos com o genitor não guardião, acaba, por si só, afastando aqueles deste, o que causa sérias sequelas psicológicas na prole.

Cumpre informar, ainda, que apesar do direito de visita estar previsto no Código Civil de 2002, foi no Código de Processo Civil que o este foi conceituado:

Art. 1.121 - A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà:

(...) § 2º - Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005)

Interessante o posicionamento da autora Maria Berenice acerca do atual tema:

A definição de um instituto de direito das famílias na lei processual é de todo descabida. De qualquer modo, a própria expressão *direito de visitas* é inadequada, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo⁸⁷.

Além da crítica acerca do conceito vir exposto no Código de Processo Civil e não no Código Civil, a autora em questão faz, também, uma crítica a expressão “direito de visitas”. Para esta, tal expressão passa uma ideia de dever, de uma obrigação a ser cumprida pelo genitor não guardião e os filhos menores e, não de um direito. Nesse sentido:

Há reservas à própria locução “de visitas” por evocar uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização⁸⁸.

Frisa-se que, o direito à convivência familiar é de ambas as partes, direito este previsto na Carta Constitucional. Assim, independente do fim do relacionamento dos genitores, é direito do filho conviver com os pais, na intensidade e frequência

⁸⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 196.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 447.

⁸⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 86 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 447.

que desejar, convivência esta, que só faz aumentar e reforçar o vínculo já existente entre pais e filhos:

A visitação em datas predeterminadas, fixando quando o genitor pode ficar com o filho em sua companhia cria um distanciamento entre ambos. A imposição de períodos de afastamento leva ao estremecimento dos laços afetivos pela não participação do pai no cotidiano do filho, além de gerar certo descompromisso com o seu desenvolvimento. As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propiciam o afastamento entre eles, lenta e gradualmente, até o desaparecimento, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas⁸⁹.

Conrado Paulino, explica, ainda, que a fixação de singelas “visitas” realizadas pelos filhos ao genitor não guardião, visitas essas, de apenas quatro dias por mês, ou melhor, em finais de semana alternados, na verdade, só fazem piorar a relação entre os filhos e ambos os genitores:

Esse ultrapassado modelo gerava, por certo, a formação de “pais recreativos” ou de *fast food* que, considerando o restrito tempo de convívio com o filho, muitas vezes faziam a criação de um mundo encantado em que todos perdiam: a) o não guardião que precisaria ter uma programação cultural e recreativa intensa, forçado a usar os poucos dias para fazer toda a programação que não consegue realizar com o filho nos demais dias do mês; b) perdia o guardião que, ao filho retornar para a casa depois de tantas atividades, por vezes gerava a sensação de que o genitor legal é o visitante, quando “faz coisas legais”, e o titular da guarda realiza as funções “chatas” de cobrança de temas de casa, higiene, horário para dormir e necessidade de comer salada; e, por último, c) perde o filho, dividido entre dois mundos por escolha de seus progenitores e diversas vezes usado como “cabo de guerra” entre ambos⁹⁰.

Devido a tais fatos, a Maria Berenice e Conrado Paulino da Rosa defendem o uso da expressão “direito de convivência” no lugar de “direito de visitas”, uma vez que aquela transmite o real significado do sentimento que deve ser preservado entre pai e filho que não vivem mais sob o mesmo teto:

Todavia, a expressão “visitas” passou a ser fortemente criticada à luz dos novos direitos apresentados pela Carta Magna de 1998. No art. 227, além da enorme gama de direitos inerentes à lógica apresentada pela doutrina da proteção integral, o constituinte elencou, com absoluta prioridade, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária⁹¹.

Nesse sentido, deve-se observar o posicionamento do autor Paulo Lôbo ao

⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 94, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 449.

⁹⁰ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

⁹¹ *Ibidem*, p. 118.

afirmar que o significado de “visita” é um e, o de “convivência familiar” é outro, sendo ambos completamente diferentes:

O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (art.227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita⁹².

Outrossim, devido a importância da convivência familiar para os menores de dezoito anos, é assegurado pelo Código Civil o direito à convivência não só com os genitores, mas também, com os avós, tios, irmãos, padrinhos e, inclusive, padrastos e madrastas, quando provado que existem vínculos afetivos verdadeiros.

“O direito de visitas pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”. Nota-se que a extensão do direito de visitas a terceiros, sejam eles parentes ou não da criança ou adolescente, fica garantida por força da interpretação constitucional do Código Civil⁹³.

Nesta esteira, cabe mencionar, que mesmo quando os filhos forem de tenra idade ou, ainda, lactantes, o convívio com o genitor não guardião deve ser preservado a fim garantir o desenvolvimento emocional sadio dos filhos menores, além de garantir a consolidação dos vínculos afetivos⁹⁴:

Importante consignar que mesmo em se tratando de infantes de tenra idade será possível tal aplicação, sem a necessidade de acompanhamento da genitora. Mesmo enquanto lactante é imprescindível que o genitor, quando não for o detentor da custódia física, tenha o direito estabelecido⁹⁵.

Desta forma, tem-se que além do direito à convivência familiar, sendo este não só um direito ligado aos genitores, mas estendido a diversos familiares, é igualmente possível o direito de visita ser restringido quando causar danos e abalos psicológicos ou, ainda, prejuízos físicos aos filhos.

2.3. Da Guarda Alternada

⁹² LÔBO, Paulo. *Direito civil : famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo :Saraiva, 2011. p. 196.

⁹³ Enunciado n. 333 CJF/STJ *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: direito de família* / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 553.

⁹⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. GUARDA DE FILHO MENOR (11 MESES). PRETENSÃO À VEDAÇÃO DE VISITAÇÃO PATERNA SEM ACOMPANHAMENTO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZEM O RECONHECIMENTO DE EVENTUAL PREJUÍZO AO PEQUENO. PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. RECURSO DESPROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70032010688, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 11/11/2009)

⁹⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

Diferentemente das demais espécies de guarda, em que os pais exercem de maneira conjunta o poder familiar, na guarda alternada, os genitores durante um lapso temporal acabam exercendo o poder familiar de forma exclusiva: “nesta, o tempo de convivência do filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um ou de outro”⁹⁶.

Devido a esta alternância no período que os filhos moram com cada um dos pais, as decisões acabam sendo tomadas de forma exclusiva por apenas um dos genitores, ou seja, acaba ocorrendo um revezamento no exercício do poder familiar.

Cumprido informar, que a guarda alternada é repudiada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tendo em vista que força a criança ficar exclusivamente com apenas um dos genitores por um tempo e depois, com o outro, não convivendo, assim, simultaneamente com os dois, “em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável”⁹⁷.

O autor Flávio Tartuce explica:

Com tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir para a outra casa. É atualmente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna⁹⁸.

Além disso, tal modalidade não preenche os requisitos previstos no Código de 2002, tampouco do Estatuto da Criança e Adolescente, uma vez que os deveres e obrigações inerentes do poder familiar são exercidos separadamente. Assim, tem-se que “a guarda alternada é o reflexo de egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”⁹⁹.

⁹⁶ LÔBO, Paulo. Direito civil : famílias / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 204.

⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. P. 259, *apud* LÔBO, Paulo. Direito civil : famílias / Paulo Lôbo. – 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 204.

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume VI. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional*. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 562.

⁹⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60 23 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.

2.4. Do Aninhamento

O aninhamento pode ser uma modalidade de guarda compartilhada. Entretanto, exige dos genitores certo padrão econômico, pois, nessa modalidade, é necessária a existência de três residências, pois os filhos permanecem em uma e, diferentemente das outras espécies de guarda, os pais que se revezam de tempos em tempos:

Para evitar que a criança fique indo de uma casa para a outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia da mesma. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial¹⁰⁰.

Tal espécie de guarda recebe o nome “aninhamento” por fazer referência a figura do *ninho*, ou seja, com o local da residência dos filhos, aquela que foi sempre o lar da prole.

Cumprir informar, ainda, que tal modalidade de guarda é pouco comum no Brasil, sendo mais difundida em países europeus¹⁰¹, uma vez que exige, principalmente, dos pais, padrão econômico alto, tendo em vista a necessidade de se manter três residências.

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume VI. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional*. Pablo StolzeGagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 599.

¹⁰¹ Conforme explicado pelos autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

CAPÍTULO 3 – DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1. Considerações Iniciais

Em 2008, com a promulgação da Lei nº 11.698, foi inserida em nosso ordenamento jurídico a guarda compartilhada. Cumpre informar, que até a edição de tal lei, apenas a guarda unilateral era prevista em nossa codificação civil.

A Lei nº 11.698/08, a qual ficou conhecida como a lei da guarda compartilhada, modificou os artigos 1.583 e 1.584 do atual Código Civil ao instituir e disciplinar esta modalidade de guarda, e, mais que isso, a regra passou a ser o compartilhamento da guarda dos filhos menores.

Entretanto, mesmo antes da alteração legislativa, a guarda compartilhada já fazia parte da realidade de diversas crianças e adolescentes, pois, “mesmo antes de ser inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes”¹⁰².

Inclusive, na I Jornada de Direito Civil, a qual ocorreu durante o período de *vacatio legis* do Código Civil de 2002, foi elaborado o Enunciado 101, o qual versa:

Sem prejuízo dos deveres que compõe a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda dos filhos’, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança¹⁰³.

Na IV Jornada de Direito Civil, a qual ocorreu no ano de 2006, foi aprovado mais um enunciado acerca do presente tema, o Enunciado 335, com o seguinte texto: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe multidisciplinar”¹⁰⁴.

Logo, tem-se que a alteração trazida pela Lei nº 11.698/08 ocorreu em boa hora, principalmente para instituir de vez em nosso ordenamento uma modalidade que, como dito, já fazia parte da vida de diversos brasileiros.

Porém, apesar das tentativas, tanto do legislador quanto dos magistrados, a guarda unilateral continuava a ser a mais aplicada em detrimento da compartilhada.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 444.

¹⁰³ O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu em Brasília a I Jornada de Direito Civil em 2002 e, foram aprovados 137 enunciados.

¹⁰⁴ Na IV Jornada de Direito Civil foram aprovados 124 enunciados.

Devido ao receio deste instituto se transformar em destituído de efetividade, foi promulgada em dezembro de 2014 a nova lei da guarda compartilhada, ou melhor, a Lei nº 13.058:

As modificações trazidas pela Lei n. 13.058/14 vieram em boa hora, acima de tudo para dirimir o mito do filho “mochilinha”, vez que, desde a alteração legislativa apresentada pela Lei n. 11.698, em 2008, reiteradamente tratou-se de forma equivocada da guarda compartilhada como guarda alternada¹⁰⁵.

3.2. Conceito

Como mencionado, a guarda compartilhada foi inserida no nosso ordenamento jurídico no ano de 2008 e sua definição está na lei, ou melhor, está prevista no art. 1.583, § 1º, do CC/02:

Art. 1.583 - A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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**. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008) (grifo nosso).

Assim, tem-se que a guarda compartilhada “é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar”¹⁰⁶, tendo em vista que, independente da situação conjugal dos genitores, o poder familiar permanece íntegro e, cabe aos pais continuar zelando pelo bem-estar e segurança dos filhos menores. Para Maria Berenice Dias a guarda conjunta:

É o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço¹⁰⁷.

Rolf Madaleno explica:

A guarda compartilhada procura fazer que os pais apesar da sua separação pessoal e da sua moradia em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus

¹⁰⁵ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

¹⁰⁶ BAPTISTA, Sílvia Neves. *Guarda compartilhada*. Recife: Bagaço, 2008, p.35 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 443.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 443.

filhos, seguindo responsáveis pela integral formação da prole, ainda que separados, obrigando-se a realizarem, da melhor maneira possível, seus funções parentais. O exercício dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo da mesma maneira o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm no exercício das funções parentais e na tomada das decisões relativas aos filhos¹⁰⁸.

O compartilhamento da guarda possui como princípio norteador o melhor interesse da criança e adolescente, princípio este, de natureza constitucional. Certamente, não restam dúvidas, que a guarda compartilhada é a melhor opção quando cessa o relacionamento dos pais, pois esta, garante, acima de todos os demais benefícios, que a aproximação e a relação entre a prole e estes continue intensa:

A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual¹⁰⁹.

Resta claro, que o principal objetivo da guarda compartilhada é minorar os efeitos do conflito instalado naquela família, pois apesar da união dos pais ter chegado ao fim, a família parental subexiste:

A guarda compartilhada traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles¹¹⁰.

Para Pablo Stolze são inegáveis as vantagens desta modalidade de guarda para a prole quando comparada as demais espécies, quais sejam, guarda unilateral e aninhamento, principalmente do ponto de vista psicológico, uma vez que como não há exclusividade no exercício da guarda compartilhada, ambos os genitores são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos:

Isso porque as suas vantagens, como já ficou claro acima, são manifestas, mormente em se levando em conta *não existir* a danosa “exclusividade”

¹⁰⁸ MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 212 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66/67.

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 287 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 443.

¹¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64.

típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou do adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores¹¹¹.

Impende mencionar, inclusive, que no ano de 2002 foi publicado pelo *Jornal de Psicologia familiar dos Estados Unidos* uma pesquisa, a qual concluiu que o compartilhamento da custódia das crianças e adolescentes pelos pais, faz bem à saúde mental daqueles, pois “quando os filhos têm a oportunidade de dividir seu tempo equilibradamente entre os pais, as probabilidades de que venham a ter problemas emocionais, de comportamento ou de baixa-estima, diminuem¹¹²”:

Para a formação psicológica da criança é melhor que ela conviva cotidianamente com ambos os pais, ainda que em “condições não ideais”, do que uma “paz artificial”, na qual um de seus pais simplesmente “some”, reaparecendo como visitante derrotado, separado por lacunas de tempo muito maiores na percepção infantil do que na dos adultos, esvaziado de poder e de papel parental, distanciado da criação e da educação dela que é onde ela e seu genitor poderiam vivenciar e seguir ampliando o amor que nutriam um pelo outro desde o nascimento ou mesmo antes disso¹¹³.

É inegável que no momento da ruptura dos laços familiares, as brigas extrapolam a esfera conjugal, refletindo, assim, nos filhos. Os quais sofrem com tudo que está acontecendo, além de ficarem perdidos e desorientados, pois com o divórcio estes acabam se sentindo vulneráveis, abandonados, sem a aconchegante estrutura familiar.

Não restam dúvidas, que com o fim da sociedade conjugal, tudo muda na vida da prole, ou melhor dizendo, toda a família e a sua rotina é modificada pela ruptura, fato este, que como dito, reflete no dia-a-dia das crianças e adolescentes, podendo, causar danos psicológicos, “por isso, é indispensável evitar a verdadeira disputa pelos filhos e a excessiva regulamentação de visitas¹¹⁴”:

Faz se necessário proceder à profilaxia dessas situações, tentando uma modificação dos padrões culturais e das decisões legais a eles atrelados. É fundamental que os advogados de família desmotivem os pais a lutar pelos filhos nos Tribunais e os ajudem a compreender que, sempre que um dos genitores ‘ganha’, quem perde é a criança¹¹⁵.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume VI. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional*. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 600

¹¹² Revista Veja. *Separação em Trauma*. São Paulo: Ed. Abril, 31 de Julho de 2002. 1762 ed., pág. 103. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹¹³ AMARAL, Paulo André. *Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil: uma análise das interpretações da lei*. *Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, fev. / mar. 2013, v. 32, p. 48 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 645/66.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 442.

¹¹⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: uma solução possível*. *Revista Literária*

Assim, a guarda conjunta atende melhor os interesses dos filhos, sendo esses não só materiais ou físicos, mas principalmente de ordem emocional, psicológica:

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer¹¹⁶.

Ana Maria Milano afirma que já existem comprovações que os menores de dezoito anos que desfrutam da guarda compartilhada possuem desenvolvimento emocional mais elevado do que aquelas crianças que vivem sob a modalidade unilateral, sendo aquelas “mais calmas e pacientes”¹¹⁷:

A comunidade jurídica necessita compreender que o princípio da proteção integral e absoluta pertence aos filhos, e não aos pais. Assim, o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse, na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa, também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: o genitor e gerado. Tal benefício se dá, de um lado, pela satisfação que os pais têm em auxiliar a manutenção e educação do rebento; e de outro, pela segurança e tranquilidade que gera ao filho a certeza de estar sendo amado e protegido pelos pais, e não disputado por eles¹¹⁸.

3.3. Da Nova Lei da Guarda Compartilhada

3.3.1. Da necessidade de uma nova lei regulamentadora

Como visto, a guarda compartilhada foi instituída no Brasil pela Lei nº 11.698 em 2008. Não obstante, a expressão “sempre que possível” deu margem a

de Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 9, fev. 1996, p. 19. Bimestral *apud* SILVIA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 104.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 445/446.

¹¹⁷ SILVIA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 104.

¹¹⁸ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 94 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74/75.

equivocadas interpretações por parte dos magistrados e também da jurisprudência dos nossos Tribunais:

De forma quase unânime, juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada¹¹⁹, que reinava em clima de animosidade ou beligerância entre os genitores. Mesmo depois de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça¹²⁰ reconhecendo dita possibilidade, insistiam os juízes

¹¹⁹ APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA COMPARTILHADA - CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO - NÃO PREENCHIMENTO - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ALIMENTOS - FILHO MENOR - DEVER DE SUSTENTO - FIXAÇÃO DO QUANTUM - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais, ou outros pretensos guardiões, que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus. - O princípio do melhor interesse do menor decorre da primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e da valorização da criança, em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. - A fixação da pensão alimentícia deve ser feita, pelo Magistrado, tendo em vista os critérios da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante de prestá-la, sob pena de tornar ineficaz sua instituição. - Devem ser mantidos os alimentos provisórios no quantum fixado pelo juízo de origem, quando não se denota dos autos a incapacidade financeira do alimentante para adimplir com o encargo alimentar. (TJ-MG - AC: 10549110008782002 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 10/10/2013, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA UNILATERAL E ALIMENTOS. INÉPCIA DA PETIÇÃO RECURSAL. INOCORRÊNCIA. DEFERIMENTO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU DA GUARDA UNILATERAL À MÃE. PRETENSÃO DO PAI DE OBTER A GUARDA NA MODALIDADE COMPARTILHADA. RELAÇÃO CONFLITUOSA. INVIABILIDADE. ALIMENTOS. NÃO OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. REDUÇÃO. REFORMA DO COMANDO SENTENCIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. I - Não deve ser caracterizada como inepta a petição recursal que expõe as razões de inconformismo do recorrente, com a impugnação precisa dos fundamentos da decisão recorrida, ficando preenchido o requisito de admissibilidade da regularidade formal. II - É pacífico que a guarda deve ser fixada, antes de mais nada, consoante os interesses da própria criança. III - Não havendo acordo entre os pais, quanto à guarda do filho, compete ao magistrado decidir, de acordo com o interesse da criança, seu bem-estar, levando em consideração sua idade, seu relacionamento e afetividade com seus pais. IV - Inviável deferir a guarda na modalidade compartilhada quando não houver uma relação amistosa e harmoniosa entre os genitores, sob pena de se inviabilizar o exercício compartilhado do poder parental, por meio da condução conjunta da educação e desenvolvimento da criança. Precedente deste Tribunal de Justiça. V - O binômio necessidade-possibilidade, que norteia a fixação de alimentos, impõe a descoberta do ponto de equilíbrio entre a carência do alimentando e a capacidade econômica do alimentante, levando-se em conta, para esse propósito, fatores como o número de pessoas a serem alimentadas, o padrão de vida sócio-econômico do devedor e do credor, a idade e o estudo do alimentando, se o alimentante já constituiu regularmente outra família, o número de dependentes advindos da nova união, se já presta alimentos a outrem, quais as suas despesas ordinárias, entre outros. VI - Cabe ao juiz apreciar o caso concreto para dar-lhe a melhor solução, sem malferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que não ocorreu no vertente caso, devendo ser reformada a sentença apelada, reduzindo-se o percentual de 20% (vinte por cento) para 15% (quinze por cento) dos rendimentos integrais do pai, ora apelante. VII - Se a pretensão veiculada no recurso atende aos limites da probidade processual, revelando, unicamente, o constitucional exercício da ampla defesa e do contraditório, e se as teses defendidas pelas partes não são despidas de razoabilidade, a ponto de falar-se em dedução de defesa contra expressa previsão legal, inexistente litigância de má-fé. VIII - Recurso parcialmente provido, de acordo com o parecer ministerial. (TJ-MA - APL: 0443772014 MA 0008567-47.2012.8.10.0001, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 21/10/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/10/2014)

¹²⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.

em negar o compartilhamento. Com isso, acabaram mais uma vez cedendo à vontade de quem não queria dividir a guarda. Bastava manter-se em conflito com o outro genitor¹²¹.

Dessa forma, apesar da previsão legal da guarda compartilhada e, inclusive, dessa trazer mais benefícios à prole, a guarda unilateral continuava a ser concedida em número altamente superior ao compartilhamento. Como visto nas decisões acima citadas, tal fato deve-se, em grande parte, pela interpretação errônea dos nossos magistrados acerca do disposto na lei.

Frisa-se que, em uma pesquisa realizada pela OAB/RJ, chegou-se à conclusão de que em 98% dos casos de divórcio a maioria dos filhos ficavam com as mães, sendo este um consenso entre elas e os genitores. E, em apenas 2% destes, é que os pais pleiteavam o direito de permanecer com a guarda dos filhos.¹²²

Maria Berenice Dias afirma que os juízes, ao julgar ações de divórcios envolvendo filhos menores de dezoito anos, sequer observavam a Lei da Alienação Parental de 2010¹²³, a qual menciona claramente ser o compartilhamento prioritário sob as demais modalidades de guarda¹²⁴:

Ao confirmar isso, lembramo-nos de uma palestra sobre Guarda

FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA)

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 520.

¹²² SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 76/77.

¹²³ (...) Art. 6º, V: determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; (...) Art. 7º: A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 521.

Compartilhada, proferida pelo professor e advogado Marcial Barreto Casabona, à qual assistimos, no Instituto dos Advogados em São Paulo. Ao abrir espaço para perguntas, questionamos o palestrante sobre o posicionamento judicial a respeito do tema e se ele próprio já havia obtido êxito na aplicação da guarda compartilhada em algum processo. Qual não foi nossa surpresa ao ouvirmos, com uma sinceridade singela, o palestrante confessar que, se ele mencionasse “guarda compartilhada” como uma das cláusulas de separação judicial, prontamente o juiz indeferiria o pedido. Então, para evitar a negativa, a saída era fazer um amplo e detalhado sistema de visitas paternas, bem além da normal visitação quinzenal, mas persistindo no eterno dueto guarda materna – visita paterna¹²⁵.

Assim, devido a pouco ou nenhuma eficácia da alteração legal e, sob pena do instituto da guarda compartilhada cair em desuso, além, é claro, de todos os benefícios já demonstrados que o compartilhamento da guarda traz para os filhos, benefícios estes constatados facilmente, foi promulgada a Lei nº 13.058 de 2014.

Cumprir informar, ainda, que esta ficou popularmente conhecida como Lei da guarda compartilhada. Entretanto, alguns autores, entre eles, Maria Berenice Dias e Angela Gimenez¹²⁶, defendem que tal lei merece ser chamada de Lei da Igualdade Parental, uma vez que esta “explicita o modo de compartilhamento”¹²⁷.

3.3.2. Das alterações trazidas pela Lei nº 13.058/14

A lei em questão estabeleceu o significado da guarda compartilhada e modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, sendo este último já abordado no presente trabalho.

O primeiro artigo modificado prevê a aplicação da guarda unilateral e a compartilhada, conceituando ambos institutos¹²⁸ e, além disso, dispõe que no compartilhamento o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, levando em consideração as condições fáticas e os interesses da prole¹²⁹.

Importante frisar, que existe certa confusão em relação ao previsto neste

¹²⁵ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 73/74.

¹²⁶ GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental*. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.VkJReP7F_9s>. Acesso em: 16 out. 2015.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 521.

¹²⁸ Conceitos já definidos e trabalhados anteriormente.

¹²⁹ Art. 1.583 (...) § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

artigo, especificamente quanto ao significado da expressão “dividido de forma equilibrada”. O fato é que não existe um arranjo-padrão, ou seja, não é preciso dividir igualmente as horas e minutos que os filhos irão passar com cada genitor, até porque, cada família possui uma rotina com horários e atividades diferentes.

Assim, tem-se que o melhor arranjo é aquele que não atrapalha a rotina dos pais e nem dos filhos. É aquele que atende as necessidades de todos os envolvidos, o que permite o maior contato das crianças e adolescentes com ambos os genitores:

Diz ser importante que esta se dê sempre tendo em vista as condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento dos filhos, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções parentais¹³⁰.

Para Jeff Atkinson, a guarda compartilhada não possui uma definição precisa:

Ela pode cobrir um arranjo onde um dos genitores fica com as crianças durante o período escolar e o outro durante as férias, com direito a livre visitação; até arranjos mais tradicionais, onde o tempo despendido com a prole é menos dividido, mas há ênfase no sharing parenting¹³¹, e o genitor que não detém a custódia tem participação em decisões-chave relacionadas à saúde e educação dos menores¹³².

A prioridade da Lei nº 13.058/14 é privilegiar a criança e o adolescente, é garantir que mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, o convívio dos filhos com os pais seja o mesmo, ou melhor, é assegurar que a prole não sinta os efeitos devastadores que vem do fim do relacionamento dos genitores:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualmente da convivência, da educação, e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão pela metade, em que ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Tampouco é preciso que estes desloquem-se da casa de um genitor para a de outro em períodos alternados, pois na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância, desde que haja respeito pela rotina da

¹³⁰ GROENINGA, Giselle. *Guarda Compartilhada e relacionamento Familiar* – Algumas Reflexões Necessárias *apud* DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 528.

¹³¹ O termo em questão significa divisão de cuidados, de maternagem, de atenção.

¹³² NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. Rio de Janeiro: Departamento de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1994 *apud* SILVIA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 101.

criança¹³³.

Resta claro, que a guarda compartilhada se satisfaz na responsabilização conjunta dos pais em relação aos filhos mesmo após o divórcio, ou seja, permite aos pais continuarem agindo como agiam enquanto na constância do casamento. Tal fato, frisa-se, não se confunde com a guarda física, a qual corresponde aos acordos de visitas e acesso.

Dessa maneira, na guarda conjunta é permitida uma maior flexibilização da guarda jurídica, podendo os genitores planejar a custódia física como desejarem. Entretanto, essa margem de discricionariedade encontra limites no tocante a preservação do melhor interesse da criança, bem na continuidade das relações pais-filhos, a qual deve ser preservada, não expondo as crianças e adolescentes a nenhum conflito.

Importante mencionar, ainda, que a guarda física pode ser dividida, inclusive, com outros parentes, conforme defende Ana Maria Milano:

Há, inclusive, uma acomodação para quando ambos os pais trabalham e a criança tem avós que se prontificam a ficar com ela durante a semana. Por que negar esse convívio familiar, no qual, certamente, receberá carinho e muito mais atenção, inclusive com o retorno de um dos genitores para casa, todos os dias (no caso de esse pai ou mãe estar morando com seus pais)? Nessa hipótese, a criança ficará a semana com aquele genitor e, em todos os finais de semana, com o outro, salientando-se que, na hipótese da criança estar na casa dos avós, sem qualquer dos pais morando junto, ambos terão livre acesso ao filho durante a semana, de comum acordo, alternando os fins de semana segundo a melhor convivência para todos e, preferencialmente, para a criança¹³⁴.

Outrossim, o art. 1.583 ainda prevê que no compartilhamento, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses destes. Tal previsão se refere aos pais que habitam em cidades distintas:

Não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como referência, mas para que um não fique a mercê da vontade do outro, principalmente quando inexistir acordo, cabe ao juiz esclarecer as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada¹³⁵.

Merece menção, que este parágrafo é visto com bons olhos pela doutrina,

¹³³ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada: uma solução possível*. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 9, fev. 1996, p. 19. Bimestral *apud* SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 72.

¹³⁴ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 102.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 527.

uma vez que tende a “evitar aplicações equivocadas da legislação, que, desde a edição da Lei. n.º 11.698/08, muitos Tribunais vinham deixando de aplicar a guarda compartilhada quando os genitores residiam em cidades diferentes”¹³⁶.

Não obstante, apesar dos elogios por parte dos estudiosos do ramo de direito das famílias, existem críticas acerca de tal questão, ou melhor, sobre o fato das crianças e adolescentes passarem a ter dois lares distintos, fato este que possui certa semelhança com a guarda alternada.

Entretanto, Ana Maria Milano defende o artigo citado anteriormente e explica que, diferentemente da guarda alternada, o compartilhamento mantém as referências paterna e materna, não se confundindo, assim, com aquela modalidade. Além disso, a autora alerta para a necessidade de ambos os pais criarem acomodações próprias para prole em suas respectivas casas:

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 financeiramente¹³⁷.

Rodrigo da Cunha Pereira também defende tal previsão legal e explica que criança se adapta facilmente a nova rotina, não existindo maiores obstáculos:

Assim como a criança arruma sua mochila para ir à escola todos os dias, ela pode se adaptar perfeitamente a levar e trazer seus objetos pessoais e roupas de uma residência a outra, já que sua realidade é ter duas casas, e isso não é necessariamente ruim¹³⁸.

Consoante previsto no artigo 1.584 do Código Civil, a guarda unilateral ou conjunta poderá ser requerida através do consenso entre ambos os pais, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, ou, ainda, poderá ser decretada pelo juiz, em razão do melhor interesse dos filhos.

Impende ressaltar, que mesmo que tenha sido deferida a guarda única antes das alterações trazidas pela Lei nº 13.058, é possível que qualquer um dos genitores

¹³⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76/77.

¹³⁷ SILVIA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 107.

¹³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 67.

busque a alteração para a guarda compartilhada¹³⁹.

O parágrafo primeiro do presente artigo prevê, também, que é dever dos magistrados informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada, independente de ter sido deferida a modalidade unilateral.

Já o parágrafo segundo do art. 1.584 ilustra a modificação mais significativa do instituto da guarda compartilhada. Se antes, a guarda conjunta era aplicada “sempre que possível”, agora, esta não depende mais da convivência harmônica dos genitores. De acordo com artigo supracitado, encontrando-se ambos os pais aptos a exercer o poder familiar, será aplicado o compartilhamento, ou seja, “as situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda”¹⁴⁰:

Todavia, com a expressão “sempre que possível”, acabou sendo equivocadamente interpretado que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores. Ora, filhos de pais que mantêm o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aquele que não se entende sobre a guarda dos próprios filhos¹⁴¹.

Tem-se, assim, que mesmo que os ex-companheiros não concordem, pode o magistrado impor a guarda compartilhada, desde que aqueles sejam capazes. Não há dúvidas, mais uma vez, que o interesse do legislador é proteger e resguardar o desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes e, para tal, a manutenção do vínculo com ambos os pais é fundamental:

Assim, o que se pode concluir é que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar. Isso equivaleria a deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante prejuízo do maior interessado: o filho. O estado de dissintonia mantido pelos pais, caso existente, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser revelado e tratado¹⁴².

Conrado Paulino defende a aplicação da guarda conjunta mesmo sem

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 444.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 529.

¹⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80/81.

¹⁴² ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 469 – 470 101 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82.

consenso entre os progenitores e, vai além, ao explicar que não é possível esperar cooperação entres estes pelo simples fato de se tratar de uma ação litigiosa e, “se houvesse bom senso, por certo o Judiciário nem seria chamado. Condicionar a guarda compartilhada ao acordo é (poderia), no mínimo, estimular o conflito”¹⁴³.

Cumpra mencionar, ainda, que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, valer-se de orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar¹⁴⁴, sendo facultado àquele, também, encaminhar ambos os pais a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, se necessário¹⁴⁵, pois “o acompanhamento terapêutico ou a realização de sessões de mediação servirão como espaço privilegiado para que esses ajustes se tornem possíveis”¹⁴⁶.

Frisa-se que, o compartilhamento não será deferido somente na hipótese de ambos os pais declararem ao magistrado que não desejam a guarda dos filhos menores de dezoito anos, ou melhor, apenas nos casos em que àqueles se manifestem expressamente pela guarda unilateral. Não obstante, “caso somente um dos genitores não a aceite, deve ser determinada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se esta for a orientação técnico-profissional”¹⁴⁷.

O art. 1.584 dispõe, ainda, que a alteração não autorizada ou o descumprimento de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

Como visto, a lei em questão, prevê que deve ser feita uma divisão equilibrada e detalhada do tempo de convívio de ambos os pais com os filhos. Essa sistemática de responsabilidades e direitos deverá ser, de preferência, fixada na sentença pelo magistrado. Com isso, ocorrendo alguma alteração ou descumprimento por parte de um ou ambos genitores, alguma atitude poderá ser tomada contra o infrator.

Ênio Santarelli Zuliani lembra que tais penalidades representam uma

¹⁴³ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84.

¹⁴⁴ Art. 1.584 (...) - § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

¹⁴⁵ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...) III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico.

¹⁴⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada* / Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88.

¹⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 527.

resposta do ordenamento jurídico ao ilícito e, devido a isto, somente serão aplicadas as sanções concretizadas em um processo justo, ou melhor, o qual respeite o exposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal¹⁴⁸:

O agente tido como infrator deverá ser cientificado das denúncias que lhe são dirigidas para exercer direito de defesa, devendo o juiz criar o contraditório célere, ainda que de maneira incidental (no próprio processo em que a guarda foi constituída) ou em outro processo autônomo, se assim for manifestado. A gravidade do fato poderá justificar, em virtude do melhor interesse da criança, decisões emergenciais e provisórias baseadas no juízo da verossimilhança e do *periculum in mora* (arts. 798 e 273 do CPC^{149,150}).

Fato é, que a lei nº 13.058/14 não estabelece ou enumera quais seriam as possíveis reduções de prerrogativas. Entretanto, quis o legislador demonstrar que jamais deve o progenitor que descumpriu algum dever permanecer incólume:

O descumprimento injustificado do dever do guardião em proporcionar uma convivência familiar saudável do infante, violando seus direitos e abusando do exercício da autoridade parental, autoriza a aplicação de medidas de proteção para fortalecer ou restabelecer os vínculos familiares (arts. 98, II, e 100 do ECA). Autoriza ainda a imposição de medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no art. 129 da Lei n. 8.069, como advertência, encaminhamento a orientação psicológica, modificação da guarda e, em casos mais extremos, até a suspensão ou perda do poder familiar, conforme possibilitam os arts. 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente¹⁵¹.

Por fim, o parágrafo quinto demonstra a possibilidade de deferir a guarda conjunta a pessoa diversa do pai ou da mãe. Assim, caso o juiz verifique que estes não possuem capacidade de cuidar e gerir a vida dos filhos, poderá conceder a custódia a outrem:

Não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade¹⁵².

¹⁴⁸ Art. 5º -(...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁴⁹ Artigos 295 e 298 do Novo Código de Processo Civil.

¹⁵⁰ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Guarda de filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-los como estabelecido*. Revista IOB de Direito de Família, v. 60, jun./jul. 2010, p. 49 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91.

¹⁵¹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito à convivência*. In: IBIAS, Delma Silveira. [coord.] *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: Letra & Vida, 2012, p. 109 *apud* ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92/93.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 523.

Importante mencionar, também, que o art. 1.586 estabelece que o magistrado, havendo motivos graves, poderá regular a guarda da prole de maneira diferente da estabelecida nos arts. 1.583 e 1.584, resguardando, assim, o interesse dos filhos menores de doze anos.

3.3.3. O pagamento de alimentos na guarda compartilhada

Devido a circunstância dos genitores compartilharem a guarda dos filhos, surge uma dúvida acerca da obrigação de pagar alimentos. Fato é, que apesar dos progenitores exercerem conjuntamente a guarda, inseridos aqui as responsabilidades, deveres e, também, os direitos, não significa que possuem as mesmas condições financeiras.

A verdade é que, o divórcio não muda em si os gastos dos filhos, quais sejam, escola e material escolar, plano de saúde e remédios, roupas e calçados, entre outros. Tais despesas são fixas, independente do período em que a prole permanecerá com ambos os pais:

A concessão da guarda compartilhada não subtrai a obrigação alimentar do genitor que tem melhor situação financeira¹⁵³, pois o filho merece desfrutar de condição de vida semelhante na residência de ambos. Afinal, diferenças muito significativas de padrão econômico não podem servir de motivo para convencer o filho a residir com quem tem mais a lhe oferecer¹⁵⁴.

Além disso, como visto anteriormente, nem sempre ocorre a alternância da guarda física dos filhos no compartilhamento e, obviamente que a não colaboração do outro genitor com as despesas poderia acarretar uma sobrecarga do pai

¹⁵³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. ALIMENTOS. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. I - A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial. II - Adequado o redimensionamento dos alimentos à filha adolescente, até por questão de isonomia entre os filhos. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Agravado de Instrumento Nº 70066203423, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 21/08/2015). (TJ-RS - AI: 70066203423 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 21/08/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/08/2015)

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 530.

guardião. Flávio Tartuce explica que o que “se compartilha em regra é a convivência e não as despesas com a manutenção dos filhos. Em suma, prevalece a fixação de acordo com o *binômio ou trinômio alimentar*”¹⁵⁵.

Dessa forma, é incabível a alegação de que a guarda compartilhada privilegia pais que não querem pagar pensão alimentícia. Para Maria Berenice, tal argumento “não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema colocando em padrões antigos e descolado das necessidades e anseios sociais”¹⁵⁶.

É sabido, que a questão pertinente a pensão alimentícia é uma das mais controvertidas quando se fala em divórcio e guarda dos filhos menores, ocorrendo verdadeiros debates e discussões acerca de valores.

O assunto é tão relevante, que o nosso ordenamento civil impõe sanção severa ao devedor de alimentos¹⁵⁷¹⁵⁸, a qual é “exceção à constitucionalmente proibida prisão civil por dívida, representa meio idôneo para dissuadir o devedor renitente a persistir inadimplente”¹⁵⁹.

Cumprir informar, inclusive, que é comum ver pais em atraso com o pagamento da pensão alimentícia proibidos de ver seus filhos, pois, inúmeras vezes, o guardião acaba por usar as crianças e adolescentes como verdadeiras “moedas de troca”, “por isso, surgem dois conflitos. De um lado, o afastamento progressivo entre pais e filhos e, por outro, a constante cobrança da mãe em relação ao efetivo e correto pagamento dos alimentos”¹⁶⁰.

Frisa-se que, na guarda compartilhada a relação entre os genitores e a prole é outra, completamente diferente do cenário existente na guarda unilateral, pois naquela ambos participam ativamente da vida dos filhos, ou seja, ambos são os guardiões:

Aí reside uma grande vantagem da guarda compartilhada no aspecto dos

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: direito de família* / Flávio Tartuce. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. P.568.

¹⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* – 10. ecl. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 530.

¹⁵⁷ Código de Processo Civil - Art. 733: Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º - Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. (...)

¹⁵⁸ Capítulo VI, arts. 911 a 913 c/c art. 528, §§ 2º a 7º, no Novo Código de Processo Civil.

¹⁵⁹ SILVIA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 123/124.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 124.

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 cobrado¹⁶¹.

Para Conrado Paulino é “equivocada a ideia de que a Lei n. 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso”¹⁶².

Em face do exposto, resta claro, que a guarda compartilhada, por si só, não modifica, nem altera a necessidade de pagamento dos alimentos e, inclusive, possuiu papel relevante no tocante ao adimplemento desses:

Assim é importante revelar que o genitor que pode usufruir a companhia do filho, com alguma rotina, dificilmente se tornará inadimplente na prestação alimentar, pois seus laços de proximidade com o filho manterão sua responsabilidade financeira¹⁶³.

¹⁶¹ Ibidem, p. 125/126.

¹⁶² ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

¹⁶³ SILVIA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. pág. 126.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efetivou-se, neste trabalho, uma análise detalhada do instituto da guarda compartilhada, tendo por base a Lei nº 13.058/14, a qual modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, todos do Código Civil e, também, sob o enfoque do princípio do melhor interesse da criança, princípio este, de natureza Constitucional.

Pode-se dizer que a história do direito de família se confunde com a história da própria sociedade, do próprio homem como ser em constante evolução.

Assim, se no Direito Romano o homem era o chefe da sociedade patriarcal, possuindo direito absoluto e ilimitado sobre os filhos, nos dias de hoje não persiste mais dita característica.

Como visto, o termo *patrio poder* surgiu no Direito Romano, e era exercido pelo pai/cônjuge, o qual era o cabeça da família, ou seja, cabia a este controlar tudo e todos, incluindo aqui esposa, filhos e escravos. Frisa-se que, a mulher era completamente submissa, não possuía direito algum em relação à prole.

Este conceito de poder familiar encontrou guarida nas Ordenações do Reino em 1823, data em que pela primeira vez foi pronunciada tal terminologia no Brasil. Assim, foi confiada uma autoridade ao homem, o qual era o chefe da sociedade conjugal, enquanto cabia a mulher apenas procriar e educar os filhos, além de cuidar das tarefas domésticas.

O Código Civil de 1916 repetiu o previsto anteriormente, passando por algumas alterações mínimas durante os anos, em razão da promulgação do Estatuto da Mulher Casada e da Lei do Divórcio, em 1962 e 1977, respectivamente.

Foi apenas em com o advento da Constituição Federal em 1988 que este cenário foi modificado, tendo em vista que foi reconhecida a igualdade entre o homem e a mulher (art. 226, §5º).

A partir de então, houve uma crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor do lar. Devido a isto, aquela passou a ficar grande parte do tempo fora de casa e, em contrapartida, este passou a colaborar nas mais variadas atividades domésticas.

Dessa forma, se antes a guarda unilateral era a única prevista no nosso ordenamento jurídico, em consequência das mudanças ocorridas na vida comum, a partir de 2008 uma nova modalidade de guarda surgiu: a compartilhada.

O compartilhamento foi, inicialmente, previsto pela Lei nº 11.698/08. Ocorre que, apesar da tentativa do legislador de promover dita modalidade, sendo esta, inclusive, de aplicação preferencial sob os demais institutos, a guarda única continuava a ser deferida em número altamente superior.

Tem-se que, a expressão “sempre que possível” disposta no art. 1.584, §2º, da lei anteriormente citada, causou uma série de equívocos no tocante a interpretação por parte dos juízes e Tribunais.

Sob pena do instituto da guarda compartilhada cair em desuso, em 2014 foi promulgada uma nova lei (Lei nº 13.058/14), a qual prevê que agora o compartilhamento é a regra, independente da falta de acordo entre os pais.

Seus benefícios são inegáveis e incontestáveis, inclusive por dito instituto refletir e preservar o melhor interesse da criança e adolescente, com base no previsto na nossa Carta Constitucional (art. 227).

A guarda conjunta permite que após o divórcio a relação paterno-filial e materno-filial continuem a mesma, ou seja, continue como era antes do fim da sociedade conjugal. Fato este, que acarreta uma série de benefícios psicológicos e emocionais a prole, afinal, o convívio com os progenitores é fundamental para o desenvolvimento sadio dos filhos.

Aliás, importante mencionar que os benefícios do compartilhamento não são sentidos só pelos menores de dezoito anos, estendendo-se também aos próprios pais. Tem-se que os genitores que compartilham a guarda dos filhos, de um modo geral, são mais satisfeitos, uma vez que possuem mais tempo para se dedicar aos momentos de lazer.

O filho não é mais tido como uma moeda de troca (visitação x pensão alimentícia) e, sim como prioridade, não cabendo aos pais alegar falta de consenso para fugir do compartilhamento.

Deve o juiz valer-se das equipes interdisciplinares, sendo esta formada por psicólogos e assistentes sociais, para se chegar ao melhor acordo sobre a guarda e a divisão do tempo em que o filho permanecerá com ambos os pais. Apesar de não abordado na presente monografia, por não fazer parte da temática do presente estudo, é possível, também, o uso de mediação para dirimir possíveis conflitos.

Devem os pais se desarmar, deixar de lado as mágoas decorrentes da relação homem-mulher e, focar na prole, afinal existe apenas ex-marido e ex-mulher,

mas ex-filho nunca. Chegou ao fim apenas a sociedade conjugal, mas a sociedade parental persiste.

E nesse momento de mudança, de rompimento, são os filhos que merecem maior atenção e zelo, pois as consequências de um divórcio mal resolvido pode perdurar pela vida inteira destes, acarretando sérios distúrbios emocionais e comportamentais.

Para que tal quadro não aconteça, se faz necessária uma verdadeira união de todos os envolvidos no processo de divórcio e guarda, entre eles, pais, promotores, defensores, psicólogos e juízes, onde a busca pelo diálogo e, consequentemente, pelo melhor interesse da prole seja o ideal a ser perseguido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Leila Maria Torraca. Impasses **na condição da guarda e da visitação – o palco da discórdia**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis* / Coord. de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM / Del Rey, 2002.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 8. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Vol. VI. **Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: saraiva, 2011.

GIMENEZ, Angela. **A guarda compartilhada e a igualdade parental**. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.VkXReP7F_9s>. Acesso em: 16 nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORIN, Ilan. **A Guarda compartilhada e a paternidade**, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** – 4. ed. São Paulo :Saraiva, 2011.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Compartilhando a guarda no consenso e no litígio**. In: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: JOB Thomson, 2006. - IBDFAM. Belo Horizonte, 2006.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda compartilhada, comentários à Lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro, RJ: Espaço Jurídico, 2008.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVIA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Jane. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2cprincipio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia%2c31986.html>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09 – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VILELA, Renata; ALMEIDA, Vitor. **Guarda compartilhada, entre o consenso e a imposição judicial**. Comentários ao REsp 1.251.000/MG. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul. – dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/guardacompartilhada/>>. Acesso em 15 out. 2015.

_____. Revista Veja. **Separação em Trauma**. São Paulo: Ed. Abril, 31 de Julho de 2002. 1762 ed., pág. 103. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/>>. Data de acesso: 17 jul. 2015.

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ – ITR / BIBLIOTECA

Guarda Compartilhada: Uma Solução Possível
Jaeger, Amanda Marçal Sève/ Amanda Marçal Sève Jaeger – 2015.
63 f.

Orientador: Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

1. Poder Familiar – Monografia. 2. Divórcio – Monografia. 3. Guarda
Compartilhada - Monografia.

Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade
Federal Rural do Rio de Janeiro - Faculdade de Direito.