



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**JAIRA MARIA RODRIGUES**

**A GUARDA COMPARTILHADA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DO  
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**TERESINA/PIAUÍ  
2018**

**JAIRA MARIA RODRIGUES**

**A GUARDA COMPARTILHADA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DO  
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC apresentado a banca examinadora do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Naila Maria Lima

**TERESINA/PIAUÍ**

**2018**

**JAIRA MARIA RODRIGUES**

**A GUARDA COMPARTILHADA EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DO  
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC  
julgado e aprovado para a obtenção do  
título de Bacharel em Direito da  
Universidade Estadual do Piauí – UESPI.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Naila Maria Lima  
Professora Orientadora

---

Prof. Esp. Maria de Luz da Rocha Mesquita Aguiar Andrade.  
Membro da Banca

---

Prof. Esp. Gabrielle Sapiro  
Membro da Banca

Dedico esta, bem como todas as minhas conquistas, aos meus amados pais, meu esposo e meus filhos, aos colegas qdo curso de direito proporcionou e que acreditaram na minha capacidade e me proporcionaram todas as condições necessárias para que esta obra se realizasse.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por permitir que conseguisse cumprir minha obrigação para com a Universidade Estadual do Piauí e concluir mais esta etapa da vida acadêmica.

Agradeço de modo muito especial, aos meus pais, pela dedicação e esforços despendidos a mim, pelo apoio em todos os momentos da minha vida, e que de forma carinhosa e paciente, me estimularam a lutar pelos meus sonhos.

Ao meu esposo, pela cumplicidade e parceria, palavras são pequenas para descrever meu amor e admiração.

Ao meus filhos pois essa conquista não seria a mesma sem vocês, obrigada pelo carinho e compreensão.

A minha estimada orientadora, pela serenidade e educação que dispensou a mim, durante a realização deste estudo.

"Com organização e tempo, acha-se o segredo de fazer tudo e de fazê-lo bem feito." **Pitágoras**

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar a guarda compartilhada pós lei 13.058/2014 em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Para tanto, foram utilizadas informações coletadas a partir da bibliografia já publicada que trata do direito de família, como artigos científicos, sítios eletrônicos, livros, revistas especializadas, entre outros. Os resultados apresentaram o avanço na proteção dos direitos da criança. Quando há ruptura da sociedade conjugal, a aplicação do instituto da guarda na modalidade compartilhada possibilita o exercício efetivo do poder familiar por ambos os pais. Esse instituto tem como base os princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. Portanto, esse tipo de convivência familiar é compatível com as múltiplas configurações de entidade familiar.

**Palavras-Chave:** Direito de Família. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse da Criança e Adolescente.

## **ABSTRACT**

The objective of this work is to analyze the joint custody post Law 13.058/2014 in line with the principle of the best interest of the child and adolescent. For this reason, information collected from the published bibliography that deals with family law, such as scientific articles, electronic sites, books, specialized magazines, among others, was used. The results presented the advancement in the protection of the rights of the Child. When there is a rupture of the marital society, the application of the Institute of the guard in the shared modality enables the effective exercise of the family power by both parents. This institute is based on the constitutional principles of isonomy, the dignity of the human person and the best interest of the child. So this kind of family life is compatible with the multiple family entity configurations.

**Key-words:** Family law. Shared custody. Best interest of the child and adolescent.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 ASPECTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	13
1.1 Conceito de família.....	13
1.2 Um breve contexto histórico de família e algumas mudanças trazidas pela constituição de 1988 .....	15
1.3 Princípios do Direito das famílias .....	20
1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
1.3.2 Princípios da igualdade .....	23
1.3.3 Princípios da proibição de retrocesso social .....	24
1.3.4 Princípios da efetividade .....	25
1.3.5 Princípios da solidariedade familiar .....	28
2 A EVOLUÇÃO DA GUARDA.....	30
2.1 A proteção da criança.....	30
2.2 Conceito da guarda .....	34
2.3 Modalidade de guarda.....	38
2.4 Alienação Parental .....	41
3 A GUARDA COMPARTILHADA E SUA PROTEÇÃO AO INTERESSE DO MENOR .....	46
3.1 Aspectos Conceituais .....	46
3.2 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada .....	50
3.3 Análise da Guarda Compartilhada no aspectos cível à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	59
REFERÊNCIAS .....	62

## **1 INTRODUÇÃO**

Atualmente a sociedade conjugal vem se modificando, pois a vida matrimonial não é tão duradoura quanto antigamente, o desfazimento do vínculo nupcial são frequentes. O poder estatal por sua vez busca solucionar esse conflito através das leis e jurisprudências com objetivo de pacificar as relações que, por motivos peculiares de cada indivíduo, não tiveram êxito nessa vivência conjugal.

A dissolução da sociedade conjugal acarreta nos filhos um conflito social e psicológico, pois em algumas situações existe uma disputa entre os cônjuges, para decidirem quem tem poderes para conviver com os filhos. O instituto da guarda compartilhada demonstra a possibilidade de ambos os cônjuges manterem o convívio com os filhos, mas de uma forma equilibrada e sem litígios, tendo em vista que um dos cônjuges se encontra insatisfeito com os desfazimentos da relação, e por sua vez se utiliza de artifícios pessoais para fazer com que a criança fique distante do seu ex-companheiro ou mesmo crie repúdio ao indivíduo no qual essa criança, um dia teve tanta afinidade.

O presente estudo aborda da guarda tradicional à guarda compartilhada através de um exame à luz da evolução legislativa brasileira para a proteção e do melhor interesse da criança. A guarda compartilhada, teoricamente, é o ideal para os filhos cujos genitores estão se separando. Entretanto, quando os pais se entendem não há necessidade de regulamentação legal sobre a guarda dos filhos.

No Brasil, atualmente, com a existência da lei que definiu a guarda compartilhada, as decisões de primeira instância estão chegando às instâncias superiores. Os tribunais devem estar atentos para a evolução da aplicação de uma guarda que realmente privilegia o interesse dos filhos. Diante desse contexto, foi elaborado a seguinte problemática: a Guarda Compartilhada prevista em nosso ordenamento preserva os direitos da criança?

Portanto, o estudo é destinado às famílias que enfrentam a dissolução da união, no entanto desejam adotar esse tipo de convivência familiar em benefício, principalmente, do bem-estar e interesse dos filhos, considerando que estes, geralmente, são os mais afetados pela ruptura do núcleo familiar.

A escolha da temática deve-se em razão da guarda compartilhada se mostrar importante no sentido de propiciar a convivência familiar paterno-filial,

muitos autores a colocam como um modo de mitigar a conduta omissiva de pais que incorrem no abandono afetivo, fato esse que, pode acarretar danos psicológicos aos seus filhos.

Dessa forma, a viabilidade da pesquisa depreende-se que o instituto jurídico em análise, por ser considerado um modo de preservar a convivência entre pais e filhos, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, é visto como um meio de evitar a conduta causada justamente pelo fato de os genitores faltarem com o dever de convivência familiar, fato esse que, como verificado, repercute na formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor.

Deste modo, o interesse pelo tema em questão se dá pela evolução e mudanças da sociedade em relação ao mesmo, com o objetivo principal de analisar a guarda compartilhada concedida no caso de separação entre os pais, e o princípio do melhor interesse e da proteção integral do menor. Com o intuído de analisar a pesquisa de maneira satisfatória, os princípios estatutários do melhor interesse e da proteção integral de acordo com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o fim a que se propõe, este estudo tem como objetivo geral analisar a guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e específicos evidenciar a guarda compartilhada com base na legislação vigente e no Estatuto da Criança e do Adolescente; analisar o conhecimento dos magistrado sobre a guarda compartilhada; abordar a Lei 13.058/2014, que tornou a guarda compartilhada como regra geral nos casos de separação conjugal e analisar as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada à luz do interesse da criança e do adolescente.

A pesquisa é de natureza teórica, se desenvolveu sob o método dedutivo e pelo procedimento bibliográfico-documental. Para tanto, foram utilizadas informações coletadas a partir da bibliografia já publicada acerca do direito de família, como artigos científicos, sítios eletrônicos, livros, revistas especializadas, entre outros.

O presente estudo será disposto em três capítulos: o primeiro discorre sobre a evolução histórica do direito de família, nesse tópico foi abordado o progresso do direito de família desde o Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, elencando-se os princípios do direito de família, e destacando-se as inovações destes princípios constitucionais neste ramo do Direito Civil, com ênfase na garantia constitucional da igualdade entre homens e mulheres na sociedade.

O segundo aborda o aspecto histórico da guarda, conceito, modalidades de guarda, bem como a sua fundamental importância para a sociedade conjugal, mediante uma separação do vínculo conjugal e que se pretende manter, em prol dos filhos um contato e um diálogo para que haja um bom desenvolvimento da sua prole de forma equilibrada e sem transtornos sociais e materiais.

O terceiro trata da guarda compartilhada e sua proteção ao interesse ao menor sob o prisma social e jurídico, enfatizando o que dispõe a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e uma análise sobre a regulamentação jurídica baseada em decisões de tribunais.

## 1 FAMÍLIA: CONCEITO E HISTÓRICO

Ao tratar do tema “a guarda compartilhada”, deve-se, primeiramente, conhecer onde ela está inserida dentro do contexto social. É preciso conhecer um pouco de como a família evoluiu aos longos dos séculos, antes de abordar como a guarda compartilhada surgiu e os efeitos que ela gera na família e no mundo jurídico.

### 1.1 Conceito de família

Uma análise histórica e sociológica da família se faz necessário diante de tal complexidade de conceitos, de como séculos após séculos ela foi adquirindo novos paradigmas, a fim de que seja possível compreender em que estado ela se encontra nos dias atuais, encarando a família, primeiramente do ponto de vista sociológico, antes de ser um fenômeno jurídico, explica Venosa (2010).

Para isso, a compreensão desse fenômeno remete ao seu contexto histórico, vez que a família se trata de um organismo social vivo e que passa por mudanças para se adequar aos novos rumos da vida social, se revelando como um retrato da época atual em que vivemos. O conceito de família sofreu ao longo da história humana reflexos das mudanças sociais e religiosas sendo diversos os entendimentos doutrinários.

Segundo Gonçalves (2012, p. 17):

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.

Com o século XX, o Estado um pouco mais afastado das regulamentações da igreja, e consequentemente do casamento religioso, que era por muito tempo a base da família legítima no Brasil, com os novos paradigmas determinados pela urbanização e a modernidade, surge no direito brasileiro algumas mudanças que foram culminadas na Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo os direitos dos filhos não fazendo qualquer distinção, entre legítimos e ilegítimos.

Veronese (2014, p.1) relata:

A família é a mais antiga das instituições humanas e constitui um elemento chave para a compreensão e funcionamento da sociedade. É a família que, a princípio, se encarrega de prepara seus membros para que se cumpra satisfatoriamente o papel social que lhes corresponde. O conceito de família atravessa o tempo e o espaço, fins específicos. Constatase que há três finalidades prioritárias desta organização: formar pessoas, educá-las e prepará-las para participar no desenvolvimento da sociedade.

Com o intuito de mostrar que a família, em razão da sua importância na sociedade e por ser considerada um meio regulador do convívio social, possui a incumbência de preparar seus membros de forma equilibrada e, partindo desse pressuposto, é preciso que o ambiente familiar propicie condições saudáveis (estímulos positivos, boa relação familiar, vínculo afetivo, diálogo, entre outros) para o desenvolvimento de todos os seus membros (VERONESE, 2014). Dias (2014, p. 29) ao tratar o tema afirma:

A família é cantada e decantada como base da sociedade e, por essa razão, recebe atenção especial do Estado (CF 266). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Sempre se considerou a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases.

Tendo em vista o exposto, conforme Dias (2014) pode-se observar, diante dos vários conceitos apresentados, que todos estes se assemelham no mesmo entendimento, dando um enfoque à importância da família na estrutura do Estado e da sociedade e merecendo, assim a ampla proteção do Estado. A família é o núcleo a partir do qual se estrutura toda a sociedade e o próprio Estado. Não é por outra razão que a nossa Constituição Federal assevera que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (artigo 226, caput da CF/88). Neste sentido, a família vai ser a base da inserção do indivíduo na sociedade com o dever de preparar seus membros para cumprirem o seu papel social, percebendo-se a importância desse instituto. É na família que se assentam as colunas para edificar a organização social de um determinado Estado (DIAS, et al., 2013). Assim, Melo (2014, p. 4) conceitua família:

Conceito amplo (família estendida): família é o conjunto formado pelas pessoas que descendem de um mesmo tronco ancestral comum, isto é, aquelas unidas por vínculo de sangue (pais, filhos, irmãos, avós, tios, primos, etc.), bem como as que se incorporaram ao núcleo familiar por vínculo de afinidade (parentes do cônjuge ou companheiro) e por vínculo jurídico (casamento, união estável e adoção), além daqueles que se ligam ao núcleo central por afetividade (adoção á brasileira).

De acordo com o entendimento de Melo (2014), a família atualmente deve ser vista por três vínculos: de sangue, afinidade e jurídico. Por isso, as formações são distintas ao longo do tempo e com a evolução do instituto da família, confirma-se a diversidade que albergou diferentes composições familiares, compatibilizando o direito e realidade. Começaram a surgir novas estruturas de convívio desafiando a possibilidade de se encontrar um conceito único para a família.

No dizer de Dias (2013, p.42) é necessário ter uma visão pluralista da família abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Na concepção de Dias (2013), percebe-se que a família atualmente deve ser vista por uma ótica afetiva que evidencia ser o afeto o elemento identificador, que conceitualmente tornou-se essencial no delineamento dessa instituição. Assim, a família atual forma-se com laços afetivos de carinho, atenção de cuidado com os filhos envolvendo todos os seus membros e derivam da convivência familiar. Portanto, torna-se necessário compreender como a família originou-se e quais as mudanças vêm ocorrendo ao longo dos anos, tema tratado no tópico seguinte.

## **1.2 Um breve contexto histórico de família e algumas mudanças trazidas pela Constituição de 1988**

Em sua origem a palavra família deriva do latim “famulus”, que significa “escravo doméstico”, termo que surgiu na Roma Antiga e caracterizava o novo grupo social dentre as tribos latinas ao serem apresentadas à agricultura e à escravidão legalizada (SANTOS, 2011). A família tem sua origem na antiguidade conforme Melo (2014, p.4):

A família surge como um fato natural, quer dizer, próprio da natureza humana, baseada fundamentalmente na necessidade de convivência entre as pessoas (afetividade); na necessidade da perpetuação da espécie (formação da prole); de reforço da mão de obra doméstica (função econômica), e até mesmo como um dever cívico, já que a prole iria servir aos exércitos de seus respectivos Estados (função política), sem esquecer a função religiosa, tendo em vista que o pai de família, na antiguidade, era ao mesmo tempo o chefe político e religioso de sua comunidade.

Dessa forma, pode-se dizer que a natureza familiar era fundamentada na necessidade de convivência entre as pessoas criando uma afetividade que serviria para a perpetuação da prole. Os filhos tinham o dever de servir aos exércitos, assumindo a sua função dentro do contexto social e outra característica importante de família. Na antiguidade, o pai assumia uma dupla função era o chefe político e religioso em sua comunidade (MELO, 2014), Com relação à evolução histórica da família no direito romano, preceitua Gonçalves (2012, p.31):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercidas sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tira-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Conforme o autor, o instituto do pátrio poder tem a sua origem no direito romano, toda autoridade dentro do ambiente familiar era conferida ao chefe da família (o pai), que também tinha o poder de decidir, exercendo um poder absoluto sobre a vida e a morte dos filhos. A esposa cumpria um papel de total subserviência. A extinção do pátrio poder só poderia ocorrer, em regra, com a morte do patriarca da família. O homem tinha total domínio sobre a família, o Estado não intervnia (GONÇALVES, 2012). Nesse sentido, relata Ataide Junior (2012, p.22):

Na família romana, destacava-se a figura do paterfamilias, como personagem de poder absoluto na estrutura familiar, como cidadão sui iuris (não sujeito ao poder alheio), em relação ao qual, os outros membros – mulher, filhos e escravos eram alieniuris (submetido à potestade de outro e, consequentemente, incapaz de direito), sujeitos ao poder.

Observa-se que a figura do paterfamilias, dentro da família romana concedia a ele um direito absoluto e ilimitado e os demais membros eram tratados como objetos do seu patrimônio. Desse modo, era somente o homem, chefe da casa o único detentor do poder na organização familiar (ATAIDE JÚNIOR, 2012). Entretanto, ao longo dos anos muitas mudanças ocorreram na formação familiar, na Idade Média relata Gonçalves (2012, p.32):

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânicas.

Nessa fase a família encontrava-se sob forte influência do cristianismo e nesta época a única família reconhecida era a formada com o sacramento do casamento que se regia, exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único aceito e reconhecido. O Direito Canônico passou a ter relevante importância na sociedade, tendo em vista o domínio da Igreja neste período (GONÇALVES, 2012).

No tocante às normas da Idade Média, com relação ao pátrio poder, não era vitalício por natureza, e a sua extinção estava ligada à independência patrimonial do filho diferentemente da antiguidade. Nas relações patrimoniais entre os cônjuges segundo Melo (2014, p. 5) “a mulher ao se casar iria assumir a família do marido, isso servia de justificativa para a sua exclusão do direito sucessório tendo em vista que não daria continuidade ao culto familiar, base da sociedade medieval”.

A família na fase da Pré-Revolução Industrial tinha uma função basicamente fortalecida na atividade econômica, os filhos ajudavam os pais em seus ofícios (de artesãos) ou na atividade agropastoril, contudo, com a Revolução Industrial e a chegada das máquinas nos centros urbanos começou a desagregação das famílias, tendo em vista que os filhos foram procurar emprego nas áreas urbanas, ocasionando o abandono do seio familiar (MELO, 2014).

Desse modo, seguindo o pensamento de Melo (2014) após a Revolução Industrial a mulher iniciou a luta por sua independência e passou a fazer parte da sociedade. Começou a protestar contra a discriminação de que sempre foi vítima, ingressou no mercado de trabalho tornando-se capaz de prover o sustento da família e com esse fato o homem também precisou se adequar a essa nova postura, passando a ajudar nos afazeres domésticos, na criação e educação dos filhos. Percebe-se que aconteceu uma evolução do papel da mulher frente à família a partir dessas mudanças.

De acordo com Santos (2011) a Constituição Federal de 1988 apresenta um capítulo próprio que trata de família, da criança, do adolescente e do idoso (Capítulo VII, do Título VIII-Da ordem Social), sustentada pelos artigos 226 a 230. Portanto, a nova Constituição abriu horizontes com relação à construção familiar.

Diante das significativas influências sofridas pela família brasileira em relação às suas transformações históricas Gonçalves (2012, p.32) preceitua que “a família brasileira, como hoje é conceituada sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica.”

Insta destacar, dentro desse breve contexto histórico na visão de Melo (2014) que a família brasileira após a Constituição Federal de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, provocou uma revolução no direito de família adotando uma gama de valores, ao positivar o princípio da dignidade da pessoa humana e considerou ademais a proclamação da igualdade absoluta de direitos e deveres dos cônjuges para com os filhos. Dando continuidade, Gonçalves (2012, p. 33) reforça que:

A Constituição Federal de 1988 absolveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de dois eixos básicos. Assim, o art. 226 afirma “que a entidade familiar é plural e não singular, tendo várias formas de constituição.” O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

Destacando as inúmeras transformações elencadas na Constituição Federal de 1988, dentre elas Gonçalves (2012) elencou o princípio da dignidade da pessoa humana, que está no topo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, firmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. E ainda faz menção aos dois eixos básicos de mudanças, sendo o primeiro: quando o Estado passa a reconhecer outros tipos de família, quando prevê à proteção do Estado às famílias constituídas de união estável entre o homem e a mulher (art. 226,§3º, CF/88), deixando em aberto a possibilidade de reconhecimento de outras formas de família.

No segundo eixo consagrou a igualdade entre os filhos, havidos do casamento ou mesmo das relações fora dele, ou por adoção, garantindo-lhe os mesmos direitos e qualificações. Nesse entendimento Melo (2014, p.8) ressalta “esse vínculo tanto pode ser de origem biológica, advindo do casamento ou das relações fora dele, ou mesmo de origem jurídica, como filhos adotados e os advindos de inseminação artificial”.

A terceira grande revolução instaurou o princípio da igualdade entre homens e mulheres, inclusive no que diz respeito à condução da família, os direitos e deveres são exercidos igualmente entre os cônjuges. Portanto, o conceito de família foi alargado, abrangendo ainda as novas formações advindas da vida moderna e

conforme Gonçalves (2012) houve uma gama de direitos conquistados com a Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal de 1988, com o decurso do tempo, passou a acompanhar a evolução social, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras formas de famílias para albergar novas situações advindas da vida moderna que não podem ser ignoradas pelo direito.

Destaca as três categorias de constituição de família: o casamento, a união estável e o vínculo monoparental. É importante ressaltar que o rol contido no artigo 226 da Constituição Federal é meramente exemplificativo, apresentando os modelos mais comuns. Portanto, nos dias atuais é possível reconhecer outras entidades familiares (DIAS, 2013). No dizer de Dias (2013, p. 40) sobre o tema em questão, elenca que nos dias de hoje:

O que identifica a família não é a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou do envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidades de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a estrutura familiar afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.

Observa-se a existência de uma variada gama de arranjos familiares, na atualidade. E que não cabe excluir do âmbito do direito às relações familiares de pessoas do mesmo sexo (uniões homoafetivas) que são pautadas no vínculo da afetividade. Os novos contornos das famílias reconhecem o surgimento de outras entidades familiares. Para Dias (2013, p.41) “os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação”. Nesse sentido, começaram a surgir novas estruturas de convívio sem que haja uma terminologia adequada que as diferencie.

Dentro desse espectro, percebe-se que o conceito de família se tornou mais amplo, moldando-se de acordo com a atual realidade. Há uma pluralidade de formas nas relações familiares, ocasionando a visibilidade e a aceitação das relações que não têm o casamento como base de formação da instituição familiar, este, portanto, não é mais exigido como elemento para a consagração da existência da família. Dessa forma, ocorreu uma ruptura na formação dos moldes daquela família fundada

no matrimônio, que passou atualmente a se sustentar nas relações de afeto (SANTOS, 2011).

Atualmente, dentre os doutrinadores brasileiros não há um consenso sobre às várias formas de entidades familiar. Vale destacar que este trabalho terá como base a classificação esplanada, pela autora Maria Berenice Dias, (2013) a atual vice-presidente do IBDFAN (Instituto Brasileiro de Direito de Família). São as de maiores destaques: a) família matrimonial: decorrente do casamento; b) família informal: constituída da união estável; c) família homoafetiva: formada pela união de pessoas do mesmo sexo; d) família monoparental: formada pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado; e) família pluriparental ou mosaico: estrutura familiar originada no casamento ou na união de fato de um casal, em que um ou ambos os componentes são provenientes de um casamento anterior mais os eventuais filhos de outra relação prévia; f) família eudemonista: formada pelo vínculo afetivo, pois nas palavras de Dias (2013, p.58) “a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador”. Essa nova tendência busca valorizar o afeto e a busca da felicidade individual de seus membros.

Pode-se entender, com relação às várias concepções, que a família moderna encontra a sua fundamentação axiológica, no afeto existentes entre as pessoas no âmbito familiar e no laço sentimental. De qualquer forma, cabe ressaltar que alguns autores e professores ainda entendem que o rol contido no artigo 226 da Carta Magna é taxativo (*numerus clausus*), (TARTUCE e SIMÃO, 2011).

Para Tartuce; Simão (2011) a família deve ser considerada o núcleo da sociedade, deixando de lado o entendimento de que ela está se desintegrando pelo o fato de surgirem novas formas de entidades familiares, a exemplo da família monoparental, formada apenas por um dos seus genitores e filho, a família formada apenas por irmãos, e também a família formada por homossexuais, sem filhos, com filhos fruto de um relacionamento heterossexual, ou de um filho adotado por um deles, o que é devidamente permitido em nosso ordenamento jurídico. Vez que nessas famílias encontram-se os mesmos laços afetivos de uma família considerada “normal”, não tendo que se falar numa formação familiar preestabelecida.

### 1.3 Princípios do direito das famílias

O Direito desencadeou uma nova forma de abordar a Constituição Federal, elencando em seu contexto os princípios como uma forma de estabelecer normas que garantissem os direitos da sociedade e gozo fundamental das prerrogativas descritas na Constituição. Conforme ressalta Bonavides (2012, p.237) os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico do sistema constitucional o que provocou mudança na maneira de interpretar a lei.

A sociedade está, constantemente, passando por processos que permitem a utilização do aspecto principiológico no ramo jurídico, no Direito de Família se faz necessária a aplicação dessas normas e interpretações, pois assim como a sociedade evolui, a família também vem demonstrando uma nova temática que inclui uma diversidade de inovações sociais e culturais. Os princípios constitucionais ganharam uma importância na sociedade, pois eles passaram a agregar valores a sociedade, principalmente no que diz respeito ao aspecto dos direitos humanos, bem como o ideal de justiça o que caracteriza sua aplicabilidade imediata e força supletiva desse instrumento basilar no ordenamento jurídico.

Com o surgimento da constituição no Direito Civil, englobando a dignidade da pessoa humana contempladas de forma essencial do Estado Democrático de direito as regras passaram a ficar a margem da constituição. O que se faz necessário apontar a diferença entre esta e os princípios constitucionais, como transcrito abaixo:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida possível dentro das possibilidades jurídicas fáticas existentes. Princípios são por conseguinte, mandamentos de otimização ,que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regra contém, portanto determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível Isso significa uma distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau.Toda norma é ou uma regra ou um princípio." (SAPUCAIA, 2011, p.1).

O princípio tem capacidade de suportar, axiologicamente, os aspectos éticos e sociais que a sociedade possui, o que confere ao ordenamento jurídico uma

segurança conforme os preceitos normativos que este incorporar e que, por sua vez, contempla valores e impostos pela sociedade. Os princípios possuem um papel fundamental no ordenamento jurídico, pois este possui uma carga valorativa na sociedade, ou seja, uma base, na qual se organiza a sociedade e o sistema jurídico como um todo.

### *1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana*

Este por sua vez é um dos princípios que, atualmente, vem se destacando na sociedade em virtude de que com o avanço na sociedade, os indivíduos se utilizam bastante do mesmo, tendo em vista a sua amplitude, que é tido como instrumento basilar do Estado democrático de direito, pois este por sua vez se encontra firmado na Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana é essencial para a Constituição Federal, pois ele é uma norma e visa direcionar o cidadão aos seus direitos. Desta forma elenca Tepedino (2002.p.25) que:

com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais,juntamente com previsão do §2º do artigo 5º,no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias ,mesmo que não expressos,desde de que decorrentes dos princípios adotados no texto maior,configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Este princípio da dignidade da pessoa humana elenca na Constituição Federal em seu artigo 226 os direitos referentes às crianças, destacando a garantia de sustento familiar e total proteção do Estado no que se refere as crianças, bem como aborda em seu texto normativo preceitos referentes ao planejamento familiar no qual o Estado tem obrigação de propiciar recursos educativos e científicos para usufruir desse direito .

O princípio da dignidade da pessoa humana não tem a pretensão de limitação estatal, mas objetiva direcioná-lo para práticas de ações ligadas à sociedade. Demonstrando para os indivíduos a essência da dignidade da pessoa bem como respeitando o que consta na Constituição Federal, e seus preceitos políticos e sociais. Em virtude da aplicabilidade dos direitos humanos se tem buscado constantemente a fundamentação neste princípio para se chegar a um

ideal de justiça social e sempre priorizando os preceitos da Carta Magna que é o ordenamento constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana está ligado com as questões afetivas nas quais se pretendem chegar a um denominador comum, uma vez que os indivíduos não devem ser tratados de forma desigual, tendo em vista a extensão deste princípio que abrange a uma grande diversidade de situações relevantes na sociedade atual.

### *1.3.2 Princípio da igualdade*

O princípio da igualdade no Direito de Família representa uma grande evolução na sociedade, pois, antigamente, tínhamos no direito as diferenças entre homens e mulheres, o que caracterizava a submissão da mulher em relação ao homem o que era denominada como pátrio poder.

Diante dessa igualdade ressalta Silva (2006.p.67) que:

O sexo foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, à duras penas conquistando posição paritária, na vida social e jurídica a do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo a superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres.

Atualmente, a igualdade é predominante na sociedade, pois a mulher com o advento desse princípio, a mulher vem se destacando na sociedade, pois ela além de desempenhar as atividades de casa e cuidar dos filhos, trabalha fora de seu lar para contribuir com o sustento da família bem como o homem tem obrigação de amparar e suprir as necessidades do seio familiar. Antigamente, o homem detinha um poder de autoridade, no qual o mesmo comandava a família e quaisquer ordem advinda do mesmo teria que ser obrigatoriamente obedecida. Com o princípio da igualdade o homem por sua vez passou a lutar pelos direitos inerentes aos filhos diante de uma possível separação.

Os pais hoje em dia pleiteiam os direitos de convivência com os filhos perante a justiça, mesmo tendo constituído uma nova família, esse princípio da igualdade encontra-se elencado no artigo 226 §5º da Constituição Federal disposto que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidas pelo pai e pela mãe”.

Para tanto o princípio da igualdade proporciona aos pais a possibilidade de ambos tomarem rumos diferentes, mas priorizando o bem estar e o contato com os filhos de maneira equilibrada e responsável. De acordo com Lenza (2007, p.702) verifica-se essa possibilidade por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, oração dos moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

A igualdade, constitucionalmente, descarta qualquer atitude discriminatória, principalmente, no âmbito familiar, englobando a união estável bem como qualquer outra forma que caracterize uma família predominará o princípio da igualdade, sempre havendo o critério de reciprocidade, ou seja, de colaboração entre homem e a mulher.

Esse princípio por sua vez abrange a filiação, pois a Constituição Federal reza no artigo 227 § 6º juntamente com o Código Civil, que é admissível a igualdade entre filhos, portanto, em hipótese alguma poderá haver discriminação dos filhos seja ele de pais casados ou não, incluindo também os filhos adotados.

A legislação, atualmente, não faz nenhuma distinção com relação a forma em que a família se encontra na sociedade, a guarda compartilhada adere a este princípio como forma de manter o vínculo afetivo entre pais e filhos fazendo com que esses cônjuges uma vez separados, continuem cumprindo com seus deveres e obrigações, mesmo já estando dissolvida a sociedade conjugal, os direitos dos filhos prevalecem.

#### *1.3.3 Princípio da proibição de retrocesso social*

Esse princípio nos remete a situações em que a Constituição elenca em relação à proteção que a família merece, bem como no que se refere a igualdade entre homens e mulheres, a pluralidade de algumas famílias que merecem uma proteção exclusiva, a igualdade com relação aos filhos.

A vedação de retrocesso social está ligada com esses aspectos de proteção à família no qual o descumprimento de algum desses requisitos de proteção ao ente familiar acarretará desrespeito ao que a Constituição Federal elenca e, também, ao denominado retrocesso social.

O princípio do retrocesso social é imprescindível quando aplica na sociedade e no seio familiar, assim como se equipara ao princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se deve estar de acordo com os preceitos constitucionais.

Segundo Soares (2014) se deve haver respeito desse princípio devido à dignidade da pessoa humana:

Dentre os princípios jurídicos sobrelevam, inegavelmente os princípios constitucionais. Isto porque os princípios da Constituição de 1988, situados no ápice do sistema jurídico, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil irradiam-se pela totalidade do direito positivo nacional. É o que sucede com princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Carta Magna. Conforma assinala Ingo Sarlet (2001, p.41), a dignidade se afigura como qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica (SOARES, 2014, p.1)

Essas normas constitucionais de vedação do retrocesso são garantias fundamentais, pois possuem um caráter subjetivo, inerentes somente a família, bem como, inclui a igualdade entre homens, mulheres e filhos.

Como esse princípio possui uma garantia fundamental na Constituição Federal, no qual aos indivíduos com relação aos seus direitos não tem somente a obrigação de utilizá-los, mas seria uma forma negativa da sociedade ter esses direitos e não usufruir de forma adequada, conforme os ditames da legislação constitucional.

#### *1.3.4 Princípio da afetividade*

O direito de família está, intimamente, ligado a esse princípio, pois as relações de vínculos familiares decorrem da forma como cada indivíduo se comporta no seu âmbito familiar, para tanto existe um ambiente de afeto entre os outros participantes do mesmo grupo que retribuíram na mesma proporção.

Afetividade possui uma complexidade no seu contexto, o que deixa claro que esse princípio abrange e fortalece as relações familiares, incluindo nesse rol de afetividade todas as formas de entidade familiar adotadas pela legislação, atualmente, a exemplo das questões socioafetivas bem como adoção no qual não haverá distinção entre filhos do adotante nem com relação ao adotado.

A obrigação de manutenção das relações de afetividade fica a cargo do Estado, propiciar medidas sociais que faça com que as pessoas se integrem e reconheçam a individualidade e a importância do afeto na sociedade.

Nesse princípio da afetividade se reconhece o vínculo não através da escolha quanto ao sexo, mas segundo ressalta Dias (2013, p.72):

De forma cômoda, o judiciário busca subterfúgios no campo do direito das obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada, mas do que uma sociedade de afeto, exclusão de tais relacionamentos da órbita do direito de família acaba impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como meação, herança, usufruto, habitação, alimentos, benefícios previdenciários entre tantos outros (DIAS, 2013, p.102-103)

A questão da afetividade é originada das relações de convivência, e o vínculo afetivo entre os indivíduos é essencial para atribuição dos valores jurídicos na sociedade, não levando em conta a escolha de cada indivíduo para tanto é mister que o afeto tem que se fazer presente nas relações da sociedades em geral.

O princípio da afetividade se encontra não só em determinado grupo da sociedade, mas se estende para todos os indivíduos, que advém de uma entidade familiar, atualmente todas as pessoas independentes de qual seja a sua origem devem respeitar a toda e qualquer forma de opção sexual, ou seja, escolha tendo em vista que não é aceitável nenhum comportamento discriminatório conforme dispõem a lei e entendimentos doutrinários.

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal princípio nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. Mesmo que a Constituição tenha enlaçado no âmbito da sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitária, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de

solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.

É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lobo, que identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluído os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); (d) o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança do adolescente e do jovem (CF 227).

O Código Civil utiliza à palavra “afeto” somente para identificar o genitor a quem deve ser deferido à guarda unilateral (CC 1.583 § 2º I). Invoca a relação de afetividade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa (CC 1.584 § 5º). Ainda que com grande esforço se consiga visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico, mister reconhecer que tímido mostrou-se o legislador.

Belmiro Welter apud Dias (2013) identifica em outras passagens a valoração do afeto no Código Civil: (a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511); (b) quando admite outra origem a filiação do parentesco natural e civil (CC 1.593); (c) na consagração da igualdade na filiação (CC 1.596); (d) ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604); e (e) quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de sua família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade à família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre, a família.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade,

mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitos a regra e mais ao desejo na expressão de Michel Perrot (2000) apud Dias (2013).

A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realização os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a efetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

### *1.3.5 Princípio da solidariedade familiar*

Este princípio da solidariedade se dar em virtude da reciprocidade que os indivíduos têm uns com outros, originando-se das relações de afeto, a constituição assegura este princípio como forma de se ter uma sociedade fraterna e equilibrada. Para tanto é no seio familiar que a solidariedade deve prevalecer.

Desta forma Tartuce ressalta que:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do artigo 1.694 do atual código civil (TARTUCE, 2006, p.1).

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a lei nº 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade.

A solidariedade não é somente a questão de ser recíproco com o outro, mas está relacionada, também, com a responsabilidade que se deve haver em uma família.

O princípio da solidariedade tem como referência a dignidade da pessoa humana os aspectos materiais e morais decorrem da imprescindível dignidade, bem como as obrigações de alimentos entre marido, mulher e filhos, também, é fruto do

disposto neste princípio da dignidade da pessoa e não tão somente da solidariedade. De acordo com o exposto em Lôbo (2009, p.09)

O Código Civil de 2002, apesar de apregoada a mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte a presença dos interesses patrimoniais sobre pessoais, em variados institutos do Livro IV, no Título I destinado ao direito pessoal. Assim as causas suspensivas casamento, referidas no artigo 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente em relação à partilha de bens). Da forma como permanece no código, autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos não se volta a tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam se casar;a razão da viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa do nascituro,ou a da certeza da paternidade,mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios;o tutor o curador o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade ,porque aqueles segundo a presunção da lei,seriam movidos por interesses econômicos (LÔBO, 2009, p.09).

A solidariedade prioriza as relações afetivas na família, mas também está ligada com os aspectos patrimoniais, ou seja, os interesses que cada indivíduo desperta a partir desse vínculo, que por sua vez influência a ente familiar como um todo, no qual o princípio elenca cada pessoa tem seus direitos sociais garantidos conforme a Constituição Federal.

## 2 A EVOLUÇÃO DA GUARDA

O presente capítulo aborda a evolução da guarda enfatizando a proteção da criança, o conceito e as modalidades de guarda. No âmbito da guarda foi frisado a alienação parental que compreende uma patologia psíquica reconhecidamente grave que cerca todo o seio familiar, principalmente a criança e o adolescente, que são as grandes vítimas do conflito ocasionado por um dos genitores que deseja destruir o vínculo da criança com o outro genitor, manipulando-a com motivos provocadores do desejo de vingança e destruição da imagem do cônjuge alienado. Tal prática ocorre frequentemente nas separações e guarda dos filhos.

### 2.1 A proteção da criança

As primeiras mudanças nas regras da guarda ocorreram com o advento do decreto nº181 de 1890, que por sua vez tratava do destino dos filhos que possuíam pais separados, onde quem detinha a guarda dos filhos era o genitor que não deu causa a separação de corpos, para tanto aquele que saiu voluntariamente do seu domicílio conjugal não teria direito de ficar com seus filhos.

O Código Civil de 1916 destaca a diferença entre as separações sejam elas litigiosas ou amigáveis, sendo que nestas situações a guarda dos filhos também é destacada com muito afinco, pois na separação litigiosa em seu artigo 326 existe a questão da idade da criança, o sexo e, principalmente, a observância de quem deu causa à dissolução (ruptura conjugal), na separação amigável existe um acordo dos genitores em relação à guarda dos filhos.

No ano de 1941, surgiu o decreto Lei nº. 3.200 que em seus artigos 15<sup>1</sup> e 16<sup>2</sup> tratava da guarda do filho natural, no qual o filho ficaria com o genitor que o reconheceu. No entanto, ficaria sob o poder da mãe, se ambos os genitores tivessem reconhecido, no qual, excepcionalmente, o juiz poderá decidir de forma diversa conforme o interesse da criança, respectivamente. Vejamos:

---

<sup>1</sup> Art. 15. Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no larconjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar ao filho legítimo se o tiver.

<sup>2</sup> Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

Para tanto surgiu o decreto lei nº. 9. 704 de 1946, que por sua vez elencava a respeito da separação judicial com suas devidas delegações em relação aos filhos, que, diante desta separação, os pais ficariam adstritos ao direito de visitá-los caso estes não ficassem com a guarda, ou seja, estivesse com alguém da família ou do cônjuge declarado inocente.

Em 1962 houve o surgimento da lei nº. 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada. Com o advento dessa lei ocorreram várias modificações referentes à separação litigiosa e permanecendo algumas regras da separação amigável. Segundo esta lei, artigo 326 (caput), os filhos menores ficariam sob a guarda do cônjuge inocente. Mas, se ambos os cônjuges fossem culpados os filhos menores ficariam com a mãe, salvo se o magistrado verificasse que esta decisão trouxesse prejuízo aos filhos (§1º). Nesse caso, o juiz concederia a guarda a um membro da família que tivesse condições de sustentar e educar a criança conforme os preceitos legais, caso fosse comprovado que nenhum dos cônjuges possuía condições necessárias para ficar com a guarda da criança (§2º).

Ao longo desse tempo ocorreu uma alteração do artigo 16 da lei nº. 3.200/1941, advinda pela lei nº 5. 582 no qual elencava que o filho ficaria com a mãe, mesmo sendo reconhecido por ambos os genitores, neste artigo que existia a possibilidade dos filhos ficarem com outros entes da família que tivesse condição de conduzir a educação e proteção das crianças, assim como o juiz poderia arbitrar quem ficaria com a guarda da prole, sempre levando em consideração idoneidade dos responsáveis para o exercício de tal ato.

O Decreto lei. 9.701/1946 ressalta que no caso de desquite judicial e os filhos não tivessem sido entregues aos pais, a guarda de filhos menores seria deferida à uma pessoa da família que ficaria responsável pelos devidos cuidados, desde que o parente do cônjuge inocente, sendo, ainda, garantido ao cônjuge culpado o direito de visita aos filhos.

Sendo assim, mediante uma separação os pais ficam responsáveis por decidirem a situação da criança, no qual se deve priorizar os seguintes aspectos: saúde, lazer, educação. Ao tratar do interesse do menor se questiona acerca da disputa entre os pais, que deverá ser analisada pelo juiz, no qual o mesmo irá observar quem tem melhor condição de permanecer com a criança. O juiz, por sua vez, fica adstrito à guarda, e também, à forma como esta criança irá permanecer no

seio familiar dos pais, de forma que a criança não venha a ser prejudicada no aspecto material e social (CHAVES, 2010).

Nesse sentido, de acordo com Lauria (2011, p.42) é destacado o interesse da criança da seguinte forma:

Se o artigo 5º da lei de introdução do código civil, cuja redação alguma semelhança com o dispositivo em comento, sempre foi uma válvula de escape para jurisprudência, admitindo soluções tópicas e fundadas em princípios toda vez que se mostrava evidente a necessidade de afastar-se da lógica formal com vistas a evitar a solução manifestamente iníqua, o artigo 6º do Estatuto representa a abertura das portas para que a jurisprudência possa romper as amarras do formalismo ligados aos paradigmas ultrapassados. Do dispositivo, de observância obrigatória para o interprete, destacando-se a parte final de sua redação, ressaltando a condição especial e prioritária da criança, representando verdadeira peça chave da estrutura familiar. Haja vista a dificuldade prática de aplicação da Constituição às relações privadas pode se afirmar que tal dispositivo representa o principal instrumento normativo para efetivação do princípio do melhor interesse da criança. Embora sua redação sugira que o seu âmbito de aplicação se restringiria exclusivamente às disposições do Estatuto, deve-se entender aplicável a toda e qualquer interpretação do texto legal relativo a matéria da criança e do adolescente, seja em que âmbito for, incluindo-se aí as normas do código civil.

A criança possui seus direitos regulamentados no Código Civil, bem como no ECA. Ambos prelecionam que todos os direitos inerentes ao desenvolvimento da criança na sociedade, havendo uma separação entre os cônjuges, permanece com os pais o dever de guarda e proteção dos seus filhos. Independentemente de qualquer que seja a decisão do juiz, ambos continuam com a responsabilidade. Esse critério do interesse do menor objetiva principalmente fazer com que a criança tenha total proteção dos pais, mesmo que estes convivam em ambientes distintos. Buscando sempre preservar o vínculo afetivo adquirido durante o período em que os cônjuges viviam conjuntamente (ROCHA, 2015).

Desta forma, segundo Leite (2013, p.195) o interesse da criança:

[...] serve, primeiramente, de critério, de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de divórcio, por exemplo a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 227, compartilha o dever entre a família, a sociedade e o Estado de assegurar à criança e ao adolescente, direitos básicos para o desenvolvimento de um ser humano digno, como o direito à liberdade, à convivência familiar e comunitária, à dignidade, à educação, entre outros, bem como de colocá-los a salvo de qualquer forma de violência, negligência e discriminações.

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura, ao longo de todo o seu conteúdo, a proteção integral à criança e ao adolescente e a efetividade do princípio do melhor interesse da criança. No que concerne ao instituto da guarda, sua finalidade está prevista no artigo 33, §1º do ECA, que dispõe que: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”. Percebe-se que a guarda estabelecida nesse Estatuto não decorre da separação ou divórcio, mas de outros fatores, como a orfandade e o desinteresse pelo filho menor de idade (colocação em família substituta).

Em 10 de janeiro de 2002, a Lei nº 10.406 instituiu o Código Civil. Houve, no entanto, a extinção da culpa dos cônjuges na separação como fator determinante da guarda, bem como da prevalência da mãe em detrimento do pai, quando ambos eram culpados. Prioriza-se o melhor interesse dos filhos e o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges.

Os critérios para determinação da guarda mudaram. Atualmente, a nova redação dada pela lei nº 13.058/14 que alterou o artigo 1.584, §2º estabelece que quando não houver acordo entre as partes, quanto à guarda do filho, caso ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

A redação antiga do artigo 1.583, do Código Civil de 2002, determinava que seria observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, quando da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. A nova redação do artigo 1.584 passa a tratar das modalidades de guarda, seus conceitos e algumas regulamentações acerca dos dois tipos de guarda – unilateral e compartilhada.

O Código Civil de 2002 resguardou o direito do pai ou da mãe, que não tiverem a guarda dos filhos, de visitá-los, tê-los em sua companhia, bem como

fiscalizar sua manutenção e educação e inovou ao tratar da fixação da guarda em sede de medida cautelar na separação dos corpos, estabelecida no seu artigo 1.589.

De acordo com Silva (2010) é pacífico na Doutrina que há no ordenamento jurídico brasileiro dois tipos de guarda, com a mesma nomenclatura, mas sujeitando-se a diferentes disciplinas: uma, que é tratada no presente trabalho, oriunda da separação ou do divórcio dos pais, regendo-se pelo Código Civil, e a outra, cuidada pelo Estatuto da criança e do Adolescente, como instituto de colocação de criança e adolescente em família substituta.

A lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil de 2015 - deu nova redação ao artigo 1.121 do CPC de 1973. O artigo 731 do CPC de 2015 (capítulo XV, seção que dispõe sobre o divórcio e da Separação Consensual, da Extinção Consensual de União Estável e da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio) prevê que a homologação do divórcio ou da separação consensuais, poderá ser requerida por ambos os cônjuges, e que na petição deve contar, além de outras informações citadas no referido artigo, o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e o regime de visitas.

A guarda passou a existir decorrente da relação entre os pais e os filhos desde o começo dos tempos até hoje, sendo um instituto inserido no Direito Familiar. Vale ressaltar, que é um conceito que estabelece a guarda de forma geral, que de acordo com Pavão (2017, p.5) diz:

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

Para Pavão (2017) a guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facultar a quem de direito as prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Examinando-se a regulamentação relativa à guarda, faz-se mister estabelecer o seu conceito.

## **1.2 Conceito da guarda**

O Direito de família contempla três situações distintas, nas quais podemos encontrar: relações entre os grupos familiares, ditas patrimoniais; regulação entre

cônjuges, ascendente e descendente, denominada pessoal; por conseguinte, a relação que ampara e protege os indivíduos, conhecida como protetiva ou assistencial. Estas formas de relações familiares encontram fundamento no artigo 226 da Constituição Federal. De acordo com Venosa (2017, p.76) o conceito de família contempla as relações patrimoniais, pessoais e protetivas, vejamos:

O complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e seus efeitos que dele resultam, as relações pessoais, sociais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Em suma, é possível observar que o conceito faz referência às três relações basilares do direito de família. Observa-se, ainda, a participação do Estado regulando as relações matrimoniais e familiares, elencadas nos artigos 1511 a 1783 do Código Civil. No entanto, estas relações familiares não tratam diretamente da guarda, mas do poder familiar, da tutela e da curatela, situação na qual só cabem aos genitores a simultaneidade de obrigações inerente aos filhos. O exercício do poder familiar está previsto no artigo 1634 do Código Civil.

O casamento é o precursor dos direitos e deveres dos pais para com os filhos. Todavia, é aplicável esta mútua obrigação dos genitores nos filhos reconhecidos fora do casamento, ou seja, filhos advindos das relações extras matrimoniais. O Código Civil dispõe que compete a ambos os pais, independentemente, da situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Dentre as atribuições desse poder, destaca-se a criação e educação dos filhos, bem como a guarda compartilhada (art. 1634, I e II)<sup>3</sup>.

De acordo com Liberati (2015, p.147) “a guarda de que trata a lei estatutária só se aplica a criança em situação irregular, isto é separado da família por morte ou por abandono dos pais.” No entanto, a guarda não pode ser requerida somente em situações de irregularidade em que a criança se encontra. Para parte da doutrina instituto da guarda é cabível à todas as crianças que tiverem menos de 18 anos, independente da sua condição social. Para tanto a guarda tem como parâmetro a integração do poder familiar que por sua vez inclui os pais e os filhos, demonstrando

---

<sup>3</sup>Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

as obrigações que os pais têm e os deveres de seguir o ordenamento jurídico, sempre com base nos interesses das crianças, motivo pelo qual há uma grande diversidade de conceitos referentes à guarda (SILVA, 2017). Diante dessa diversidade de conceitos do instituto da guarda é possível destacar que os posicionamentos de alguns doutrinadores acerca do vocábulo “guarda” enfatizado por Grisard Filho (2013, p.45):

Derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera) de que provém o inglês *warden* (guarda) de que formou o francês *garde* pela substituição do w em g. É empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração, especificando que guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua em sua companhia ou de protegê-los nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

De acordo com Nader (2016) “o legislador não formulou o conceito de guarda, talvez pelo receio de lhe escapar algum aspecto importante; em todo caso, a tarefa é própria dos doutores da lei e estes revelam alguma dificuldade ao fazê-lo”. No ordenamento jurídico brasileiro há previsão acerca das modalidades da guarda aplicáveis – unilateral ou compartilhada - bem como a definição de ambas. A atual redação do art. 1.583<sup>4</sup> do Código Civil, alterada pela Lei n. 11.698, de 2008 trata sobre o tema: A guarda tem como finalidade principal proteger, amparar e resguardar a criança de qualquer situação que venha interferir na sua integridade física, moral e social. Para tanto, elencar o instituto da guarda e entender seu conceito é essencial para garantir, conforme os ditames legais, os direitos e os deveres que os genitores têm para com os filhos (ROCHA, 2015). Medeiros (2015, p.3) assim leciona sobre a guarda:

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 a quem a lei considerar nessa condição. Levamos à crença de que guarda não é só é um poder pela similitude que contém a autoridade parental, com todos 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.

---

<sup>4</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [Redação dada pela Lei n. 11.698, de 2008.]§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto,concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. [Incluído pela Lei n. 11.698, de 2008.]

Interessante constatação é a apresentada por Ramos (2016), quando menciona que o instituto da guarda, quando examinada sob a perspectiva do poder familiar, ao passo que é um dever, é vista também como um direito dos pais. Dever, pois, cabe aos pais a criação, formação e educação, sob pena de configurar abandono dos filhos. Direito, vez que aqueles tem direito de participação na criação, formação e educação destes “exigindo-lhes obediência, podendo retê-los no lar, conservando-os junto a si, sendo indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho” (RAMOS, 2016, p.49).

De acordo com o ECA, a interpretação é de que o poder familiar é de responsabilidade de ambos os genitores, durante o período em que permanecerem juntos ou diante de uma separação(art. 21).Devem se responsabilizar pelo sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (art. 22).

Por conseguinte, havendo uma separação, ou estabelecimento de uma união estável, os pais permanecem adstrito ao poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior, conforme previsão no artigo 1636, Caput, do Código Civil. “Por óbvio, em outras formas de arranjo familiar, havendo filhos, o poder familiar também se fará presente, nessa mesma linha de intelecção” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1274).

No mesmo sentido orienta Dias (2015, p. 521), “falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto”, porém, a autora aduz que “o rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores”. Esta autora explica também que, com o rompimento da convivência dos pais, existe fragmentação de um dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do poder familiar (DIAS, 2015, p. 522). Ainda segundo DIAS (2015, p. 519):

Em boa hora veio a nova normalização, que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º) e a imposição da guarda compartilhada com a divisão do tempo de convívio de forma equilibrada entre os pais (CC 1.583 § 2.º). Ambos os pais persistem com todo o complexo de deveres que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).

Portanto, “como decorrência do poder familiar, os pais têm o direito à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal, concretizado nos cuidados e educação dos mesmos” (RAMOS, 2016, p.49)

### **2.3 Modalidades de guarda**

Conforme já foi explicitado o instituto da guarda, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, advém de duas situações distintas: a prevista pelo Código Civil, em consequência da separação ou do divórcio dos pais, e a prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como instituto de colocação da criança e do adolescente em família substituta.

Apesar de o presente trabalho versar sobre a guarda prevista no Código Civil, isto é a que decorre da separação ou do divórcio, faz-se necessária uma breve exposição sobre a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que as leis devem ser interpretadas de forma sistemática, por objetivar a proteção integral da criança e do adolescente, fundamental para concretizar o melhor interesse do menor.

Assim, a guarda, do Estatuto da Criança e do Adolescente, destina-se a regularizar a posse de fato do menor. Uma vez deferida, obriga a prestação de assistência material, moral e educacional, podendo ser revogada a qualquer momento (DIAS, 2015).

Sobre as modalidades de guarda previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Grisard Filho (2012, p.61-62) dispõe que:

O Estatuto prevê duas modalidades de guarda: definitiva e provisória. A primeira regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela e adoção. É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção e até que sejam tomadas as medidas adequadas para defesa dos seus interesses, conforme o artigo 33, §2º.

Visando à proteção de crianças e adolescentes órfãos ou abandonados, o Estatuto traz, ainda, que o poder público estimulará o acolhimento desses menores, oferecendo assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios àqueles que efetivarem o aludido acolhimento sob a forma de guarda. Ressalte-se que a guarda é um atributo do poder familiar, não afastando, portanto, a responsabilidade dos pais de

prestarem assistência aos filhos. O melhor que poderia acontecer era que o menor sempre fosse amparado pela sua família natural, não havendo necessidade de sua colocação em família substituta (GRISARD FILHO, 2012).

No que tange à guarda prevista no Código Civil, há dois tipos de guarda prevista pelo legislador, a compartilhada e a unilateral, conforme dispõe artigo 1583, caput (DIAS, 2015). A modalidade que predomina no Brasil, quando há ruptura da sociedade conjugal, é a guarda compartilhada, tendo se tornando a regra, conforme leciona Dias (2015, p. 526)

**A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole.** O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. **A regra passou a ser a guarda compartilhada.** Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Caso não pudesse ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores, se transformaria em instituto destituído de efetividade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda conjunta (grifo nosso).

Dias (2015, p. 524), sobre guarda unilateral orienta que “a guarda unilateral será atribuída a um dos genitores somente quando o outro declarar, em juízo, que não deseja a guarda do filho”, conforme prevê art. 1584, §2º. Esse mesmo artigo, em seu §1º, dispõe que na audiência de conciliação o juiz informará aos pais o significado, a importância da guarda compartilhada, bem como os direitos, deveres e as sanções pelo descumprimento das cláusulas relativas a essa modalidade de guarda.

É cediço que a presença de ambos os pais é fundamental para o desenvolvimento saudável de qualquer ser humano. Nesse contexto, o sistema da guarda unilateral inviabiliza, para o genitor não-guardião, uma participação mais efetiva na vida do filho, restando apenas um papel secundário de mero visitante. Esse sistema de visitas propicia prejuízos no relacionamento entre pais e filhos (GRISARD FILHO, 2012).

Outra modalidade de guarda é a alternada. Mas esta não tem previsão no Código Civil de 2002, já que em seu artigo 1.583, caput, é possível extrair que as modalidades aceitas pelo ordenamento são: as modalidades compartilhada e unilateral. No entanto, esse tipo de guarda consiste na fixação de períodos em que o menor fica sob a guarda de cada genitor. Explica Amaral (2014) que durante o

período de tempo pré-estabelecido, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental seria detida, de forma exclusiva, por cada um dos genitores. E no termo do período, os papéis seriam invertidos. No entanto, esse modelo de guarda recebe fortes críticas, pois não há como estabelecer na vida da criança uma rotina de horários, tão necessária para o desenvolvimento da responsabilidade. Nesse sentido, explica Grisard Filho (2013, p.98):

As repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações, provoca no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos.

Por fim, a guarda compartilhada, consiste na divisão igualitariamente das responsabilidades em relação ao filho. Em consonância com esse entendimento Silva (2010, p.65) afirma que a guarda compartilhada “permite aos filhos viverem em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma co-participação deles, em igualdade de direitos e deveres. É também uma aproximação da relação materna e paterna, visando ao bem-estar dos filhos”. Com o objetivo de minorar os efeitos negativos daquebra da estrutura familiar, a guarda compartilhada propõe a relação saudável entre os cônjuges, fundada no princípio do melhor interesse da criança. O pai e a mãe compartilham as responsabilidades, as decisões sobre a vida do filho, com a uniformização dos costumes e valores repassados, mesmo morando em lares diversos. Desse modo, a convivência e a manutenção das relações entre pais e filhos estariam plenamente asseguradas. A crítica feita é a de que esse modelo, somente, seria executável quando não houvesse litígio entre os cônjuges (GRISARD FILHO, 2012).

Observa-se que nem todas as modalidades acima elencadas estão previstas pelo Código Civil brasileiro, tendo os doutrinadores estabelecido várias modalidades de guarda, com o intento de buscar novas alternativas à aplicação da guarda. Assim, apesar das críticas feitas aos diversos tipos de guarda, é válida qualquer tentativa de se evitar o afastamento de um dos genitores e os prejuízos emocionais, psicológicos e materiais para criança, pois há que se considerar que cada família tem necessidades diferentes. O importante é que todas as soluções caminhem para o mesmo objetivo: concretizar o melhor interesse dos filhos (AMARAL, 2014).

## 2.3 Alienação Parental

Os divórcios constituem desafios da atualidade que trazem muitas questões para a clínica analítica e o âmbito jurídico. Embora, sejam, em certa medida, traumáticos, a situação entre um ex-casal se complica quando um dos cônjuges não aceita a separação, criando-se um processo litigioso, em que aquele, por inúmeros motivos, passa a desferir em relação ao outro atitudes hostis e agressivas que inviabilizam o contato da prole com o genitor prejudicado (DUARTE, 2010).

Nesse meio encontram-se os filhos aspirados nos impasses e conflitos familiares que o princípio nem sempre compreendem o que se passa e, consequentemente, se mostram confusos, inseguros diante dos discursos e atitudes ambíguas por parte dos pais e dos acontecimentos que independe, de suas vontades. Como os pais querem vencer, em geral, não se importam com as armas desse embate, e é nesse fogo cruzado que se encontram os filhos do casal imersos no seio dessa luta e tornam-se objetos de disputas das batalhas travadas entre os pais. Para Aquino (2014) a origem da Síndrome de Alienação Parental – SAP está relacionada à intensificação das estruturas de convivência familiar quando, consequentemente, ocorre uma maior aproximação dos pais com os filhos. Desta forma, houve uma mudança social jurídica na estrutura e dinâmica familiar brasileira, tendo em vista que, antigamente, era normal quando da separação litigiosa os filhos ficarem sob a guarda da mãe. Hoje, o que nem se imaginava acontecer, com a separação dos genitores, passou a haver uma disputa dos pais pela guarda dos filhos. Nesse sentido, Duarte (2010, p.104) expôs o seguinte:

Atualmente, entretanto, apresenta-se em vários casos, uma dissonância entre o que racionalmente é propagado como necessário e benéfico, ou seja, a importância da figura paterna na vida do filho tal qual a da mãe e a dificuldade emocional de algumas mulheres para aceitar tal condição de paridade, gerando reações negativas nessas últimas, o que pode desencadear o processo de alienação parental. Na clínica analítica ouvem-se demandas de alguns pais no sentido de salvaguardar seu lugar juntos aos filhos, quando eles apresentam questões sobre o que é ser pai, qual a sua função, ou então, o que é um pai, além de indagações sobre quais seriam as atribuições numa família cujos laços foram desfeitos. Muitos genitores referem que querem continuar convivendo com seus filhos.

Por vezes, ao perceber o desejo do pai em conservar a convivência com o filho, a primeira atitude escolhida pela mãe, na tentativa de se vingar do ex-cônjuge é afastá-lo, criando várias situações difíceis em relação às visitas, ou até

mesmo impedindo a convivência de ambos. Diante disso, Dias (2010, p.109) observa da seguinte forma:

Quando o processo de separação ou divórcio vem marcado por alta carga de conflitualidade relacional, tingido por imputações excessivamente coloridas, que não existiam antes da eclosão do conflito conjugal, e com indicadores que apontam para uma adequada paternidade ou maternidade prévias, recomenda-se que sejam tomadas redobradas cautelas no valorar a desqualificação de um genitor sobre o outro devido ao risco de ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, que, relembramos, consiste em programar o(a) filho(a) para odiar o outro genitor, sem motivo real, como reação vingativa de uma perda inaceitável.

Percebe-se, ainda, que de acordo com Dias (2010), a situação surge por meio da separação ou divórcio, mas essa realidade atual pode ser detectada no consorte alienador, ainda que sua convivência familiar seja pacífica e tranquila. No entanto, é mais propício de surgir no cenário das separações. Segundo Duarte (2010) quem melhor estudou essa realidade fática foi o professor da Clínica Infantil da Universidade de Columbia e membro da Academia Norte-Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente, Richard Gardner (1931-2003), nos Estados Unidos. Veja-se o conceito de Síndrome de Alienação Parental, segundo Duarte (2010, p.12):

A Síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua primeira manifestação verifica-se numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação da própria criança para envilecer a figura parental que está na mira desse processo.

O conceito desenvolvido por Gardner (2010) foi primordial para os estudos a respeito do tema explanado. Ao passo que, após várias pesquisas, outros estudiosos, também, se posicionaram a respeito da matéria em estudo. Segundo Trindade (2010, p.45),

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Tal síndrome constitui-se no ato de um genitor programar a prole, por meio dos mais diversos artifícios, para desenvolver ódio ou aversão ao outro, excluindo-o da vida da criança, isto sem justo motivo. Há, por conseguinte, um efeito trágico na criança, que perderá o vínculo afetivo com o genitor, vínculo este muito importante para sua formação.

Tais malefícios abarcam, também, a pessoa do genitor vítima. Ambos, sem tratamento adequado, estarão sujeitos a seqüelas graves, capazes de perdurar pelo resto da vida.

Dias (2010, p.12) refere:

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 genitor. Para isto 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.

É incontestável o crescimento progressivo, em um curto espaço de tempo, do número de casos de acusações de abuso infantil nos casos de dissolução dos vínculos afetivos. No tocante a essas situações restam, por vezes, dúvidas quanto à veracidade das acusações feitas, configurando, portanto, a Alienação Parental, que é segundo Gardner apud Duarte (2010) é o ato de programar o menor para que esta detenha aversão ao genitor.

Como salienta Fonseca (2012, p.45):

Cuida-se, na verdade, de um sentimento de rejeição a um dos genitores, sempre incutido pelo outro genitor no infante, fato que, em um primeiro momento, leva a petiz a externar – sem justificativas e explicações plausíveis – apenas conceitos negativos sobre o progenitor do qual se intenta alienar e que evolui, com o tempo, para um completo e, via de regra, irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos.

Nesse contexto, a autora reúne ao conceito de alienação parental o afastamento dos filhos provocado por um dos genitores. Entretanto, pelo que já foi exposto sobre conceito elaborado por Richard Gardner citado por Duarte (2010), nem sempre esse afastamento pode ser utilizado para caracterizar a alienação parental.

Por sua vez, Meneses (2014) assegura que a Síndrome de Alienação Parental é um processo que ocorre quando um dos genitores, enciumado e

inconformado com o evento da separação, começa a provocar os filhos para que desenvolvam o sentimento de raiva em relação ao outro genitor. Trata-se de um fenômeno que corresponde à programação de uma criança para que ela odeie um de seus pais, sem justificativa.

Percebe-se, assim, que o genitor alienador influencia o comportamento do filho perante o outro genitor alienado, e esse passa a não ter mais domínio sobre o filho, que acaba odiando-o. Como bem comprehende Silva (2009), a Síndrome da Alienação Parental corresponde a uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificação.

O fenômeno resulta da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores e das próprias contribuições da criança dirigidas à difamação do progenitor objetivo dessa campanha. Ao passo que a Alienação Parental comprehende as consequências dos transtornos psicológicos que acomete a criança que é vítima do afastamento.

Para Silva (2012, p.2):

Os efeitos prejudiciais que a Síndrome de Alienação Parental -SAP pode provocar nos filhos variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade, com o tipo de vínculo anteriormente estabelecido, e com sua capacidade de resiliência (da criança e do cônjuge alienado), além de inúmeros outros fatores, alguns mais explícitos, outros mais recônditos. Esses conflitos podem aparecer na criança sob forma de ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustrações, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas.

Na opinião de Silva (2009), é preciso analisar as reações da criança envolvida na SAP nos momentos iniciais de instauração da SAP, quando o alienador está usando suas manobras para afastar a criança do outro genitor, a criança envolve-se com o alienador, por dependência afetiva e material, ou por medo do abandono ou rejeição, incorporando em si atitudes e objetivos do alienador, aliando-se a ele, fazendo desaparecer a ambiguidade de sentimentos em relação ao outro genitor, exprimindo as emoções convenientes ao alienador.

Essa reação pode ocorrer a completa exclusão do outro genitor, sem consciência, sem remorso, sem noção de realidade, até mesmo, sem hesitação em acusá-lo de molestação sexual. Para Trindade (2010, p.3):

E quando, por questões de conscientização posterior, ou por alguma situação impactante, a criança/adolescente, tempos mais tarde, descobre ou percebe que tudo que vivenciou foi uma mentira, uma farsa de conveniência do alienador, que foi manipulada e usada como “marionete” pelo alienador, que cometeu uma terrível injustiça com o outro genitor por todas as acusações levianas que o alienador a induziu a relatar (as acusações improcedentes de abandono/negligência ou molestação sexual contra o outro genitor, por exemplo), a criança passa a sentir ódio do alienador, pela manipulação, pelas mentiras, pelo engodo e remorso e um enorme sentimento de culpa por ter odiado o outro genitor sem ter tido motivos plausíveis para isso (tudo o que aconteceu foi por interesse do alienador, e não seu próprio).

No entendimento de Trindade (2010), nas situações em que os filhos são conduzidos a odiar e rejeitar o genitor alienado, que os ama, a contradição de sentimentos produz uma destruição dos vínculos que, se perdurar por longo tempo, instaurará um processo de cronificação que não mais permitirá sua restauração, fazendo da morte simbólica da separação, uma morte real do sujeito.

Todas essas atitudes tomadas pelo alienador em relação à criança/adolescente compromete o desenvolvimento psicológico, provocando, no futuro, remorso e arrependimento, o que pode entregar-se às drogas, alcoolismo, depressão, inadaptação social e até mesmo ao suicídio. De acordo com Trindade (2010, p.95), para o alienador, que não tolera se defrontar com sua própria derrota, sendo assim para o autor:

o corpo de amor (*a-mors* = não à morte) se transforma no corpo de dor (de destruição da vida), gerando uma senda infinita de sofrimento aos filhos e ao cônjuge alienado, ainda que o final dessa trajetória possa significar a auto aniquilação: solidão, amargura existencial, sentimento de vazio, conduta poliqueixosa, ideias de abandono e de prejuízo, depressão, abuso e dependência de substâncias, como álcool e outras drogas, jogo compulsivo e ideação suicida, esta geralmente acompanhada de uma tonalidade acusatória e culpabilidade.

Todas as considerações realizadas até momento são de suma importância para uma melhor compreensão dos aspectos gerais da Síndrome de Alienação Parental, no decorrer do tempo. Os conflitos familiares resultantes desse processo são responsáveis pela desarmonia entre os pais e os filhos.

### **3 A GUARDA COMPARTILHADA E SUA PROTEÇÃO AO INTERESSE DO MENOR**

O presente capítulo aborda a guarda compartilhada e sua proteção ao interesse do menor com base nos aspectos conceituais, vantagens e desvantagens da guarda compartilhada a fim de identificar e esclarecer suas peculiaridades e os pontos controvertidos de sua adoção e a análise da guarda compartilhada nos aspectos cível à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA.

#### **3.1 Aspectos Conceituais**

O modelo de família em que o pai era incumbido do sustento da casa e à mãe cabia os trabalhos domésticos e o cuidado dos filhos não condiz com a realidade da família moderna. Os papéis parentais não estão mais definidos. Desta forma, atualmente, a vontade da maioria dos pais é participar da vida dos filhos efetivamente. Observa-se que enquanto a família permanece unida não há maiores problemas, mas quando ocorre a sua fragmentação, nem sempre a modalidade de guarda deferida é satisfatória a essa pretensão dos pais (GRISARD FILHO, 2012).

De acordo com Silva (2010) no momento da determinação da guarda a modalidade da guarda compartilhada efetiva a participação dos pais na vida do filho visando a concretização do melhor interesse da criança.

Diante das transformações das relações familiares, os estudiosos passaram a buscar soluções para atender a essa nova realidade. Defendendo, pois, a utilização da guarda compartilhada, em relação ao modelo da guarda unilateral, que é estereotipado e falido, uma vez que a guarda exclusiva sobrecarrega o cônjuge guardião, que tem que desenvolver sua atividade doméstica, profissional e afetiva, provocando, também, para o cônjuge não-guardião, prejuízos na sua relação com o filho, por causa da sua ausência decorrente, não propriamente de sua vontade, mas por força do regime de visitas estabelecido (SILVA, 2010).

Silva (2010, p.98), entende que:

a [...] finalidade, de colocar o menor no centro das atenções e não exatamente os interesses dos pais que se encontram em conflito, houve necessidade de um estudo conjunto entre juristas, psicólogos e sociólogos para buscar uma nova fórmula de comunicação, consubstanciando-se no exercício conjunto do poder familiar, considerando-se a criança como sujeito de direitos civis, humanos e sociais e garantindo-lhe uma melhor qualidade de relações com seus pais após a dissolução da vida em comum da família.

Desse modo, fundamentado no superior interesse dos filhos menores, não é viável conceber a defesa de que apenas um dos genitores possa exercer sozinho a função de pai e de mãe, pois o ideal para o menor é que cada um dos genitores participe efetivamente de sua vida (SILVA, 2010).

Percebe-se que a guarda compartilhada visa reequilibrar os papéis parentais.

Nesse sentido Grisard Filho (2013, p.78) dispõe:

do desejo de ambos os pais compartilharem a criação e educação dos filhos e o desses de manterem adequada comunicação com ambos os pais, de forma contínua e simultânea, motivou o surgimento deste modelo de guarda e responsabilidade parental: a guarda compartilhada. Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhante a uma família intacta.

Da insatisfação dos pais não-guardiões desejosos de conviverem igualmente com o filho, como o genitor guardião, originou-se conforme Amaral (2014) a APASE – Associação de Pais e Mães Separados, que, dentre outras finalidades, tem a de promover a participação efetiva de ambos os pais nas decisões sobre o desenvolvimento dos filhos, através de todos os meios possíveis, e a de difundir, por qualquer meio, a ideia de que filhos de pais separados têm o direito de serem criados por qualquer um dos seus genitores, sem discriminações de sexo.

Assim, pela insatisfação da modalidade de guarda unilateral, que vinha sendo deferida pelos tribunais, de acordo com Medeiros (2015) com o objetivo de um desenvolvimento mais saudável dos filhos surgiu a guarda compartilhada onde os pais obrigam-se a exercer o poder familiar sobre a criança, dividindo da maneira mais igualitária possível os direitos e deveres.

O estudo desse modelo no Brasil, no entanto, não é tão recente como possa aparentar já que de acordo com Grisard Filho (2013, p.85):

em 1986, [...], Sérgio Gischkow Pereira fez publicar o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, ou conjunta, em nosso direito, anotando que naquela década, o modelo começara a ser pesquisado no Rio Grande do Sul “sob o prisma jurídico e psiquiátrico”, envolvendo profissionais do direito, educação, da medicina, da sociologia etc.

Importante registrar que a guarda compartilhada, nada obstante a maioria dos autores entende como a que tem a proposta mais benéfica aos interesses dos filhos, às vezes, é confundida com outras modalidades de guarda, como a alternada. Esse equívoco surge quando se confunde as propostas e as características da guarda compartilhada (GRISARD FILHO, 2013).

Segundo Gontijo (2012, p.78):

prejudicial para os filhos é a *guarda compartilhada* entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tendo vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia em que transforma filhos em *iô-iôs*, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e este nos demais.

Percebe-se a descrição fiel da guarda alternada, em que os pais, separadamente, apenas participam da vida dos filhos em dias determinados, e não da guarda compartilhada, que prega a divisão igualitária de responsabilidades, com a participação efetiva dos dois genitores na vida do filho diariamente, e não em períodos esparsos (GONTIJO, 2012).

No sentido de distinguir entre as modalidades de guarda compartilhada e alternada, Bonfim (2015, p.1) discorre que:

A guarda compartilhada, ao revés, não se confunde com a "guarda alternada", vez que naquela não se inclui a idéia de "alternância" de dias, semanas ou meses de exclusividade na companhia dos filhos. De fato, na "guarda compartilhada" o que se "compartilha" não é a posse, mas sim a responsabilidade pela sua educação, saúde, formação, bem estar, etc.[...]Em verdade, portanto, o que ocorre na "guarda compartilhada" é a plena participação de ambos os genitores em todos os aspectos da formação dos filhos, independentemente destes permanecerem da companhia de um deles apenas nos finais de semana e feriados.

Não há, ainda, que se confundir a guarda compartilhada com a possibilidade de livre visitação, de acordo com Pavão (2017, p.4) “é muito mais do que isso e não apenas isso. [...] É assumir responsabilidades. É comprometer-se em proporcionar as melhores condições possíveis ao adequado desenvolvimento biopsicossocial dos

filhos". Diante desses entendimentos sobre a guarda compartilhada, de acordo com Grisard Filho (2013, p.86) constata-se que:

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e obrigações em relações os 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.

Grisard Filho (2013), ao tratar sobre guarda compartilhada, explica que esta modalidade de guarda "significa efetivamente, a implementação de um modelo de conduta dos pais, preocupados, não simplesmente em dividir dias e pernoites, mas sim ligados nos aspectos direcionados à formação moral, intelectual, espiritual e social dos filhos". De acordo com Moreira (2010, p.2) a guarda compartilhada se refere:

A um tipo de guarda onde os pais e as mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas às crianças. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Apesar dos diversos entendimentos doutrinários no tocante às características da guarda compartilhada e sobre sua aplicabilidade, é pacífico que a guarda unilateral, é um modelo fracassado, mas que, alguns pais, ainda, optam por esta modalidade por estarem envolvidos com emoções desagradáveis que os impedem de tomar uma decisão mais acertada, sendo deferida pelos magistrados quando os pais, expressamente se recusam à guarda da criança (art. 1584, §2º, CC).

Ambas as modalidades de guarda podem ser requeridas pelas partes, em consenso, ou por qualquer dos pais em ação autônoma (art. 1584, I, CC), ou, ainda, decretada pelo juiz, fundamentando a decisão em atenção as necessidades específicas da criança (art. 1584, II, CC).

A guarda compartilhada surge como a melhor modalidade de guarda, pois visa a minimizar os efeitos devastadores da ruptura familiar para o menor, tendo a proposta de fazer com que os pais exerçam efetivamente seus papéis, sem

restrições, propiciando ao filho a real presença da família, isto é, pai e mãe, unidos, na tomada de decisões, na formação intelectual e emocional, compartilhando todas as suas emoções e vivências (FONTELES, 2014).

Diante desse contexto, foi criada a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que passou a determinar a guarda conjunta com o fim da relação dos pais, a lei alterou os artigos referentes à matéria no Código Civil, seu conceito e sua aplicabilidade. De acordo com Tartucce (2015), com a lei 13.058/2014 a lei tem como principal objetivo o estabelecimento da guarda compartilhada ao tempo de custódia física dos filhos, que passou a ser dividido através de forma equilibrada com a mãe e com o pai, preservando as condições fáticas e os interesses dos filhos.

### **3.2 Vantagens e Desvantagens da Guarda Compartilhada**

Como todo tipo de guarda a guarda compartilhada apresenta suas vantagens e desvantagens. Dentre os maiores benefícios da guarda compartilhada está na busca em dar continuidade à vida do menor assim como era antes da ruptura da sociedade conjugal garantido a uniformidade dos hábitos do menor e a isonomia nos direitos e deveres dos pais dividindo as responsabilidades quanto aos problemas e soluções mais adequadas para o desenvolvimento dos filhos.

A guarda compartilhada coloca ambos os pais em situação de igualdade, evitando que o exercício da autoridade fique restrito ao genitor-custódio, criando situações de constrangimento na condução de regras educacionais e de ressentimento interno. Por ela, qualquer dos genitores se sentirá responsável na primeira pessoa pela educação dos filhos, por seu desenvolvimento emocional, material e espiritual (HERNANDEZ; KING; KING, 2012).

Essa modalidade, também, diminui o sentimento de culpa pela separação ou divórcio, auxiliando o processo de aquisição de maturidade, de identificação e de modelos adultos. Motta (2010, p.54), por seu turno, destaca como efeitos positivos deste modelo de guarda, os abaixo transcritos: “Os pais compartilham a guarda e todas as responsabilidades, dentro das possibilidades reais de cada um, evitando sentimento de sobrecarga, injustiça e revolta por parte de um dos pais”. Para o autor há uma certa equidade na forma como as despesas com os filhos são divididas e uma elevada taxa de concordância com relação aos acordos referentes ao sustento

dos filhos. Essa cooperação entre os pais atende a ocasionar um decréscimo dos conflitos ocasionados por questões financeiras, ao longo do tempo, beneficiando, por conseguinte, aos filhos, assim, facilitando a comunicação entre todos os membros da família, o que coloca os pais em menor sujeição aos desejos e manipulação dos filhos (MOTTA, 2010).

Dentre as desvantagens da guarda compartilhada está o risco de instrumentalização dos filhos contra o outro cônjuge, embora esse risco decorra mais da caracterização de falta de idoneidade individual do que modelo de guarda propriamente dita. Também pode haver desvantagem de natureza econômica, pois a guarda compartilhada implica duplicação de alguns custos. Esse, entretanto, não é argumento válido para desaconselhá-la na medida em que cada um deve cooperar de modo proporcional às despesas necessárias consoante as suas possibilidades (KASPER, 2016). Percebe-se alguns eixos teóricos para todas essas questões através de alguns indicadores para a não recomendação da guarda compartilhada que podem ser, assim, alinhados, conforme Motta (2010, p.47):

se um genitor não estiver capacitado para assumir as responsabilidades ou possuir nível de afeto diferenciado; se houver dificuldade de comunicação entre os pais para cooperar conjuntamente na solução dos problemas dos filhos; se os pais não conseguem separar suas próprias necessidades das dos filhos; se os filhos forem “usados” como “armas” ou “exiação” dos conflitos parentais; Alto nível de hostilidade e conflitualidade parental; Distância geográfica entre os pais; antecedentes comprovados de violência familiar.

As desvantagens da guarda compartilhada as consequências advindas dos casos em que o clima familiar apresenta litígios tanto na rotina diária como durante o processo legal litigioso, pois, em muitos casos os ex-cônjuges movidos pelo sentimento de vingança se utilizam dos filhos, objeto da disputa de guarda para denegrir a imagem do outro com as piores adjetivações possíveis, provocando um prejuízo no fenômeno primacial na construção de um bom modelo de identificação.

Aponta, ainda, como desvantagem o fato dos pais criarem nos filhos um “conflito de lealdade” ao atribuir ao filho que se comporta como um “pombo-correio”, transmitindo as mensagens de um genitor para o outro, podendo ocorrer omissões e mentiras, gerando culpas no filho quando visita ou convive prazerosamente, em especial com o genitor não-guardião, podendo contribuir para instalação de um estado depressivo no filho.

De acordo com Grisard Filho, (2013) existem, ainda, estudos que mostram outros efeitos negativos para todas as partes envolvidas neste modelo de guarda, como por exemplo conforme Grisard Filho (2013, p.120):

a guarda compartilhada pode desencadear a falta de disposição dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso; Não afasta nas crianças o medo do abandono; A transição entre dois lares pode facilmente reforçar a preocupação com a estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares; Pode prender a criança a uma relação destrutiva com pai violento ou inadequado; Expõe os filhos a um impacto psicológico devastador, caso um dos genitores não queira mais este modelo de guarda; Não minimiza o impacto negativo do divórcio sobre as crianças nos primeiros anos depois da ruptura conjugal; Que não há provas de que a guarda conjunta seja o melhor para todas as famílias, ou para a maioria dos envolvidos.

Além de ser impossível a decretação da modalidade de guarda compartilhada nos casos de conflito entre os pais ou se após ruptura da sociedade conjugal um dos pais passe a morar em um local mais distante dificultando a convivência com o filho, nos casos de exploração do guardião pelo não guardião que até então é responsável pelo pagamento da pensão alimentícia em optar por este modelo de guarda com objetivo de negociar menores valores não levando em consideração o interesse do menor.

Como percebemos, na teoria a guarda compartilhada é um meio que propicia ao filho o direito de conviver tanto com o pai como com a mãe por um período determinado de acordo com as leis que aparam tal determinação. Porém, para que funcione sem prejuízos aos envolvidos, na prática, é necessário que os pais antes da separação entrem num consenso para estabelecerem como será o convívio após a decisão, principalmente se os pais forem morar em localidades diferentes. Portanto, como todo tipo de guarda, a guarda compartilhada apresenta vantagens e desvantagens devendo antes de sua escolha pelos pais e decretação pelo juiz como a melhor solução de guarda para os filhos.

### **3.3 Guarda compartilhada no aspecto cível à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA**

Diante da regulamentação jurídica acerca guarda compartilhada, deve ser assegurado o convívio, comunicação e contato entre pais e prole. O art. 1.583, § 1º, conceitua a guarda compartilhada como sendo "a responsabilização conjunta e o

exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns". O art. 1.584, I, assevera, ainda, que: "a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar"..

Ao enfatizar a guarda compartilhada, é possível observar que em meio a tantos princípios aplicados e consagrados pela Constituição Federal, depara-se com um princípio em questão, o da igualdade entre os pais. Este princípio vem estabelecido logo no começo da Constituição Federal, no título que se refere aos direitos fundamentais, que garante igualdade de direitos e obrigações entre o homem e a mulher, e vem, igualmente, descrito no capítulo que trata da Família (BARRETO, 2010). Dispõem os artigos 5<sup>5</sup> e 226<sup>6</sup> da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 de acordo com Barreto (2010) modifica o elemento tutelado juridicamente no âmbito familiar, tendo como finalidade o desenvolvimento pessoal da família, surgindo daí uma nova definição de família fundamentando-se na multiplicidade familiar, deixando de lado somente a igualdade formal e passando a ter uma igualdade substancial. Dias (2015, p. 272) esclarece que “o compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade”.

A administração da família deve ser desempenhada pelo marido e pela mulher em igualdade de direitos e deveres, sendo que o sustento e até o domicílio do casal deverá ser dividido e escolhido pelo casal em conjunto, como preceitua Código Civil de 2002, nos seus artigos 1567<sup>7</sup>, 1568<sup>8</sup>, e 1569<sup>9</sup>.

**5 Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;(...)

**6 Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

**7 Art.1567.** “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.” Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

**8 Art. 1.568.** Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

**9 Art. 1.569.** O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

A igualdade nos direitos é notada no exercício do poder familiar, exercido por ambos os pais, que estando juntos ou separados, não é admitido que seja dado prioridade a qualquer dos um dos cônjuges para o exercício desse poder. A teor, o dispositivo constitucional mencionado (art. 5º, CF/88) e o Livro IV, Capítulo XI do Código Civil, que trata da proteção da pessoa dos filhos, favorecem não só a existência, como a aplicação da modalidade da guarda compartilhada, de forma prioritária para o bem-estar dos filhos. Neste contexto, a guarda compartilhada atende tanto aos interesses dos filhos, quanto ao dos pais (SANTOS; MARTINS, 2013).

De início, baseando-se no entendimento de Méndez (2011), o Estatuto da Criança e do Adolescente baseia-se em uma lei federal promulgada em julho de 1990 (8.069), sancionada pelo então ex Presidente Fernando Collor de Melo, que aborda a abrangência de direitos das crianças e adolescentes em todo território nacional. Com esta normatização, houve a possibilidade dos jovens verem seus direitos e deveres devidamente reconhecidos, independentemente de classe social, raça ou outro meio discriminante, passando assim , a serem objetos de prioridade perante o Estado.

A lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)- tem a finalidade de amparar e proteger integralmente os menores sempre observando em conformidade com os princípios constitucionais que se encontram dispostos nos artigos 227 e 229. Pela leitura dos artigos 33 a 35 deste estatuto, é possível depreender que a guarda dos filhos é um fator de grande importância para resguardar o direito das crianças.

A legislação infraconstitucional faz menção à existência do instituto da guarda compartilhada, a qual, fundamenta-se no princípio do melhor interesse do menor (DIAS, 2017). Nesse contexto, a lei que trata especificamente sobre a proteção integral da criança e do adolescente, isto é, o ECA, prevê em seus artigos 3º e 4º, que toda criança e adolescente goza de todos os direitos fundamentais, aos quais, devem ser assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade em geral, para que tenham um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social adequado. Além de garantir à criança ou ao adolescente o direito de ser criado no seio da sua família, bem como de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação, como uma forma de exercer o direito à liberdade, conforme dispõem

os artigos 19 e 16, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente (PEREIRA, 2014)

Ainda, em conformidade com o princípio constitucional da isonomia, de acordo com Barreto (2010) o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu artigo 21, que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe.

Percebe-se, então, que a guarda compartilhada tem pleno amparo neste Estatuto, uma vez que a proposta deste tipo de guarda é a responsabilização conjunta, com a consequente participação mais efetiva dos pais na vida dos filhos, fundamentada no melhor interesse da criança, que é, também, o princípio norteador desta legislação, embora a guarda compartilhada não se relacione com a guarda prevista nos artigo 33 e35, do Estatuto.

O principal objetivo do ECA é o amparo ou proteção àquelas crianças ou adolescentes que se encontram em condições desfavoráveis, permitindo que estas possam efetivamente ter uma vida digna, cercada de um desenvolvimento físico, moral ou social que as conduzam a um futuro promissor.

Desta forma, é imprescindível que a criança tenha possibilidade de conviver com ambos os pais, de modo que, mesmo com os genitores separados, sua ideia e conceito de família permaneçam sólidos.

Nesse sentido, Silva (2010, p. 857) discorre que:

Participar da vida familiar e comunitária é mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente, porque é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para seu auferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações.

Corroborando com esse entendimento, Grisard Filho (2013, p.159) assevera que: “o Estatuto privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento. É inegável, assim, que a lei menorista acolheu a tese da guarda compartilhada, sendo-lhe amplamente favorável”.

Merece aplauso o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao decidir pela manutenção do regime de Guarda Compartilhada privilegiando os interesses dos menores:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. GUARDA COMPARTILHADA. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo será não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC)." No caso dos autos, ambos os genitores vieram de comum acordo pedindo o estabelecimento da guarda de forma compartilhada. Não há litígio entre eles, tampouco algum indício a contraindicar a pretensão inicial. Logo, não há razões para, de plano, rejeitar o pedido de modificação da guarda e exoneração de alimentos. É de rigor o processamento do pedido. Sentença desconstituída. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70074296690, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/09/2017).

Nas ações de família que se discute a guarda da prole, deve-se atender aos interesses das crianças, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que o dos pais, sendo um direito primordial de a criança conviver, pacificamente, com ambos os pais, ainda, quando sobrevenha à separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como o instrumento para garantir esta convivência familiar (MOTTA, 2010).

É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico, que a criança possa conviver sem as restrições com seus genitores devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem estar da criança. "Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicando que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições" (SANTOS; MARTINS, 2013).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL EPROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA.** CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC ,inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A **guarda compartilhada** busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A **guarda compartilhada** é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da **guarda compartilhada** como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade

da **guarda compartilhada**, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopodo Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob **guarda compartilhada**, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda **compartilhada**, porque sua implementação quebra amonoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A **guarda compartilhada** deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1251000 MG 2011/0084897-5 (STJ) 31/08/2011)

Pela análise da Jurisprudência podemos afirmar que a lei da guarda compartilhada está sendo observada em nossos tribunais como um sustentáculo ao princípio do “melhor interesse da criança”, segundo seus benefícios específicos.

Entretanto, os Tribunais tem entendido de forma diferente, em relação a modificação da guarda compartilhada, tendo em vista que, deve ser comprovado ser a alteração o melhor para o desenvolvimento da criança ou do adolescente. Assim, faz-se oportuno citar a seguinte jurisprudência:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA DE MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALEGAÇÕES CONTRA O PAI SEM COMPROVAÇÃO ROBUSTA. MANUTENÇÃO DA GUARDA PARA MELHOR ATENDER AOS INTERESSES DA MENOR. Nada havendo nos autos a contrariar a conduta do pai com relação à filha, descabe, em sede de cognição sumária, conceder a guarda provisória à genitora, tendo em vista que a guarda compartilhada foi estabelecida há pouco tempo. Assim, a fim de melhor atender aos interesses da menor, considerando-se que, aparentemente, a guarda de fato está com o pai, tal situação deve ser mantida, pelo menos até a realização de estudo social. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70024510653, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudir Fidelis Faccenda, Julgado em 17/06/2016).

Vale frisar que o Tribunal de Justiça Gaúcho não aceitou a modificação da guarda compartilhada por entender que não havia indícios de alienação parental, e

que a filha deveria continuar de fato com o pai, e só depois de realizado o acompanhamento biopsicossocial é que se poderia reverter a situação em prol do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Assim, nesse sentido, o Tribunal do Rio Grande do Sul entende que a guarda compartilhada não deve ser determinada liminarmente, tendo em vista que deve ser analisada a relação dos pais para com seus filhos, que deve passar por um estágio probatório, e deve ser pacífica. Nesse sentido, veja-se o seguinte posicionamento jurisprudencial:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. ESTIPULAÇÃO LIMINAR. DESCABIMENTO. ALIMENTOS FIXADOS SEM PEDIDO. POSSIBILIDADE. Descabe estipular liminarmente a guarda compartilhada, sem dados mais concretos acerca da condição e da situação dos pais, das relações entre eles, e por consequência, sem saber se esta é a solução que melhor atende aos interesses da criança. Viável a fixação de pensionamento em prol de menor de idade mesmo sem pedido, em atenção a alta carga de provisionalidade que guarda a obrigação alimentícia. NEGADO SEGUIMENTO. EM MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70024556425, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 02/06/2016).

Vale frisar que, enquanto, não se tiver plena convicção a respeito da situação vivida pelos pais, não há como saber se a guarda compartilhada é o melhor meio a ser aplicado para atender o melhor interesse da criança, e foi por essa razão que considerou-se inadequada a estipulação liminar do regime de guarda compartilhada entre os pais.

Assim, importante assinalar que para que seja implementado como meio punitivo o instituto da guarda compartilhada, e até mesmo a sua possibilidade de modificação de guarda deferida com a análise de provas, desde que seja analisada a situação a que se expõe o menor, e, consequentemente, a garantia do princípio do melhor interesse da criança, conforme jurisprudência acima.

EMENTA: GUARDA E RESPONSABILIDADE DE FILHO -PAIS SEPARADOS - INTERESSE DO MENOR - ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL E MAUS TRATOS NÃO PROVADAS -ALIENAÇÃO PARENTAL - GUARDA COMPARTILHADA QUE NÃO SE RECOMENDA. Quando as pretensões dos pais separados não convergem sobre a guarda do filho, deve prevalecer o interesse do menor. A situação de beligerância entre os genitores não justifica a guarda compartilhada e a situação de instabilidade a que o menor é exposto com o litígio pode evoluir para o desenvolvimento de uma Síndrome de Alienação Parental. Desprovimento do recurso.

Diante do exposto, convém registrar que o instituto da guarda compartilhada deve ser utilizada quando houver um contato harmônico entre os pais, tendo em vista que o principal interesse a ser observado é o do menor vítima da síndrome de alienação parental. Nossa conclusão é a de que o instituto da guarda compartilhada consiste num bom avanço do legislador brasileiro com vistas a positivar algo que já vinha sendo aplicado pelos julgadores nacionais. O instituto visa permitir que as relações familiares estejam miradas sempre no interesse do menor, o que já vem sendo consagrado por vários dispositivos legais, dentre os quais o art. 142, parágrafo único do ECA e o art. 1.612, CC. Destarte, quando houver harmonia entre os pais e o interesse do menor assim indicar, teremos a guarda compartilhada como o instituto a ser prestigiado pelo julgador, a fim de que a família seja o núcleo mais importante de todo ser humano, posto que foi esta a idéia do criador de todos nós.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente as mães sempre se responsabilizaram pelos cuidados com os filhos e administração do lar. Os pais, por sua vez, cumpriam o papel de chefe e provedor do sustento da família. Segundo o paradigma familiar da época, cada indivíduo já devia crescer ciente das suas atribuições dentro do instituto da família. E essa cultura, por muitos anos afastou os pais de algumas tarefas importantes para a boa convivência familiar.

No entanto, essa concepção sofreu mudanças com o passar das décadas. As mulheres ingressaram no mercado de trabalho, passando a ocupar cargos que eram vistos como masculinos, e diante dessa ocupação tiveram que se ausentar temporariamente de casa.

No que lhe diz respeito aos homens, estes tiveram que se adequar à nova percepção da mulher na sociedade. Momento em que passou a exercer funções até então exclusivas da mulher, inclusive despendendo tempo à paternidade.

Vivendo a sociedade novo momento histórico, quando da ocorrência da dissolução do vínculo conjugal, os pais não mais se conformavam com a concessão da guarda às mães. Motivo pelo qual passaram a questionar o modelo de guarda adotado pelo ordenamento jurídico.

A guarda envolve uma série de direitos e deveres que, em geral, devem ser exercidos com plenitude pelos pais, detentores do poder familiar. Nesse sentido, a guarda compartilhada é figura importante para regulamentação das relações familiares.

Atualmente a sociedade conjugal vem se modificando, as relações não são duradouras quanto antigamente e, dessa forma, o desfazimento do vínculo conjugal é frequente. A dissolução da sociedade conjugal acarreta nos filhos um conflito social e psicológico, pois em algumas situações existe uma disputa entre os cônjuges, para decidirem quem tem poderes para conviver com os filhos. Nesse contexto, o instituto da guarda demonstra a possibilidade de ambos os cônjuges manterem o convívio com os filhos, mas de uma forma equilibrada e sem litígios.

Nesse mesmo diapasão, para o ordenamento jurídico brasileiro, em seu novo conceito de família, estão presentes os divórcios. E, portanto, quando nessa relação existem filhos, as separações conjugais têm como consequência

transformações severas na estrutura familiar, muitas vezes gerando sofrimento entre o casal e os filhos, independente da preferência sexual.

Assim, deve-se buscar preservar o convívio familiar. Momento em que a aplicação dos dispositivos da guarda compartilhada, uma modalidade que permite um maior contato entre os genitores e seus filhos, é conveniente.

A partir da análise foi possível identificar que a guarda compartilhada está prevista expressamente na legislação brasileira. A Constituição Federal, fundamento de validade das leis do ordenamento jurídico brasileiro, traz como princípio maior o da isonomia, dispondo, em seu artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. No seu artigo 226, § 5º, preceitua que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Assim, no que pertine à guarda dos filhos nada obsta que ela seja exercida também por ambos os pais, visando o superior interesse da criança.

A mesma Constituição que trata de forma isonômica os cônjuges quanto aos direitos e às obrigações, também estabelece que crianças e adolescentes têm, prioritariamente, direito à existência digna e à convivência familiar, consoante o artigo 227.

A proteção integral da criança e do adolescente encontra fundamento, também, na Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ainda, em conformidade com o princípio constitucional da isonomia, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu artigo 21, que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe.

Desta forma, é imprescindível que o menor tenha possibilidade de conviver com ambos os pais, pois é um direito da criança de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento e para que o conceito de família permaneça sólido.

Participar da vida familiar e comunitária é mais do que uma possibilidade que se reconhece à criança e ao adolescente, é também um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para seu desenvolvimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações.

Por todo o exposto, ao avaliar o avanço na proteção dos direitos da criança, verifica-se que a guarda compartilhada é viável, pois possibilita, mesmo diante da

fragmentação familiar, o exercício efetivo do poder familiar por ambos os pais, evitando a ausência de qualquer um dos genitores.

É de se apreciar as decisões favoráveis acerca do instituto da guarda compartilhada, tendo em vista que elas se baseiam no bem-estar do menor. É satisfatório perceber na pesquisa o reconhecimento positivo dos Tribunais, relativos a direitos até pouco tempo atrás não assegurados às minorias. Decisões estas que parece terem rompido as barreiras outrora existentes, e que encontram fundamento em princípios como o da dignidade da pessoa humana, isonomia e do melhor interesse do menor.

A possibilidade da guarda compartilhada se configura também como uma manifestação do Direito, que está em movimento, tendo, a sociedade se comportado como o combustível dessa evolução

Espera-se contribuir com este estudo para a reflexão acerca da aplicação da guarda compartilhada em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, bem como a contribuição didática para a área de Direito de Família.

## REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar.** Curitiba: Juruá, 2012.

AMARAL, Sylvia Mendonça. **Guarda compartilhada:** casal deve assumir compromisso no processo judicial. 2014 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 17.mar. 2018.

AQUINO, Vivianne Batista de. Síndrome da alienação parental e a aplicação da Lei nº 12.318/10. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3967, 12 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27938>>. Acesso em: 10 set 2017.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Igualdade entre sexos:** Carta de 1988 é um marco contra discriminação. 2010 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>>. Acesso em mar 2018.

BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2015. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7335>>. Acesso em: 17.mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - Agravo de Instrumento:** AI 32763 MS 0032763-15.2012.4.03.0000. Disponível em: <<https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23544930/agravo-de-instrumento-ai-32763-ms-0032763-1520124030000-trf3>>. Acesso em: 17.mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível:** AC 70074296690 RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506436978/apelacao-civel-ac-70074296690-rs>>. Acesso em: 17.mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 10.406/2002.Institui o Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17.mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069/90.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17.mar. 2018.

CHAVES, Marianna. **A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas.** 2010 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17988/a-guarda-compartilhada-e-as-familias-homoafetivas/3>>. Acesso em mar 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9<sup>a</sup> ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_.. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Fernanda Iatarola Barbosa. **Guarda compartilhada.** 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.guarda-compartilhada,588667.html>>. Acesso em mar 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** São Paulo:Saraiva 2012.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. In DIAS, M.B (Coord.). **Incesto e Alienação Parental:** Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, M.B (Coord.). **Incesto e Alienação Parental:** Realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental,** 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 mai 2018.

FONTELES, Celina Tamara Alves. **A guarda compartilhada:** um instrumento para inibir a síndrome da alienação parental. 2014 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27631/a-guarda-compartilhada-um-instrumento-para-inibir-a-sindrome-da-alienacao-parental>>. Acesso em: 17.mar. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil;** volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem** equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? 2010. Tradução para o português por Rita Fadeali. Disponível em: <http://siga.faculdadedeilheus.com.br/Revista/Artigo/Download/3>. Acesso em: 10 mai 2018.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 6.ed.São Paulo:Forense Revista dos tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Direito de família. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho.** Belo Horizonte: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2012. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 17.mar. 2018.

HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino; KING, Maritsa Fabiane; KING, Merien Stefani. Da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr

2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11311](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11311)>. Acesso em jun 2018.

**LAURIA, Flávio Guimarães. A regulamentação da visita e o princípio do melhor interesse da criança.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

**LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013

**LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental. In: Motta (Org.) **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2010.

KASPER, Bruna Weber. A **guarda compartilhada e a lei nº 13.058 de 2014 sob a ótica dos princípios constitucionais**. 2016 Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/147621/000999641.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23.mar.2018

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013;

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: família e sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDEIROS, Albert. **Família: guarda compartilhada**. 2015 Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/43997/familia-guarda-compartilhada>> Acesso em: Acesso em: 17.mar. 2018.

MENEZES, Adriana Alves Quintino. **Detecção da síndrome de alienação parental e o judiciário brasileiro**. 2014 Disponível em: <<http://imepac.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05ADRIANA.pdf>>. acesso em: 10 mai 2018.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. Aspectos gerais da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523)>. Acesso em maio 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAVÃO, Ana Carolina Rojas. As peculiaridades do procedimento da ação de guarda sob a luz do novo Código de Processo Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, dez 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523)>.

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19998>](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19998). Acesso em mar 2018.

PEREIRA, Fernanda Quadros. Adoção por casais homoafetivos - a nova concepção de família no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 127, ago 2014. Disponível em:  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15100](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15100). Acesso em jun 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Bruna Neves. **O instituto da guarda compartilhada: avanços e retrocessos no âmbito familiar**. 2015 Disponível em:  
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-guarda-compartilhada-avancos-e-retrocessos-no-ambito-familiar,53821.html>. Acesso em mar 2018.

SANTOS, Renata Rivelli Martins; MARTINS, Fabiane Parente Teixeira Martins. **Guarda compartilhada não pode ser imposta judicialmente**. 2013 Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guarda-compartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>. Acesso em mar 2018.

SANTOS, Lara Cintia de Oliveira. **Origem da família**. Disponível em: [jurisway.org.br](http://jurisway.org.br) Acesso em 10 de abr. 2017.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. **Modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/56157/modalidades-de-guarda-existentes-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em jun 2018.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada**: posicionamento judicial. São Paulo: LED, 2010.

SILVA, Denise Maria Peressini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito de família. 6ª ed. Rio de Janeiro. Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. Família e Sucessões. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014** - Parte . 2015 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>. Acesso em mai 2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família.** São Paulo: Atlas, 2017.