

JOYCE SILVEIRA ROCHA

**GUARDA COMPARTILHADA: efeitos na família em face da  
dissolução litigiosa da convivência conjugal.**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

JOYCE SILVEIRA ROCHA

**GUARDA COMPARTILHADA: efeitos na família em face da  
dissolução litigiosa da convivência conjugal.**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. M.e Rivaldo Jesus Rodrigues.

ANÁPOLIS - 2018

JOYCE SILVEIRA ROCHA

**GUARDA COMPARTILHADA: efeitos na família em face da  
dissolução litigiosa da convivência conjugal.**

Anápolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

Banca Examinadora

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela vida;  
Aos meus pais e irmã pelo incentivo;  
A todos os meus professores e em especial ao meu orientador  
Doutor Rivaldo Jesus Rodrigues, por ter sanado todas as  
minhas dúvidas para a elaboração do TCC.

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar as novas peculiaridades da formatação do modelo familiar, em que é possível verificar uma série de problemas que têm demandado esforços por parte do legislador, e, principalmente, ao Poder Judiciário. Dentre tais peculiaridades, existirem diversas questões controversas a serem analisadas na incidência da separação dos casais que tiveram filho ou filhos em comum, no que refere-se à guarda dos mesmos. Todavia, para uma melhor compreensão acerca do tema é necessário que, primeiramente, entenda-se que, apesar de alguns posicionarem-se de forma contrária, a guarda dos filhos havidos é um direito de ambos os pais, ressalvadas algumas poucas exceções. Sendo assim, tem-se por objetivo neste estudo promover uma melhor exegese acerca da tutela jurisdicional do menor, especificamente, no tangente à guarda compartilhada de pais separados, com o intuito de abranger, inclusive, os principais problemas pelos quais passam os pais e filhos nesta situação.

**Palavras-chaves:** Guarda; Compartilhada; Interesse; Menor.

## **ABSTRACT**

The present work has as scope to demonstrate the new quirks formatting family model, where it's possible to check a number of issues that have demanded efforts by the legislature, and especially the judiciary. Among these peculiarities, there are several controversial issues to be analyzed in the incidence of separation of couples who had child or children in common, which refers to the custody of them. However, for a better understanding of the topic is necessary that, first, it is understood that, despite some position themselves contrary to the custody of children born is a right to both parents, except a few exceptions. So, has the objective of this study promote better exegesis regarding the judicial protection of the child, specifically in tangent to shared custody of divorced parents, in order to cover even the main problems they are parents and children in this situation.

**Keywords:** Guard; Shared; Interest; Child.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....</b>	<b>03</b>
1.1 Conceitos .....	03
1.2 Evolução histórica .....	04
1.3 Tipos de família .....	08
<b>CAPÍTULO II – GUARDA DOS FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>12</b>
2.1 Instituto da Guarda Compartilhada.....	12
2.2 Determinação da guarda segundo o ECA.....	16
2.3 Alienação parental e a Guarda Compartilhada.....	18
<b>CAPÍTULO III – EFEITOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>22</b>
3.1 Conceito e evolução do instituto da Guarda Compartilhada .....	22
3.2 Efeitos psicológicos: polêmicos e legais.....	25
3.3 Responsabilidade Civil dos pais.....	27
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>34</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fundamentação norteadora a inevitável evolução de pensamento experimentado pela sociedade contemporânea, substancialmente no que refere-se à formatação do modelo familiar, em que é possível verificar uma série de problemas que têm demandado esforços por parte do legislador, e, principalmente, ao Poder Judiciário.

A demanda deste, portanto, justifica-se por existirem diversas questões controversas a serem analisadas na incidência da separação dos casais que tiveram filho ou filhos em comum, no que refere-se à guarda dos mesmos. Todavia, para uma melhor compreensão acerca do tema é necessário que, primeiramente, entenda-se que, apesar de alguns posicionarem-se de forma contrária, a guarda dos filhos havidos é um direito de ambos os pais, ressalvadas algumas poucas exceções.

O conceito de guarda pode-se ser observado claramente em nossa Constituição Federal em seu artigo 5º. O instituto da Guarda Compartilhada tem como objetivo dividir as responsabilidades em relação aos filhos onde as decisões passam a ser tomada em conjunto, mesmo os pais estando separados. Visando assim diminuir os conflitos entre os pais e dando uma melhor vida aos filhos.

Ademais, e até mesmo num plano de maior importância para o cenário do direito familiar, é de suma necessidade que registre-se o pacificado entendimento doutrinário e jurisprudencial, com fundamento no Estatuto da Criança e do Adolescente, de que, sempre que possível, serão levados em consideração os direitos e interesses do menor quando em confronto aos dos pais, conforme será apresentado a seguir.



Destarte, o tema a ser produzido tem como objetivo, de maneira devidamente fundamentada, demonstrar os casos em que faz-se necessária uma melhor exegese acerca da tutela jurisdicional do menor, especificamente, no tangente à guarda compartilhada de pais separados, com o intuito de abranger, inclusive, os principais problemas pelos quais passam os pais e filhos nesta situação.

## **CAPÍTULO I – DA FAMÍLIA BRASILEIRA**

No que concerne à família, Silvio Rodrigues (2004) em um conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes próximos. Em um sentido mais preciso, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Já Maria Helena Diniz (2007) discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido completo é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

### **1.1 Conceitos**

Registros históricos e fragmentos jurídicos comprovam satisfatoriamente o fato de que a família ocidental viveu longo período sob a forma "patriarcal". Dessa forma, as civilizações mediterrâneas a reconheceram. Assim, anunciou a documentação bíblica. Ao longo da história, a família usufruiu de um conceito sacralizado por ser considerada a base da sociedade. De início, as relações afetivas foram apreendidas pela religião, que as celebrou como união divina e abençoada pelos céus. O Estado não podendo ficar aquém dessa intervenção nas relações familiares buscou estabelecer padrões de precisa moralidade e de conservação da ordem social, transformando a família em uma instituição matrimonializada. Maria Berenice Dias, observou que:

A tendência do legislador é de arvorar-se no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente. Limita-se a regulamentar os institutos sociais aceitáveis e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos. Qualquer agir que se distancie do parâmetro estabelecido é tido como inexistente por ausência de referendo legal. (2006,p. 02).

Desse modo, acaba-se não só se negando direitos, como também deixando de reconhecer a existência dos fatos. Diante dessa postura, o legislador equivoca-se, pois negar a existência de fatos e não lhe atribuir efeitos só estimula irresponsabilidade.

A família representa um grupo social primário que influencia e é influenciado por outras pessoas e instituições. É um grupo de pessoas, ou um número de grupos domésticos ligados por descendência a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. A família desempenha papel fundamental no desenvolvimento e manutenção da saúde e no equilíbrio emocional de seus membros. Significativas mudanças ocorreram na sociedade brasileira.

Nessa dinâmica, expõe Netto Lobo, nesse mesmo sentido que:

Na sociedade brasileira, dois fenômenos podem ser apontados como principais responsáveis para essa mudança de paradigmas, nas duas últimas décadas: a concentração urbana e emancipação feminina. A concentração urbana impulsionou a mais devastadora implosão do modelo patriarcal da família, e contribuiu para a emancipação da mulher, tendo, a partir de então acesso progressivo à educação e ao mercado de trabalho. (2004; p.1)

Sua transformação de sociedade rural, na qual predominava a família patriarcal e fechada em si mesma, para uma sociedade de bases industriais com suas implicações de mobilidade social, geográfica e cultural, acarretou transformações igualmente marcantes na estrutura do modelo tradicional da família. O século XX foi cenário de grandes transformações nas estruturas das famílias. Ainda hoje, porém, algumas marcas deixadas pelas suas origens.

## **1.2 Evolução Histórica**

Da família romana, por exemplo, temos a autoridade do chefe da família, onde a submissão da esposa e dos filhos confere ao pai. Da família medieval

perpetua-se o caráter sacramental do casamento originado no século XVI. Da cultura portuguesa, temos a solidariedade, o sentimento de sensível ligação afetiva, abnegação e desprendimento. É a partir disto que vislumbramos uma enorme quantidade de entidades familiares a desflorar no mundo das relações. A família torna-se o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (NETTO LOBO, 2004).

Verifica-se que a família era totalmente submissa ao poder do pai, ou seja, era uma entidade familiar totalmente baseada na figura masculina. Ensina Santiago Dantas:

A mais interessante forma, porém, de matrimônio, no antigo direito Romano era a terceira, o *usus*. Assim como se adquiria o domínio pela usucapião, também a posse prolongada da mulher permitia adquirir a *manus*, resultante do matrimônio. Ao cabo de um ano de *usus*, o matrimônio se consumava, produzia seu efeito principal, que era transferir a mulher de sua família de origem para a família do marido, ou aí deixá-la sob a autoridade do pater. (1991, p. 30-31).

Deste modo a “tradição brasileira se adequou ao sistema romano germânico, do direito legislado, também conhecido como sistema do civil law, que é aquele calcado na positivação do direito pela norma” (GAGLIANO, 2009, p. 26).

A expressão mais marcante dessa evolução ocorreu no final da década de 60, onde cresceu o número de separações e divórcios, a religião foi perdendo sua força, não mais conseguindo segurar casamentos com relações satisfatórias. A igualdade passou a ser um pressuposto em muitas relações matrimoniais e partir daí, surgem inúmeras organizações familiares alternativas.

Desde o final do Século XX e início do Século XXI a família pós-moderna ou pluralista, como tem sido chamada, pelos alternativos tipos de convivência que apresenta a composição da família brasileira, vem passando por várias alterações, do ponto de vista demográfico e, embora tais alterações ocorram de forma diferenciada nas diversas regiões do país, algumas ocorrem de forma mais ou menos similar. (NADER, 2006)

No Código Civil de 1916 as relações mantidas fora do casamento eram consideradas como adulterinas e os filhos concebidos fora do matrimônio eram

chamados de ilegítimos, ou seja, filhos adulterinos, estes considerados diferentes dos filhos concebidos na constância do casamento que eram os chamados filhos legítimos, sendo que na constância do Código Civil de 1916 o filho adulterino somente poderia ser reconhecido se o pai assim quisesse, e fizesse isto dentro do prazo. Nas Palavras de Luiz Edson Fachin:

No que diz respeito à presunção pater is est, no início, predominou a exegese estrita do código Civil de 1916. Desse modo, somente a contestação de paternidade realizada pelo marido seria apta a desfazer a presunção de paternidade de filho adulterino a matre, desde que nas hipóteses e no prazo legal (2003, p. 12).

A característica fundante da família atual é a afetividade. As Constituições liberais sempre atribuíram à família o papel de célula básica do Estado. Todavia, as declarações de direito, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, em sinal dos tempos, preferiram não vinculá-la ao Estado, mas à sociedade, como reconhecimento da perda histórica e de sua função política (NADER, 2006).

O Código Civil brasileiro de 2002 teve o seu projeto original do ano de 1975, então convenhamos que seja uma legislação que já entrou em vigor não atendendo mais todas as expectativas que deveria, tanto que o projeto original sofreu várias modificações no decorrer destes 27 anos, para que das nove melhores formas conseguisse atender as necessidades da população brasileira (DIAS, 2011).

Ocorreram grande mudanças na legislação brasileira e no direito de família a partir da Constituição Federal de 1988, pois a mesma veio a reconhecer a igualdade entre homens e mulheres, proibiu a discriminação entre os filhos havidos no casamento e havidos fora do mesmo, com isto revogando vários artigos do Código Civil de 1916, e depois dessas mudanças veio o Código Civil de 2002. (GONÇALVES, 2008).

O Código Civil de 2002 veio a regulamentar várias coisas que estavam acontecendo frequentemente e o Código Civil de 1916 que era do início do século passado não se referia, como por exemplo, veio a regulamentar a união estável como entidade familiar, porém está de uma forma diferente do casamento, mas com a ressalva de que terá facilidades para ser convertida em casamento se assim desejado pelos coniventes desta união, veio a admitir a mutabilidade do regime de

casamento, extinguiu o regime dotal que muito pouco foi utilizado no Brasil, e veio a instituir o regime de participação final nos aquestos.

O atual Código se refere ao direito de família o dividindo em quatro assuntos sendo o primeiro o direito pessoal, que trata dos assuntos referentes às relações familiares em si como casamento e filiação, e o segundo o direito patrimonial, que vem a cuidar de assuntos referente ao patrimônio como regime de bens, bens dos filhos alimentos e bem de família. Sendo que ainda temos mais dois capítulos na parte de direito de família estes que se referem um a união estável, e outro a tutela e curatela (DIAS, 2011).

Segundo Silvio de Salvo Venosa: [...] Não ousou, porém, o Código de 2002 abandonar arraigados princípios clássicos da família patriarcal, para compreender os novos fenômenos da família contemporânea, [...] (2009, p. 7).

Neste sentido, Venosa vem afirmar que o Código Civil de 2002 não trouxe mudanças significativas para o direito de família, pois estas mudanças já tinham vindo com a constituição de 1988. O referido ordenamento cominado com a Constituição Federal de 1988 veio ressaltar a função social da família no Brasil, valendo salientar que isso através da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos. Além disso, com o Código Civil de 2002, o regime de bens do casamento passou de imutável para mutável, pois a alteração do regime passou a ser permitida desde que o regime de casamento não seja obrigatório e a mutabilidade seja feita mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges (GONÇALVES, 2008).

A Constituição Federal de 1988 vem a definir que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, mas o Código Civil não veio a proporcionar isto integralmente, pois proporciona a conversão da união estável em casamento, mas não de forma tão facilitada, pois é necessário que o pedido de conversão seja levada a juízo antes de poder ir ao registro civil (DIAS, 2011).

A família atual não está baseada em tabus e formas como antigamente, mas sim em afetividade, pois pode ser considerada como família qualquer relação de afeto (DIAS, 2011).

A relação familiar pode ser aquela formada pelo casamento que gera uma relação matrimonial, pelo vínculo de afinidade que vem a ligar um dos cônjuges aos parentes do outro, e também pode se formar através da adoção, de afinidade ou de parentesco (OLIVEIRA, 2004).

### **1.3 Tipos de família**

Por muito tempo, a organização familiar fora comandada pelo modelo matriarcal, ou seja, modelo que surgiu do vínculo sanguíneo, biológico e instintivo da mãe para com o filho. Nesse modelo a mãe, a figura da mulher no lar, destacava por sua autoridade. Após isso, criou-se um novo sistema de costumes, ou seja, o das famílias patriarcais, tendo como característica principal a inquestionável e arbitrária autoridade do pai. O homem destacou nas atividades do campo, da batalha e da caça, e tornou figura principal.

A família, em um sentido sociológico recoloca-se em estágios de comprovação fática prevalecendo na ocorrência de indução de fenômenos sociais e políticos de aceitação.

“O mundo contemporâneo requer a adequação do fenômeno de internacionalização de Direitos Humanos às normas de direito interno. Assim, novos temas como a igualdade de gênero, a democratização de uniões livres, a reconstrução do parâmetro parental, a socioafetividade, a inseminação artificial ou as uniões homoafetivas incrementam o debate que descamba, necessariamente, na concepção tradicional dos modelos familiares, passando a ser necessário que se repense os critérios de igualdade e de cidadania aplicáveis a estes e inúmeros outros casos.” (Dimitre Soares, 2010; p.3).

A Carta Magna de 1988 classifica como entidades familiares o matrimônio, a união estável, bem como a família monoparental, contudo, a explicação da Constituição em relação ao pluralismo familiar direciona-se ao fato de que há diferentes instituições familiares, além das que se encontram ilustradas de forma expressa no artigo, isso porque não existe recomendação de que a classificação da antevisão constitucional venha a ser taxativa. A definição de família é plural e alcança as instituições mencionadas no art. 226 da Carta Magna, assim como todas as que detenham uma relação de afeição e procurem a finalidade de viver comumente. (RENON, 2009).

Inúmeros são os modos de adesão da família que vem se revelando na atualidade, vivendo junto com outros modos mais clássicos de configuração do centro familiar. A formação da família detém grande valor para estabelecer a existência da pessoa nos vínculos sociais, estabelecer a sua forma específica de haver por meio do espaço que este se encarrega no âmbito desta mesma família, determinar sua condição jurídica, beneficiar a auto aceitação das pessoas e o progresso de sua individualidade.

Uma das novas modalidades de família é a anaparental, que seria aquela que se fundamenta no afeto familiar, que assinala como uma família sem pais, segundo relata Barros (2003).

Neste mesmo contexto descreve Almeida (2007, *online*) que:

É aquela constituída basicamente pela convivência entre parentes dentro de uma mesma estrutura organizacional e psicológica, visando a objetivos comuns, que residem no mesmo lar, pela afetividade que os une ou por necessidades financeiras ou mesmo emocionais, como o medo de viver sozinho.

Já a família mosaica, igualmente vista como família pluriparental, seriam aquelas que derivam dos vínculos parentais, estabelecidas por meio da separação, divórcio e desuniões é o que esclarece Dias (2009).

O vínculo em meio aos indivíduos do mesmo sempre ocorreu coexistindo a coletividade com esse acontecimento social, mas também existe muita discriminação a este vínculo, necessitando esta acabar e ser admitida como instituição familiar detentora de direitos e obrigações. E os vínculos homo afetivos, segundo descreve Fontanella (2006).

Alteram-se nos vínculos familiares os seus papéis, que é a de oferecer importância à pessoa por aquilo que este é, e não pela condição que este se encarrega na coletividade. Este papel se encontra relacionado a importâncias essenciais no ordenamento jurídico, aparecendo desta forma a família eudemonista, direcionada ao afeto e ao progresso de seus integrantes. Investe na capacidade de vida de suas pessoas para que venha a fazer parte de modo mais atuante, eficaz e enérgico na coletividade, formação que releva uma espécie de vida digna (GONÇALVES, 2008).



Em relação a esta atual entidade familiar, esclarece Andrade (2008, *online*) que:

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão por que os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar.

Reconhece a Constituição Federal de 1988 outras entidades familiares além da formada pelo casamento, contudo, determinadas verdades sociológicas que relacionam família, a exemplo das relações homoafetivas, o convívio assexuado em meio aos parentes e amigos, foram separados do direito de família, segundo leciona Gama (2000).

Depois de muitas reivindicações e busca por soluções adequadas, por vários órgãos, bem como, pelos próprios homossexuais, ao Judiciário, em 5 de maio de 2011, os ministros do Supremo decidiram que era preciso retirar da Constituição Federal, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção a segurança jurídica, para que se pudesse reconhecer o vínculo entre indivíduos do mesmo sexo como uma instituição familiar. Sendo assim, perante a falta de uma legislação infraconstitucional disciplinadora, é necessário que sejam empregadas de forma análoga aos casais homoafetivos as regras que versam sobre a união estável entre um homem e uma mulher.

Com isso, votou-se na direção de oferecer uma interpretação em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, no sentido de retirar qualquer entendimento que venha do Código Civil, precisamente do que dispõe o art. 1.723, ou concepção que venha a impedir a admissão da união entre indivíduos do mesmo sexo como entidade familiar. Conforme se pode constatar, hoje as modalidades de família consagradas pela Constituição Federal são inúmeras, em razão da pluralidade das famílias, consagrado pelo art. 226, contudo, tais espécies talvez não sejam tão atuais, elas apenas estão sendo reconhecidas no mundo moderno, mas já haviam por muitos anos, a exemplo da união homoafetiva.

Desarticulando para o indivíduo e não para a organização a assistência jurídica, segundo prevê a Constituição Federal, em seu art. 226, § 8º, a saber:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Quanto a esta previsão, Dias (2009, p. 53) destaca que:

“No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.”

Assegura Lôbo (2004) que é assinalada a família pela reunião de afeto, vida e amor no programa da liberdade, da responsabilidade recíproca, da igualdade e na solidariedade.

## **CAPÍTULO II – GUARDA DOS FILHOS NO DIREITO BRASILEIRO**

A autoridade parental é exercida de maneira conjunta na constância da relação conjugal em que pai e mãe decidem em comum acordo, os aspectos inerentes à vida dos filhos, sempre objetivando alcançar os interesses da criança e do adolescente, sendo a guarda um dos elementos que compõe este direito/dever.

A lei prevê que a autoridade parental decorre da filiação, o que não importa se os genitores são casados, separados, divorciados, nunca conviveram entre si, ou contraíram novas núpcias, em nada se modificam os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia integralmente. O importante é que a atribuição de guarda a um dos genitores não restringirá o exercício da autoridade parental do outro.

Surge a necessidade de ser discutido o direito de guarda na ruptura do vínculo conjugal, que se dá de diversas maneiras: separação judicial, separação de corpos, separação de fato, divórcio, dissolução da união estável. Há ainda, as situações em que o casamento é invalidado e entre pais que nunca conviveram. No entanto, o fator determinante na escolha do modelo de guarda de filhos, conforme determinam os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados recentemente por meio da Lei nº 11.698/2008, é se a escolha será consensual ou litigiosa entre os genitores, podendo a guarda ser unilateral ou compartilhada.

### **2.1 Instituto da Guarda Compartilhada**

A guarda compartilhada surgiu com a finalidade de suprir as deficiências das outras espécies de guarda, em especial a unilateral. Nesta, perdura o tradicional

sistema de visitas do pai e sua exclusão em relação às tomadas de decisões sobre a vida da criança, ficando tais decisões a cargo da mãe, guardiã única dos filhos na grande maioria dos casos. Entende-se que o afastamento quase que por completo de um dos genitores pode gerar relevantes prejuízos aos filhos, quer seja de ordem emocional, quer seja de ordem social.

Segundo Grissard Filho (2002) a guarda compartilhada mostra-se como único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os pais na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou a mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda única, que frustra a adequada convivência do menor com o não guardião.

Antes do advento da Lei 11.698/2008, havia controvérsia jurisprudencial acerca da admissibilidade da guarda compartilhada. Segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, atinente ao registro civil do ano de 2009, 87,6% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos concedida às mulheres. É usual no país o entendimento de que as mães sejam responsáveis prioritárias pelos filhos. Na pesquisa foi apurado que a adoção da guarda compartilhada correspondia a apenas 4,7% das separações. A guarda compartilhada já é utilizada há algum tempo no direito estrangeiro, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. (BRASIL, 2010)

O Código Civil Francês estabeleceu com a inovação trazida pela lei Malhuret<sup>1</sup>, de 1977, que, após ouvir os filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o magistrado, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda (LEITE, 1997).

Depois de se difundir em países da Europa, o instituto chegou às Américas com aplicabilidade no Canadá, Argentina, Uruguai e principalmente nos Estados Unidos, país que mais se aplicou a este estudo, e a maioria de seus

estados já adota francamente a guarda compartilhada. Inúmeros juristas estadunidenses estão dedicando-se a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme da guarda compartilhada em todo o país. A *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores. Portanto, percebe-se que a regra é o compartilhamento, sendo que a exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida. (GRISARD FILHO, 2002).

Desta forma, no Direito comparado prevalece o sistema de exercício conjunto, como princípio geral, tanto em países da Europa, até mesmo socialistas, como na maioria dos países latino americanos.

A guarda compartilhada é orientada para manter viva a relação dos pais e filhos, com objetivo de desenvolver o vínculo afetivo ao proporcionar maior tempo de relacionamento dos filhos com os pais após a dissolução do vínculo conjugal. E protege um bem precioso: a vida do ser humano em sua formação, a criança e o adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional. (OSORIO, 2009)

Diferenciando a guarda compartilhada da guarda unilateral, Não deve confundir, pois são institutos totalmente diferentes um do outro, onde a guarda unilateral afasta quase que totalmente um dos genitores, onde fica a responsabilidade sobre uma só pessoa, que é a que tem a guarda do filho, onde o outro só supervisiona tais atribuições, “[...] A guarda unilateral extremada afasta o filho do cuidado de um dos genitores” (VENOSA, 2012, p.186).

Registre-se, por pertinente, que a guarda compartilhada não poderia ser estabelecida em havendo disputa entre os pais que objetivasse a guarda exclusiva ou única. É que, a discórdia dos pais resultaria, no mínimo, em uma duplicidade de autoridade e, conseqüentemente, na diversidade de rumos quanto à criação e educação do guardado, conduzindo, de forma inevitável, lesividade à formação psicossocial do menor. (GESSE, 2001)

É importante ressaltar que para o sucesso da guarda compartilhada, o casal deve priorizar o bem-estar dos filhos, se relacionando de forma harmônica, de modo a promover uma criação pacífica.

Dentro de Requisitos, pode colocar algumas perguntas e respostas relacionadas ao tema, como exemplo, A criança deve morar com quem? Se haveria um prejuízo para a criança se ela for ter duas residências? Qual seria a idade para se requisitar tal guarda? É possível a guarda compartilhada com pais morando um longe do outro? E em relação à pensão de alimentos? Quais decisões devem ser compartilhadas? Essas perguntas fazem parte de um conjunto de requisitos necessários para esse instituto funcionar. E as respostas são simples, em relação à residência da criança, é necessário que ela fique com os dois, tendo então duas residências sim, onde essa ideia é aumentar a forma de convivência e socialização.

Mas tudo isso é conversado, pode também haver o pagamento de pensão sim, quando os cônjuges acordam é um só ficar com a responsabilidade de pagamentos de custas, vai depender de cada caso em concreto. Em um artigo publicado pelo site JusBrasil, diz:

A criança ou adolescente mora com um dos pais, mas não há regulamentação de visitas nem limitação de acesso à criança em relação ao outro, as decisões são tomadas em conjunto e ambos dividem responsabilidades quanto à criação e educação dos filhos; A pensão alimentícia, fixada mediante acordo entre as partes ou pelo judiciário, passa a ser obrigação do pai que detém o direito de visita. Importante destacar que continua valendo a obrigação da pensão alimentícia para os dois tipos de guarda, conforme observou o Juiz Arnaldo Camanho: "A obrigação de sustentar o filho continua existindo". No entanto, os valores poderão ser revistos, diante do aumento ou redução das despesas dos responsáveis. (COUTO, *Online*, 2013)

Para se verificar a existência dos pressupostos mínimos exigidos para o deferimento da guarda compartilhada surge a Mediação. Em tal procedimento, se faz uma espécie de triagem com o casal, garantindo uma oportunidade de comunicação entre eles e conseqüentemente a chance de o juiz, ao verificar que qualquer das partes não preenche o mínimo de condições de arcar com a divisão de responsabilidades, poderá alertá-los e conduzi-los a outra decisão, sempre para que os filhos envolvidos não sejam prejudicados (MASSAFERA, 2011).

Assim, o instituto possui escopo de tutelar não somente o direito do filho à convivência assídua de ambos os genitores, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual completo, além da manutenção da referência materno-paterna no dia a dia, mas também o direito dos genitores de desfrutar da

convivência assídua do filho, permanecendo os laços afetivos e familiares (OSORIO, 2009)

## 2.2 Determinação da Guarda segundo o ECA

No entendimento de Antônio Barbosa Riezo, o instituto da guarda, apesar de muito discutido, carece de conceituação doutrinária, que para uma ampla compreensão faz-se tão importante quanto indispensável. Destarte, nas palavras do mencionado autor, pode-se definir o mencionado instituto como:

[...] decisão judicial, a qualquer tempo revogável, adotada, a título de medida específica de proteção, pela qual a criança ou o adolescente é, em casos excepcionais, retirada de sua família natural, quando esta não desempenhar, a contento, sua função básica e, por lhe ser mais benéfica ou menos traumatizante, colocada em outra, denominada de substituta”. (RIEZO, 2000, p. 35)

No mesmo sentido, Guilherme Freire de Mello Barros (2010, p. 57) definiu a guarda como a primeira possibilidade de introdução da criança ou do adolescente em uma família substituta. Refere-se, portanto, a uma regulamentação normativa de uma ocasião já concretizada informalmente. O referido autor conclui este entendimento exemplificando, conforme segue:

É muito comum a situação de criança ou adolescente criada por um vizinho ou por familiares de pais que temporariamente estão fora de casa. A concessão da guarda pode ser objeto de um processo autônomo ou pode surgir em decorrência de uma demanda com pedido de adoção ou de tutela (art. 33, §§ I e 2). Nesse caso, a guarda é concedida no início da marcha processual - exceto na adoção por estrangeiro.

De acordo com Válder K. Ishida (2011), o artigo 22 do Estatuto Da Criança e do Adolescente disciplina as obrigações inerentes aos pais em relação à guarda e educação dos filhos, devendo ser, este dispositivo, analisado em consonância com o artigo 1.634 do Código Civil, haja vista que o mesmo é de suma relevância para a Justiça da Infância e da Juventude, conforme percebe-se na íntegra dos mesmos:

[...] Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990, online)

[..] Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (CÓDIGO CIVIL, 2002, *online*)

Sendo assim, conforme observado acima, a guarda é preliminarmente vinculada ao pátrio poder dos pais, nos termos do inciso II, do último dispositivo colacionado acima. Entretanto, é possível que ocorra a segregação da instituição familiar, como, por exemplo, com a separação judicial dos pais. (ISHIDA, 2011) Todavia, não é desse tipo de guarda que o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou, especialmente. O citado diploma ficou responsável pela disposição da guarda para terceiros – pessoas que não sejam os genitores, conforme preceitua o artigo 33 do mesmo:

[...] A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º 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. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990, *online*).

Faz-se relevante, para este estudo, um olhar clínico acerca da guarda e do direito de visitação, previstos no parágrafo 4º do supracitado artigo 33, que regulamenta de forma clara a permissão de visita dos pais à criança ou adolescente que estiver sob o manto de terceiro. Existe ainda uma ressalva relacionada à “[...] hipótese de preparação para adoção ou quando o melhor interesse do jovem indicar solução diversa”. Verifica-se desta forma, que, em regra geral, os pais têm direito de visitar os filhos. (BARROS, 2010, p. 62)

Em sede conclusiva, resta deixar explicitado que os direitos da criança ou adolescente, que são pessoas e não meros objetos passíveis de posse, devem



prevalecer sobre os direitos dos pais ou de terceiros, no que concerne às regras básicas aplicadas ao instituto da guarda, devendo aqueles estar aos cuidados dos pais ou, em última análise, quando não puderem assumir tal responsabilidade, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

### **2.3 Alienação parental e a Guarda Compartilhada**

A síndrome da alienação parental constitui uma forma grave de maltrato e abuso contra a criança, que se encontra especialmente fragilizada por estar vivendo um conflito que envolve a figura de seus próprios pais. O artigo 2º da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010 (*online*) estabelece que:

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

Segundo Trindade, a síndrome da alienação parental é:

Um tipo sofisticado de maltrato ou abuso, e o direito deveria estudar novos caminhos para reparar o dano que recai sobre o filho(a) e sobre o alienado. A responsabilização civil e criminal do alienador pode representar um freio ao ódio inveterado que produz a metamorfose do amor. [...] o alienador, como todo abusador, é um ladrão da infância, que utiliza a inocência da criança para atacar o outro. A inocência e a infância, uma vez roubadas, não podem mais ser devolvidas. (20011, p. 163)

Com a aprovação da Lei n. 12.318/2010, o Poder Judiciário ganhou mais força, podendo ser punidos o alienador, como consequência a perda do Poder Familiar, pois, sustenta Dias:

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. É necessário que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. (2010, p. 272).

Portanto, sem punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuaria aumentando esta onda de falsas denúncias. Por mais que tais

mecanismos não venham a acabar com os maus-tratos, têm enorme significado, pois, além de minimizarem as sequelas de ordem psicológica nas pequenas vítimas, permitem que se identifique com mais segurança quem é o seu autor: o genitor que de fato pratica os maus-tratos com o filho ou aquele que denunciou falsamente tal ocorrência, duas formas igualmente perversas de abuso que precisam ser punidas.

Transcreve-se, a seguir o entendimento do Desembargador André Luiz Planella Villarinho, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, constatadas a síndrome de alienação parental e o direito de visitas em ambiente terapêutico, evitando a reedição do trauma experimentado pela criança e o agravamento dos danos causados ao seu aparelho psíquico, atendendo assim, assegurar à criança o direito de ser visitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTOS. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. O direito de visitas, mais do que um direito dos pais constitui direito do filho em ser visitado, garantindo-lhe o convívio com o genitor não guardião a fim de manter e fortalecer os vínculos afetivos. Evidenciado o alto grau de beligerância existente entre os pais, inclusive com denúncias de episódios de violência física, bem como acusações de quadro de síndrome da alienação parental, revela-se adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Agravo de instrumento parcialmente provido (TJRS, AgIn 70028674190, 7ª Câm. Civ. 15.04.2009, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho – Santa Cruz do Sul).

Mediante o exposto, fica claro que a guarda compartilhada possui o importante efeito de impedir a ocorrência do fenômeno da alienação parental e a consequente síndrome da alienação parental, já que, em sendo o poder familiar exercido conjuntamente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com o mesmo, situação típica da guarda unilateral ou exclusiva.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990) trata do poder familiar em duas passagens, a saber: a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, arts. 21 a 24; b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do pátrio poder, arts. 155 a 163, que estabelecem regras próprias, uma vez que a legislação processual é apenas supletiva.

As regras procedimentais do ECA permanecerão, pois o novo Código delas não trata nem é com elas incompatível. São legitimados para a ação de perda ou suspensão do poder familiar o Ministério Público ou “quem tenha legítimo interesse”. Prevê-se a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado à pessoa idônea (art. 157). A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163).

O ECA, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais (art. 22) “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” e, sempre nos interesses destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo novo Código somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição. O dever de guarda não é inerente ao poder familiar, pois pode ser atribuído a outrem (LUZ, 2009).

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurarem aos filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (LÔBO, 2006).

O artigo 34 do ECA (1990) vem ao encontro dessas necessidades impondo ao Estado criação de um programa de lares remunerados, com pessoas habilitadas para atendimento a casos específicos de abandono comprovado, sem possibilidade de retorno dos menores à família original, por estarem os pais desaparecidos, falecidos, internados em hospitais psiquiátricos ou cumprindo pena em estabelecimento prisional.

A finalidade desta guarda é colocar a criança em lar substituto ante a ausência da família original ou a impossibilidade de ser criada por ela, é um

contrassenso deferir-se a guarda para os avós, quando a criança esteja morando com os pais biológicos e por estes mantidas. (LEITE, 2011).

As grandes vantagens da guarda compartilhada são o incremento da convivência do menor com ambos os genitores, não obstante o fim do relacionamento amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da alienação parental.

Desse modo, constata-se que, em verdade, a guarda compartilhada tem como objetivo final a concretização do princípio do melhor interesse do menor (princípio garantidor da efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tratando-se de uma franca materialização da teoria da proteção integral - art. 227 da Constituição Federal e art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente), pois é medida que deve ser aplicada sempre e exclusivamente em benefício do filho menor.

## **CAPÍTULO III - EFEITOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

A questão da guarda vai muito além de suas vantagens e desvantagens, pois esta possui seus efeitos psicológicos. Tais efeitos começam com a ruptura conjugal, pois no momento em que o casal se separa, os filhos se tornam objeto de disputa entre eles.

No entanto, para a criança, essa ruptura possui vantagem, uma vez que com ela se encerram os conflitos que a geraram. Entretanto, há suas desvantagens, haja vista a redução do convívio da criança com ambos os seus genitores, no momento em que um deles deixa de residir com a criança, fazendo que esta se sinta abandonada.

Conforme lição de Telma Kutnikas Weis (2009, p. 364) tais efeitos psicológicos da guarda compartilhada, traduzem “a possibilidade de se preservar a criança, colocá-la numa posição de destaque, tanto para não ser atingida quanto para ser pensada como o fruto que tem que ser preservado dessa separação”.

### **3.1 Conceito e evolução do instituto da Guarda Compartilhada**

Na união conjugal, os pais desfrutam da guarda dos filhos de forma isonômica e harmônica. Porém quando ocorre a separação, o conflito a respeito da guarda dos filhos surge de forma latente, pois ambos os pais gostariam de permanecer com a guarda dos filhos, o que geralmente não acontece, isso porque, seja por consenso do casal ou por decisão judicial, apenas um dos pais, na maioria das vezes, a mãe, permanece com a guarda exclusiva dos filhos.

Com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o princípio da igualdade, ambos os genitores passaram a exercer de forma equilibrada o poder familiar sobre os filhos, cabendo àquele que se encontrar inconformado, procurar seus direitos junto à justiça. (DIAS, 2008).

No entanto, hoje, o desempenho do poder familiar compete a ambos os pais, pois é um encargo imposto pela paternidade e maternidade decorrente da lei, conforme o artigo 1634 Código Civil “[...] compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quantos aos filhos”. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, os institutos das espécies de guarda, a serem posteriormente estudados, são fundamentais, pois mesmo com o fim do relacionamento conjugal, os pais não perdem o poder familiar. Sendo assim, a seguir será analisada a responsabilidade dos genitores em relação aos filhos, evidenciando a importância desse tema, pois mesmo que ocorra o fim do vínculo conjugal, as relações entre os pais e os filhos não serão modificadas, pois as responsabilidades permanecem imutáveis. (ROSA, 2015)

No entanto, esse panorama jurídico, com relação à guarda, vem mudando. Uma vez que, a redistribuição dos papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da Guarda Exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigente, que não reservam espaço à atual igualdade parental. (GRISARD, 2009)

Além disso, o número de rupturas vem aumentando cada vez mais, e a guarda exclusiva que prioriza a figura materna vem sendo criticada, pois a mulher tem assumido o seu papel no mercado de trabalho da mesma forma que o homem, perdendo assim a melhor condição de atender o interesse do menor. E como a ruptura conjugal afeta diretamente a vida do menor, na medida em que altera a sua estrutura familiar e a sua organização parental, invoca-se um novo modelo de guarda, a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada surgiu com a finalidade de atender a igualdade entre homens e mulheres, com relação ao poder familiar após a ruptura conjugal, e

visa principalmente, minimizar o sofrimento dos filhos após a separação dos pais. Nesse sentido, Jacqueline Rubellin Devichi entende que “a perenidade do casal parental deve sobreviver à fragilidade do casal conjugal” (1990, p. 83).

Sendo assim, o novo modelo de guarda proposto pela legislação civil brasileira objetiva manter, apesar da ruptura, o poder familiar de ambos os pais para que os filhos tenham a continuidade da participação de seus genitores em sua criação como se estivessem em uma família intacta.

A guarda compartilhada surgiu pela primeira vez na Inglaterra no século XIX, onde as decisões inglesas privilegiaram o interesse maior da criança e a igualdade parental, repercutindo francamente nas províncias canadenses da *common law* e, dali, alcançando os Estados Unidos, onde hoje a noção de guarda compartilhada é 47 aplicada na maioria de seus Estados, colimando o equilíbrio dos direitos do pai e da mãe (GRISARD, 2009).

Antes da Lei 11.698 de 2008, a guarda compartilhada era possível e lícita em nosso país com base no princípio da igualdade e na paternidade responsáveis reclamados pela Constituição Federal, na proteção integral do menor, determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e na discricionariedade do juiz em atender o melhor interesse do menor, conforme o novo Código Civil.

Segundo Segismundo Gontijo (1997), a guarda compartilhada é prejudicial para os filhos, pois ela resulta em verdadeiras tragédias, uma vez que a sua prática transforma os 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 com este nos demais. Para o autor, em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores, pois perdem o referencial de lar, ficam perplexos no conflito das orientações diferenciadas dos pais e passam a ter uma vida escolar desordenada por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico.

Neste mesmo sentido, Eliana Riberti Nazareth, já havia observado que:

Quando as crianças são muito pequenas... Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais

estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe, ora com o pai em ambientes físicos diferentes, requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas (1997, p. 83).

Já a guarda compartilhada consiste na possibilidade dos filhos serem assistidos por ambos os pais após a ruptura conjugal, e assim, os pais poderão participar conjuntamente das decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, de forma que ambos exercem de forma igualitária a guarda jurídica dos filhos. Porém, apenas um dos pais exerce a guarda material dos filhos, pois os menores terão residência fixa, onde serão domiciliados juridicamente para que tenha um referencial, uma disponibilidade de desenvolver a sua personalidade e possam desenvolver suas atividades do cotidiano de forma sistematizada.

Mas, a guarda compartilhada passou a ter maior efetividade na legislação brasileira e nos casos concretos, após a Lei 13.058/14, que estabeleceu a determinação do compartilhamento mesmo em caso de litígio, e assim, proporcionou a evolução jurídica do instituto do poder familiar que determina a participação de ambos os pais na assistência dos filhos, uma vez que mantêm a autoridade parental após a ruptura conjugal, amenizando assim, os efeitos negativos que a separação provoca aos filhos.

### **3.2 Efeitos psicológicos: polêmicos e legais**

A psicologia valoriza o papel da paternidade, buscando ressaltar na guarda compartilhada a participação comum dos genitores, sempre levando em consideração o bem estar e o desenvolvimento do menor.

A questão da guarda vai muito além de suas vantagens e desvantagens, pois esta possui seus efeitos psicológicos. Tais efeitos começam com a ruptura conjugal, pois no momento em que o casal se separa, os filhos se tornam objeto de disputa entre eles. Além de gerar efeitos positivos e negativos, da Guarda Compartilhada também surgem os efeitos psicológicos que nem sempre são observados por não estarem manifestamente claros, mas que são de suma importância para influenciar ou não a aplicabilidade desse instituto jurídico, pois envolve o aspecto moral do Menor.



Waldyr Grisard Filho (2010, p. 186) leciona sobre esse efeito negativo, dizendo que este faz “[...] a criança experimentar sentimentos de rejeição e baixa autoestima”.

Maria Berenice Dias também aduz sobre os efeitos da guarda compartilhada, dizendo da seguinte maneira:

O novo modelo de co-responsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a idéia de posse. (DIAS, 2006, on line)

Sobre este tema, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 270), traz o entendimento que: “Quando o conflito se concretiza, quer através da separação, quer através do divórcio, a situação é completamente diversa e a guarda conjunta surge exatamente como meio de minorar os efeitos do conflito sobre a pessoa dos filhos.”

Com a guarda compartilhada, não restam duvidas que a relação entre pais e filhos não se desvinculam. Assim possibilita que o menor entenda que há lugar para ele na vida de sua mãe e de seu pai, como havia antes da ruptura conjugal. Uma vez que os pais continuam com a mesma participação, direta e simultânea, e proporcionando um convívio saudável na vida dos filhos.

Além disso, a guarda compartilhada reafirma a igualdade parental almejada pela Constituição Federal e destaca seu argumento principal no melhor interesse do menor, que é válido e defensável, já que o interesse da criança é o critério determinante da atribuição da guarda. (LEITE, 2003)

Nesse novo paradigma, pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio. (GRISARD, 2009)

A partir do momento em que se opta pela adoção da guarda compartilhada, os pais terão que definir como irão aplicá-la. Em que dia o filho irá ficar com o pai, e que dia ficará com a mãe, como também terão que decidir, sem divergências, assuntos essenciais à vida do filho, como o local em que o menor estudará, atividades paralelas dentre as quais inglês, natação, judô ou balé, e até mesmo quem leva e traz do colégio.

Ou seja, com regras bem determinadas e planejadas, sem lacunas ou divergências, deverá ser definido o método que se irá aplicar para colocar em prática o compartilhamento da guarda do menor.

### **3.3 Responsabilidade Civil dos pais**

A responsabilidade civil dos pais, na sociedade conjugal, casamento ou união estável, é solidária, ou seja, ficam os pais civilmente responsáveis a reparação de quaisquer danos praticados pelos filhos menores não emancipados.

A responsabilidade dos genitores sobre os seus filhos é um direito irrenunciável, sendo que os pais têm o dever pela criação, representação e assistência. (WALDYR FILHO, 2010)

Conseqüentemente, os genitores têm o compromisso de dirigir a melhor criação possível, proporcionando um âmbito familiar digno para os seus filhos possuírem um desenvolvimento individual pleno e sadio como ser humano. Na educação, os pais têm que tornar seus filhos úteis para a sociedade, desenvolvendo as faculdades psíquicas, intelectuais e morais, tendo como objetivo acrescentar as suas atitudes à cultura da sociedade em que vivem. Sendo assim, a conduta dos genitores é de suma importância para a formação de sua prole (WALDYR FILHO, 2010).

Na representação e assistência, os genitores devem representar os seus filhos até os dezesseis anos de idade e os assistir a partir dessa idade até alcançarem a maioridade, conforme o artigo 1634, inciso VII do Código Civil:

[...] Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que

consiste em, quanto aos filhos: [...] representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. (BRASIL, 2002)

Além disso, os menores não possuem aptidão de dirigir sua pessoa e bens, sendo, no entanto a responsabilidade de representação e assistência dos seus pais. Também os genitores não podem alienar e nem gravar de ônus real, se não com prévia autorização judicial, desde que comprove a necessidade, ou evidente interesse do menor. Desse modo, se o genitor não administrar corretamente os bens de seu filho, pode acarretar a suspensão do poder familiar, conforme o artigo 1637 do Código Civil. (DIAS, 2006)

A partir do momento em que o filho atingir a maioridade, os pais deverão entregar os bens para estes, com os acréscimos, não existindo o direito de o filho pedir que os seus genitores lhes prestem contas. Desse mesmo modo, os pais não podem solicitar remuneração pelo serviço prestado (DIAS, 2006).

Os genitores, dentro do campo da educação e criação, devem usar o estilo autoritativo, sempre exigindo de sua prole, que lhes prestem obediência, respeito e que auxiliem em alguns serviços compatíveis com a sua idade, conforme o artigo 1634, inciso IX do Código Civil “[...] exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”. (BRASIL, 2002)

No entanto, com a ruptura dessa sociedade conjugal, e definida a guarda do menor para um dos genitores, no caso de guarda unilateral, gera também divergências quanto a responsabilidade civil dos pais em relação a seus filhos e essa solidariedade deixa de existir.

Desta forma, cabe o dever de reparação, por qualquer dano causado pelo menor, ao genitor que tem o dever de cuidado é detentor exclusivo da guarda do menor. Em outras palavras, o genitor guardião ficará civilmente responsável pelos danos causados por seu filho.

Há quem se incline, exclusivamente, pelos atributos do pátrio poder, como referencial à responsabilização. Outros há que elegem a guarda jurídica como elemento definidor da responsabilidade. Outros mais, à guarda física, material, de

quem exerce com imediatidade a vigilância atual do menor. (GRISARD FILHO, 2010, p. 108)

Constante no artigo 932, I, do Código Civil de 2002: “[...] são também responsáveis pela reparação civil: [...] os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”. (BRASIL, 2002, *online*)

Já na guarda compartilhada isso é diferente, pois ao passo que os pais compartilham as responsabilidades, direitos e deveres inerentes à vida dos filhos, ficarão também responsáveis civilmente pelos atos lesivos que seus filhos menores possam causar a um terceiro. Sobre essa solidariedade, Waldyr Grisard Filho traz que:

Tratando-se de guarda compartilhada, pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda compartilhada é construída sobre esse pressuposto), que exercem ambos a vigilância. Em havendo dano, a presunção de erro na educação e falha na fiscalização, a responsabilidade civil recai sobre ambos os genitores. (2010, p. 251)

Aplicada a guarda compartilhada surgem consequências que dizem respeito à responsabilidade civil pelos atos do menor, normatizada pelos artigos 1.521 a 1.523 do Código Civil.

Silvio de Salvo Venosa professa que “[...] em todos os sistemas jurídicos, mesmo naqueles marcados pelo individualismo, há casos de uma pessoa, natural ou jurídica, ser considerada civilmente responsável por danos praticados por terceiros”. Nessa esteira, cada vez mais, o direito positivo procura ampliar as possibilidades de reparação de prejuízos causados ao patrimônio de alguém, embora a responsabilidade pareça estar atrelada ao próprio causador do dano, coincidindo com a punição do Direito Penal, cuja pena tem sentido social e repreensiva, tratando da responsabilidade direta do causador do dano e da responsabilidade por fato próprio. (2009, p.35).

Embora o artigo 932 do CC/02 traga a mesma redação do antigo artigo 1.521 do regulamento civil revogado, o artigo 933 diz que a responsabilidade das pessoas indicadas no artigo 932 é independente de culpa. Em outras palavras, é objetiva. O Código Civil em vigor, estabelecendo a responsabilidade objetiva dos

pais sobre os atos danosos perpetrados pelos filhos menores, erigiu também a solidariedade entre eles, por força do parágrafo único do artigo 942 do Código Civil.

Logo, conclui-se que, além dos pais terem o direito de convivência com seus filhos, mesmo após a ruptura conjugal, esses terão o dever de se responsabilizar igualmente pelos atos dos menores, pois possuem o dever de vigilância sobre os filhos, assim como ambos os genitores possuem o dever de cuidado, e de dar assistência material e intelectual.

Ocorrendo descumprimento pelo genitor dentro do que foi estabelecido, decorrem sanções, já tendo previsão desde a Lei nº 11.698 de 2008, no artigo 1.584, §4º, CC, no qual afirmava que o “descumprimento imotivado da cláusula da guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com os filhos”. (BRASIL, 2008, *online*)

Uma maneira das maneiras encontradas pelo judiciário para frear o descumprimento das funções parentais é a utilização de sanções em forma de multa (astreintes), prevista no §1º do artigo 533 do Novo CPC. A sanção deve ser aplicada, por exemplo, para obrigar ao genitor titular da custódia física, isto é, sua casa como “base de moradia”, que cumpra o dever de proporcionar o convívio familiar com o outro progenitor.

A Lei nº 13.058 de 2014 inseriu o §5º no art. 1.583 do Código Civil a fim de disciplinar este tema. Assim, dispõe o Código Civil que o genitor que não detém a guarda unilateral tem a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos sendo assim “parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”. (BRASIL, 2014, *online*)

Apesar do disposto no art. 1.583, §5º do CC restringir a solicitação de prestação de contas e informações em assuntos que direta ou indiretamente afetem os filhos aos detentores da guarda unilateral, não aparenta a lei apresentar qualquer impedimento para que seja também aplicada esta regra à guarda compartilhada.

Caio Mario da Silva Pereira enfatiza a participação conjunta dos pais, reconhecendo expressamente o princípio da bilateralidade nas relações pai-filho, em face do poder familiar que a lei civil lhes garante, e que deve ser exercido pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, segundo o artigo 226, § 5.º, da Constituição Federal.

Por fim, a ação de prestação de contas é prevista nos artigos 550 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. A Lei nº 13.058 de 2014, portanto, permitiu uma maior fiscalização, que poderia ser dificultada por genitores que administram de forma temerária a verba recebida a título de alimentos destinada aos filhos.

## CONCLUSÃO

Considerando todo conteúdo exposto, restaram demonstradas, com os devidos argumentos, as hipóteses em que é indispensável uma melhor interpretação no que concerne a guarda em amplo sentido, todavia, com o foco direcionado para a guarda compartilhada de filhos havidos de ex-casais. Ademais, com este objetivo, o presente trabalho ressaltou importantes pontos no que tange aos principais problemas pelos quais passam os pais e filhos nesta situação.

Sendo assim, foi possível extrair ainda, do presente estudo, que a ideia mais difundida e aceita pela doutrina e jurisprudência é no sentido de que ainda que haja o rompimento do casal, os filhos merecem toda a atenção possível. Sempre deve-se buscar, destarte, o ideal de que os pais dividam as responsabilidades por igual, ou seja, compartilhem interesses e ideais para o crescimento dos filhos.

Trazendo a discussão para o plano prático aplicado ao direito, foi demonstrada a formalização da lide através da petição, bem como, os principais tópicos que são inerentes ao processo de elaboração da mesma, como por exemplo, o endereçamento, a qualificação das partes, o foro competente para ajuizar a ação, dentre outras peculiaridades inerentes à exordial.

Ainda em sede de desenvolvimento, o presente estudo, concluiu que, por mais que os casos em que incide a guarda unilateral sejam expressa maioria, o índice de guardas concedidas de forma compartilhada tem crescido gradativamente, demonstrando, em cada caso, a eficácia das leis que no âmbito do direito familiar e estatutário, bem como, os julgados e as doutrinas que conduzem os casais a adotarem a prática da guarda compartilhada.

Por fim, após a análise do posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, restou entendido que a opção da guarda compartilhada, apesar de ser majoritariamente recomendada, necessita ser analisada, caso a caso, com todo cuidado possível, sempre visando o fim de proporcionar à criança a melhor situação possível, tendo em vista o término do relacionamento dos pais, devendo tais interesses ser observados no mais abrangente sentido.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm) >. Acesso em: 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 de 10 de março de 2002**. 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: 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRUNO, Denise Duarte. **A guarda compartilhada na prática e as responsabilidades dos pais**. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2009. In: Família e Responsabilidade: teoria do Direito de Família. (Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DEIRDRE, Neiva. **A Guarda Compartilhada**. 2002. Citado por: PARIZATTO, João Roberto. Manual prático do direito de família. 2 ed. p. 380. São Paulo: Edipa, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: realidade que a justiça insiste em não ver./ Coordenação: Maria Berenice Dias. 2 ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume I: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família Brasileiro: introdução-abordagem sob a perspectiva civil-constitucional**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **A preferencialidade da guarda compartilhada de filhos em caso de separação dos pais**. In: DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. RT. 2009.

\_\_\_\_\_. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano VI, n. 24, jun/jul, 2004.

\_\_\_\_\_, Guarda e convivência dos filhos após a Lei n. 11.698/2008. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 6, p. 33, out/nov, 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3.ed. Barueri: Manole, 2010.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de Família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de./Muniz, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

PARIZATTO, João Roberto. **Manual prático do direito de família**. 2 ed. São Paulo. Edipa, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 4 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito de Família**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. **Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente**. Belém: CEJUP. 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental. In:**Incesto e Alienação Parental**: realidade que a justiça insiste em não ver./ Coordenação: Maria Berenice Dias. 2 ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas,2009.

\_\_\_\_\_, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas,2007.