

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

*CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO" DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP*

GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

ROSANA MARIA GONÇALVES DE OLIVEIRA

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

ROSANA MARIA GONÇALVES DE OLIVEIRA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do professor Eduardo Gesse.

GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Especialista em
Direito Civil e Processo Civil.

EDUARDO GESSE
ORIENTADOR

SANDRO MARCOS GODOY
EXAMINADOR

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO
EXAMINADOR

Presidente Prudente, 15 de Maio de 2015.

“Quanto mais nos elevamos, menores parecemos aos olhos daqueles que não sabem voar.”

Friedrich Nietzsche

Aos meus pais, João e Maria, ao esposo Douglas

e aos meus filhos Gustavo e Ana Júlia,

meu porto seguro,

meu alicerce, que sempre

acreditaram em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS, que me deu vida, inteligência e que me guiou nessa jornada, fornecendo amparo e sabedoria para driblar os obstáculos.

Aos meus pais, João e Maria, que com toda sua humildade, me ensinaram a não temer desafios e a superar os entraves do dia-a-dia, e que muito me incentivaram na minha formação acadêmica.

Ao meu marido Douglas, e aos meus filhos, Gustavo e Ana Júlia, por terem compreendido minha ausência durante o curso.

Aos meus irmãos Luís Carlos e Valdinei, que mesmo de longe me apoiaram e me incentivaram constantemente.

A todos meus amigos, pelo incentivo e auxílio que me prestaram ao longo desta caminhada.

Ao professor e orientador Eduardo Gesse, por quem tenho grande admiração, pelas aulas ministradas, incentivo e apoio na conclusão deste trabalho.

Aos colegas de turma, pelo tempo de convivência, pelo coleguismo e amizades conquistadas.

E às demais pessoas que de uma maneira ou de outra, contribuíram para a concretização do presente estudo e que colaboraram no decorrer desta minha caminhada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do instituto da guarda compartilhada. Estuda-se a atribuição da guarda da prole decorrente do divórcio ou da dissolução da união estável ou homoafetiva. Visa demonstrar que na prática o modelo compartilhado é o que melhor atende aos interesses do menor efetivando assim, o princípio do melhor interesse do menor que tanto prescreve a Constituição Federal Brasileira e o Estatuto de Criança e do Adolescente. Entretanto, devem ser feitas algumas considerações para a aplicação do instituto, pois, existem pontos negativos que devem ser analisados caso a caso e, em algumas situações não deve ser aplicado.

Palavras-chave: Direito de Família. Guarda Compartilhada. Melhor interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The present work aims to study the Institute of shared custody. We study the assignment of guarding the offspring resulting from divorce or dissolution of a stable union or homoafetiva. Aims to demonstrate that in practice the shared model is what best serves the interests of the minor effecting thereby the principle of the best interest of the child that both prey to the Brazilian Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents . However some considerations for implementing institute should be made because there are negative points that should be considered on a case by case basis and in some cases should not be applied.

Key words: Family Law. Shared custody. Best Interests of the Child and Adolescent.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DO PODER FAMILIAR.....	12
2.1	Considerações Gerais	12
3	DA GUARDA.....	20
3.1	Evolução Histórica	20
3.2	Conceito e Finalidade	23
3.3	Modalidades	26
3.3.1	Guarda unilateral.....	27
3.3.2	Guarda compartilhada.....	30
3.4	Espécies	32
3.4.1	Provisória	32
3.4.2	Definitiva	33
3.5	Da Regulamentação Jurídica da Guarda.....	34
3.5.1	Guarda no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90).....	34
3.5.2	O novo divórcio e a guarda dos filhos (EC nº 66/2010).....	36
4	DA GUARDA COMPARTILHADA	38
4.1	Histórico da Guarda Compartilhada.....	38
4.2	Conceito.....	40
4.3	A Guarda Compartilhada no Direito Comparado	42
4.4	Diferenças entre Guarda Compartilhada e Guarda Alternada.....	43
4.5	Guarda Compartilhada e Guarda Única.....	45
4.6	A Guarda Compartilhada: A Socioafetividade e a Multiparentalidade	47
4.7	Alienação Parental, Guarda Compartilhada e sua Aplicabilidade.....	52
5	DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	55
5.1	Princípios Norteadores da Guarda Compartilhada	55
5.1.1	Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	56
5.1.2	Princípio da convivência familiar	59
5.2	A efetivação da Guarda Compartilhada	60
5.3	A Guarda Compartilhada e a Fixação de Alimentos	61
5.4	A Mediação como Instrumento para Efetivação da Guarda Compartilhada	62
5.5	A Guarda Compartilhada como Imposição do Juiz.....	65

5.6 A Nova Lei da Guarda Compartilhada - Lei 13.058/14	67
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	72

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto das reflexões despendidas no período da graduação e também no curso da pós-graduação no tocante ao Direito de Família, na qual aprofundaremos o estudo à cerca da guarda compartilhada, decorrente do rompimento da sociedade conjugal, da união homoafetiva e da união estável, sendo esta também, elemento do poder familiar.

Inúmeras mudanças vêm ocorrendo na sociedade ao longo do tempo e conseqüentemente na instituição familiar, tendo o direito que ser constantemente amoldado.

Dentre essas mudanças, as mais relevantes em relação ao instituto aqui estudado é a igualdade entre homens e mulheres (princípio da isonomia entre homem e mulher) e o aumento da preocupação com as crianças e adolescentes (princípio do melhor interesse do menor); sendo ambos, amparados por lei.

A metodologia a ser adotada será a pesquisa em legislações, jurisprudências, recursos bibliográficos, outros trabalhos monográficos, dissertações de mestrado e conversas com profissionais da área. Os capítulos a serem discutidos nesse trabalho serão os seguintes:

Do Poder Familiar – trataremos das questões relativas à família e o poder familiar no direito brasileiro, na qual este poder, antes denominado pater famílias, era exercido de forma exclusiva pelo pai, que era visto como chefe da sociedade conjugal, e, com a evolução da sociedade e do direito, o poder familiar passou a ser exercido por ambos os genitores. Os pais são os únicos titulares do poder familiar e, este não se extingue com o fim da sociedade conjugal, ambos continuam a ser titulares do poder familiar, porém, este poder pode ser suspenso e até extinto em alguns casos previstos em lei;

Da Guarda – aqui será abordada a guarda dos filhos, sendo que no passado, quando do fim da sociedade conjugal, a guarda era concedida àquele que não havia dado causa à separação do casal, era visto como forma de punição ao culpado, visando tão somente o interesse dos pais. Com o passar dos anos, passou-se a ser

atribuída a guarda ao genitor que tivesse melhores condições para exercê-la; agora a guarda é estabelecida visando sempre o interesse do menor e não mais o interesse dos pais;

Guarda Compartilhada – trataremos de uma guarda que veio a ser instituída com o intuito de manter a convivência entre pais e filhos, sendo a forma de preservar os interesses dos filhos, pois, ambos os genitores dividem as responsabilidades de criá-los e educá-los, dirimindo os efeitos advindos da ruptura conjugal além de afastar atos de alienação parental praticados por quem detenha a guarda unilateral;

Da Aplicação da Guarda Compartilhada – onde será por fim, discutida a necessidade da criação da guarda compartilhada, visto que o modelo de guarda única não estava atendendo por si só as necessidades da família. Por tal razão, a Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008, veio a consagrar no Código Civil brasileiro o instituto dessa modalidade de guarda, embora esta já fosse amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência com base no Direito Comparado.

2 DO PODER FAMILIAR

O poder familiar passou por importante evolução através dos tempos, tendo como principal alteração sua titularidade, onde deixou de ser concentrada apenas na figura do pai, para ser exercida em conjunto com a mãe.

2.1 Considerações Gerais

Com a evolução da família e conseqüentemente do Estado, buscou-se apontar e limitar os direitos e deveres dos genitores para com sua prole com a finalidade precípua de proporcionar o bom desenvolvimento da criança e adolescente, para que possam ingressar na vida adulta com aptidões para convívio social.

Para melhor entendimento do tema, necessário se faz um breve relato da evolução do instituto, sobre a qual passamos a discorrer.

No Direito Romano, o *pater familia*, o mais velho da família, exercia de forma exclusiva e absoluta o pátrio poder.

No direito romano, o pater familias tinha uma forte autoridade sobre as mulheres e os filhos. Na verdade, ele tinha o poder de deixar viver ou morrer seu próprio filho, quando do seu nascimento. Costuma-se dizer que o nascimento de um romano não era somente um fato natural, pois seu pai podia levá-lo, o que significava a sua aceitação, ou abandoná-lo fora de casa, para que morresse ou fosse recolhido por alguém. Criança, adolescente ou adulto, casado ou solteiro, o filho permanecia sob a autoridade paterna até a morte do pai, quando então o substituíam e se tornava o novo pater familias. (LOTUFO, 2002 apud CASABONA, 2006, p. 35).

O pátrio poder era exercido exclusivamente pelo pater, e o filho somente se sujeitaria ao pátrio poder se fosse fruto do casamento legítimo e se fosse reconhecido pelo pai.

Já no Direito Germânico, o poder paterno não era tão severo como no Direito Romano. Embora o pai germânico pudesse repudiar o filho no momento do nascimento, se reconhecia que era dever do pai criar e educar o filho, cessando sua

autoridade com a maioria do filho. Aqui a mãe também tinha o dever de criar e educar os filhos, porém na falta do pai, quem exercia o pátrio poder era o parente masculino mais próximo.

No Direito das Ordenações, a legislação brasileira recepcionou o direito romano mais brando, onde o pai tinha a exclusividade de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição e administrar seu patrimônio.

De acordo com os ensinamentos de LEVY (2008, p.10) "o pátrio poder à época das Ordenações não se extinguia com a maioria, isto só iria ocorrer com a Resolução de 31 de outubro de 1831, que fixaram em 21 anos o termo da menoridade e a aquisição da capacidade civil".

Como vimos, a história da sociedade sofreu uma série de mudanças e, conseqüentemente mudou o conceito que se tinha do pátrio, visto que havia uma constante superação de abusos dos pais que tinham poderes ilimitados em relação aos filhos, cabendo ao Estado interferir nas relações familiares.

O Código Civil de 1916, ao elaborar as regras aplicáveis ao direito de família, seguiu uma linha excessivamente patriarcal. O legislador conferiu ao marido, considerado o chefe de família, o exercício do pátrio poder, sendo este exercido pela mulher somente na sua falta ou impedimento.

Com o passar dos anos, atendendo os anseios da população foi criado o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.212 de 27 de agosto de 1962.

Relata Levy (2008, p. 2010) que:

O marco da emancipação jurídica da mulher, trazendo importantes mudanças, dentre as quais, no que concerne ao presente estudo, a modificação do artigo 380 do Código Civil de 1916, no sentido de conferir o pátrio poder aos pais, embora atribuísse seu exercício ao pai, relegando à mulher a condição de sua colaboradora, sendo que no caso de divergência entre os cônjuges quanto ao exercício do pátrio poder, a prevalência da decisão era do pai, restando à mãe o direito de recorrer ao juiz para dirimir o conflito.

Neste sentido entende Maria Berenice Dias (2009, p. 382):

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido, como cabeça do casal, como chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e,

somente assim, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos.

Portanto, é notória a submissão dos filhos aos pais, que eram chefes únicos do grupo familiar, não havia isonomia entre homem e mulher, sendo o pátrio poder exercido exclusivamente pelo pai. Somente na falta ou impedimento do pai (como a prisão, por exemplo), é que a mãe assumia o poder familiar com relação aos filhos.

A lei da Mulher Casada alterou o artigo 393 do Código Civil de 1916, no sentido de que contraindo novas núpcias, esta não perderia o pátrio poder em relação aos filhos do casamento anterior.

O marco de transformações em torno do pátrio poder foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a equiparação dos direitos e deveres exercidos pelos pais, que agora não mais pátrio poder e sim poder familiar, passa a ser exercido por ambos os genitores e somente na falta ou impedimento de um deles é que o outro exerce com exclusividade.

A princípio, a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso I, deu tratamento igual ao homem e à mulher como direito fundamental.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

E, em seu artigo 226, § 5º, estabeleceu que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e coadunam com o expresso no artigo 1.631 do Código Civil:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

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

A Constituição Federal de 1988 trouxe também a equiparação dos filhos havidos ou não na constância do casamento ou por adoção, dando a eles os mesmos direitos e deveres, não permitindo qualquer tipo de discriminação, principalmente estar eles em igualdade com relação ao poder familiar.

Verifica-se, portanto, que o poder familiar é um encargo público imposto pelo Estado aos pais com o intuito que estes zelem pelo futuro dos seus filhos. Significa dizer que os filhos enquanto menores, não podem exercer os atos da vida civil sem a autorização dos pais, pois os filhos devem obediência e respeito aos pais, e estes têm o dever de criar, assistir, preparar para a vida, educar os filhos enquanto menores, sob pena de serem aplicadas penalidades, como por exemplo, a perda do poder familiar.

O artigo 227 da Constituição Federal traz um conjunto mínimo de deveres atribuídos à família, vejamos:

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

Por seu turno, o artigo 229 do mesmo diploma, estabelece que:

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

De fato, o Estado impõe aos pais, através do poder a eles conferido, a obrigação de atender ao filho, assegurando todos os direitos que lhe são reconhecidos em face de sua condição peculiar de desenvolvimento. (AKEL, 2008, p. 11).

O artigo 1.634 do Código civil traz expressamente os direitos e deveres que incumbem aos pais em relação aos filhos menores, vejamos:

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

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

- IV** - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V** - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O artigo 1.689 do mesmo diploma preceitua quais os direitos e deveres dos pais com relação aos bens dos filhos:

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

- I** - são usufrutuários dos bens dos filhos;
- II** - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Diante as várias mudanças ocorridas no decorrer da história, Maria Helena Diniz (2007, p. 514), define poder familiar como:

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

No mesmo sentido assevera Sílvia de Salvo Venosa (2006, p. 355):

Poder familiar não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei e justifica: na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastável da paternidade e maternidade.

É um instituto que busca o melhor interesse dos filhos e da família e não em proveito apenas dos pais.

Em regra o poder familiar é exercido igualmente pelos pais e deve sempre levar em conta o melhor interesse do menor. Mesmo com o divórcio ou a dissolução da união estável, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais. No entanto, poderá ser exercido exclusivamente por um dos genitores caso ocorra a falta ou o impedimento do outro.

Os pais são os únicos titulares do poder familiar, não cabendo a mais ninguém o poder de exercitá-lo. Trata-se de múnus público onde o Estado fixa as normas para seu exercício, é um poder indelegável, irrenunciável, não podendo os pais renunciar e nem transferir para outrem, sendo nula qualquer convenção nesse sentido, é imprescritível, pois não decai o genitor, pelo fato de não exercê-lo, podendo perdê-lo somente nos casos previstos em lei.

De acordo com Eduardo A. Zannoni (2002, p. 693), “O poder paterno e materno enquanto o propósito, não é uma mera prerrogativa disponível do pai ou da mãe. Eles devem - estão obrigados - a exercê-lo; e mais, estão obrigados a exercê-lo pessoalmente já que esse exercício é indelegável a terceiros.”¹

Conforme já mencionado, o poder familiar é múnus público, sujeito a fiscalização do Estado e, caso haja descumprimento de alguns dos deveres e obrigações por parte dos pais, poderá acarretar a suspensão do poder familiar como relata o artigo 1.637 do Código Civil, artigo 24 e 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente.

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

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

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

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

(...)

X - suspensão ou destituição do poder familiar.

¹ "el poder paterno y materno en cuanto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deber - están obligados - a ejercerlo; y es más, están obligados a ejercerlo personalmente ya que esse ejercicio es indelegable a terceros".

A suspensão pode ser total ou parcial para a prática de determinados atos, ficando a critério do juiz e conforme a gravidade do caso. Pode ainda, ser facultativa, podendo referir-se exclusivamente a um determinado filho.

Além da suspensão pode haver também, dependendo da gravidade dos atos de agressão aos deveres paternos, a perda do poder familiar. Isso ocorrerá "quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho". (LOBO, 2011, p. 308).

Por fim, o poder familiar pode ser extinto por diversas causas apontadas no artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

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

Diferentemente da suspensão e da perda, onde o poder familiar é retomado ao provar que a causa que ensejou a suspensão ou perda não existe mais, a extinção é a perda definitiva do poder familiar.

Diante a explanação, ora apresentada, desse instituto é visível uma grande transformação ao longo do tempo, saímos de um poder absoluto do pai em relação a todos da sua família, para um poder familiar exercido em conjunto onde os pais tomam as decisões sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente e não de si próprio.

Paulo Lobo em seu artigo "Do Poder Familiar", onde trata da titularidade do poder familiar, nos ensina que:

O novo Código refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.

Concluimos, no entanto, que na constância da sociedade conjugal, seja pelo matrimônio, união estável ou união homoafetiva, o exercício do poder familiar não gera dificuldade alguma. Os problemas começam a surgir quando da sua ruptura, sendo necessária a estipulação da guarda. Instituto na qual passamos a discorrer.

3 DA GUARDA

Sabemos que conforme a evolução da humanidade surge a necessidade de se fazer adaptações no ordenamento jurídico, e com relação a guarda, não é diferente. Conforme as mudanças sociais foram surgindo, o instituto da guarda foi sendo regulada por várias legislações específicas como o Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio, Estatuto da Criança e Adolescente, visando sempre o melhor interesse do menor.

3.1 Evolução Histórica

No Código Civil de 1916, o casamento não se dissolvia. Ocorrendo o desquite, os filhos menores ficavam com cônjuge inocente. Nitidamente repressor e punitivo era o critério legal. (Dias, 2009, p. 397).

Ao cuidar da dissolução da sociedade conjugal e da proteção dos filhos, o Código Civil de 1916 fez a distinção entre separação amigável e judicial. Sendo amigável observava-se o artigo 325, "o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos". Sendo judicial, aplicava a regra do artigo 26, ou seja, observava-se a culpa de um ou de outro cônjuge, bem como o sexo e a idade dos filhos.

Então para definir a guarda dos filhos, verificava-se quem era o culpado, ou seja, quem deu causa à separação do casal e, no caso de ambos os pais serem os culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até os seis anos de idade sendo depois entregue ao pai. Caso não ficasse a criança nem com a mãe e nem com o pai, o juiz concedia a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges.

O Decreto-Lei nº. 3200/1941 regulou a guarda do filho natural, onde ficou determinado que este ficasse com o seu progenitor e sobre poder do pai no caso de ter sido reconhecido por ambos, ficando a critério do juiz decidir de forma diversa se houvesse divergência em relação ao interesse do menor.

Com a Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) houve alterações no desquite litigioso. Agora não mais observava o sexo e idade em caso de culpa de ambos os cônjuges, a guarda dos filhos era concedida à mãe.

Em 1977 a Lei do Divórcio trouxe alterações com relação a guarda dos filhos, agora não mais se observava o limite de idade para que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ademais, com a revogação dos artigos 325, 326 e 327 do Código Civil de 1916 pelos artigos 9, 10 e parágrafos da referida lei, ao juiz era permitido, no caso em que ambos os pais fossem os culpados pela separação, que os filhos menores ficassem com a mãe, caso se certificasse que não acarretaria qualquer prejuízo de ordem moral a eles, podendo ainda, conforme o artigo 13 desse mesmo diploma, regular de maneira diversa quando houvesse motivo grave, sempre visando o bem do menor.

Todos esses critérios eram gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender os interesses dos filhos menores: tais interesses, e não a autoridade paterna, eram o eixo de todo o problema. (GRISARD, 2000, p. 50).

Segundo Dias (2010, apud CLARINDO, 2013) comentando as alterações trazidas pela lei do divórcio sobre a guarda:

Pela primeira vez a lei delimitou as obrigações do ex-cônjuge que não dispunha da guarda, regulando que a este (genitor visitante) caberiam as atribuições de fiscalizar a manutenção e educação dadas aos filhos pelo guardião, bem como estabeleceu a expressão “direito de visitas”, correspondente à prerrogativa que o genitor visitante possuiria de manter contato com a prole conforme acordado judicialmente.

Ao longo da história, foram várias as transformações no âmbito político, social e econômico, o que conseqüentemente afetou a tradicional configuração familiar.

Importante mencionar os artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988 que consagrou o princípio da igualdade entre homem e mulher assegurando os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. Assegurou também à criança, como dever primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, o direito da convivência familiar. Da mesma forma, esta disciplina também surgiu no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90.

Atualmente a lei disciplina as relações familiares de formas distintas. Na constância do matrimônio, a guarda dos filhos é dever inerente ao exercício do poder familiar. Quando a relação dos cônjuges se extingue permanece o poder familiar, mas há necessidade da proteção dos filhos menores e aos maiores incapazes, de forma a não prejudicá-los na sua formação física, mental, cultural e afetiva.

Frisa-se que o poder familiar é a relação entre pais e filhos, de forma que não se extingue com divórcio ou com o fim da união estável ou outra espécie de família. A guarda é apenas uma das atribuições do poder familiar. Sendo assim, havendo a ruptura do matrimônio ou da união estável, a guarda passa a ser unilateral quando concedida a um dos genitores ou compartilhada quando concedida a ambos os genitores.

A proteção da prole é um dever que se origina da lei, não deixando de ser um dever moral, pois a carência dos filhos não diz respeito somente às necessidades de sobrevivência e afeto, mas também as de formação, apoio, educação, e outros, para o melhor encaminhamento na vida social.

A “Assembleia Geral das Nações Unidas” aprovou, em 1989, a “Convenção sobre Direitos da Criança”, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1990, conferindo uma infinidade de direitos as crianças menores de dezoito anos.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, preceitua em seus artigos 9 e 18, que deve ser respeitado o direito de convivência entre os pais separados e seus filhos e a igualdade na responsabilidade da criação destes.

A Constituição Federal de 1988 deu maior ênfase aos direitos dos menores, em especial no que diz respeito ao artigo 227, *in verbis*:

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

Também foi de grande importância, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que no mesmo sentido da Constituição Federal dispõe em seu artigo 4º que:

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

Verifica-se a existência de inúmeras normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais de proteção a criança, cabendo à família, ao Estado e à sociedade a sua efetivação.

O atual Código Civil em consonância com a jurisprudência e antecipando o disposto na Emenda Constitucional nº 66/2010, aboliu o critério da culpa pela separação do casal que impedia o genitor que deu causa à separação a ficar com a guarda dos filhos. A definição da guarda era unipessoal. Quando da separação dos genitores, a lei identificaria com quem ficaria a guarda dos filhos estabelecendo o regime de visitas.

Atendendo aos anseios pela guarda compartilhada, a Lei 11.698/08, deixou de priorizar a guarda individual, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil que além de definir guarda unilateral e guarda compartilhada deu preferência por esta. Nesses casos, foi imposto ao juiz o dever de informar aos pais os tipos de guarda existentes, podendo impô-la mesmo que não haja consenso e a disputa seja pela guarda única.

Tal imposição, não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, na qual veremos mais à frente em título específico nesta monografia.

Após esse breve relato sobre a evolução do instituto da guarda, passamos a estudar a definição de guarda bem como sua finalidade.

3.2 Conceito e Finalidade

A expressão "guarda" emana do latim *guardare* do alemão *wargem*, do inglês *warden* e do francês *garde*, podendo ser explicada de uma forma genérica para expressar vigilância, proteção, segurança dos pais em relação aos filhos menores de 18

anos. Trata-se, na verdade, de um direito-dever que os genitores ou um deles estão obrigados a desempenhar em benefício da sua prole.

Com o fim do casamento ou da união estável ou da união homoafetiva, seja de modo consensual ou litigioso, como já vimos alhures, surge a necessidade de decidir sobre a guarda dos menores, que pode ser concedida a somente um dos genitores, ou até mesmo a ambos, haja vista, o dever de assistência não se extingue com o fim da sociedade conjugal.

Temos, portanto, dois tipos de guarda legalmente previstos em nosso ordenamento jurídico: guarda unilateral e guarda compartilhada, devendo a última ser adotada sempre que possível. Porém, nada impede que a guarda seja confiada à outra pessoa que não seja os pais, desde que esta seja maior e capaz, e existam motivos graves que autorizem tal medida, ou seja, somente em casos excepcionais e preferencialmente a pessoa da família, como por exemplo, os avós.

Podemos definir guarda como sendo um direito do guardião, mas que não confere a este, somente direitos, também os condiciona a uma série de deveres, consistindo na verdade, em um poder-dever de vigilância, orientação e assistência. A guarda esta conectada ao pátrio poder conforme se vê pelos artigos 384, II do Código Civil e 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para a professora Maria Helena Diniz guarda “é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando a posse de fato” (DINIZ, 2007, p. 577).

Por sua vez, Maria Josefa Méndez Costa e Daniel Hugo D' Antonio (2001, p.427), definem guarda “expressando que constitui a posse de um menor de idade, para quem não é seu representante legal, com finalidade de fornecer assistência material e espiritual”.²

Assim, aquele a quem é atribuída a guarda dos filhos, deve se responsabilizar pelos cuidados necessários, tendo um maior convívio, acompanhando mais de perto suas dificuldades.

² *"expressando que constituye la tenencia de un menor de edad por quien no es su representante legal, con La finalidad de brindarle asistencia material y espiritual".*

Guilherme Gonçalves Strenger define o instituto da guarda, como sendo um “poder-dever submetido a um regime jurídico legal de modo a facultar a quem de direito, prerrogativa para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considera nessa condição”. (STRENGER, 2006, p. 21).

Segundo preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda é uma das medidas específicas de proteção, que visa assegurar o direito à convivência familiar, sem provocar a destituição do pátrio-poder.

Conforme o entendimento de Ana Maria Milano Silva (2008, p. 39):

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Silvana Maria Carbonera (2000, p. 64), assim define o referido instituto:

Um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

A guarda é definida como "um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, prevista no art. 1.634, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas." (GRISARD FILHO, 2000, p. 47).

Assim, para melhor compreensão, necessária se faz a descrição do artigo supracitado, *in verbis*:

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

(...)

II - tê-los em sua companhia e guarda;

Conclui-se, portanto que a guarda faz parte do poder familiar é um encargo intrínseco desse poder. Trata-se de um poder-dever que o ordenamento jurídico impõe aos pais ou a um deles com relação à pessoa dos filhos.

3.3. Modalidades

Com o vínculo matrimonial, tanto no casamento ou a união estável e em decorrência da maternidade e paternidade, surge o primeiro modelo de guarda na qual conhecemos por guarda comum ou originária, tendo em vista que ambos os genitores exercem todos os poderes inerentes ao poder familiar de forma igualitária. Aqui a guarda é natural, decorre do simples fato de ser pai e mãe, não decorre de lei e nem do judiciário.

Outra forma comum de guarda é a chamada guarda de fato, que se justifica pela decisão própria de um dos genitores que, no término de uma relação, seja ela matrimonial ou não, este fica com o menor sobre sua responsabilidade sem qualquer atribuição legal ou judicial.

No entanto, com a ruptura da sociedade conjugal, visando sempre o melhor interesse do menor e até mesmo para proteção de seus direitos, necessário se faz a regulamentação da guarda através do poder judiciário.

Na pendência de um processo de divórcio, de dissolução de união estável ou união homoafetiva ou de guarda, surge a necessidade de atribuir a guarda dos filhos a um dos pais até que haja sentença, é o que conhecemos por guarda provisória e, após o exame de todos os critérios, o juiz atribuirá ao final do processo a guarda definitiva, podendo esta ser alterada a qualquer tempo, caso haja mudança na situação fática.

Conforme nos ensina Waldyr Grisard Filho (2000, p. 72):

A definitividade da guarda é, paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (artigos 35 149, parágrafo único, do ECA), pois sua concessão não faz coisa julgada. A cláusula rebus sic standibus subordina, nessas questões, a coisa julgada; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.

O Código Civil de 2002 prevê expressamente em seu artigo 1.583 duas modalidades de guarda: a guarda unilateral e a guarda compartilhada. A doutrina, por sua vez, ainda elenca a modalidade de guarda alternada.

Para a definição de qual modalidade será aplicada ao caso específico, deve ser observado sempre o princípio do melhor interesse do menor, o qual preceitua que sempre e em qualquer situação deve o Estado preservar o bem estar do menor.

3.3.1. Guarda unilateral

O artigo 1.583 do Código Civil, em seu § 1º, primeira parte, conceitua guarda unilateral como sendo aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

Essa modalidade da guarda tem sido a forma mais comum, onde um dos genitores ou outro que o substitua detenha a guarda jurídica e física e o outro, chamado pela doutrina de "não guardião", tenha somente o direito de visitas e o dever de supervisionar os interesses do filho.

Diferentemente do Código Civil de 1916, onde o critério utilizado para definir a guarda era a culpa, na atual legislação, o critério observado é o interesse do menor, conforme dispõe o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil:

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

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

Observa-se que o termo "melhores condições" empregado no § 2º não deve ser interpretado apenas no sentido financeiro da palavra, diz respeito ao afeto, saúde, segurança e educação que vem relacionado nos incisos do referido parágrafo, sendo este um rol meramente exemplificativo.

Assim temos que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que apresentar melhor aptidão de afeto, para propiciar saúde, segurança, educação entre outros, ao filho, devendo o juiz ao analisar tais critérios, levar em consideração outros aspectos como alimentação, cultura, lazer, esporte, etc.

Com relação ao direito de visitas, tal prerrogativa não é apenas do genitor que não detenha a guarda do filho, estende-se também aos avós, conforme dispõe a lei 12.398/2011 que incluiu o parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil e deu nova redação ao inciso VII do artigo 888 do Código de Processo Civil.

A guarda unilateral tem sido muito criticada, no sentido de não atender o melhor interesse do menor, privando-o da convivência continua com seus genitores, causando um afastamento do genitor não guardião e atendendo somente aos interesses dos pais e não da criança.

Acerca desse afastamento, Waldyr Grisard Filho (2000, p. 108) frisou que:

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

Maria Berenice Dias (2009, p. 404), conclui que:

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 as regras.

Frisa-se que ao decidir sobre a guarda unilateral, a lei confere ao genitor não guardião, além do direito de visitas, de cuidado material, atenção e afeto, a obrigação de supervisão dos interesses do filho, evitando assim, um possível abandono moral do menor.

Há de se convir que aquele que detém a guarda, que geralmente é a mãe, tem um espaço de tempo maior em companhia dos filhos em relação àquele que tem o direito de visitas. E não raras às vezes, aquele que tem a guarda utiliza seus próprios filhos como escudo para chantagear, denegrir ou vingar-se do ex-cônjuge ou ex-companheiro (a), o que traz um prejuízo imenso à criança que acaba se distanciando

daquele que tem o direito de visitas, a esse fenômeno se dá o nome de alienação parental.

A guarda unilateral, uma vez mal administrada, pode facilitar a alienação parental.

O fenômeno da alienação parental não é novo, no entanto somente em 2010 o tema foi regulamentado pela Lei 12.318.

Ocorre a alienação parental quando o alienador, normalmente aquele que detém a guarda, trata, a princípio, o outro genitor com desprezo, desvalorizando suas qualidades, desencadeando um processo de destruição com o intuito de denegrir a imagem do genitor alienado desfavorecendo a convivência com o filho.

De acordo com Maria Berenice Dias "nada mais do que uma 'lavagem cerebral' feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador". (2009, p. 418).

O psiquiatra Richard Gardner descreveu os efeitos deste processo como síndrome da alienação parental.

Vários são os atos de alienação parental. A Lei 12.318/10 traz a definição do instituto e um rol não taxativo para nortear a identificação de tais atos.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

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

- I** - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II** - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III** - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV** - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V** - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI** - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

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

Diante desse cenário, ou seja, havendo indícios de atos de alienação parental, em uma ação autônoma ou incidental, o juiz se entender necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial onde os profissionais, através de laudos e testes constatarão que o filho foi alienado da vida de um dos genitores, cabendo ao genitor alienante a responsabilização por tal ato.

O artigo 6º da Lei 12.318/10 traz as consequências caso seja comprovada a alienação parental, vejamos:

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

- I** - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II** - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III** - estipular multa ao alienador;
- IV** - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V** - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI** - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII** - declarar a suspensão da autoridade parental.

Observa-se que sendo constatado o quadro de síndrome de alienação parental, ao alienante caberão medidas de cunho punitivo bem como de cunho protetivo.

3.3.2. Guarda compartilhada

A Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008, que trata da guarda compartilhada, surgiu para atender aos anseios dos pais que pretendiam compartilhar com as mães, as responsabilidades na criação do filho em comum, embora a guarda

compartilhada já viesse sendo aceita pela doutrina e aplicada na prática pela jurisprudência com base no Direito Comparado.

Referida lei alterou o artigo 1.583 do Código Civil, e em seu § 1º, segunda parte, conceitua guarda compartilhada como sendo “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Em outras palavras, a guarda compartilhada é aquela exercida por ambos os genitores, ou seja, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, continuam atribuindo direitos e deveres relativos aos filhos com responsabilidades iguais e solidárias, visando assegurar o melhor interesse do menor.

A Professora Maria Berenice Dias (2009, p. 401), assim conceitua e leciona sobre o referido instituto:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. 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 genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.

A guarda compartilhada tem como objetivo suprir as deficiências da guarda unilateral, onde na grande maioria a guarda é concedida à mãe e é ela que toma todas as decisões sobre a vida do filho, tendo o pai apenas o direito de visitas, o que gera grandes prejuízos de ordem emocional e social.

Ademais, o entendimento é que a guarda unilateral tende o afastamento na relação entre pai e filho, tendo em vista que aquele não decide sobre questões importantes da vida do filho, ficando, na visão destes, um pai com descrédito e com isso o estreitamento de laços amorosos entre ambos.

Na guarda compartilhada ambos os pais, mesmo após o fim da convivência conjugal, da união estável ou união homoafetiva continuam exercendo a guarda, onde dividem as responsabilidades e obrigações legais sobre os filhos, pois, o fim do matrimônio põe termo aos deveres conjugais, mas não deixa de ser pai e filho.

Além de visar o interesse do menor, o instituto tem como objetivo abrandar o impacto que a ruptura conjugal desencadeia na relação entre pais e filhos.

Tendo em vista que o instituto da guarda compartilhada é objeto de estudo deste trabalho, iremos abordar o tema com mais propriedade em capítulo específico.

3.4. Espécies

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê duas espécies de guarda: provisória e definitiva, sobre as quais passamos a discorrer.

3.4.1. Provisória

A guarda provisória é aquela estabelecida quando existe um processo em andamento, seja ação de divórcio, dissolução da união ou aquela em que somente se discute a guarda do menor. Será conferida em caráter liminar ou incidental, nos procedimentos de tutela e adoção, para regularizar a posse de fato de uma criança ou adolescente até a sentença que decida sobre a lide em questão.

Segundo Waldyr Grisard Filho (2000, p. 54):

É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção, e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses, segundo o artigo 33, § 2º do ECA.

Nesse sentido Eduardo Gesse (2001, p. 19):

A guarda provisória é aquela conferida a título precário, nas hipóteses de criança ou adolescente que se ache abandonado ou sob a guarda de fato de pessoa que, não sendo detentora do poder parental e sem a intervenção judicial, toma a seu cargo a criação e a educação de menor com que, a princípio, não tinha qualquer vínculo legal que lhe impusesse tal encargo. Ela perdura até que a situação da criança/adolescente, por intermédio de decisão judicial, seja definida.

Assim, a guarda provisória nada mais é do que aquela conferida no curso de um processo de guarda, separação ou divórcio, onde se discute a posse do menor, devendo o juiz, antes de decidir o mérito da ação, determinar a guarda provisória, podendo ela ser revogada a qualquer tempo inclusive de ofício pelo juiz.

3.4.2 Definitiva

A guarda definitiva é o resultado da ação em andamento, ou seja, é a sentença proferida pelo juiz transitada em julgado, observando que a guarda nunca será absolutamente definitiva, tendo em vista que a qualquer tempo a ação de guarda poderá sofrer revisão.

Neste sentido conceitua Eduardo Gesse (2001, p. 20):

A guarda definitiva caracteriza-se por ser estabelecida em processo de cognição exauriente, no qual chega-se à conclusão, após o exame verticalizado da situação fática e jurídica, que o menor deve ficar sob os cuidados de determinada pessoa (tutor, pais adotivos, curador ou meramente guardião, nas hipóteses de guarda satisfativa), até que, em princípio, o guardado atinja a plena capacidade, só podendo ser alterada se houver fato novo, ou seja, se sobrevier a modificação da situação factual que serviu de arrimo para a regulamentação dessa guarda dita definitiva.

Ainda continua:

Não se pode confundir definitividade com inalterabilidade. A sentença que confere à alguém a guarda definitiva de um menor, faz coisa julgada formal e material. Todavia, estará sujeita à cláusula "rebus sic stantibus", de modo que, sobrevindo fato novo, ela poderá ser modificada, destituindo-se o guardião de seu poder-dever e atribuindo-se à outrém o prefalado múnus ou, ainda, entregando-se o menor aos cuidados de uma instituição, que incumbir-se-á do dever de zelar pela criação e educação da criança e ou do adolescente.

Assim, a guarda definitiva nada mais é do que aquela conferida ao guardião após a sentença transitado em julgado, tendo que se observar as ressalvas já citadas sobre a sua definitividade.

3.5 Da Regulamentação Jurídica da Guarda

Diante a separação do casal, é de suma importância que a guarda dos filhos menores seja regulamentada judicialmente, tendo em vista que os direitos destes devem ser protegidos pelo Estado.

3.5.1 Guarda no código civil e no estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8069/90)

Durante a constância do matrimônio, da união estável ou da união homoafetiva, o casal tem a guarda comum dos filhos, existe um sentimento de amor, afeto na relação de pais e filhos, porém, diante a ruptura conjugal, surgem desavenças entre o casal, o que na maioria das vezes esses atritos acabam prejudicando o bom desenvolvimento dos filhos, haja vista estes servirem de escudos para os genitores. O objetivo da norma jurídica é impedir para que essas desavenças não venham causar danos aos filhos.

Paulo Nader (2011, p. 253), compartilha desse entendimento:

O sentimento de amor e afeto faz parte da natureza dos seres humanos, com isso, a proteção que os pais oferecem aos filhos é uma atitude natural. E a norma jurídica tem a função de contribuir com os genitores em caso de discórdia na relação conjugal, para que essas desavenças não causem danos aos filhos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, assegura ao menor, o direito a uma convivência comunitária e familiar, sendo este dever do Estado, da família e da sociedade.

O instituto da guarda de menores pode ser analisado em duas situações distintas previstas no ordenamento jurídico: a guarda prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a guarda originária do divórcio ou da separação de fato dos pais na visão da união estável, prevista no Código Civil Brasileiro.

É certo que, com orientação trazida no artigo 227 da Carta Magna, tanto a guarda prevista no Código Civil Brasileiro, como a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), tem como objetivo a proteção da criança e do adolescente.

Destarte, muitas vezes, é suscitado o conflito de competências entre juízes das varas de família e das varas da infância e da juventude para definir quem é competente para apreciar as ações de guarda.

Estando a criança ou adolescente com seus direitos ameaçados ou violados, por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão de sua conduta, competente será o juiz da vara da infância, conforme reza o artigo 98 e incisos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já nos demais casos, será competente o juiz da vara da família, quando, por exemplo, a guarda for discutida em razão do divórcio, da dissolução de união estável ou homoafetiva.

Conforme dita o artigo 33 §§ 1º e 2º do Estatuto, a guarda tem cabimento para regularizar a guarda de fato e como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção.

O intuito da guarda prevista no Estatuto é colocar o menor em lar substituto ante a ausência da família original ou a impossibilidade de ser criada por ela, pois é um contra-senso deferir-se a guarda para os avós, quando a criança esteja morando com os pais biológicos e por estes mantida.

O art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente veio a tornar estes direitos fundamentais, *in verbis*:

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

Portanto, o Estatuto veio disciplinar a guarda no intuito de regularizar a guarda de fato do menor para que o guardião possa prestar a criança e ao adolescente a devida assistência material, moral e educacional. No entanto, assim como a guarda prevista no Código Civil, pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato do juiz

devidamente fundamentado e gravado nos autos que foi deferida, devendo antes ouvir o representante do Ministério Público.

Já a guarda decorrente do divórcio, da dissolução da união estável ou da união homoafetiva, ou da separação de fato dos pais, prevista no Código Civil, diz respeito ao dever dos pais em promover assistência aos filhos menores e maiores incapazes.

Paulo Nader (2011, p. 255), em sua obra Curso de Direito Civil, assim expressa:

Por guarda deve-se entender não apenas o poder de conservar o menor sob vigilância e companhia, mas fundamentalmente o de orientá-lo no cotidiano, dando-lhe a assistência de que necessita, sem com isto exonerar a responsabilidade de outrem.

Esse modelo de guarda pode ser concedido tanto para a mãe, quanto para o pai ou ainda, até mesmo para os avós, desde que a criança seja mantida em ambiente em que melhor é cuidada.

Pode-se afirmar que, a criança e o adolescente estão devidamente protegidos do ponto de vista legal, cabendo à família, seja ela substituta ou não e, ao Estado a efetivação dos princípios e normas tutelares dos direitos a eles inerentes.

3.5.2 O novo divórcio e a guarda dos filhos (EC nº 66/2010)

A Emenda Constitucional nº 66/2010, veio alterar o art. 226, § 6º da Constituição Federal, dando nova regulamentação ao divórcio, trazendo ao referido instituto mudanças processual e procedimental, tendo como objetivo a extinção da separação judicial e o fim da exigência do prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial e ainda, a culpa deixou de ser elemento relevante para o reconhecimento do divórcio.

Desta forma, assim como no divórcio, a culpa também deixou de ser referencia na fixação da guarda dos filhos, haja vista esse entendimento já vinha sendo

adotado após a promulgação da Constituição de 1988. Portanto, definitivamente, a ideia de determinar a guarda em favor do cônjuge inocente foi superada.

A referida emenda veio também consagrar em nosso ordenamento jurídico o divórcio administrativo, que nada mais é do que aquele feito no próprio cartório, desde que seja de forma consensual, e não tenha que se discutir guarda de filhos menores ou incapazes. Tendo o casal, filhos menores, não há como o divórcio ser feito pela via administrativa, obrigatório se faz processo judicial, visto ser imprescindível a intervenção do Ministério Público.

Portanto, a mudança instituída pela emenda não trouxe consequências ao instituto da guarda dos filhos, visto que, havendo filhos menores o divórcio, obrigatoriamente, deve ser feito pelas vias judiciais.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é regulada em nosso ordenamento jurídico através da Lei 11.698/98, porém, ainda existem várias divergências com relação a aplicação do instituto.

4.1 Histórico da Guarda Compartilhada

O instituto da guarda compartilhada tem sido objeto de muitas discussões no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não ser tão recente assim.

Na Inglaterra, onde teve origem, o sistema *Commom Law* rompeu com a tradição da guarda única que na maioria das vezes era concedida à mãe, e os tribunais passaram a adotar o *split order*, que significa dividir os deveres e obrigações de ambos os cônjuges sobre seu filho.

Na década de 60, ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada, caso em que todas as partes foram ouvidas e avaliadas. Posteriormente várias outras decisões foram proferidas pelos tribunais ingleses a respeito do assunto, porém, sempre privilegiando os benefícios e o melhor interesse do menor, bem como também a igualdade parental, abolindo definitivamente o direito de visita, de forma que pai, mãe e filhos tivessem maior contato.

Esses precedentes repetiram-se na França, Canadá e Estados Unidos, com o intuito de diminuir os prejuízos e injustiças causados pela guarda exclusiva.

Neste sentido a jurisprudência francesa mostrou-se favorável a essa modalidade de guarda, resultando na Lei nº 87.570 de 1987, a denominada “Lei Malhuret”.

Percebe-se assim, que aos poucos o compartilhamento de guarda foi se expandindo pelo mundo.

Por volta de 1970, o modelo de guarda compartilhada chega à América, inicialmente no Canadá e nos Estados Unidos, tendo sido denominada, no sistema norte americano, de “*joint custody*”.

No Brasil, a guarda compartilhada começou a ser discutida em 1977 com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a destituição do pátrio poder se oficializou, e homens e mulheres passaram a dividir de forma igual a responsabilidades sobre os filhos.

Com o advento da Magna Carta de 1988, que em seu artigo 5º, I, estabeleceu-se a igualdade entre homens e mulheres, como também no seu artigo 226, § 5º, quando previu que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, não restando dúvidas de que as responsabilidades e a guarda dos filhos poderiam ser exercidas por ambos os genitores.

Como já analisamos a legislação civil brasileira ao disciplinar o poder familiar, assegurou aos pais, direitos e deveres referentes à guarda dos filhos, quando da dissolução de sociedade conjugal ou do divórcio, podendo esta ser compartilhada ou unilateral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente criado pela Lei nº 8.069/90, confirma os preceitos exauridos pela Constituição Federal ao aderir além dos direitos dos filhos, os direitos e deveres dos pais, quando traz em seu artigo 4º, o já contido no artigo 227 da CF/88.

Isso demonstra a importância que o aludido instituto confere ao convívio dos menores com seus pais, gerando grandes repercussões no seu desenvolvimento.

No mesmo contexto, traz a Declaração Universal dos Direitos da Criança, “que deve ser respeitado o direito de convivência entre pais separados e seus filhos e a igualdade na responsabilidade da criação destes.” Portanto por ser o Brasil signatário do referido tratado internacional, deve respeitar todas as normas por este imposta.

A guarda compartilhada começou a ser regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro como um sistema de corresponsabilidade dos pais pelos direitos, deveres e o melhor interesse do menor, com o projeto de Lei nº 6.350 de 2002, do ex deputado Tilden Santiago.

Ocorre que o referido projeto somente foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 13 de junho de 2008, tendo como relatora a Deputada Cida Diogo, vindo a alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Cabe destacar que, mesmo antes da aprovação da Lei 11.698/08 que regulamentou o instituto da guarda compartilhada, esta já existia na prática, visto que era concedida por juízes que se inspiravam no Direito Comparado, sendo totalmente aceito pela doutrina.

O Supremo Tribunal Federal, em 1967, se pronunciou em termos genéricos, sobre a importância da guarda compartilhada no seguinte julgado:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular as visitas, estabelecendo limitados horários em dias determinados da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. Em relação a guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. (RE 60.265 – RJ – Rel. Ministro Cândido Motta Filho – j. 13.12.1967).

Percebe-se que já se preocupavam que diante a separação do casal, filhos e pais deveriam manter contato. Portanto, a aprovação da lei somente pacificou as discussões a respeito da existência e aplicação dessa modalidade de guarda.

4.2 Conceito

A guarda compartilhada é aquela exercida por ambos os genitores, atribuindo-lhes direitos e deveres relativos aos filhos com responsabilidades iguais e divididas, visando assegurar o melhor interesse do menor, ou seja, os genitores continuam sendo titulares da guarda dos filhos mesmo depois da dissolução da sociedade conjugal, de modo a assegurar-lhes a convivência com ambos os genitores.

O artigo 1.583 do Código Civil em seu §1º, segunda parte, conceitua guarda compartilhada como sendo “a responsabilização conjunta e o exercício de

direito e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

O instituto surge, portanto, em atendimento aos anseios dos pais, para amenizar o sofrimento do menor trazido com a separação de seus genitores, dando continuidade ao exercício do poder familiar recíproco.

Neste sentido, assevera Paulo Lobo (2011, p. 200):

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direito-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se ‘em casa’ tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias.

No entender de Waldyr Grisard Filho (2000, p. 111):

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

Segundo Marcial Barreto Casabona (2006, p. 250):

(...) estudos e pesquisas foram realizados e comprovaram que a participação efetiva do pai e da mãe separados, em condições semelhantes no desenvolvimento de seus filhos evitava, em grande parte, os desvios comportamentais decorrentes da falta de um genitor e reduzia os conflitos provenientes da disputa pela guarda dos filhos.

Conclui-se que o referido instituto nada mais é do que um meio de colocar o menor em constante contato com os pais e manter a afinidade com ambos os genitores. Pois, o fim do matrimônio, da união estável ou da união homoafetiva, põe fim aos deveres conjugais e no regime de bens, não aos deveres decorrentes do poder familiar.

Diante disso, ressalta-se que o mais importante não é com qual dos genitores o menor irá residir, mas a participação de ambos nas decisões sobre a vida do filho.

4.3 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado

De acordo com os ensinamentos de Waldyr Grisard Filho, o instituto da guarda compartilhada, embora seja novo no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu no sistema “Common Law”, na década de 60, no direito inglês.

Por uma visão totalmente machista, antigamente no direito inglês, era o pai que detinha a guarda dos filhos, visto que estes eram considerados propriedade do genitor quando da ruptura conjugal, o que era uma injustiça à mãe.

Por volta do século XIX, o Parlamento Inglês deixou de adotar o princípio de que os filhos era propriedade do pai passando a atribuir a guarda somente para a mãe, agora a injustiça era com relação ao pai. Com a evolução da humanidade, os Tribunais, ao verificarem que a guarda exclusiva não era satisfatória a entidade familiar, passaram a ter entendimento de que o exercício da guarda devia ser dividido.

Criaram então o chamado “*split order*”, que nada mais era do que o compartilhamento do exercício do direito de guarda, pois entendiam que o interesse maior da criança ficava plenamente garantido.

Neste sentido esclarece Waldyr Grisard Filho: “A ideia de fracionamento encarregou a mãe dos cuidados diários dos filhos (*care and control*) e recuperou ao pai o poder de dividir a vida do menor (*custody*), possibilitando compartilhar a guarda (...)”. (GRISARD FILHO, 2000, p. 119).

Assim, as decisões dos Tribunais Ingleses passaram a exaltar por excelência os princípios do melhor interesse do menor e da igualdade entre homem e mulher, tornando-se visível na prática em 1964.

O referido instituto é aplicado, há pouco mais de 20 anos na Inglaterra, possuindo grande valor histórico e jurídico, sendo exemplo para muitos países que aderiram a esse novo modelo de guarda.

Logo, teve aplicação na Europa continental, desenvolvendo-se na França. Posteriormente, no Canadá e dos Estados Unidos. Recentemente tem aplicações na Argentina e no Uruguai.

Neste diapasão afirma Waldyr Grisard Filho:

Em muitos ordenamentos, opta-se pela guarda conjunta, que opera de modo automático, ocupando lugar preferencial, antes de se resolver de acordo com o esquema tradicional, inclusive nos divórcios difíceis. Assim é na maioria dos estados dos Estados Unidos, na França, na Holanda, na Alemanha e na Suécia. A tal ponto se privilegia este modelo de guarda, que é aplicada mesmo que algum dos genitores não concorde, quando existem evidências concretas de que a decisão é no melhor interesse da criança. Tal presunção cessa, entretanto, quando o tribunal encontra provados o abuso, os maus-tratos e a violência doméstica.

Assim como ocorria no Brasil até o ano de 2008, a guarda compartilhada em vários países era aplicada de acordo com a jurisprudência e com base no direito comparado. Porém, países como a França, Dinamarca e Estados Unidos já introduziram a guarda compartilhada como regra, por meio da legislação criada que assim permitia.

Cabe destacar que cada país possui sua própria cultura, com realidades distintas, portanto, em cada lugar do mundo, a guarda compartilhada será aplicada de acordo com a realidade local, nunca deixando de atender ao princípio do melhor interesse do menor.

4.4 Diferenças entre Guarda Compartilhada e Guarda Alternada

Atualmente, muita confusão se faz entre guarda compartilhada e guarda alternada. Portanto, necessário se faz destacar algumas das principais diferenças.

Na guarda alternada há divisão igual de tempo que o menor passará com cada genitor, havendo alternância de lares e de guarda.

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visitas. (GRISARD FILHO, 2000).

Já a guarda compartilhada não há divisão rígida do tempo em que o menor passará com cada um dos pais, não havendo também alternância de guarda e

de lares. A residência é única, ou seja, na guarda compartilhada não se compartilha a posse, mas sim a responsabilidade pela educação, formação, saúde, bem estar da criança.

Nesse sentido relata Rolf Madaleno (2011, p. 429):

(...) devendo a guarda compartilhada ser compreendida como sendo o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns, porquanto, eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências, como infelizmente, muitos confundem com a guarda alternada, na qual se alternam ou se dividem os dias de permanência dos pais com seus filhos, daí ensinar Silvio Neves Baptista "que a guarda conjunta não se confunde com a guarda alternada, consistindo esta na divisão do tempo de permanência dos pais com os filhos, de maneira a possibilitar que o filho conviva com um e com outro em períodos alternados de tempo".

No mesmo sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias (2009, p. 403):

Não dá para se confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente a divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores (...) Tal arranjo gera ansiedade e tem escassa probabilidade de sucesso.

Waldyr Grisard Filho (2000, p. 106) assim define a guarda alternada:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.

Essa modalidade de guarda não tem respaldo na legislação brasileira, pois o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que esse modelo é uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, pois visa o interesse dos pais, não do filho.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PEDIDO DE "GUARDA ALTERNADA" - INCOVENIÊNCIA -

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE HARMONIA E RESPEITO ENTRE OS PAIS - ALIMENTOS - FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE E NECESSIDADE DO ALIMENTADO. **A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou corresponsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança.** A guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor somente nas hipóteses em que os pais apresentam boa convivência, marcada por harmonia e respeito. Para a fixação de alimentos, o Magistrado deve avaliar os requisitos estabelecidos pela lei, considerando-se a proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade de pagamento pelo requerido a fim de estabilizar as micro relações sociais. (TJ-MG - AC: 10056092087396002 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Data de Julgamento: 19/12/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/01/2014) (Grifo nosso).

Conforme os dizeres de AKEL (2008, p. 112) “a alternância entre as residências paterna e materna pode ser uma condição desestabilizadora para a prole, podendo levar à perda da habitualidade, continuidade e rotina de seus vínculos e afazeres cotidianos”.

Assim, conclui-se que a guarda alternada pode gerar alto grau de instabilidade emocional à criança, prejudicando o seu bom desenvolvimento psicoemocional. Diferentemente da guarda conjunta ou compartilhada onde a criança reside efetivamente com somente um dos genitores, havendo somente uma relação mais próxima com o outro genitor.

4.5 Guarda Compartilhada e Guarda Única

Com o fim da sociedade conjugal, o poder familiar ainda continua sendo de ambos os genitores, sendo este enfraquecido quando do divórcio se adota o modelo de guarda única, tendo em vista que um dos genitores, aquele que não detém a guarda, tende a se afastar da convivência da prole.

Neste sentido assevera Maria Berenice Dias (2009, p. 404):

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 regras.

Já no modelo de guarda compartilhada, se busca de forma mais satisfatória a plena eficácia do poder familiar, sendo a convivência continua com ambos os genitores.

Assim, na chamada guarda única o genitor guardião toma sozinho as decisões relativas aos filhos, sendo que na compartilhada os genitores devem entrar em acordo no que diz respeito a decisões importantes referentes à prole, ou seja, os pais tomam decisões juntos, como se casados fossem.

Para Ana Maria Milano Silva (2008, p. 122) na guarda única os pais continuam exercendo o poder familiar, porém com algumas ressalvas:

(...) na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Vale dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há, efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores.

Podemos concluir que, no modelo de guarda compartilhada ocorre uma melhor divisão de tempo de convívio e de responsabilidade entre os genitores com os filhos, sendo que ambos participam efetivamente da vida dos filhos.

Diferentemente com o que ocorre na guarda única, onde caberia ao genitor não guardião somente o direito de visitas, fiscalização e pagamento de alimentos.

4.6 A Guarda Compartilhada: A Socioafetividade e a Multiparentalidade

As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 nos fizeram entender que apesar do fator biológico ainda estar presente no conceito de família, há outro fator relevante que se inclui nas famílias contemporâneas que é o afeto.

Tamanha é a relevância da afetividade que a Constituição Federal em seu artigo 226 estendeu o conceito de família, considerando também aquela constituída fora do casamento, assim como as constituídas por um dos genitores e sua prole decorrente do divórcio, união estável, ou ainda pela adoção por casais hetero e homoafetivos ou inseminação artificial.

O que se leva em consideração é o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que diante as várias mudanças ocorridas no direito de família, a tutela do Estado voltou-se para a realização e felicidades das pessoas que integram a família, não mais o patrimônio.

O artigo 1.583 do Código Civil dispõe que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem". Entende-se que o termo "outra origem" diz respeito ao parentesco sócio afetivo.

Nesta classe incluem-se, também, as relações de parentesco oriundas das inseminações artificiais heterólogas, do reconhecimento voluntário, da adoção simulada ou adoção "a brasileira", da própria adoção judicial, dos filhos de criação, de todas aquelas que caibam na noção de posse de estado de filho. (GRISARD FILHO, 2010, p.122).

Dessa forma, com a nova estrutura da família brasileira que passou a dar maior importância aos laços afetivos, agora não mais deve ser levado em consideração somente a genética na relação de pais e filhos, mas também o sentimento de afeição.

Segundo BOEIRA (1999, p. 54 apud MADALENO FILHO, 2011, p. 471):

A própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos de paternidade.

O Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários - CEJ - dispõe que: "Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil", reconhecendo o afeto como forma de constituição de parentalidade.

No mesmo sentido, o enunciado 519 da V Jornada de Direito Civil do CEJ "Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais".

De acordo com Orlando Gomes (1999, p. 324), a posse de estado de filho se caracteriza nas seguintes circunstâncias:

- a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores;
- b) ter concebido continuamente o tratamento de filho legítimo;
- c) ter sido constantemente reconhecido pelos presumidos pais e pela sociedade como filho legítimo.

A essas circunstâncias, a doutrina chama de *nomem*, quando a pessoa traz o nome do pai, *tractus* quando a pessoa é tratada na família de filho e *fama* quando é reconhecida pelos presumidos pais e pela sociedade como filho legítimo.

De acordo com Rolf Madaleno (2011, p. 471):

Não obstante a codificação em vigor reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada posse do estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial.

Nos dizeres de CASSETARI (2014, p.37):

(...) tais requisitos da posse do estado de filho não são exclusivos da parentalidade socioafetiva, mas, também da biológica, haja vista que os pais biológicos devem tratar seus filhos como se fossem, também, socioafetivos, dando-lhes afeto, dirigindo-lhes a educação, ou seja, conjugando *nomem*, *tractus* e *fama*, adotando-os de coração.

Entende o autor que a parentalidade socioafetiva, configura-se pelo laço de afetividade, levando-se em conta o amor, o indivíduo e a relação, bem como o tempo de convivência das partes e o sólido vínculo afetivo.

Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 413), define a paternidade sócio-afetiva como aquela que "se funda na construção e aprofundamento dos vínculos afetivos entre o pai e o filho, entendendo-se que a real legitimação dessa relação se dá não pelo biológico, nem pelo jurídico. Dá-se pelo amor vivido e construído por pais e filhos".

Feitas as considerações sobre a socioafetividade, passamos a analisar quanto à multiparentalidade e a guarda compartilhada com relação aos filhos socioafetivos.

Com as inovações do direito de família onde se voltou à proteção das pessoas e não mais do patrimônio, necessário de faz o reconhecimento das relações interpessoais existentes na sociedade para que se possa, nessas relações, dar amparo jurídico de forma a efetivar os direitos das pessoas envolvidas.

O § 2º, inciso I do artigo 1.583 e § 5º do artigo 1.584 do Código Civil que trata da proteção dos filhos, trazem como condição o afeto para o exercício da guarda unilateral ou compartilhada, vejamos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(...)

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

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

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

(...)

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

Como estudamos alhures, a relação pai e filho, necessariamente, não ocorre apenas do vínculo biológico, mas também do afeto. Dessa forma, entende-se que a criança ou adolescente pode conviver com a paternidade biológica em conjunto

com a paternidade socioafetiva. É o caso da genitora ou genitor divorciado que vive em união estável ou em matrimônio com outra pessoa.

Esse modelo de família é identificado pela doutrina de família reconstituída, na qual é formada por pares onde um ou ambos tiveram casamentos ou uniões anteriores trazendo para a nova entidade familiar os filhos do antigo relacionamento.

Neste caso, cria-se entre padrasto/madrasta um vínculo socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e de cuidado que se perdura ao longo da vida, podendo ainda ocorrer a adoção unilateral por parte daquele que não tem laços sanguíneos.

As famílias reconstituídas abarcam as uniões advindas da viúves, os divorciados com filhos do relacionamento anterior bem como a união de pessoas de famílias monoparentais.

O companheiro ou cônjuge é unido aos parentes do outro pelo parentesco por afinidade. Portanto, o companheiro ou cônjuge e a prole do outro são parentes afins.

Destarte, durante a constância do casamento, união estável ou união homoafetiva, assim como o genitor guardião, o pai ou a mãe-afim, possuem a guarda de fato da prole-afim.

Desta feita, quando da dissolução da família reconstituída por morte do genitor que possua a guarda unilateral de seus filhos da união anterior, deve-se primar pelo melhor interesse da criança, pois, caso tenha a criança convivido muitos anos com o pai ou mãe-afim não seria conveniente modificar a guarda, sob pena de trazer sérios prejuízos, principalmente se houverem filhos em comum dessa união.

No entanto, todo o contexto deve ser analisado, pois nada impede que a guarda seja compartilhada entre o genitor biológico supérstite e o pai ou mãe-afim.

Em 2013 o Conselho Nacional de Justiça, aprovou a Resolução 175 proposta pelo Ministro Joaquim Barbosa determinando aos cartórios do Brasil que registrassem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como convertessem em casamento as uniões estáveis homoafetivas.

Em consequência disso, não há óbice que a criança ou adolescente seja adotado por casais homossexuais, embora, mesmo antes da aprovação da Resolução 175, os tribunais já vinham decidindo neste sentido.

Maria Berenice Dias (2009, p. 340), afirma que:

Diante a maior visibilidade e melhor aceitabilidade dos vínculos familiares formados por pessoas do mesmo sexo, passou-se a admitir a possibilidade da adoção, a ser deferida ao companheiro do genitor (CC 1.626 parágrafo único). Para a identificação do vínculo parental, basta questionar se goza a criança da posse do estado de filho. Reconhecida a existência de uma filiação socioafetiva, com relação aos dois parceiros, imperativo afirmar a possibilidade - ou melhor, a necessidade - de ambos, ainda que sejam do mesmo sexo, estabelecerem um vínculo jurídico visando, principalmente, à proteção de quem, afinal, é filho dos dois.

Conclui-se, portanto, que com relação a guarda de filhos nas relações homoafetivas, o entendimento é que poderá haver o compartilhamento da guarda dos filhos biológicos e afetivos.

Apesar do artigo 1.583 do Código civil, restringir o exercício da guarda compartilhada aos pais, tal restrição não deve prosperar, haja vista que visando o melhor interesse do menor e pela interpretação do parágrafo 5º do artigo 1.584 do mesmo diploma legal o juiz poderá conceder a guarda à pessoa diversa.

Em 2010 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deferiu a guarda compartilhada de uma menor para a avó e o tio paterno, confirmando desde então, a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada a terceiros.

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA).

Sendo assim, os direitos e deveres dos pais não se restringem aos laços de sangue, mas aos laços socioafetivos que podem ser desempenhados por terceiro, mesmo que este não seja parente consanguíneo e que seja reconhecida a multiparentalidade.

No passado o entendimento de nossa jurisprudência era no sentido de que a uma filiação se sobrepuja a outra. Nos dias atuais, com o reconhecimento da multiparentalidade esse conceito foi ultrapassado, pois a filiação biológica e a socioafetiva estão em igualdade.

4.7 Alienação Parental, Guarda Compartilhada e sua Aplicabilidade

A família é considerada constitucionalmente a base da sociedade tendo o Estado que fornecer subsídio para mantê-la íntegra e forte. Porém, cada vez mais comum, ocorrer a ruptura do matrimônio, e conseqüentemente a destituição do ambiente familiar.

Com o fim da sociedade conjugal, como já vimos, o poder familiar permanece. No entanto, modifica o convívio dos filhos com os pais, e visando o melhor interesse do menor, sua guarda precisa ser regulamentada, seja ela de forma unilateral ou compartilhada.

Na maioria das vezes um dos cônjuges inconformado com a separação, utiliza-se de falsas memórias para afastar o filho do outro genitor. Ato praticado, normalmente, por aquele que não possui a guarda, configurando a alienação parental.

De acordo com Rolf Madaleno (2011, p. 448), a síndrome de alienação parental (SAP), "é geralmente alimentada pelo ascendente guardião, que projeta na criança ou adolescente os seus sentimentos negativos, de indignação e de rancores do ex-parceiro".

O desejo do genitor alienante, aquele que possui a guarda do filho, é destruir a relação existente entre o genitor alienado e o filho.

Sobre o assunto, Maria Berenice Dias (2009, p. 418), assevera que:

Nada mais do que uma "lavagem cerebral" feita pelo genitor alienador no filho, de modo a denegrir a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho.

A síndrome de alienação parental "foi percebida pelo psiquiatra americano Richard A. Gardner em processos de guarda, quando o cônjuge na posse do filho desencadeia uma alienação obsessiva e está empenhado em desaprovar a aproximação do genitor visitante...". (MADALENO, 2011, p. 448).

No Brasil a alienação parental é regulamentada pela Lei 12.318/2010, onde em seu artigo 2º traz o conceito de atos de alienação parental e em seu parágrafo único traz um rol exemplificativo desses atos.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

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

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

Ao perceber a presença de atos de alienação parental e levada essa notícia ao poder judiciário, o juiz determinará medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psicológica do menor e se for o caso assegurar sua convivência com o genitor alienado, podendo até decidir pela inversão da guarda com o intuito de restabelecer as relações entre pai e filho.

Importante é que as pessoas envolvidas numa dissolução conjugal compreendam que a separação, o divórcio ou a dissolução de união estável põe termo à conjugalidade, jamais à parentalidade. (PINHO, p.147).

A doutrina entende que o instituto da guarda compartilhada é um obstáculo à alienação parental, na qual permite a preservação das relações parentais.

O entendimento é que o referido instituto garante ao menor a presença ativa de ambos os genitores em sua vida, pois, diferentemente do que ocorre na guarda unilateral, pai e mãe exercem de forma contínua e em conjunto a paternidade responsável sobre os interesses do menor.

Desta feita, o instituto da guarda compartilhada pode ser um instrumento de combate a atos de alienação parental que aliada com as providências trazidas pela Lei 12.318/10 pode amenizar o sofrimento do menor diante a destituição da convivência conjugal.

5 DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Atualmente a tarefa de interpretar o direito se tornou muito complexa, visto que este não pode ser interpretado somente do ponto de vista material. Na sua aplicação deve se levar em conta a relevância social daquela norma jurídica.

Seria muito difícil resolver todos os conflitos sociais baseando-se somente na norma escrita, por isso devemos fazer interpretações subjetivistas, avançando assim os limites normativos da justiça.

É nesse sentido que ao aplicar normas referentes a direito de família, o magistrado deve sempre buscar o que chamamos de melhor interesse do menor, princípio que é aplicado, não só nas questões da guarda unilateral, mas também nas que tratam sobre a guarda compartilhada.

5.1 Princípios Norteadores da Guarda Compartilhada

Com o implemento do instituto da guarda compartilhada, o que se deve levar em consideração é o desenvolvimento integral dos filhos, no intuito de evitar o distanciamento entre pais e filhos provocado pela separação do casal. O objetivo é garantir aos pais o acompanhamento contínuo no crescimento do filho de modo que atenda o melhor interesse da criança bem como a convivência entre eles que é imprescindível para o seu bom desenvolvimento.

Os princípios somente estabelecem razões e diretrizes, não impõe ou define algo como é o caso da lei. Visa somente orientar o interprete qual direção seguir.

5.1.1 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Acompanhando a evolução do direito de família, percebemos que houve uma "inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como na separação de casais" (LOBO, 2011, p. 75).

O antigo pátrio poder existia em função do pai e nas separações dos casais o interesse do filho era irrelevante, enquanto que o atual pátrio poder, que hoje é denominado de poder familiar, existe em função e no interesse do filho. E diante a ruptura conjugal, qualquer decisão sempre deve ser tomada observando o melhor interesse do filho.

Assim, no modelo de família moderna, os direitos assegurados constitucionalmente aos menores predominam em relação aos direitos dos genitores, ou seja, os direitos dos filhos são necessariamente mais valorados do que os deveres dos pais. Porém, nunca se deve esquecer as limitações que devem ser impostas a uma criança em desenvolvimento psíquico e moral.

O artigo 227 da Carta Magna traz os direitos fundamentais dos menores, dando a eles prioridade absoluta na ordem jurídica:

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

Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem origem no conceito de que o Estado pode assumir a autoridade sobre o menor quando seus genitores estão total ou parcialmente impedidos ou impossibilitados de exercer o pátrio poder. Com isso, quando o Estado toma para si o exercício dessa autoridade, tem ele, o dever de manter o bem estar do menor.

O artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, "o interesse maior da criança".

Porém, o que se percebe ao longo do tempo é que a criança, como bem pontua Rodrigo da Cunha Pereira, vem se tornando "moeda de troca" dos pais em processos judiciais. De forma que a "ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental". Tanto que dissociou a culpa da guarda de filhos, ou seja, mesmo o cônjuge "declarado culpado" pode ser quem se encontra mais apto para cuidar dos filhos. (PEREIRA, 2012, p. 156).

Tem-se que com o divórcio dos pais, nada deveria ser alterado na relação pai/mãe e filhos, porém, na maioria dos casos a tendência é o distanciamento dos filhos com aquele que não detenha a guarda, ato esse que certamente não atende o princípio do melhor interesse do menor.

Para amenizar o sofrimento dos filhos diante a ruptura conjugal, apesar de ainda ser bastante discutida, a guarda compartilhada, segundo a doutrina, seria uma proposta de modo a atender o melhor interesse do menor, haja vista que as decisões importantes relativas à vida dos filhos serão tomadas por ambos os genitores, mesmo com o fim da sociedade conjugal.

Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 157), assim pondera:

O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste ínterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. Esses deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do CC, por serem atributos inerentes ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores - desde que a convivência entre eles seja saudável, isto é, que não exista nada que o desabone. Portanto, a finalidade da guarda compartilhada já estaria resguardada pelo Código Civil, por intermédio do dispositivo supracitado e que vão ao encontro também do princípio da igualdade entre os pais.

Cabe ainda destacar que, a guarda compartilhada, atendendo ao princípio do melhor interesse do menor, também atende aos princípios deste decorrente, qual seja, o princípio do direito a convivência familiar e o da igualdade entre homem e

mulher, sendo que ambos estão esculpidos expressamente no corpo da Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

Essas mudanças na legislação moderna enriquecem e incentivam o modelo de guarda objeto desse trabalho, haja vista que, para a efetivação dessa modalidade necessária se faz a divisão das responsabilidades referente aos filhos, bem como a cooperação dos genitores.

Pela leitura do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, podemos concluir que o Código Civil estabelece como regra/imposição a guarda compartilhada, porém, os tribunais têm decidido por não aplicar a guarda compartilhada compulsória quando casais não têm diálogo entre si.

Nesse sentido tem entendido nossos tribunais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE GUARDA DE MENOR - GUARDA COMPARTILHADA - RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES - IMPOSSIBILIDADE - RISCO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE TUTELA O MELHOR INTERESSE DO INFANTE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ÁRTS. 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos. Apelação Cível n. 1.0775.05.004678-5/001. 5ª Câmara Cível, TJMG. Relator: Dorival Guimarães Pereira. Julgado em 07/08/2008.

Diante a impossibilidade da aplicação da guarda compartilhada, aplicada será a guarda unilateral prevista no artigo 1.583, § 2º, com a ressalva que em relação a esta modalidade deve ser deferida a quem tem melhores condições de exercê-la.

Mencionado dispositivo em obediência a Constituição Federal vem nada mais, nada menos que consagrar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como faz também o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Portanto, cabe ao juiz analisar de acordo com o caso concreto, quais são os interesses primordiais do menor, visto que não estão todos expressos no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale lembrar, que "garantir o melhor interesse da criança é, também, romper todas as barreiras de preconceitos que possam, porventura, existir, evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor." (PEREIRA, 2012, p. 158).

O referido autor narra como exemplo, o ocorrido com o filho da cantora Cássia Eller, que com sua morte iniciou-se uma disputa pela tutela de seu filho entre o avô materno e sua companheira Maria Eugênia, tendo em vista que o pai da criança também era falecido.

Levando em consideração o princípio do melhor interesse do menor, o juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, Leandro Castro Gomes, depois de ouvido o menor, as partes e testemunhas, optou por conceder a guarda provisória à Maria Eugênia com quem convivia diariamente e mantinha o vínculo familiar a conceder para o avô que era distante.

Muitos outros casos semelhantes a este, visando o princípio do melhor interesse do menor, vem sendo decidido da mesma forma.

5.1.2 Princípio da convivência familiar

Como direito fundamental, e constitucionalmente previsto, o princípio da convivência familiar é de extrema relevância quando aplicado em favor da criança e do adolescente.

Com a Constituição Federal de 1988, que trouxe a igualdade de direitos entre homem e mulher, pai e mãe são iguais perante a lei, portanto, ambos podem exercer iguais poderes sobre os filhos. Assim, o fim da sociedade conjugal não pode prejudicar a convivência familiar do menor, sendo que uma boa convivência com os pais traz a este benefícios no desenvolvimento moral e psicológico.

Por tais razões, é que a Magna Carta assegura o direito do menor a convivência familiar.

Neste sentido o artigo 9.3 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece que nos casos de pais separados, a criança tem direito "manter

regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

O direito a convivência familiar não se restringe apenas aos pais e filhos, estende-se aos avós, tios, enfim todos os integrantes da família.

Sobre o tema Paulo Lobo (2011, p. 74), aduz que:

O direito de convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido a família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de família, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.

Conclui-se, portanto, como bem coloca Paulo Lobo (2011, p.75) que "o direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear", vai além da relação de pais e filhos, trata-se de um direito amplo que se estende também por aqueles a quem tem afeto.

O direito a convivência familiar, é uma garantia constitucional prevista no artigo 227, direito esse assegurado a criança para que ela tenha uma vida saudável, digna e, para que isso ocorra com maior eficácia diante a ruptura da sociedade conjugal, necessário que se estabeleça a guarda compartilhada de forma a evitar que as decisões particulares afetem o bom desenvolvimento da criança.

5.2 A efetivação da Guarda Compartilhada

Com o advento da Lei 11.698/08, o instituto da guarda compartilhada se incorporou ao ordenamento jurídico pátrio, alterando o Código Civil de 2002, sendo aceito pela Constituição Federal de 1988 como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para que a referida modalidade se efetive é necessário que verifique alguns requisitos, sendo função do juiz analisar de acordo com o caso concreto.

Portanto, apesar da legislação se expressar no sentido de que a guarda compartilhada deve ser aplicada sempre que possível, como forma de imposição quando não há acordo entre as partes, é o juiz quem tem a discricionariedade de aplicar ou não, tendo em vista o princípio do melhor interesse do menor.

Assim, ao analisar o caso concreto, o juiz poderá aplicar a guarda compartilhada, desde que essa decisão traga benefícios ao menor, ou seja, que atenda o melhor interesse da criança, ou poderá ele optar por não aplicar a guarda compartilhada caso vislumbre que esta trará algum tipo de problemas emocionais ou psíquico.

É certo que o acordo entre as partes é mais vantajoso que a imposição do juiz, visto que traz muito mais benefícios aos pais e a prole, evitando assim, que a decisão seja dada por um estranho, ou seja, pelo juiz, pessoa que conhece superficialmente a relação entre os cônjuges e entre pais e filhos.

5.3 A Guarda Compartilhada e a Fixação de Alimentos

O instituto da guarda compartilhada gerou discussões quanto a fixação de alimentos destinados aos filhos diante o fim da sociedade conjugal. No entanto, pela interpretação da lei, esta dúvida foi suprida pela doutrina e jurisprudência no sentido de que a aplicação do referido instituto não exonera os genitores da obrigação alimentar.

O dever de assistir, criar e educar os filhos menores é um dever constitucional. O divórcio põe fim a convivência conjugal e conseqüentemente aos deveres dele decorrente, não aos deveres decorrentes do poder familiar. Deveres estes que não se modifica com o divórcio e tampouco com a nova união de um ou ambos os genitores.

Assim, como impõe o artigo 1.703 do Código Civil, ambos os genitores devem contribuir para o sustento dos filhos de acordo com a possibilidade do alimentando e a necessidade do alimentado e da mesma forma ocorre quando da aplicação da guarda compartilhada.

Quando se fala em alimentos na guarda compartilhada, não significa que vai ser estabelecido valor fixo, significa dizer que os genitores vão dividir os encargos de criação e educação dos filhos comuns de acordo com a possibilidade de cada um.

O que se percebe é que na guarda compartilhada há uma participação diária de ambos os guardiões não só na convivência física, mas também na manutenção dos filhos.

5.4 A Mediação como Instrumento para Efetivação da Guarda Compartilhada

A lei 11.698/08 institui a guarda compartilhada com o objetivo de que o exercício do poder familiar, mesmo após a separação do casal, visando sempre o bem estar dos filhos em comum, seja de responsabilidade de ambos.

Muitos casais acabam por não aceitar a aplicação do instituto tendo em vista os conflitos existentes entre eles. Mesmo os operadores do direito, pensando no bem estar do menor, deixam de aplicar a guarda compartilhada quando percebem que não há um mínimo de respeito entre os genitores, o que acaba prejudicando a relação entre eles e os filhos.

A aplicação do instituto da guarda compartilhada viabiliza a presença de ambos os pais na vida do filho, mantendo a convivência e os laços de afeto entre eles.

No entanto, diante a dificuldade encontrada em manter a convivência e o afeto entre pais e filho após a ruptura conjugal, união estável ou união homoafetiva, seria de grande valia utilizar-se da mediação familiar para solucionar os conflitos existentes entre as partes, de modo a restabelecer o diálogo e respeito entre eles.

Paulo Lobo (2011, p 220) assim conceitua mediação familiar:

A mediação, enquanto técnica de resolução de conflitos, baseia-se na interdisciplinariedade, valendo-se de vários conhecimentos (Psicologia, Psicanálise, Direito, Sociologia, Antropologia, entre outros), e não é aplicável somente aos problemas familiares, mas também a qualquer conflito de natureza humana, não importando o grau de complexidade, podendo ou não estar relacionado com um processo judicial.

Wladyr Grisard Filho (2002, apud LOBO, 2011, p.221) elucida que:

(...) é um método por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, ajuda as partes envolvidas em um conflito a restabelecer a comunicação para que possam construir um acordo reciprocamente satisfatório, que ponha termo às divergências, conferindo uma certa ordem ao caos. A palavra conflito, que aparece no conceito, é frequentemente utilizada no discurso psicológico para se referir a uma realidade intrapsíquica, porém, quando pertinente ao campo da mediação, diz respeito exclusivamente às diferenças interpessoais. O terceiro, referido na noção, neutro e imparcial, é o mediador, pessoa que, para além da sua formação de base (Direito, Psicologia etc.), possui uma formação específica em mediação e auxiliar as partes na obtenção de um acordo através da confrontação e da negociação e auxilia as partes na obtenção de acordo através da confrontação e da negociação dos pontos divergentes, na perspectiva da autocoposição do litígio e da responsabilização de seu cumprimento.

De modo geral, a mediação nada mais é do que um método alternativo de solução dos conflitos, onde o mediador, terceiro desinteressado, com capacidades técnicas e devidamente preparado, conduz as partes a uma solução autocompositiva do conflito.

A mediação tem o condão de reconstruir as relações entre os genitores que se desgastaram ao longo do tempo por desavenças, divergências de ideias, refazendo os laços afetivos e o diálogo entre as partes para, enfim, transformar os pontos divergentes em comum e conseqüentemente efetivar a guarda compartilhada dos filhos.

Comentando sobre esse fenômeno, ponderam os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 23-24):

Sem qualquer dúvida, a mediação é instrumento indicado para os conflitos de Direito de Família, servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliar à deliberação de decisões mais justas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados (...). Outrossim, a variada carga de conflitos humanos (afetivos, sexuais, emocionais...) que marca, particularmente, o Direito de Família e, ao mesmo tempo, a proteção constitucional da privacidade de cada uma das pessoas envolvidas, são argumentos fortes para o uso da mediação familiar. Em determinados conflitos (como relativos à guarda e visitação de filhos), a mediação familiar se apresenta com resultados amplamente favoráveis às partes e ao Judiciário, uma vez que ao indicar um perito para ter contato com as partes o magistrado sairá da rigidez da ciência jurídica e considerará as partes como seres em conflito, esvaziando a disputa inesgotável do perde/ganha.

Conclui-se que, diante do conflito vivenciado pelos genitores, que pode resultar tanto de uma dissolução da união estável, da união homoafetiva ou do divórcio,

a mediação deve ser posta como forma alternativa, com o objetivo de aplicar a guarda compartilhada, pois, com isso proporcionaria a convivência harmônica entre pais e filho, evitando ainda, o fenômeno da alienação parental. No entanto, sendo infrutífera a mediação e visando o melhor interesse da menor, viável seria a aplicação da guarda unilateral.

É evidente que para o alcance satisfatório da mediação e conseqüentemente a aplicação da guarda compartilhada, necessário a participação de profissionais que tenham conhecimentos técnicos como, por exemplo, operadores do direito, psicólogos e assistentes sociais.

No mesmo raciocínio sintetiza Paulo Lôbo (2011, p. 201-202):

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho (...). O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar ou definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição. Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza.

Desta forma, a mediação familiar visa promover o acordo da guarda compartilhada e está vinculada aos princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança, haja vista que esta tem o direito de conviver com seus genitores mantendo contato direto.

Importante mencionar que a mediação familiar é um tema recente, ainda não regulamentado em nosso ordenamento jurídico. Porém, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº. 4.827/1998 para que seja instituída em nosso ordenamento jurídico brasileiro a Mediação de conflitos. Com a leitura do preâmbulo da Constituição Federal, entende-se que o termo "solução pacífica de conflitos", assegura a utilização da mediação para solucionar os conflitos no Brasil. De forma que a mediação vem sendo aplicada na prática.

O entendimento é que para que seja aplicado o instituto da mediação é preciso que as partes voluntariamente expressem o desejo de que sejam auxiliados pelo mediador.

Segundo Vezzula (2011 apud OLIVEIRA, 2013):

A mediação é voluntária porque só pode ocorrer se as partes aceitarem expressamente, são elas que decidem esse caminho, quando inicia e quando interrompe. Como dito anteriormente, o mediador somente auxilia os envolvidos a buscarem a melhor solução consensual.

Nesse mesmo sentido a assistente social Eliedite Mattos Ávila (2004 apud OLIVEIRA, 2013), preceitua que "o casal em conflito solicita ou concorda que uma terceira pessoa participe da mediação".

Desta forma, a aplicação da mediação nos conflitos entre casais que decidem não mais conviver sobre o mesmo teto, é uma alternativa que pode ser oferecida as partes para que possam dirimir as divergências existentes entre si, e a partir daí, visando sempre o melhor interesse dos filhos menores, conceder a guarda compartilhada ao casal.

5.5 A Guarda Compartilhada como Imposição do Juiz

Quando ambos os genitores, após a dissolução da união estável ou do divórcio não entram em um acordo de qual modalidade de guarda será adotada em relação à prole, a legislação prevê que seja adotada por imposição a guarda compartilhada.

Embora o artigo 1.584, § 2º do Código Civil prevê a possibilidade do magistrado aplicar a guarda compartilhada, o entendimento é que tal imposição não protege o interesse do menor.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 600) ensinam:

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz “impor” o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos. Por isso, somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida.

A doutrina entende não ser possível a guarda compartilhada por imposição do magistrado, afirmando que para que esta atenda sua finalidade é necessário o consenso, conforme leciona Rolf Madaleno (2008, p. 276), em seu Curso de Direito de Família:

(...) apenas é factível a guarda compartilhada por consenso, nos processos amistosos de separação judicial, divórcio, dissolução de união estável ou cautelar de guarda, eis que apenas por consenso e consciência dos pais será possível aplicar a custódia compartilhada, e de todo inviável no litígio, com os pais em conflito, porque atentaria contra a saúde psicológica e emocional da prole, perdendo os filhos seus valores, suas referências, causando problemas reais de adaptação, ficando eles perdidos em um mundo de disputa insana e de dupla autoridade dos pais, que só terão olhos para construir uma relação de amor unilateral dos filhos, para compensar o abandono sofrido pela ausência daquele amante e co genitor, que deixou de coabitar em seu desiludido e sofrido coração.

No mesmo sentido tem decidido nossos Tribunais:

Ementa: DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. FILHO MENOR. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 2. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos; mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida 3. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do alimentado, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70059147280, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/04/2014)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE GUARDA DE FILHO - PEDIDO LIMINAR DE GUARDA COMPARTILHADA - REQUISITOS AUSENTES - RECURSO DESPROVIDO

- Sendo a relação dos pais conflituosa e apresentando divergências quanto a aspectos importantes da educação do menor, é contraindicada a guarda compartilhada, devendo esta ser exercida unilateralmente pelo genitor que revelar melhores condições de atender aos interesses dos menores.
 - A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida consensualmente por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv. 1.0470.13.008000-0/001, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/06/2014, publicação da súmula em 11/06/2014).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR - Procedente a ação em primeira instância para outorga da guarda ao genitor - Apelação interposta pela mãe postulando a fixação de guarda compartilhada - Prova a demonstrar que melhor assistência ao menor é provida pelo pai - Dispensa da realização de prova testemunhal e de depoimentos pessoais não caracterizadora de cerceamento de defesa - Inviabilidade da guarda compartilhada, diante da relação conflituosa entre os pais - Negado provimento ao recurso.(TJSP -Apelação nº 9286180-04.2008.8.26.0000. Relatora: Viviani Nicolau, 9ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 18/11/2008).

Ocorre que, se seguido rigidamente o disposto na legislação, mais expressamente o que nos diz o artigo 1.584, em seu § 2º, do Código Civil, desde que atenda as necessidades da prole o juiz pode decretar de ofício a guarda compartilhada, mesmo que os pais estejam nitidamente em conflito.

Porém, entendemos que o referido instituto só atingirá o seu fim se houver consenso dos genitores, tendo estes um mínimo de convivência para discutir as decisões que devem ser tomadas com relação à criação, educação, e outros interesses dos filhos.

Portanto, conforme se verifica nos julgados acima transcritos que, a guarda compartilhada só funcionará satisfatoriamente beneficiando e atendendo ao princípio do melhor interesse do menor quando não for imposta pelo magistrado, mas sim, quando for o desejo de ambos os genitores.

5.6 A Nova Lei da Guarda Compartilhada - Lei 13.058/14

Com a aprovação da Lei 11.698/08 esperava-se sanar as divergências existentes sobre o instituto da guarda compartilhada. Porém, persistindo interpretações

contrárias ao verdadeiro sentido do instituto no tocante à sua aplicação, foi recentemente aprovada a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014.

Referida lei traz alterações nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil de 2002, tendo em vista a interpretação equivocada da expressão "sempre que possível" do § 2º do artigo 1.584.

A interpretação da Lei 11.698/08 que os operadores de direito tinham, era que a guarda compartilhada, compreendida como exceção, só era concedida nos casos de separação em que os pais tivessem bom relacionamento, caso contrário aplicava-se o que era compreendido como regra, ou seja, a guarda única.

Com a nova lei, a guarda compartilhada deixa de ser exceção para se tornar a regra, isto é, nos casos de separação do casal será imposta a guarda compartilhada dos filhos em comum, salvo, se um dos pais declarar ao juiz que não deseja a guarda compartilhada ou se por algum motivo o juiz verificar que não tenha condições de exercer o poder familiar.

O objetivo na nova lei é garantir a divisão equilibrada das responsabilidades e de tempo de convivência com cada um dos pais, de forma que ambos decidam conjuntamente o que é melhor para seus filhos, como por exemplo, qual escola vão estudar, qual ambiente poderão frequentar, religião, enfim, tudo que diz respeito aos menores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou abordar a guarda compartilhada de menores, decorrente do rompimento da sociedade conjugal, da união homoafetiva e da união estável.

Como pudemos observar, a evolução da sociedade vem fazendo o direito de família passar por grandes transformações.

É certo que após a Constituição Federal de 1988, a entidade familiar não é mais a mesma, haja vista que a proteção constitucional, acompanhando a evolução da família, trouxe respostas concretas à atual realidade, entre elas, a inserção da mulher no mercado de trabalho trazendo a igualdade entre homem e mulher. Em razão disso, o poder familiar deixou de ser concentrado somente na figura do pai para ser exercido por ambos os genitores.

Desta feita, com o fim da sociedade conjugal, da união estável ou da união homoafetiva, necessário se faz a fixação da guarda dos filhos, seja ela unilateral, onde os filhos ficam com um dos genitores e o outro com o direito de visitas em data estabelecida, seja ela compartilhada, onde não há divisão rígida do tempo em que o menor passará com cada um dos pais, não havendo também alternância de guarda e de lares. Neste caso a residência é única, na qual a criança residirá efetivamente com apenas um dos genitores, havendo somente uma relação mais próxima com o outro genitor, ou seja, na guarda compartilhada não se compartilha a posse, mas sim a responsabilidade pela educação, formação, saúde e bem estar da criança.

Vários são os traumas causados em consequência da ruptura conjugal, principalmente com relação aos filhos, que na maioria dos casos, estes são usados como escudo nos conflitos entre os genitores e, para amenizar estes traumas, foi instituída a Lei 11.698/08, que trata da guarda compartilhada, porém, a doutrina e jurisprudência, há tempos, vinha adotando o referido instituto.

Muitas discussões ainda existem acerca da aplicabilidade da guarda compartilhada, dentre elas, a possibilidade da imposição do instituto quando os genitores não chegam a um acordo de quem fica com a guarda dos filhos, outro questionamento seria sobre a aplicação da guarda compartilhada quando existem

conflitos entre os genitores, e ainda, da aplicação da guarda nos casos das famílias multiparentais, bem como nos casos do fim do relacionamento homoafetivo quando há adoção de filhos.

Conclui-se, portanto, diante a pesquisa realizada, que a questão da imposição da guarda compartilhada pelo juiz, já é tema superado pela doutrina e jurisprudência, devendo este analisar o caso concreto e, caso verifique, que ainda persistem as divergências entre os pais deve-se descartar a aplicação da guarda compartilhada e conceder a guarda unilateral àquele que melhores condições oferecer, tendo em vista o melhor interesse do menor.

Com intuito de sanar as diferenças do casal, pode ser realizada a mediação familiar, onde uma pessoa desinteressada tenta solucionar os conflitos existentes entre as partes de modo a restabelecer o diálogo e respeito entre eles para enfim, conceder a guarda compartilhada dos filhos.

Porém, recentemente entrou em vigor a Lei 13.058/14, que veio sedimentar a aplicação do instituto da guarda compartilhada. O que antes era uma exceção, agora passou a ser a regra, ou seja, nos casos de separação do casal, a guarda compartilhada deve ser aplicada, mesmo havendo conflitos entre o casal.

Para a família brasileira nos dias atuais, deve-se dar maior importância aos laços afetivos e não à genética somente, pois a relação entre pais e filhos não ocorre apenas do vínculo biológico, mas também do afeto. Assim, com o término da sociedade conjugal ou da união estável, visando o interesse dos filhos, a guarda compartilhada deve ser aplicada.

Deste modo, também é o caso dos casais homoafetivos que tem filhos afetivos ou afetivo/biológico, quando da ruptura da relação, há possibilidade da aplicação da guarda compartilhada, sempre visando o princípio do melhor interesse do menor e da convivência familiar.

Por fim, verifica-se que a guarda compartilhada de menores, decorrente do rompimento da sociedade conjugal, da união homoafetiva e da união estável visa proporcionar uma aproximação entre pais e filhos, seja biológico ou afetivo além de afastar os prejuízos de ordem psíquica e moral provocados pela Síndrome da Alienação parental, ato que ocorre na maioria dos casos onde é fixada a guarda unilateral.

Assim, como medida da mais pura justiça, deverá ser analisado o melhor interesse do menor e do adolescente e não os interesses dos genitores, seja aplicada a guarda unilateral, seja aplicada a guarda compartilhada.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva**, 1999. In: MADALENO FILHOS, Rolf. Curso de Direito de Família. 4ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Guarda Compartilha em oposição à Guarda Unilateral**. Disponível em http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf. Acesso em 25/08/2014.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos – Na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASSETTARI, Christiano. **Mutiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES. Marianna. **A Criança e o Adolescente e o Parentesco por Afinidade nas Famílias Reconstituídas**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17987/a-crianca-e-o-adolescente-e-o-parentesco-por-afinidade-nas-familias-reconstituidas/2>. Acesso em 14/10/2014.

_____. **A Guarda Compartilhada e as Famílias Homoafetivas**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17988/a-guarda-compartilhada-e-as-familias-homoafetivas/2>. Acesso em 02/10/2014.

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Guarda unilateral e síndrome da alienação parental. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3583, 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24254>>. Acesso em: 29/08/2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda Compartilhada: Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008**. Campinas: LZN, 2008.

GESSE, Eduardo. **Guarda da Criança e do Adolescente: Conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada um delas**. Presidente Prudente-SP, 2001. Disponível em: <http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/2.pdf>. Acesso em 15/09/2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas: Novas uniões depois da separação**. 2ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

_____. **GUARDA COMPARTILHADA: Quem melhor para decidir a respeito?**
Disponível em <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm>. Acessado em 03/10/2014.

_____. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.**
São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos: os conflitos no exercício do poder familiar.** São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Do poder familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006.
Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 22/11/2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de Direito de Família.** 4ª ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MÉNDEZ COSTA, Maria Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de Familia.** Tomo III. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

OLIVEIRA, Teresa Cristina Ferreira de. **Mediações interdisciplinares em famílias em situação de conflito pela guarda dos filhos** . Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3523, 22 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23793>>. Acesso em: 10/01/ 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Ana Carla. **A Alienação Parental e a Guarda Compartilhada como Forma de Prevenção**. Disponível em http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/1639/1150. Acesso em 15/10/2014.

REIS, Daniele Almeida Molina Herrera. **Guarda Compartilhada**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Civil e Processo Civil) - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2014.

RESOLUÇÃO do CNJ obriga os cartórios de todo o país a converterem a união estável homoafetiva em casamento. Instituto Brasileiro do Direito de Família - IBFAM. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5031/novosite#.Ur8-49JDURH>. Acesso em 10/10/2014.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei Sobre a Guarda Compartilhada**. 2ª ed. São Paulo. J.H. Mizuno, 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055>. Acesso em 12/10/2014.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118759150/apelacao-civel-ac-10056092087396002-mg>. Acesso em 15/05/2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho Civil: Derecho de Familia**. Tomo 2. 4ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editoreal Astrea, 2002.