

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA
NOVA REALIDADE PARA PAIS E FILHOS**

Laisa Magalhães de Matos

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA
NOVA REALIDADE PARA PAIS E FILHOS**

Laisa Magalhães de Matos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP
2016

A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA NOVA REALIDADE PARA PAIS E FILHOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Prof^ª. Gisele Caversan Beltrami Marcato

João Victor Mendes de Oliveira

Larissa Toniolo Moura

Presidente Prudente, 20 de agosto de 2016.

Chamamos de ética o conjunto de coisas que as pessoas fazem quando todos estão olhando. O conjunto de coisas que as pessoas fazem quando ninguém está olhando chamamos de caráter.

Oscar Wilde

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus todo poderoso, que com sua infinita bondade permitiu que eu chegasse até aqui, derramando bênçãos sobre mim. Agradeço à Maria Santíssima por interceder por mim nos momentos em que mais precisei e por passar à frente de todas as minhas decisões.

Agradeço, de todo o meu coração, à minha família. Em especial, meus pais Rogério e Leila que sempre, independentemente de tudo, me deram total apoio e amor que eu precisei para continuar a caminhada. Ao meu irmão Roger que sempre me desejou tudo que há de bom.

Agradeço, de forma especial, ao meu avô Raul, que me apoiou e é um exemplo de ser humano e pessoa do bem.

Ao meu namorado Marco Aurélio que esteve todo esse tempo ao meu lado, me ajudando e apoiando.

Agradecendo sempre aos amigos que sempre estão nos momentos de alegrias e tristezas.

Agradeço à Professora Gisele Caversan por ter dado a honra de ser sua orientanda, pela dedicação e ajuda em meu trabalho, sempre com muita simpatia e compreensão.

Agradeço por fim, meus examinadores João Victor Mendes de Oliveira e Larissa Toniolo Moura, que aceitaram participar deste importante dia.

RESUMO

A guarda compartilhada é o instituto que mais se associa ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois possibilita a igualdade do poder familiar entre os genitores após a ruptura do vínculo conjugal e a efetivação do direito à convivência familiar. O poder familiar se trata da comunhão de direitos e deveres estabelecidos em lei e atribuído aos pais. Tem como características a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a indelegabilidade. Também é imprescritível, pois não deixa de ser pelo não exercício. Deve ser exercido de maneira igual pelos pais, pois ambos detêm sua titularidade, mantendo-se mesmo após o divórcio ou ruptura da união estável. A convivência da família é a base de uma boa formação da personalidade, podendo ser definida a partir do relacionamento contínuo e duradouro entre os familiares. Neste contexto de direitos, deveres e garantias assegurados aos menores, a guarda compartilhada surge como solução para o problema enfrentado pelos filhos com a separação dos pais. Contudo, não é fácil aplicá-la às famílias que estão se desmanchando. Inúmeros requisitos devem ser analisados e como tantos outros obstáculos. O instituto também oferece desvantagens, as quais devam ser consideradas em cada caso concreto, o que, por vezes, poderá inviabilizar a obrigatoriedade imposta pela Lei nº 13.058/2014. Por fim, trata-se de um grande avanço para a família, visto que é o melhor modelo a ser adotado, pois também possui como objetivo mitigar a alienação parental e a Síndrome da alienação parental.

Palavras-chave: Guarda. Guarda Compartilhada. Direito de Família. Princípio do melhor interesse da criança. Poder familiar. Princípio da afetividade. Alienação parental.

ABSTRACT

Shared custody is the institute that is more consistent with the principle of the best interests of children and adolescents, as it allows equality of family power between the parents after the breakdown of the marriage bond and the realization of the right to family life. The family power it comes to the rights of communion and duties established by law and given to parents. Its features to alienation, the non-waiver and indelegabilidad. It is also imprescriptible, because it is still by no exercise. It must be exercised equally by parents, as both hold their ownership, remaining even after divorce or break-law marriage. The family living is the basis of a good personality formation and can be set from the continuous and lasting relationship among family members. In this context of rights, duties and guarantees provided to minors, shared custody comes as a solution to the problem faced by children with separation from parents. However, it is not easy to apply it to families that are falling apart. Numerous requirements must be analyzed and like so many other obstacles. The institute also offers disadvantages, which should be considered in each case, which sometimes can derail the obligation imposed by Law No. 13,058 / 2014. Finally, it is a major breakthrough for the family, since it is the best model to be adopted, it also has the objective of mitigating the parental alienation and parental alienation syndrome.

Keywords: Guard. Shared custody. Family right. Principle of the best interests of the child. family power. Principle of affectivity. Parental Alienation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BREVE HISTORICO DO MODELO E FAMILIA E OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS APLICAVEIS	11
2.1 Considerações iniciais e breve histórico do modelo de família	11
2.2 Modelo de família na modernidade líquida	13
2.3 Modelo de família na CF/88 e os princípios aplicáveis	15
2.3.1 Princípio da Afetividade	17
2.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar	19
2.3.3 Princípio da Igualdade	20
3 A GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	23
3.1 Definição de guarda	23
3.2 Espécies de guarda previstas no Código Civil vigente	25
3.2.1 Guarda unilateral	25
3.2.2 Guarda compartilhada	27
3.2.3 Guarda alternada	27
3.3 Guarda no estatuto da criança e do adolescente	29
4 GUARDA COMPARTILHADA	31
4.1 A guarda compartilhada no direito comparado	31
4.2 Fundamentos Jurídicos da guarda compartilhada	32
4.3 Requisitos da guarda compartilhada	34
4.4 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada	37
4.4.1 Vantagens	37
4.4.2 Desvantagens	40
4.5 Mudanças trazidas pela Lei 13.058/2014	42
5 ALIENAÇÃO PARENTAL	44
5.1 Definição	44
5.2 Síndrome da alienação parental	45
5.3 Consequências para a criança e o adolescente	50
5.4 Guarda compartilhada como forma de prevenção à síndrome de alienação parental	51
6 CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	56

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito de Família encontram-se muitas facilidades para o surgimento de conflitos, pois toda relação entre pessoas está sujeita à litígios. Por isso, necessita-se de um avanço para acompanhar as mudanças que acontecem na sociedade. Uma dessas mudanças é a ruptura conjugal que ocorre com muita frequência e, com isso, os conflitos aparecem cada vez mais no dia-a-dia da família, principalmente quando falamos em guarda de filhos.

Com inúmeras mudanças sofridas pela sociedade, cada vez mais é preciso a criação de políticas públicas que possam reger a vida em uma unidade familiar, tutelando a vida dos filhos, buscando observar o melhor interesse para o menor.

Na sociedade brasileira, os pais detêm o poder familiar, independentemente do tipo de filiação. Possuem direitos e deveres sobre seus filhos, os quais devem ser criados e educados na medida de suas necessidades. Contudo, quando falamos em passado, podemos lembrar que na antiguidade apenas um dos pais exercia o poder familiar, o qual possuía uma outra concepção.

Com este grande avanço sofrido pela sociedade, os filhos que eram considerados como objetos do direito e não possuíam igualdade, hoje em dia são tratados com respeito e dignidade, observando-se os princípios da igualdade, afetividade, solidariedade familiar, dignidade da pessoa humana e o melhor interesse para a criança ou adolescente.

A criança e o adolescente necessitam de afeto em relação a seus familiares mais próximos (pais e avós). Esse afeto deve sobrepor-se às questões patrimoniais. Para que haja afeto, faz-se necessário a convivência familiar, pois necessita tempo para que haja uma construção afetiva completa e duradoura.

A guarda compartilhada foi escolhida como tema a ser debatido neste trabalho, devido ao fato de se tratar de um assunto muito sensível ao Direito, e muito comum nas Varas das famílias, possuindo grande importância em relação ao melhor

desenvolvimento da criança e do adolescente, este que deve ser amparado, acolhido e vigiado pelos seus genitores.

Na antiguidade a guarda compartilhada não era prevista no nosso Ordenamento Jurídico. Assim, somente foi introduzida em 2008 com a Lei 11.698 a qual modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para prever esse instituto, visando atender aos interesses da criança e adolescente, para que estes recebessem a tutela de seus pais de maneira igual.

Contudo, na Lei introduzida em 2008, a guarda compartilhada não era regra, mas sim uma exceção à guarda unilateral. Com isso, houve uma mudança legislativa através da Lei nº 13.058/2014 a qual elevou o status da guarda compartilhada para regra, fazendo com que este instituto seja obrigatório para as famílias.

A maioria da doutrina e da jurisprudência apontam a guarda compartilhada como o melhor modelo de guarda a ser aplicado quando há a ruptura de união conjugal dos pais, pois estimula a convivência familiar de ambos os genitores com seus filhos, fazendo com que estes não sintam falta e carência de seus pais. Porém, alguns requisitos devem ser observados para a sua aplicação, dentre os quais a verificação se não há histórico de violência doméstica envolvendo mãe e filhos.

A presente monografia, elaborada como requisito parcial para a conclusão do curso de Direito, foi dividida em 6 (seis) capítulos, os quais tentam explicar detalhadamente situações do Direito de Família e, em especial, a guarda compartilhada. O primeiro capítulo é esta introdução, e o último capítulo traz uma conclusão sobre tudo o que foi abordado.

No segundo capítulo foi abordado um breve histórico do modelo de família, para que haja uma melhor introdução ao tema específico, qual seja a guarda compartilhada, falando também sobre os princípios aplicáveis, os quais possuem uma grande importância para todos os membros de uma unidade familiar.

No terceiro capítulo foi abordada e estudada a Guarda em um sentido amplo. As espécies de guarda que estão previstas no nosso Ordenamento Jurídico, e também a guarda no ECA (Estatuto da criança e do adolescente). Muito importante conhecer vários aspectos relevantes sobre a Guarda.

No quarto capítulo, em especial, foi claramente abordada a guarda compartilhada que é o tema principal deste trabalho. Estudou-se a guarda no direito comparado, fundamentos jurídicos, os requisitos que devem ser preenchidos para que possa ser detentor da guarda compartilhada. Também foram vistas as vantagens e desvantagens deste instituto, porém, demonstrando que as vantagens são mais significativas. Por fim, as mudanças trazidas pela Lei 13.058/2014 que tornou regra a guarda compartilhada.

No quinto capítulo, foi abordada e estudada a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Consequências que geram para os filhos e, o mais importante, como a guarda compartilhada pode ajudar na prevenção à síndrome da alienação parental, a qual é extremamente prejudicial ao menor.

Portanto, o grande propósito deste trabalho foi estudar de forma aprofundada e clara sobre o modelo de guarda compartilhada, demonstrando como é benéfica para a criança e também para os genitores, que possuem direitos e deveres iguais em relação à sua prole.

2 BREVE HISTÓRICO DOS MODELOS DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Neste capítulo, irei abordar sobre o histórico dos modelos de família de maneira breve. No primeiro tópico, pretende-se mostrar algumas considerações iniciais sobre a família e o seu histórico, para um melhor entendimento sobre o assunto. No segundo tópico será analisada a família na modernidade líquida, com base em um livro, o qual possui o foco de mostrar as relações da atualidade. Em um terceiro momento, pretende-se mostrar como a família é tratada na Constituição Federal de 1988 e a aplicação de seus princípios. Por fim, uma pequena demonstração de cada um dos princípios aplicáveis ao Direito de Família.

2.1 Considerações Iniciais e Breve Histórico do Modelo de Família

A família pode ser considerada uma relação social bastante ancestral em que o ser humano pertencia.

Todos que pertenciam à família possuíam obrigações morais entre si sob a liderança de um “patriarca”, que era normalmente do sexo masculino e reunia todos os seus descendentes.

Essas primeiras entidades familiares se uniam por laços sanguíneos e eram chamadas de clãs. Com o crescimento dessas entidades, as quais possuíam milhares de pessoas cada uma, passaram a se reunir e formaram as tribos e grupos sociais.

No Brasil, pode-se afirmar que o modelo da família, ao longo do tempo, sofreu inúmeras mudanças significativas em diversos fatores, como por exemplo, religiosos, sociais e econômicos.

A legislação civil brasileira desde a Colônia e boa parte do século XX tomou como modelo a família patriarcal, que entrou em crise devido aos valores introduzidos na Constituição de 1988. Paulo Lôbo (2004, s.p).

Além do modelo patriarcal, a família sofria grandes influências no modelo de família canônico que também influenciou o direito romano. Nessa fase, o Estado pouco se preocupava com as relações familiares e o assunto sobre família não tinha relevância, tanto que não havia nenhum tipo de legislação para a proteção das entidades familiares;

Segundo Miranda (1981, p.489): “Eram as Ordenações Filipinas, que constituíam a base do Direito Português na época, que foram também aplicadas no Brasil”

E a única entidade familiar reconhecida pelas Ordenações Filipinas era a formada pelo casamento e este foi mantido pelas legislações imperiais sendo estendido também para aos não católicos (WALD, 2002, p.20) e, em 1861, foi reconhecido como casamento civil as demais uniões religiosas. (DINIZ, 2008, p.51).

Em 1889 houve a Proclamação da República, onde o Estado passou a ter uma perspectiva de mudanças, alterando o casamento que até então era regulado pela Igreja Católica, e começou a ser regulado por lei estatal.

Posteriormente, foi promulgado em 1 de janeiro de 1916 uma legislação civil, sendo o Código Civil de 1916, em que manteve o patriarcalismo onde o homem é o chefe da família e a mulher casada foi incluída no rol dos relativamente incapazes. Este código refletia e ainda era influenciado pelo modelo romano-canônico, tanto que em seu art. 233 e incisos dizia:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

Compete-lhe:

I - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

Claramente é mostrado qual era o modelo adotado na época, que era o patriarcal. Além do que a família se formava única e exclusivamente do matrimônio, e era chamada de família legítima se fosse proveniente do casamento, isso por influência do cristianismo, ou seja, do direito canônico na legislação brasileira da

época. Havia várias discriminações à respeito dos membros de uma família, pois precisava saber se esta era legítima (advinda de um casamento) ou ilegítima (das relações não advindas do casamento ou relações extraconjugais). Os filhos advindos ilegitimamente possuíam tratamentos diversos, como dizia no artigo 337 do Código Civil de 1916: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé (art. 221)”.

Essa classificação de filhos e família legítima ou ilegítima se tratava de uma discriminação em relação aos ilegítimos. Porém, o artigo 358 possuía outro tratamento do tipo discriminatório em relação a legitimidade dos filhos ilegítimos, que dizia: Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

A autora Maria Berenice Dias (2004, p. 34-35) destacou um pensamento em relação à essa discriminação com os filhos considerados ilegítimos:

A negativa de reconhecer os filhos fora do casamento possuía nítida finalidade sancionatória, visando a impedir a procriação fora dos “sagrados laços do matrimônio”. Igualmente afirmar a lei que o casamento era indissolúvel servia como verdadeira advertência aos cônjuges de que não se separassem. Também negar a existência de vínculos afetivos extramatrimoniais não almeja outro propósito senão o de inibir o surgimento de novas uniões. O desquite – estranha figura que rompia, mas não dissolvia o casamento – tentava manter a todos no seio das famílias originalmente constituídas. Desatendida a recomendação legal, mesmo assim era proibida a formação de outra família.

No instituto da guarda dos filhos, o Código Civil de 1916 atribuía a guarda ao cônjuge não culpado pelo desquite, e este só perdia a guarda em situações gravíssimas. Portanto, estava mais preocupado em relação à culpa do desquite do que no bem-estar da criança.

Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1934, houve um capítulo dedicado à família. Ficou expressamente garantido a proteção do Estado à entidade familiar.

2.2 Modelo de Família na Modernidade Líquida

A atualidade é conceituada por Zygmunt Bauman como “modernidade líquida”, pela incapacidade de manter a forma. As relações, instituições, quadros de

referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam muito rápido e antes que tenham tempo de se solidificar. Nesse contexto, as vidas humanas são transformadas em objetos de consumo.

O ser humano deixa de ser sujeito e passa a ser objeto na relação de compra e venda. Nesse pensamento, as vidas humanas são transformadas em objetos de consumo. O ser humano deixa de ser sujeito e passa a ser objeto na relação de compra e venda. A sociedade se transforma diariamente, toma as formas que o mercado a obriga tomar. (FELCZAK, 2015, s.p).

A vida moderna, desde o início, não “criou raízes”. A era em que vivemos, portanto, se caracteriza não tanto por subverter as tradições e quebrar rotinas mas por evitar que alguns padrões de conduta tomem forma em relação às rotinas e tradições. Quando se fala em tradições, diz-se tudo em relação ao passado que hoje não se trata mais de um modelo a ser seguido, como por exemplo, a família constituída por homem e mulher.

A atualidade é definida como “modernidade líquida”, pois há uma grande chance de mobilidade, diferentemente dos sólidos que possuem definição e não mudam com algumas pressões impostas.

Para caracterizar a modernidade líquida, há uma diferenciação no modo pelo qual os indivíduos convivem. Na modernidade sólida, as comunidades existentes eram éticas, culturais e duradouras (assim como os antigos modelos de famílias), elas se baseavam em normas e objetivos e visavam a permanência, por isso queriam laços duradouros. Porém, na modernidade líquida ocorre o inverso, e Bauman (2000, p. 84) trata-as como “comunidades estéticas”, as quais dificilmente oferecem laços duradouros a seus membros.

O ser humano é transformado em uma maneira de flexibilidade e programado para à era do consumo. Devido à modernidade líquida, as interações sociais, os laços afetivos, e até mesmo as comunicações das pessoas estão fracas.

O consumo e o cunho mercadológico passam a interferir nas relações afetivas, e o ser humano é focado em relação à sua materialidade. Nunca houve tanta liberdade na escolha de pessoas para relacionamentos, nem tantas variedades de modelos de relacionamentos. Os casais, se tornaram livres para “fazerem o que quiser” com a relação, e portanto, muito ansiosos com o rumo que a relação pode tomar.

Nesta modernidade, a relação deixa de existir quando não houver mais prazer ou quando sua utilidade não interessar mais ao indivíduo, o qual pode substituir o parceiro sem se importar com os sentimentos e tristezas da outra pessoa. E assim, as mercadorias estão se tornando mais importantes e relevantes em face do ser humano. E, não há mais um modelo de família a ser seguido, pois ele se tornou líquido e não tomou nenhuma forma.

É possível verificar que, a vida íntima de muitas pessoas é exposta na mídia a fim de chamar atenção das outras pessoas. Isso se trata, talvez, de uma carência de afetividade, e as pessoas não sabem mais diferenciar o que pertence ao público e ao privado.

Portanto, percebemos que vivemos na modernidade líquida onde não é mais possível identificar um modelo de família padrão. O pai não figura mais como o provedor e a mãe como a cuidadora. Esses papéis podem se inverter com base nessa modernidade atual. E que, aliás, podemos ter família sem esse padrão de pai e mãe que por muito tempo teve um grande foco. Contudo, as relações constituídas de maneira fulgaz podem culminar na dissolução das famílias.

2.3 Modelo de Família na Constituição Federal de 1988 e os Princípios Aplicáveis

No Brasil houve uma revolução com a Constituição de 1988 no que diz respeito às alterações nas relações familiares e à ideia de família. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2008, p.23) explica que: “Somente com a Constituição de 1988, cujo capítulo dedicado às relações familiares pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade na família brasileira”.

A Constituição deu importância e atualizou todas as relações familiares, e não reconheceu apenas a família como uma entidade matrimonial - aquela formada pelo casamento, mas, também, a união estável, a qual é constituída por um homem e uma mulher fora da moldura clássica sem a realização de um casamento.

Reconheceu também, a família como entidade monoparental que é constituída pelo pai ou pela mãe e seus descendentes, e impediu que houvesse qualquer diferenciação ou discriminação em relação à isso.

Há esse entendimento nas palavras de Paulo Lôbo (2011, pág. 34): “A Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países”. Alguns aspectos merecem ser salientados:

- A) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- B) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- C) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre interesses patrimonializantes;
- D) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangentes das espécies biológicas e não biológicas;
- E) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- F) a família configura-se no espaço de realização social e da dignidade humana de seus membros.”

Na Constituição de 1988 em seu artigo 226 e parágrafos, houve uma evolução em relação ao Direito romano e direito canônico que influenciavam a família e perdeu a força para uma família que começou a se espelhar em respeito, solidariedade e amor. A dignidade da pessoa humana juntamente com os direitos humanos foi uma preocupação muito grande para o legislador, e por isso, o amparo foi dado às famílias e uma relação de igualdade entre seus membros, não importando como ela foi constituída.

O primeiro dispositivo jurídico brasileiro a reconhecer e igualar o afeto como formador da família foi a Constituição de 1988. Uma família que se baseou na solidariedade, respeito e humanização, será considerada uma família independente de origem socioafetiva ou biológica, deste modo está no artigo 227 §6º da CF/88: “(...) os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com Francisco José Ferreira Muniz sabemos que: “a garantia constitucional à família não deve ficar adstrita somente àquela oriunda do casamento, pois a família formada à margem deste representa uma formação social cada vez mais destacada, que é merecedora de tutela constitucional, porque detém as condições de afetividade, de estabilidade e de responsabilidade social - donde extraímos que

apresenta *affectio* -, necessárias para viabilizar o desenvolvimento e integração de seus membros”. (MUNIZ, José Ferreira, 2002, p.13).

Posteriormente, as normas constitucionais que dispõem sobre a família foram regulamentadas pela legislação infraconstitucional só com a promulgação da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 - o atual Código Civil. Assim, pela a autora Maria Alice Zaratini Lotufo (2002, p. 95): “À partir do Código Civil de 2002, que o legislador voltou-se para o bem-estar do menor e para a satisfação de seus reais interesses”.

O Código Civil de 2002 trouxe dispositivos parecidos ao que continha na Constituição Federal de 1988, por exemplo, no art. 1593 diz: “o parentesco é natural ou civil conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”. Fica evidente neste artigo, que se admite a filiação socioafetiva não prejudicando a família, e todos possuem os mesmos direitos, sem distinção. Nota-se que o legislador quis vedar qualquer discriminação à respeito disto.

Assim, verifica-se que o CC/02, juntamente com os preceitos dados pela Constituição de 1988, contém em seu texto normativo várias modalidades de família, seja formada por relações sanguíneas, afeto ou ato jurídico. Quando formada por afeto, está ligado à adoções e relações de convivência como a união estável.

2.3.1 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade encontra-se ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana e assim, permeia as relações familiares. Como diz Maria Berenice Dias, (2006, p.67): “Este princípio faz com que, no âmbito familiar, a afetividade se sobreponha às questões patrimoniais”. A família contemporânea não se justifica sem que exista o afeto entre os seus membros, pois tem o dever de estruturar as entidades familiares.

Embora não esteja explícito, o princípio jurídico da afetividade está previsto em várias normas constitucionais e infraconstitucionais, como está previsto no artigo 227 e parágrafos 5º e 6º na Constituição de 1988 (Lôbo, 2011, p. 71), que diz:

Art.227 – é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança,

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

§5 – A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

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

Muitas mudanças e evoluções ocorridas nos últimos anos nas entidades familiares tem como resultado o afeto. Como, em simples palavras, Paulo Lôbo diz: “A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupos unidos por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares”. (LÔBO, Paulo, 2012, p.71).

A afetividade e o afeto possuem conceitos diferentes, e não podem ser confundidos. É importante mostrar a colocação de Paulo Lôbo (2011, pág. 71):

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Como ressalta Maria Berenice Dias (2006, p. 67): “O afeto não é fruto da biologia”, portanto, se deriva da troca de sentimentos, respeito, amor e algo essencial que é a convivência familiar. Podemos notar que, independentemente de haver afeto entre pais e filhos, a afetividade é um dever imposto pela Constituição Federal e, nas relações entre pessoas casadas ou em relação estável isto deixa de existir se não houver mais a convivência. Assim, não importa se os laços são biológicos ou não, pois são todos válidos e implicitamente regidos pelo princípio da afetividade.

Ainda nos ensinamentos de Paulo Lôbo (2011, p. 70-71):

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º,III) e da solidariedade (art. 3º,I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e igualdade entre cônjuges, companheiros, filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.

O princípio da afetividade demonstra que as famílias não são formadas apenas pelo aspecto sanguíneo e biológico, mas principalmente pelo afeto. É derivado de sentimentos como afeto, respeito, e não precisa necessariamente haver a convivência entre eles. Trata-se de algo recíproco em relação aos sentimentos de uns com os outros.

2.3.2 Princípio da solidariedade familiar

O Princípio da solidariedade familiar está consagrado nos artigos 3º, 226, 227, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988. Como dito no 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”.

Erhard Denniger (2003, p. 36) ressalta:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que complete à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

Assim como, Maria Berenice (2006, p. 63) diz que “a solidariedade é o sentimento que leva as pessoas a se ajudarem mutuamente”. Por isso, o legislador preocupou-se em não desamparar as pessoas mais necessitadas, no caso dos idosos ou de menores de idade, determinando que a obrigação alimentar “é fundada no parentesco (art. 1694 do CC), ficando circunscrita aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar” (GONÇALVES, 2013, pág 510).

Dentro do Ordenamento jurídico, há valores éticos que estão ligados com o princípio da solidariedade. Atualmente, objetiva-se alcançar um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais e coletivos: busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos com a necessária interação entre as pessoas (NOGUEIRA, 2015, p. 74).

A solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais, e Paulo Lôbo (2011, p. 42) ressalta que:

Outra vertente do princípio da solidariedade pode ser verificada no tema relacionado à guarda dos filhos menores. O modelo de guarda jurídica unilateral, fruto da dissolução da entidade familiar (casamento ou companheirismo), representa ainda hoje resquício da filosofia individualista e liberal que norteou o ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988. O princípio da solidariedade propugna o abandono de tal visão individualista para, no seu lugar, ser empregado o modelo que resulte da cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho comum, daí dever ser estimulado o modelo de guarda compartilhada, e não mais unilateral.

O Estado faz deste princípio, uma obrigação familiar entre ascendentes, descendentes e colaterais e com isso, acaba se desobrigando a prestar socorro aos necessitados. O princípio da solidariedade familiar é o norte desta obrigação alimentícia, não podendo esquecer do princípio da dignidade da pessoa humana, “pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo conjugal ou convivencial que o liga ao alimentando” (DINIZ, 2010, p. 589-590).

Portanto, este princípio traz às famílias uma obrigação entre eles de prestar socorro, e com isso o Estado se desvincula desta obrigatoriedade. A obrigação de alimentos, por exemplo, é norteadada pelo princípio da solidariedade familiar conjugada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.3 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade é aplicável de forma específica ao Direito de Família. Tendo, portanto, uma estrutura política e jurídica no parágrafo 5º do art. 226 da Constituição Federal que estabelece: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Essa referência feita na Constituição Federal é feita com base tanto no campo do direito material, como no campo de direito processual. E Como diz Paulo Lôbo: “Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares” (LÔBO, Paulo, 2010, p.65).

O parágrafo 6º do artigo 227 da CF proíbe qualquer distinção entre os filhos havidos fora ou dentro do casamento. Não há mais diferenciação entre filhos ‘legítimos e ilegítimos’: “§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Paulo Lôbo (2010 p.66), ainda ressalta:

O princípio da igualdade, como os demais princípios, constitucionais ou gerais, não é de aplicabilidade absoluta, ou seja, admite limitações que não violem seu núcleo essencial. Assim, o filho havido por adoção é titular dos mesmos direitos dos filhos havidos da relação de casamento, mas está, ao contrário dos demais, impedido de casar-se com parentes consanguíneos de cuja família foi oriundo, ainda que tenha desligado dessa relação de parentesco.

O princípio da igualdade não exclui o reconhecimento do direito à diferença, o que justifica a possibilidade de os pais considerarem providências e medidas diferentes para a educação de cada um de seus filhos (GAMA, 2015, p. 73). Ressalta-se um entendimento de Paulo Lôbo (2010, p. 67):

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família.

Por isso, ainda ressalta Paulo Lôbo que o princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. (LOBO, 2010, p. 66)

Contudo, os princípios são muito importantes pois sem eles não se pode estudar o Direito de Família. Eles transcendem a esfera constitucional e servem de embasamento para os diversos ramos jurídicos.

3 A GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para se chegar ao ponto principal do trabalho, qual seja, o estudo sobre a guarda compartilhada, é imprescindível salientar as espécies de guarda, principais características, vantagens e desvantagens do compartilhamento da guarda, levando-se em conta também as tendências jurisprudenciais sobre este assunto.

Todavia, para melhor entendimento de tais características, cumpre esclarecer a definição de guarda.

Por fim, a Lei 13.058/14 trouxe um novo significado à guarda compartilhada. Ela é uma prioridade e será sempre aplicada, ressalvadas algumas exceções.

3.1 Definição de Guarda

Conforme preceitua Guilherme Gonçalves Strenger (1998, p.31), a guarda pode ser definida da seguinte forma:

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

Visualizando em um sentido jurídico, a guarda traz em si um ato de resguardar o filho menor de idade como também o maior incapaz, mantendo-o sobre a sua vigilância, correspondendo em um sentido de proteção integral.

Como atributo do poder familiar, a guarda se apresenta com uma complexidade constituída por direitos e deveres os quais pai e mãe devem exercer em igualdade, provendo todas as necessidades psicológicas e materiais de seus filhos.

Contudo, embora haja uma relação entre a guarda e o poder familiar, tais institutos não se confundem, pois como já dito, a guarda se trata de um atributo que compõe o poder familiar.

Independentemente de direitos e deveres que estão intimamente ligados com a guarda, os pais devem compartilhar o efetivo exercício seja em união de matrimônio, como no seu desenlace, devendo atender às necessidades psicológicas dos filhos.

Nesse sentido, temos a lição de Caetano Lagrasta Neto (2000, p.124):

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

A palavra guarda possui uma grande dificuldade de ser conceituada, mas, no Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa, tem-se a definição de guarda, conforme segue:

[...] a palavra guarda provém do termo alemão antigo Warda e dentre outras significações é a vigilância que tem por finalidade defender, proteger ou conservar, tendo ainda o sentido de proteção, abrigo, amparo e ação de guarda, ou seja, vigiar com o fim de proteger, abrigar, tomar cuidado. (LAROUSSE, 1999, p.480).

Neste sentido, Ricardo Rodrigues Gama (2008, p.13) também tenta definir o instituto guarda:

A guarda apresenta-se como um instituto complexo constituído por direitos e deveres, voltado à regulamentação da custódia da criança e do adolescente, precisando as regras acerca da retenção, convivência, criação e educação do menor de 18 anos, direcionadas ao pai, à mãe, aos familiares e à família substituta.

Este conceito trazido por Ricardo Rodrigues da Gama abrange tanto o Direito de Família como a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, conseguimos verificar que a definição de guarda não é uma tarefa fácil. Mas, para Waldyr Grisard Filho (2000, p.47) a guarda:

[...] não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao pátrio poder, através dos artigos 384, II, do CC e 21 e 22 do ECA, surge, através dos artigos 231, IV e 379 a 383 do CC, como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência

com seus filhos, previsto no artigo 384, II do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas, elencadas no artigo 38 do CC.

Esta brilhante definição trazida pelo doutrinador Waldyr possui elementos que são de mera importância e, com isso, ajudam para a construção de um conceito melhor esclarecido. Constata-se que a guarda possui uma ligação profunda com a autoridade familiar pois, trata-se de um direito adquirido naturalmente e, conseqüentemente gerando deveres para aqueles que a detêm em relação ao guardado.

3.2 Espécies de Guarda

Em relação ao melhor interesse da criança ou do adolescente, mister se faz definir como a guarda será exercida, sempre voltado ao bem-estar do menor, independentemente de qualquer conflito que possa acontecer.

Passemos então a analisar as modalidades de guarda que estão presentes no Código Civil vigente, e a modalidade prevista pela doutrina.

3.2.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral se trata de uma modalidade secundária, ou seja, não é a regra. Está prevista no artigo 1583 do Código Civil, conforme segue:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

Esta espécie disciplina que a guarda será atribuída a apenas um dos genitores e, com isso, serão estabelecidas as visitas que serão realizadas pelo genitor que não possui o direito de guarda. Ressalta-se que, para ser escolhido, o genitor deverá demonstrar melhores condições para propiciar ao adolescente e à criança todas as suas necessidades físicas e psicológicas.

Atualmente, a doutrina melhor entende que esta espécie de guarda se trata de uma exceção, visto que há uma limitação do princípio da convivência e compartilhamento em família, fazendo com que os interesses dos filhos não sejam privilegiados.

Neste sentido, segue o entendimento de Welter (2009, p. 56):

A guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito de igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Nesta mesma linha de pensamento, segue o entendimento de Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, p. 240):

Não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, utilize-se dos seus próprios filhos como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca dele, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como Fenômeno da Alienação Parental, responsável pela Síndrome da Alienação Parental (SAP ou PAS).

O pai ou a mãe que não detenha a guarda, como disposto no §5º do artigo 1583 do CC, é obrigado a supervisionar e fiscalizar o interesse dos filhos, pois qualquer um dos genitores é legitimado para buscar e solicitar informações sobre assuntos que possam afetar o menor, como saúde, segurança e educação.

Contudo, é notório que a guarda unilateral pode gerar conflitos entre os pais em relação ao menor. Por isso, deve-se atentar às condições fáticas e o melhor interesse dos filhos.

3.2.2 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada foi introduzida no nosso Ordenamento Jurídico com a Lei nº 11.698/2008, a qual consagrou expressamente no Código Civil esse instituto.

Nesta modalidade, as decisões referentes aos filhos, são tomadas conjuntamente pelos pais. Para que isso aconteça deve haver harmonia na convivência entre os genitores e, assim, evitando conflitos e disputas que poderiam afetar de modo negativo no desenvolvimento do menor.

Posteriormente, a Lei que introduziu a guarda compartilhada sofreu modificações pela Lei nº 13.058/2014, a qual confere aos pais a responsabilidade na participação da vida do filho, de maneira igual.

Neste sentido, pode ser definida no entendimento de Pablo Stolze Gagliano (2009, p. 264) como uma espécie de guarda em que não há exclusividade em seu exercício. Tanto a mãe quanto o pai a detém e possuem corresponsabilidade na condução da vida de seus filhos.

3.2.3 Guarda alternada

Esta modalidade se trata de uma criação doutrinária e jurisprudencial, pois não há previsão no Código Civil.

Com sapiência, Waldyr Grisard Filho (2000, p.106) explica tal instituto:

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, invertem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Portanto, este instituto ocorre quando os filhos se mantêm sob a guarda material de um dos genitores por períodos alternados. Cada um dos genitores terá momentos exclusivos para exercer a guarda, ou seja, o genitor terá, naquele período,

total liberdade para tomar decisões sobre tudo o que envolver o menor, sendo que, quando acabar este período, o outro genitor terá também o total poder de decisão.

Essa espécie de guarda é bastante criticada pela doutrina e por grandes profissionais de direito, pois traz consequências negativas quanto ao psicológico do menor, devido ao fato de que a cada período teria uma adaptação diferente a hábitos e costumes de seus genitores que, na maioria das vezes, são contrários.

Alguns doutrinadores entendem que na guarda alternada, muitas vezes, há a exteriorização de um egoísmo sem limites, onde os filhos são tidos como objetos de posse, tendo que se adaptar a todo momento às vontades dos pais, sem, contudo, atender ao princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.259):

Em nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável.

Nesta senda, Tartuce (2015, p.251) faz críticas a este instituto da guarda alternada, dizendo que ela:

Não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna.

Muitas vezes essa modalidade é confundida com a guarda compartilhada, porém possuem muitas diferenças. Para exemplificar, segue o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 599):

Guarda alternada - modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados; de 1º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos.

Cabe ressaltar que, essa espécie de guarda, é bastante criticada pela doutrina e por grandes profissionais de direito, pois traz consequências negativas quanto ao psicológico do menor, devido ao fato de que a cada período teria uma adaptação diferente a hábitos e costumes de seus genitores que, na maioria das vezes, são contrários.

Alguns doutrinadores entendem que na guarda alternada, frequentemente, há a exteriorização de um egoísmo sem limites, onde os filhos são tidos como objetos de posse, tendo que se adaptar a todo momento às vontades dos pais, sem, contudo, atender ao princípio do melhor interesse da criança. Por essa razão, a guarda alternada não é a melhor opção em relação à guarda de filhos.

3.3 Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

No dia 13 de julho de 1990, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei nº 8.069/1990, a qual prioriza o bem-estar da criança e adolescente, criando em seu Capítulo do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, o instituto da família substituta, que está previsto nos artigos 28 a 52. Por esse instituto entende-se que o menor de idade pode adentrar em uma família substituta por meio de guarda, adoção ou tutela.

Portanto, para que a criança ou o adolescente possua uma proteção eficiente, bem como todas as outras necessidades quais sejam: educação, lazer, saúde, entre outros, o juiz pode proporcionar ao menor a guarda, tutela ou adoção à pessoas que possam exercer esses direitos, desde que a Lei seja observada.

O artigo 28 desta Lei dispõe:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Para o Ordenamento Jurídico, a família substituta é vista como exceção, pois a criança ou o adolescente deve ser criado pela família biológica.

Uma novidade muito importante prevista no ECA está prevista no parágrafo primeiro do artigo 28, tratando-se de que a criança deve ser previamente ouvida sempre que possível, e suas opiniões serão consideradas.

Outra novidade que possui grande importância se dá em relação à afinidade do menor com a família substituta. Essa relação deve ser levada em conta, pois assim, pode-se evitar consequências psicológicas ao menor.

Neste sentido, o ECA, em seu artigo 29, diz que: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Em relação à “guarda” e à tutela, estas somente serão concedidas à família substituta brasileira. A guarda é tratada nos artigos 33, 34 e 35 do ECA. Como dispõe o artigo 33: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Para a entrega da guarda, quando os pais não obtiverem condições de possuí-la, serão privilegiados os parentes mais próximos do menor, como por exemplo, os avós. Contudo, na falta destes, em uma segunda hipótese, será procurada uma família substituta que não possua relações com o menor.

As necessidades da criança ou do adolescente são obrigadas pela guarda.

Por fim, a guarda poderá ser requerida por qualquer pessoa, com exceção dos estrangeiros, porém que tenha preenchido os requisitos necessários. Vê-se que tais medidas tentam beneficiar os menores de idade, em especial, os desamparados que, muitas vezes, ficam psicologicamente abalados em virtude da condição do desfazimento da união dos pais.

4 GUARDA COMPARTILHADA

Após a análise de vários aspectos referentes ao Direito de Família, passaremos a abordar: a guarda compartilhada no direito comparado, seus fundamentos jurídicos, bem como seus requisitos.

4.1 A Guarda Compartilhada no Direito Comparado

A Guarda compartilhada surgiu em 1960, na Inglaterra.

No direito inglês o pai era considerado “proprietário” dos filhos e, devido a isso, se houvesse algum conflito, a guarda era imediatamente concedida ao pai. Conforme Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 265-266), somente no século XIX que o Parlamento inglês modificou o sistema e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de sua prole, passando a atenuar a prerrogativa exclusiva do pai, pelo poder discricionário dos Tribunais.

Nesta senda, segue os ensinamentos de Ana Carolina Silveira Akel (2008, p. 115):

As decisões inglesas sempre buscaram privilegiar os interesses do menor, atribuindo aos pais, de forma igualitária, a autoridade parental, o que foi repercutindo nas províncias canadenses, também adeptas ao sistema da *common law*, alcançando os Estados Unidos, onde, hoje, se aplica a guarda compartilhada na maioria de seus Estados, colimando, assim, o equilíbrio dos direitos do pai e da mãe.

Portanto, a guarda compartilhada possuiu uma grande repercussão, devido a seus benefícios.

Começou pela Europa e acabou sendo recepcionada por outros países.

Contudo, foi nos Estados Unidos onde este instituto mais obteve desenvolvimento e maior aplicabilidade.

No que diz respeito à guarda compartilhada, os sistemas que possuem as ideias mais avançadas são: inglês, americano, francês e canadense. Trata-se de

um aumento dos direitos e deveres dos pais, preservando o melhor interesse do menor, atendendo suas necessidades sociais, mentais, culturais, materiais e, sobretudo, psicológicas.

No Brasil, a guarda compartilhada foi introduzida no Ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 11.698/08. Contudo, teve boa aceitação pela doutrina e jurisprudência, passando a ser aplicada mesmo antes de entrar em vigor a norma. Com a Lei, houve uma grande alteração no Código Civil de 2002, pois este deixou de priorizar a guarda unilateral. A preferência foi pelo compartilhamento da Guarda.

Segundo aprofunda Maria Berenice Dias, foi imposto ao juiz o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada, podendo impô-la, mesmo que não haja consenso e disputa seja pela guarda única (DIAS, 2010, p.439).

Por fim, devido ao fato de que a guarda compartilhada foi amplamente aceita por ser considerada a melhor modalidade para a proteção e interesse da criança e do adolescente, em 2014 foi elevada como regra com a Lei 13.058, onde deixou a guarda unilateral como exceção.

4.2 Fundamentos Jurídicos da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada existe em razão de princípios jurídicos que estão expressamente na Constituição Federal, como o entendimento de Ricardo Rodrigues Gama (2008, p.50):

A razão de existir da guarda compartilhada está em dois princípios jurídicos consagrados na Constituição Federal, quais sejam, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges e o princípio da prevalência do interesse da criança e do adolescente.

O essencial da guarda compartilhada estão nos paradigmas do direito de família, os quais valorizam a dignidade de cada membro pertencente à entidade familiar, como também a afetividade que existe entre eles. Assim, como registra Teresa Arruda Alvim Pinto (1995, p. 63,64 e 90):

Notam-se grandes alterações comportamentais nas uniões conjugais, com a valorização do sentimento afetivo em detrimento da relação de poder, com um crescente incremento do número de dissolução de casamentos. Prioriza-

se o aspecto afetivo, sentimental, em detrimento do aspecto material. E, como consequência, 'dar-se mais importância ao aspecto afetivo das relações entre familiares é atitude que tem reflexos não só nas relações de direito de família puro, mas também nas relações de direito patrimoniais que nascem na família.

Sendo assim, percebemos que não se trata apenas de uma questão patrimonial, porém, muito mais que isso, uma questão de sentimentos e afeto.

O vínculo entre pais e filhos devem permanecer com proximidade, independente da relação dos cônjuges, fazendo jus ao princípio da dignidade humana. Sabe-se que a criança e o adolescente possuem direitos familiares, e um desses direitos é de conviver com os pais separados, independentemente de conflitos entre estes.

O melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado. Os pais devem ser responsabilizados pelos atos dos filhos e possuem o dever de participar da vida íntima destes.

Como podemos ver o julgado abaixo:

Ementa: Apelação cível. Direito de Família. Guarda compartilhada de filhas menores. Desistência do pedido de autorização formulado pela mãe para manutenção das filhas no ao exterior. Prosseguimento do feito no que tange a guarda. Responsabilização conjunta dos genitores no exercício dos direitos e deveres, à inteligência do § 1º do art. 1583 CC. Compartilhamento. Direito fundamental à convivência dos pais com os filhos. Princípio do melhor interesse da criança. Estudo social que demonstra o afeto que as filhas têm por ambos os genitores, não apontando qualquer fator que afaste a possibilidade da guarda compartilhada. Guarda compartilhada, que assegura o melhor interesse da criança. Dificuldade de consenso em relação à educação e à mútua convivência com os filhos decorrente de desavenças e eventuais ressentimentos do ex-casal que deve ser trabalhada individualmente pelos ex-cônjuges, na seara adequada. Apelo desprovido. (TJ-RJ - APL: 00450035320128190001 RJ 0045003-53.2012.8.19.0001, Relator: DES. CRISTINA TEREZA GAULIA, Data de Julgamento: 07/04/2015, QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 15/04/2015 15:34)

Nesta jurisprudência, podemos ver claramente como deve ser priorizado o melhor interesse da criança. No caso acima, observa-se que os genitores possuem desavenças e conflitos. Contudo, o direito fundamental de convivência dos filhos com os pais foi priorizado. As indiferenças dos genitores devem ser trabalhadas individualmente, e assim, podendo conviver com os filhos, independentemente de conflitos.

4.3 Requisitos da Guarda Compartilhada

O artigo 1584 do Código Civil ressalta que a guarda compartilhada poderá ser concedida de duas maneiras: a) por consenso entre as partes em ação de divórcio, de dissolução ou em medida cautelar; ou, b) decretada pelo juiz, atendendo aos interesses dos filhos.

Destaca-se que, havendo consenso entre os cônjuges no momento do divórcio, será observado o combinado entre estes em relação à guarda dos filhos, respeitando todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente, como também deverá ser ouvido o Ministério Público. Porém, caso haja litígio no divórcio entre os cônjuges, ao juiz será atribuído o poder de decidir qual genitor ficará com a guarda, e, caso os dois demonstrem condições agradáveis, será concedida a guarda compartilhada (art. 1584, II e § 2º do CC).

Cabe ressaltar que, em 2008 com a Lei 11.698 foi introduzida a guarda compartilhada no Direito brasileiro, e esta possuía uma certa preferência em relação à guarda unilateral. Assim, vejamos como prevê o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Contudo, em 2014 com a Lei 13.058, houve uma mudança sobre a legislação, e este mesmo artigo passou a prever que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada”. Portanto, o instituto da guarda compartilhada passou a ser regra no Ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, há a explicação de Tartuce (2015, p.246) que:

A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser motivado, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente.

A lei determina que, quando ambos os pais possuírem aptidão para a guarda da criança ou adolescente, a regra é simples: será atribuída a guarda compartilhada. Mas, nesta hipótese em que o juiz necessita definir se os pais estão

possibilitados para receberem tal instituto, a pergunta é: quais são os critérios ou requisitos utilizados?

Esses critérios utilizados pelo magistrado estavam previstos no artigo 1583, § 2º da Lei 11.698/2008 a qual foi modificada em 2014. Porém, tais critérios ainda possuem grande utilidade em relação à fixação da guarda compartilhada, devido ao fato de que os pais precisam ser observados em certos pontos. Os critérios se dividiam em três, sendo eles: a) afeto na relação com o genitor e com o grupo familiar; b) saúde e segurança; e, c) educação.

É necessário que algumas considerações sejam feitas acerca dos genitores, as quais são muito importantes para o melhor interesse do menor. As condições materiais dos genitores são muito importantes, porém, as condições morais, psíquicas e físicas possuem uma grande relevância em relação aos cuidados com a criança, devendo esta ser suprida com a segurança e bem-estar que necessita.

Dentro das condições materiais que devem ser consideradas, deve-se atentar ao local que os genitores residem (se moram perto ou longe um do outro), também quais os horários disponíveis que estes possuem, como os meios de transporte e condições econômicas, pois podem influenciar na guarda compartilhada entre ambos.

Para que os cônjuges demonstrem que estão aptos a receber este instituto, deve haver uma convivência harmônica entre eles, possibilitando o bom desenvolvimento mental e psicológico do menor. A guarda compartilhada não será atribuída quando houver maus tratos do filho.

Na prática, deverá haver assistência técnica profissional a qual se trata de um requisito indispensável a este instituto. Deverá, necessariamente, haver laudos e avaliações elaborados pela equipe técnica (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, etc.).

Estando presentes esses critérios, haverá a avaliação do magistrado para que não haja nenhum dano ao menor, tanto psicológico como material, sempre atendendo ao melhor interesse da criança e as particularidades de cada um.

Como já visto, e também para grande parte da jurisprudência, o consenso entre os genitores é muito importante para que o instituto da guarda compartilhada seja concedido. Mas, com a lei 13.058/2004 tal instituto se tornou obrigatório e, com isso, foi instalada uma discordância entre alguns doutrinadores.

Para a corrente que defende a tese a qual deve estar presente o consenso, entendem que, para o caso onde haja conflito e desrespeito entre os cônjuges, a guarda compartilhada não deve ser concedida, pois certamente haverá disputa entre os genitores. Para esta corrente, o acordo de vontades é necessário para que haja a concessão do instituto, visto que o menor não pode sofrer abalos psicológicos em virtude das situações conflitantes dos pais.

Ana Carolina Silveira Akel (2008) apud Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 296) diz sobre este assunto, que:

Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso, que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo.

Nesta senda, Gonçalves (2014, p. 295) entende que este é um “modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns”.

O autor Caio Mario da Silva Pereira (2015, p. 323), sobre este assunto, explica que:

Este tipo de guarda de filho na separação exige um efetivo entendimento entre os genitores; disputas permanentes, desrespeito e desavenças devem orientar para o sistema tradicional de regulamentação da convivência, sem afastar o direito de o genitor descontinuo participar das decisões relativas aos filhos.

Muitos não concordam com esta corrente. Porém, nesse sentido, são vários os julgamentos advindos dos Tribunais. Vejamos um exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda

compartilhada é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 70067590067, Relatora: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, 2015)

No entanto, também há julgamentos que admitem a guarda compartilhada mesmo que os pais vivam em litígio.

A Lei que alterou a guarda compartilhada para uma modalidade obrigatória, trouxe uma correção de um erro da lei anterior, sendo que antes a guarda compartilhada só era concedida se houvesse um consenso entre os genitores, e assim, o objetivo não era atingido, pois trata-se de que o poder familiar deve ser exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe. Sendo assim, direitos e deveres, fiscalização, intervenção para que não haja a alienação parental e tudo sobre o melhor interesse da criança não era observado.

Por fim, o instituto da guarda compartilhada não deve ser atribuído para genitores que possuem histórico em violência doméstica, pois o menor pode presenciar situações de conflitos que possuem o condão de abalar para sempre o seu psicológico.

4.4 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada

Como visto, a guarda compartilhada foi introduzida pela Lei 11.698/08, sendo alterada para regra com a Lei 13.058/2014, e assim como todos os modelos de guarda, esta possui algumas ideias positivas e negativas, como veremos a seguir.

4.4.1 Vantagens

Podemos dizer que são muitas as vantagens em relação à guarda compartilhada, tanto para os pais, quanto para os filhos. Uma vantagem que possui destaque é a convivência dos filhos com seus genitores, evitando uma distância entre o filho com o pai que não possui a guarda.

Nesse sentido, discorre Waldyr Grisard Filho (2014, p.211):

A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica, ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla elaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto.

A guarda compartilhada ajuda a dar continuidade no dia-a-dia da família, e evita que a criança ou adolescente possa fazer uma escolha entre um dos pais. O principal foco deste instituto é atribuir aos genitores a guarda jurídica, possibilitando que todos os direitos e deveres em relação aos filhos sejam concedidos de forma conjunta e simultânea, fazendo com que haja colaboração entre ambos para uma melhor decisão da vida do filho.

Os genitores possuem o dever e a responsabilidade de educar e assistir seus filhos, como também o direito de conviverem igualmente com estes.

Com isso, os filhos não são expostos à eventuais indiferenças e conflitos entre seus pais, ficando livres de abalos psicológicos e emocionais que um divórcio proporciona. Conforme pensamento de Waldyr Grisard Filho (2000, p.168), a guarda compartilhada:

É norteada pela continuidade das relações entre pais e filhos e privilegia e não exposição do menor aos efeitos devastadores dos conflitos parentais, contribuindo para manter a criança próxima aos dois genitores, minorando seu sentimento de perda e rejeição, o que os mantém emocionalmente ajustados.

Assim, é cediço que o fim do casamento reflete negativamente sobre os filhos, causando uma certa carência na família. A guarda compartilhada proporciona uma melhor compreensão para os filhos em relação com seus pais no que tange ao amor que existe entre pais e filhos, o qual não terá fim. Assim diz Waldyr Grisard Filho (2000, p.113):

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm riscos de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.

Outra grande vantagem que nos traz o instituto da guarda compartilhada é o fim dos desentendimentos sobre as regras sobre visita, como também a ausência de um dos pais que não possuía a guarda, quando era decidido pelo juiz com qual

genitor o filho ficaria. Os desentendimentos quanto a isso não mais existem, visto que os pais exercem conjuntamente a guarda e, com isso, o direito de convivência e igualdade para com os filhos.

É indispensável o respeito entre ambos os genitores, pois reflete de maneira extraordinária na vida da criança, como também na sua formação, pois este passa a conviver com os pais em diferentes residências. Neste sentido, também ensina Waldyr Grisard Filho (2014, p.211):

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

Outra vantagem da guarda compartilhada trata-se de que a criança ou adolescente não precisa escolher com quem prefere ficar, algo que causa um desgaste psicológico e emocional, visto que o filho ficaria em uma situação complicada, pois sempre acharia que podia estar magoando a um deles, e, se os pais não convivem com os filhos, acabam se afastando. Na formação do menor, o pai e a mãe contribuem cada um com seu referencial, fazendo com que haja uma maior estabilidade emocional de seus filhos.

Uma outra vantagem deste instituto é o exercício da autoridade, como ensina Ricardo Rodrigues Gama (2008, p.52):

Ao exercer o simples direito de visita, nota-se que o pai vai diminuindo o rigor com que deve tratar os filhos em falhas praticadas, daí a guarda compartilhada não permitir que isso ocorra com tanta facilidade e, claramente, pode-se priorizar todos os momentos com disciplina e afeto.

Assim, nesse sentido, há uma igualdade sobre a autoridade dos pais com os filhos. Sem dúvida, haverá uma equivalência entre os pais, contribuindo para a educação dos filhos.

A guarda compartilhada também se mostra um grande instrumento no combate à alienação parental. Sobre isso Rosa (2015, p. 63/64) explica que:

A utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral representa, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental. Isso porque, em seu

comportamento artiloso e incessante, o alienador busca ser o único cuidador da criança, fazendo que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto.

A alienação parental é amplamente discutida nos dias de hoje. Ela pode ser prevenida e até mesmo coibida pelo instituto da guarda compartilhada, visto que o menor deverá e estará convivendo com seus pais de maneira igual e essa convivência tem o condão de impedir qualquer difamação entre os genitores.

Desta forma, não há como discordar dos propósitos que a guarda compartilhada proporciona, fazendo com que seja cumprido o Princípio da igualdade, como também o melhor interesse da criança.

Por fim, é evidente que este instituto não conseguirá acabar com todos os problemas, não pode garantir que será perfeito o seu andamento. Contudo, todos os modelos de guarda possuem desvantagens e, por isso, deve ser observado que as vantagens são maiores que as desvantagens.

4.4.2 Desvantagens

A guarda compartilhada possui uma intenção muito boa, que se funda no direito de igualdade entre os pais, mostrando-nos que a guarda unilateral não é a melhor solução. Contudo, como acontece com qualquer modelo de guarda, a guarda compartilhada também possui críticas de pessoas que defendem que este instituto causa prejuízos ao menor.

Neste sentido, além de elogiar vários pontos, Waldyr Grisard Filho também se posiciona negativamente em relação aos pais que vivem em litígio, entendendo que (2014, p.258):

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

Entende que, não havendo um respeito mútuo entre os genitores, a guarda compartilhada não é a melhor opção, pois prejudicaria os interesses dos filhos, abalando-os também psicologicamente e emocionalmente.

Alguns autores também criticam o fato de que o menor possuirá duas residências. Neste sentido, leciona o doutrinador Ricardo Rodrigues Gama (2008, p. 53):

A possibilidade de ambientação da guarda compartilhada em duas residências pode trazer problemas para os filhos e isso pode ser verificado quando a parte psicológica desenvolve sintomas de ausência de referência residencial que podem evoluir para a síndrome da desorganização vital. Daí por diante, as consequências são terríveis para a criança e mesmo para o adolescente, já que a desordem avança sobre outros grupos de relacionamentos e as lesões são inevitáveis, como a indisciplina escolar, a desorganização sentimental, a insubordinação em ambiente laboral, a inversão de valores com respeito às ocorrências diárias, a assunção de postura combativa, a dificuldade em manter amizades...

Neste caso, há uma confusão do doutrinador entre a guarda compartilhada e alternada. Na guarda compartilhada, a guarda física continua apenas com um dos pais, tendo a criança uma residência fixa. Temos que ressaltar que, o compartilhamento acontece em relação à guarda jurídica, que se trata da responsabilidade e autoridade sobre o filho, tendo total igualdade pois as decisões sobre a vida do filho são tomadas conjuntamente.

Nesta senda, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.283) ensina:

Realmente, o exercício alternado da autoridade parental não fica vedado pelo novo texto legislativo, mas sim, a guarda alternada. Situações paralelas, mas distintas. A criança pode (e deve) privar da presença dos dois genitores. Pode passar um período com a mãe e, igualmente, com o pai, sem que, portanto, se estabeleça rigidamente períodos alternados com um ou outro genitor. A residência continua sendo única, o que não impede o deslocamento da criança.

Na guarda compartilhada, os pais possuem direitos iguais, mas isso não determina que possua duas residências. Nada impede que o filho tenha períodos distintos com cada genitor, pois manterá contato de maneira igual com cada um, porém, possuindo uma residência fixa.

Uma outra crítica abordada por estudiosos do assunto, se dá no fato de que a guarda compartilhada contribuirá para um aumento de conflitos entre os pais. Porém, essa crítica é analisada por Eduardo Oliveira Leite (2003, p.283):

Sem razão, quer nos parecer, pois este risco existe igualmente, quer em relação à guarda exclusiva (e como existe!), quer em relação a pais não divorciados. O conflito faz parte da natureza humana e é encontrável em qualquer situação, ou em qualquer fórmula, por mais perfeita (se é que existe perfeição) que ela se revele.

Podemos perceber que, independentemente do modelo de guarda, os conflitos quase sempre poderão estar presentes entre os pais, por motivos que podem ser relacionados ao modo de como houve a ruptura do relacionamento. Isso pode ocorrer tanto na guarda exclusiva quanto na guarda compartilhada.

Por fim, é possível observar que, apesar de existirem críticas quanto ao modelo que estamos estudando, não nos resta dúvidas de que a melhor espécie para ser adotada é a guarda compartilhada. Os argumentos contrários não são suficientes para mudar essa opinião.

4.5 Mudanças trazidas pela Lei 13.058/2014

A Lei 13.058/2014 foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico para cobrir uma brecha deixada pela Lei 11.698/2008, a qual era diversa dos pensamentos dos juristas, doutrinadores e da própria jurisprudência.

A Lei anterior, apesar de objetivar a concessão da guarda compartilhada como regra desde o seu nascimento e mudar o rumo de decisões tomadas pelos juízes, estabelecia, na maioria das vezes, a guarda unilateral. O problema foi que essa mudança não foi o bastante para atingir o objetivo.

A Lei 11.698/2008 deixou que o magistrado pudesse interpretar subjetivamente, fazendo com que as decisões fossem sempre as mesmas, não sendo a guarda compartilhada aplicada como deveria.

A Lei 13.058/2014 veio para melhorar essa condição. Critérios objetivos foram estabelecidos para uma melhor aplicabilidade, não deixando nenhum tipo de dúvida que causasse outro tipo de interpretação.

A guarda compartilhada que anteriormente era tida como opção, agora trata-se de uma regra. A guarda unilateral era declarada pelo juiz toda vez que este entendia haver um conflito entre os pais da criança e, com isso, criava-se a

possibilidade de um dos genitores simular a existência de conflitos e indiferenças, para que decretada a guarda unilateral. Graças a Lei nova, esta realidade mudou.

A guarda compartilhada trata-se de uma regra e sempre prevalecerá o melhor interesse do menor.

Contudo, não podemos pensar que a guarda unilateral acabou, pois ela ainda existe e é tratada como uma exceção. A Lei 13.058/2014 determina que nos casos em que a guarda unilateral for estabelecida, o pai ou a mãe tem o dever de supervisionar o interesse dos filhos, conforme expressa o artigo 1.583, parágrafo 5º:

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

Uma outra mudança trata-se do parágrafo 2º do art. 1583 do CC que diz: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os seus interesses”.

Devemos saber que a Lei 13.058/2014 não altera automaticamente as regras que estão sendo adotadas por cada família. Portanto, os genitores, se quiserem, deverão entrar na justiça para solicitar a guarda compartilhada, a qual será decidida pelo magistrado.

Os dispositivos da Lei garantem aos genitores igualdade no que tange a direitos e obrigações, independentemente se há consenso entre os genitores, sendo necessária a manifestação de vontade das partes para adquirir o direito do compartilhamento.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste tópico, o objetivo será demonstrar os mais importantes assuntos relacionados à alienação parental como: sua definição, a síndrome da alienação parental, consequências para os filhos e, com suma importância, a guarda compartilhada como forma de prevenção à síndrome da alienação parental.

5.1 Definição

A alienação parental está conceituada no artigo 2º da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, como sendo:

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.

Ocorre, em razão disso, um afastamento muito grande entre o genitor que não possui a guarda e seu filho. O genitor alienante possui a intenção de romper qualquer laço existente do outro pai com seu filho e muitas armadilhas são utilizadas para que isso aconteça.

Nesse sentido, é o entendimento de Ana Maria Milano Silva (2008, p.154):

Alienação parental é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado pelo comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que detém a guarda do filho.

Ainda sobre este enfoque, Ana Maria Milano Silva (2008, p.154) continua a dizer que:

A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores, sem justificativa. Quando a síndrome se apresenta, a criança dá sua própria contribuição na campanha para desmoralizar o genitor alienado.

Como visto, podemos dizer que a alienação parental de um ato feito por um dos genitores para fazer o filho anular sua afetividade para com o outro genitor. De forma absolutamente injusta, um dos pais prejudica a imagem do outro para que o filho adote um sentimento negativo.

5.2 Síndrome da Alienação Parental

Esta síndrome, também chamada de “falsas memórias” foi apresentada em 1985 por um médico chamado Richard Gardner, que também era professor de psiquiatria infantil na Universidade de Colúmbia nos Estados Unidos. Quando pesquisava sobre a guarda de filhos, Richard constatou que um genitor influenciava uma criança a romper laços efetivos com o outro cônjuge. Eis a definição criada por Richard Gardner (1958, p.02):

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (GARDNER, 1985, p.02)

No mesmo sentido, leciona, Maria Berenice Dias (2008, p.01):

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

A síndrome da alienação parental não deve ser confundida com a alienação parental, pois ambas possuem diferenças. Neste sentido, é o que diz Fonseca (2006, s/p):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

Pela autora Denise Maria Perissini da Silva (2009, p.44): “A síndrome da alienação parental existe, pode ser evidenciada em inúmeros casos em que a criança passa a rejeitar o pai/ a mãe sem motivo plausível, e para isso cria, distorce ou exagera situações cotidianas para tentar “justificar” a necessidade de afastamento do outro genitor, até mesmo reproduzindo falas de outras pessoas”.

Neste mesmo sentido, Maria Perissini da Silva (2009, p.44) ensina que:

A SAP é uma patologia psíquica gravíssima que acomete o genitor que deseja destruir o vínculo da criança com o outro, manipulando-a afetivamente para atender motivos escusos.

Podemos perceber que o genitor alienante faz uso da criança para atingir outro, fazendo com que esta se transforme em um objeto devastador para romper a afetividade com o outro cônjuge.

A criança que se torna vítima da Síndrome da Alienação Parental se nega absolutamente a manter qualquer tipo de contato com o genitor alienado, sem nenhum motivo justo. Na verdade, o filho rejeita um de seus pais, sentimento de rejeição criado pelo genitor alienante com verdadeiras mentiras.

A esse respeito, Maria Perissini da Silva (2009, p.44) explica que:

O pai/mãe acometido pela SAP não consegue viver sem a criança, nem admite a possibilidade de que a criança deseje manter contatos com outras pessoas que não com ele/ela. Para isso, utiliza-se de manipulações emocionais, sintomas físicos, isolamento da criança de outras pessoas, com o intuito de incutir-lhe insegurança, ansiedade, angústia e culpa. Por fim, e o que é mais grave, pode chegar a influenciar e induzir a criança a reproduzir relatos de eventos de supostas agressões físicas/sexuais atribuídas ao outro

genitor, com o objetivo único de afastá-lo do contato com a criança. Na maioria das vezes, tais relatos não têm veracidade, dadas certas inconsistências ou contradições nas explanações, ou ambivalência de sentimentos, ou mesmo comprovação (por exemplo, resultado negativo em exame médico); mas tornam-se argumentos fortes e suficientes para requerer das autoridades judiciais a interrupção de visitas e/ou a destituição do poder familiar do “suposto” agressor (o outro genitor).

Assim, com o rompimento de contato do filho com o genitor alienado, o detentor da guarda passa a ter total poder e controle da situação, fortalecendo muito mais a relação doentia com seu filho, fazendo com que pareça que o outro cônjuge é apenas um intruso na relação dos dois.

Muitas pessoas desejam saber quais os comportamentos clássicos do alienador. Sendo assim, Maria Perissini da Silva (2009, p.55) menciona alguns:

1. Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos;
2. Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas;
3. Apresentar o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como “a sua nova mãe” ou “o seu novo pai”;
4. Interceptar a correspondência dos filhos (por quaisquer meios: internet, MSN, Orkut, torpedos, cartas, telegramas, telefonemas, etc.)
5. Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
6. Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades extraescolares em que os filhos estão envolvidos;
7. Impedir o outro genitor de exercer o seu direito de visita;
8. “Esquecer-se” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);
9. Envolver pessoas próximas (mãe, novo cônjuge, etc) na “lavagem cerebral” dos filhos;
10. Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consulta o outro genitor (escolha de religião, escola, etc.).
11. Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
12. Sair de férias sem os filhos, deixando-os com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
13. Proibir os filhos de usar a roupa e outras ofertas do genitor;
14. Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
15. Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos;
16. Ameaçar frequentemente com a mudança de residência para um local longínquo, para o estrangeiro, por exemplo;
17. Telefonar frequentemente (sem razão aparente) para os filhos durante as visitas do outro genitor.

Esses comportamentos afetam psicologicamente a criança, fazendo com que esta possua sentimentos ruins em relação ao genitor alienado.

A esse respeito, ensina a autora Ana Maria Milano Silva (2008, p.156) que:

O filho é levado a odiar e rejeitar um genitor que o ama e do qual necessita. O vínculo entre os dois será irremediavelmente destruído pois, com efeito, não se pode reconstruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, se houver um hiato de alguns anos.

Compreende-se, então, que a SAP (Síndrome da Alienação Parental) é o reflexo do sofrimento causado pela alienação parental. Uma vez que são implantadas “memórias falsas” na criança ou adolescente, ou que tenha existido um processo de desmoralização do genitor para com o outro, o mesmo poderá criar um sentimento de repulsa com seu genitor alienado, passando a rejeita-lo e até mesmo construindo um sentimento de ódio.

Neste sentido, leciona Ana Maria Milano Silva (2008, p.157):

Os progenitores alienantes afirmam que amam muito os seus filhos, mas, na verdade, sobrepõem os seus sentimentos egoísticos ao superior interesse dos filhos. Afirmam, ainda, que estão apenas a defender a criança, quando na verdade assim agem para que sua própria vontade prevaleça. Essas justificações são frequentemente utilizadas no âmbito dos processos judiciais de regulação do poder paternal.

Como visto, tal síndrome é traz muitos malefícios à criança. Trata-se de uma ignorância e um egoísmo absoluto vindo do genitor alienante. Muitos casais, para atacar um ao outro, entram no judiciário para resolver litígios que não são capazes de entrar em consenso. Nesses casos, quando a Síndrome da Alienação Parental já atingiu o menor, a vontade deste não deve prevalecer.

A esse respeito, Ana Maria Milano Silva (2008, p.158) entende que:

O ideal seria prevenir a alienação. É por isso que psicólogos recomendam a remoção da criança da esfera de influência do genitor alienante, logo que se constata, numa fase inicial, a tentativa de alienação. Os atrasos e excessivo formalismo dos tribunais contribuem objetivamente para o agravamento do problema.

O judiciário é muito lento e, com isso, a alienação fica cada vez pior, pois o genitor alienante possui mais tempo para afastar o filho do ex-cônjuge. Trata-se de uma imensa necessidade de que a criança restabeleça contato com o genitor alienado, para que esta síndrome não seja consumada e, com isso, não sejam implantadas as “falsas memórias”.

Neste sentido, é o que diz Denise Maria Perissini da Silva (2009, p.90) sobre falsas memórias:

Uma das formas mais sórdidas de alienação parental – e que caracteriza o nível grave da SAP – vai além das habituais estratégias para bloquear o contato da criança com o genitor, como não dar recados deixados por telefone ou “esquecer” de avisar sobre a festa no colégio. As falsas acusações de abuso sexual têm sido identificadas cada vez mais nas delegacias de polícia.

Em relação às memórias falsas e à instauração da Síndrome de Alienação Parental pelo genitor alienante, há punição. O magistrado pode aplicar algumas punições para que alivie essa grave situação da criança para com o genitor alienado.

De acordo com Denise Maria Perissini da Silva (2009, p.112) são as seguintes punições:

1. Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
2. Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
3. Estipular multa ao alienador;
4. Determinar intervenção psicológica monitorada;
5. Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
6. Declarar a suspensão da autoridade parental.

Além de todas essas punições, também poderá o juiz determinar que o genitor alienante repare moralmente o alienado. Contudo, com a determinação da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada agora é regra, e poderá ajudar bastante em situações de alienação parental.

Portanto, é evidente que a alienação parental e a síndrome da alienação parental não possuem o mesmo significado, visto que a primeira é uma campanha feita pelo genitor alienante para desmoralizar o genitor alienado, fazendo com que a criança o entenda como um estranho, utilizando manobras egoísticas. A síndrome diz respeito às questões emocionais, aos danos psicológicos que a criança venha a sofrer por consequência da alienação.

5.3 Consequências para a criança e o adolescente

Como vimos, a Síndrome da Alienação Parental é absolutamente maléfica ao menor, gerando consequências sérias e graves, atingindo o psicológico e a moral da criança, a qual não possui uma ideia formada.

A esse respeito, Ana Maria Milano Silva (2008, p.156) explica que:

Induzir uma Síndrome de Alienação Parental em uma criança é uma forma de abuso. Os efeitos nas crianças pode ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, sentimento incontrolável de culpa, isolamento, falta de organização, dupla personalidade e, às vezes, até suicídio. As vítimas dessa síndrome têm inclinação ao álcool e às drogas.

Nessa mesma senda, ainda explica Ana Maria Milano (2008, p.157):

O sentimento incontrolável de culpa se deve ao fato de que a criança, ao passar para a idade adulta, constata que foi cúmplice inconsciente de uma grande injustiça em relação ao genitor alienado.

A criança é afetada pelo genitor alienante, gerando sequelas que atingirão no normal desenvolvimento psicológico do filho.

Podemos perceber claramente que os menores que são vítimas do alienante acabam por presenciar constrangimentos, pois devem suportar o genitor alienador sempre se colocando em posição de vítima. O filho alienado possui uma tendência de reproduzir o mesmo problema psicológico do alienador, visto que a convivência é intensa e as estratégias são muitas.

As consequências da SAP podem também incidir no ambiente escolar. Neste sentido, é o que diz SILVA (2011, p.84/85):

Quando a criança está se envolvendo na SAP os sentimentos positivos e negativos se misturam, formando ambivalências que também são fontes de sofrimento para a criança. (...). Na SAP, a criança desenvolve os seguintes mecanismos de defesa perante os estudos e desempenho escolar: Negação, onde nega que o conflito familiar esteja acontecendo ou que esteja afetando seu comportamento; Racionalização, sempre encontrando uma 'explicação lógica' para tudo; Sublimação, onde utiliza os estudos ou recursos socialmente aceitáveis para lidar com o caos.

Com isso, podemos concluir que a SAP é uma agravante ao estado psicológico do menor, fazendo com que seus interesses não sejam observados e, assim, o Princípio do melhor interesse da criança ou adolescente não é colocado em prática. A alienação parental também é contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a criança não tem liberdade para expor seus sentimentos e emoções.

5.4 Guarda Compartilhada Como Forma de Prevenção à Síndrome da Alienação Parental

A guarda compartilhada, como já abordada neste trabalho, é regra e deve ser aplicada em casos de divórcios em que pai e mãe pretendem a guarda do filho. Os genitores terão os mesmos direitos e deveres em relação ao menor. Diante disso, é o que diz Maria Berenice Dias (2009, p.01):

Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro. Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente

A esse respeito, Waldyr Grisard Filho (2002, p.79) também se posiciona, dizendo que a guarda compartilhada:

Significa que ambos os pais possuem os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Pode-se dizer que, quando há o desfazimento de uma união conjugal entre os pais, a melhor maneira de reduzir o prejuízo sofrido pela criança é a adoção da guarda compartilhada, pois não haverá espaço nem tempo para a instalação da alienação parental, visto que a convivência entre pais e filhos será contínua no dia-a-dia, com uma frequente convivência de um na vida do outro.

É claro que a guarda compartilhada pode não acabar totalmente com as brigas entre os genitores, mas os conflitos podem ser minimizados, pois os genitores terão que entrar em um consenso para decidirem sobre a vida de seus filhos.

Por isso, a guarda compartilhada é considerada um avanço para toda a sociedade. De acordo com Maria Berenice Dias (2009, p.01):

É um avanço, porquanto favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse.

Nesta senda, é o que leciona o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2013, p.188):

Não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visita, que poderá ficar elástico quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada.

Não há questionamentos de que a guarda compartilhada é a melhor opção para prevenir a alienação parental. A Lei 12.318/10 que dispõe sobre a alienação parental, em seu artigo 6º inciso V, estabelece a guarda compartilhada como um instituto capaz de minorar os malefícios da alienação.

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:

[...]

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

Podemos ver claramente que a guarda compartilhada é o melhor modelo a ser adotado para uma ampla participação dos genitores na vida de seus filhos, para que possam acompanhar o desenvolvimento físico e mental e, portanto, evitar situações conflitantes e desgastantes, como a alienação parental.

Em relação a esse tema, podemos vislumbrar o julgamento realizado pelo Tribunal:

DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA - CRIAÇÃO SOB O INFLUXO DE AMBOS OS PAIS - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - MUDANÇA QUE TRAGA BENEFÍCIOS PARA O MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus. - As mudanças impostas pela sociedade atual, tais como inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de uma geração de pais mais participativos e conscientes de seu papel na vida dos filhos, vem dando a ambos os genitores a oportunidade de exercerem, em condições de igualdade, a guarda dos filhos comuns. Além disso, com a nova tendência de constitucionalização do direito de família, da criança e do adolescente, a questão da guarda deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor. - Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. - Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. - Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia física conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos. - Se um dos genitores quer mudar de cidade ou de Estado, para atender a interesse próprio e privado, não poderá tal desiderato sobrepujar o interesse do menor. Só se poderia admitir tal fato, se o interesse do genitor for de tal monta e sobrepujar o interesse da criança.

(TJ-MG - AC: 10210110071441003 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 30/07/2015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/08/2015)

Os Tribunais, em sua maioria, optam pela guarda compartilhada, visto que é a melhor condição para a criança e o adolescente, quando preenchidos os requisitos.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos perceber um grande avanço no Direito de Família. Pôde ser observado que a guarda compartilhada encontra previsão no Ordenamento Jurídico Brasileiro desde 2008 com a chegada da Lei 11.698/2008. Por sua vez, a Lei 13.058/2014 trouxe a guarda compartilhada como regra, uma imperatividade dada pelo legislador.

Trata-se de uma obrigatoriedade advinda de uma Lei. Então, na hipótese em que um dos pais pedirem o afastamento da guarda compartilhada, tal pedido deverá ser fundamentado de forma bastante coerente e com argumentação forte para que o juiz analise. Tal análise deve ser feita sempre priorizando os princípios do direito de família, em especial, o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente.

Com isso, mesmo que o genitor possua motivos para não aceitar a guarda compartilhada, se o magistrado verificar que tal instituto é o melhor para a criança, poderá fixar mesmo contra a vontade dos pais.

Esse modelo atribuído como regra é considerado a melhor e mais eficaz maneira de haver consenso entre a família, visto que mesmo após a ruptura da relação conjugal, os pais continuam com direitos e deveres decorrentes do poder familiar, sem haver discriminação de um destes.

Apenas com a guarda compartilhada é que há possibilidade de os genitores exercerem seus direitos de maneira igual, com a participação conjunta no desenvolvimento da vida do filho.

Podemos perceber que incide uma grande importância na manutenção da convivência dos genitores com o menor para o melhor desenvolvimento psicossocial, afetivo e moral deste. Neste sentido, a guarda compartilhada mostra-se como a mais adequada.

Em que pese os genitores os quais convivem em litígio, a guarda compartilhada ainda continua sendo bem-vinda nesses casos. Ora, mesmo que haja conflitos entre os genitores, estes terão que entrar em um consenso para a criação de seus filhos.

Tendo em vista as vantagens e desvantagens abordadas nessa pesquisa em relação ao instituto da guarda compartilhada, prevalece a primeira, o que

nos permite admitir que este é o melhor modelo a ser adotado em um divórcio com filhos menores.

Embora a guarda compartilhada seja regra, alguns requisitos devem ser observados, como por exemplo, verificar se ambos os pais estão aptos a exercer o poder da guarda que advém do poder familiar; inexistência de violência doméstica envolvendo mãe e filhos; observar com bastante clareza o Princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, entre outros.

Eventualmente, esta norma pode ser mitigada mediante a observância do caso concreto. Contudo, o juiz analisará cada caso e, caso verifique alguma anomalia, escolherá o melhor genitor para tomar posse da guarda.

Também pôde perceber que, em muitos casos, há a alienação parental juntamente com a SAP (Síndrome da Alienação Parental), não sendo um fenômeno social raro. Esta síndrome causa sofrimento em todos: genitor alienado, genitor alienante e o(s) menor (es), deixando sequelas graves como consequência.

Portanto, a guarda compartilhada também é uma grande arma contra a alienação parental, visto que a convivência de ambos pais com os filhos é contínua e cotidiana, não dando espaço para que haja estratégias de má-fé por parte de um dos genitores.

Por fim, a guarda compartilhada se revela cada vez mais, como uma melhor maneira de enfrentar a separação de um casal, para atender o melhor interesse da criança e do adolescente, visto que estes terão uma saúde mental e afetiva de maneira estável.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**. 2009, p. 240.

ALVIM, Teresa Arruda. **Direito de família: vol.2**. Revista dos tribunais. São Paulo, 1995.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro. Zahar. 2001. 258p.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. **Código Civil brasileiro**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de agosto de 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: Acesso em: 26 de setembro 2016.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Presidência da República. Brasília, DF. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.

_____. **Família, Ética e afeto**. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=119>>. Acesso em: 10/03/16

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª Edição. 23/03/2011 Publicado pela Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23 ed. 2010.

DENNIGER, Erhard. **Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade**. In: LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2. Tiragem. 4.ed.

FERNANDO, Elton. **A modernidade líquida e a vida humana transformada em consumo**. Disponível em: <http://www.vidapastoral.-com.br/artigos/atualidade/a-modernidade-liquida-e-a-vida-humana-transformada-em-objeto-de-consumo>). Acesso em: 18/03/16.

FONSECA, P. M. P. C. **Síndrome da Alienação Parental**. REVISTA PEDIATRIA – USP. São Paulo, v.28, n.3, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional**. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à luz da Lei 11.698/08, Família, criança, adolescente e idoso**. Ed. 1. Editora Atlas. 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda Compartilhada: lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Campinas: LZA Editora, 2008.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental SAP?** 2002. Disponível em. <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap->> Acesso em: 24 set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 10ª ed. 2013. Vol 6

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11ª ed. Saraiva, 2014. V. 6;

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

_____. **Guarda Compartilhada**. 2. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAROUSSE CULTURAL. **Dicionário de Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Cultural. 1999, 928p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Família Monoparentais**. 2ªed. São Paulo: RT, 2003.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4º ed. São Paulo, Saraiva. 2011.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil**. Editora Revista dos Tribunais. 2002. Vol 5. Direito de Família.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1981.

MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

NETO, Caetano Lagrasta. **Direito de Família: a família brasileira no final do século XX**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?**. Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA, D.M.P. **Mediação e Guarda Compartilhada – Conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **“Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”**. In: **Guarda Compartilhada**. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.