



PRISCILA GOMES SANTOS

A VIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO PROCESSO LITIGIOSO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da faculdade de ciências jurídicas e sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary.

BRASÍLIA

2012

PRISCILA GOMES SANTOS

**A VIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO
PROCESSO LITIGIOSO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito de faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary.

BRASÍLIA, 2012

SANTOS, Priscila Gomes.

A Viabilidade da Guarda Compartilhada no Processo Litigioso / Priscila Gomes Santos. Brasília: UniCEUB, 2012.

76 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary.

PRISCILA GOMES SANTOS

**A VIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO
PROCESSO LITIGIOSO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão de curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Me. Einstein Lincoln Borges Taquary.

Brasília, de de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Agradeço primeiramente a Deus, pois, nada seria sem a fé que tenho Nele.

Aos meus pais e irmãos, pelo imenso carinho e apoio nessa etapa vivida.

Ao meu 'namorado', André, por todo o incentivo e motivação que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Ao meu filho, Klaivert, por me ensinar o verdadeiro amor incondicional.

Ao Professor Einstein Taquary, pelo auxílio e conhecimentos transmitidos na elaboração deste.

E, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

RESUMO

O presente trabalho traz uma reflexão sobre a possibilidade da aplicação do instituto da guarda compartilhada em situações de litígio. Para tanto, analisa-se, primeiramente, a evolução do poder familiar, destacando-se as suas hipóteses de extinção, suspensão e destituição. Posteriormente, a guarda será analisada por meio de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e de suas modalidades existentes, com ênfase na guarda compartilhada. Em seguida, mostrará as vantagens e possíveis desvantagens da adoção deste instituto, que visa proporcionar uma convivência familiar adequada e esperada para o desenvolvimento da criança e do adolescente; além de seus aspectos controvertidos, tais como os alimentos, as visitas e os litígios. Examinará, por fim, através das correntes que divergem acerca do tema, a viabilidade da concessão da guarda compartilhada num relacionamento de conflito, uma característica comum entre pais que se separam de forma litigiosa, principalmente se tiver por escopo o alcance do melhor interesse dos filhos.

Palavra-chave: Poder familiar. Guarda Compartilhada. Melhor interesse da criança e do adolescente. Litígios.

ABSTRACT

This paper presents a reflection on the possibility of applying the Office of custody in cases of dispute. For this purpose, we analyze first the evolution of family power, highlighting your chances of extinction, suspension and dismissal. Later, the guard will be analyzed through its evolution in the Brazilian legal system and their existing arrangements, with emphasis on joint custody. Then show the advantages and possible disadvantages of the adoption of this institute, which aims to provide a proper family life and expected for the development of children and adolescents, in addition to its controversial aspects, such as food, visits and disputes. Consider, finally, through the chains that differ on the subject, the feasibility of granting custody of a relationship of conflict, a common trait among parents who are separated so contentious, especially if its scope the range of the best interest of the children.

Keyword: Power family. Shared custody. Best interests of children and adolescents. Litigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. PODER FAMILIAR.....	12
1.1 Conceito de Poder familiar.....	12
1.2 Evolução do instituto na legislação brasileira.....	20
1.3 Motivos de extinção, suspensão e destituição do poder familiar.....	24
2. GUARDA COMPARTILHADA.....	32
2.1 Conceito de Guarda.....	32
2.2 Origem e Conceito de Guarda Compartilhada.....	35
2.3 As outras modalidades de guarda.....	40
2.3.1 A guarda unilateral ou única.....	40
2.3.2 A guarda alternada.....	42
2.3.3 Aninhamento ou Nidação.....	43
2.4 Atribuição da guarda na Lei n.º: 11.698/2008.....	44
3. A VIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA COERSITIVA.....	47
3.2. Argumentos favoráveis e vantagens da guarda Compartilhada.....	47
3.3 Relativizando Críticas e argumentos contrários.....	49
3.4. Aspectos controvertidos relativos à guarda compartilhada.....	53
3.4.1 Alimentos.....	53
3.4.2 Visitas.....	58
3.4.3 Litígios e a possibilidade da guarda compartilhada.....	61
3.4.3.1 Equipe interdisciplinar.....	67
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

Atualmente, relações familiares são desconstruídas na mesma velocidade em que são construídas. E, diante disso, os filhos havidos relação arruinada podem ficar sujeitos aos efeitos de eventuais conflitos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal.

O Direito de Família, por sua vez, está em constante adaptação para atender a evolução da sociedade nas suas relações familiares. Tais mudanças deram ensejo ao surgimento de uma corrente doutrinária que defendia fortemente aplicação de um modelo de guarda, já aplicado em legislações estrangeiras, que visava garantir a efetividade do poder familiar com a ruptura conjugal do casal, objetivando a continuidade da relação dos genitores com seus filhos, mantendo, assim, os laços afetivos.

Dessa forma, a guarda compartilhada entrou no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n.º 11.698/08, regulamentando o instituto, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 e instituindo a preferência por este modelo, somente sendo afastada quando o melhor interesse da criança e do adolescente recomendar a guarda unilateral.

Apesar de surgir para atender as mudanças da sociedade e, sobretudo, das relações familiares, a guarda compartilhada ainda encontra alguns obstáculos para a sua concessão, seja pelo desconhecimento dos pais sobre o instituto, seja pelo litígio entre os genitores após a ruptura conjugal, ou, até mesmo, pela falta de mudanças na mentalidade dos interpretes da lei.

Portanto, o intuito é desmistificar a utilização da guarda compartilhada somente em processos consensuais, demonstrando que o entendimento sedimentado no ordenamento jurídico pátrio é a presunção quase absoluta de que o litígio é um fator impeditivo para o deferimento da guarda compartilhada.

Dessa forma, o trabalho proposto justificar-se-ia pela necessidade de reflexão sobre um novo, e tímido, posicionamento a respeito da possibilidade de

aplicação da guarda compartilhada em situações de litígio. Uma vez que a presente temática mostra-se relevante para o universo jurídico.

Assim, a finalidade não é o de esgotar o tema, mas de levantar a possibilidade da adoção do instituto da guarda compartilhada mesmo em casos de litígio entre genitores, apresentando essa alternativa, uma vez que o posicionamento contrário encontra-se enraizado na corrente majoritária, sendo deveras escassas, doutrinas e jurisprudência acerca do tema.

Portanto, justificar-se-ia a motivação pessoal na elaboração do proposto trabalho pela pretensão de aprofundar meus conhecimentos no campo do Direito de Família, que pelas suas constantes modificações estimula a busca de um aperfeiçoamento e uma adequação do direito aos novos paradigmas.

O presente trabalho foi realizado valendo-se de pesquisas bibliográficas de doutrinas e jurisprudências, estas realizadas através dos julgados de diversos Tribunais sobre o tema; aquelas, por meio de livros, artigos, revistas, publicações e textos obtidos de forma eletrônica que tratam da questão. Assim, a pesquisa doutrinária permitirá delinear os conceitos atinentes ao tema proposto, em especial aqueles referentes à guarda compartilhada; bem como, apresentar a evolução histórica do instituto em questão no ordenamento jurídico brasileiro; e, ainda, verificar a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada num relacionamento de conflito, uma característica comum entre pais que se separam de forma litigiosa. Já a pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros, também, visará examinar a viabilidade na concessão da guarda compartilhada em casos de litígio.

Por fim, o presente estudo está dividido em 3 capítulos. O primeiro, aborda algumas noções e conceitos fundamentais relativos ao instituto do poder familiar, trazendo um apanhado histórico-evolutivo, desde a época da *gens romana* até a atualidade, sobretudo, sua evolução na legislação brasileira. Em seguida, são fixadas as hipóteses de extinção, suspensão e destituição do seu exercício.

No capítulo seguinte, será analisada, brevemente, a guarda de filhos no Direito Brasileiro sob o aspecto conceitual. Posteriormente, serão apontadas as demais espécies de guarda existentes e suas principais críticas e desvantagens.

Seguindo com análise da guarda compartilhada, mostrando a evolução deste instituto no ordenamento jurídico e o advento da Lei nº 11.698/2008.

O último capítulo, com foco na guarda compartilhada, aborda as consequências prática da guarda conjunta, apresentando suas vantagens e relativizando suas possíveis desvantagens. Em seguida, trata das questões envolvendo alimentos e visitas quando se opta por este modelo. Por fim, traz a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada coercitiva, ou seja, quando os litígios entre os pais não se torna um fator impeditivo para adoção do compartilhamento da guarda. Além, de uma breve abordagem sobre a mediação da equipe interdisciplinar.

Por certo, o objetivo deste estudo não é defender de maneira irrestrita a aplicação da guarda compartilhada, mas sim de destacar questões que são muitas vezes desprezadas na análise do caso concreto.

1. PODER FAMILIAR

1.1 CONCEITO DE PODER FAMILIAR

Poder familiar é uma terminologia nova que substitui o antigo conceito de pátrio poder. Tendo este instituto passado por significativa evolução desde sua origem até os dias atuais, deixando de ter um caráter arbitrário de poder absoluto e ilimitado sobre o filho, para assumir uma visão protetiva e construtiva.

Como expressa Orlando Gomes, o instituto do poder familiar perdeu sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser apenas um conjunto de direitos, amplos e ilimitados, do genitor sobre a pessoa dos filhos, para se tornar um complexo de deveres.¹

A palavra *pater*, etimologicamente, é relacionada aos deuses em linguagem religiosa; em linguagem jurídica, a todo o homem independente que tivesse autoridade sobre uma família ou um domínio (*pater familias*); e, para os escravos era usada como seu senhor (*dominica potestas*). A palavra *pater*, portanto, não encerrava significado de paternidade, mas de poder autoridade e majestade.²

Pelas lições de Guilherme Gonçalves Strenger, percebe-se que:

O Direito romano primitivo é dominado pela família patriarcal: a *gens*, que se distingue da “família”. A *domus* é que a nota específica da família, compreendendo unicamente as pessoas que viviam sob um mesmo teto, isto é, marido, mulher e filhos. A *gens* tem sentido mais extenso: são os descendentes masculinos de um ancestral comum; ela é, em verdade, fundada tanto na comunidade de sangue como sobre a dependência de um mesmo chefe, e o que a caracteriza é estar submetida ao poder (*potestas*) do *pater familias*, que não é aquele que designa a paternidade física, indicada pelas palavras *parens* e *genitor*. Sua função é social. Ele é o *dominus*, isto é, o

¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p.118.

² AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 295.

chefe da casa. Em algumas circunstâncias, em tempos mais primitivos, seu poder ia ao direito de decidir sobre a vida e a morte.³

O pátrio poder no Direito Romano era caracterizado pela ilimitada autoridade familiar, concentrado na figura paterna.⁴ A autoridade patriarcal detinha um poder quase que absoluto sobre os que dele dependiam, incluindo o direito de dispor sobre suas vidas. Nesse regime primitivo, o pátrio poder era considerado um poder análogo ao da propriedade.⁵

Em algumas circunstâncias, o *pater famílias*, exercido somente pelo patriarca, tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), e ainda, o direito de vendê-lo (*ius vendendî*), abandoná-los (*ius exponendî*) ou entrega-lo à vítima de dano causados por ele (*ius noxae deditio*).⁶

Neste sentido, Basílio de Oliveira manifesta que o *pater família* tinha o direito de vida e morte sobre os filhos, bem como, o direito de vendê-los como escravos, casa-los com quem julgasse conveniente, obriga-los ao divórcio, além de exercer o *manus* sobre a nora e exercer a *patria potesta* sobre os netos. Poderia, também, dispor do patrimônio da família como coisa sua enquanto vivo, deixando-o por testamento a quem quisesse, mesmo em prejuízo dos herdeiros legítimos.⁷

O poder conferido ao varão de condenar à morte um dos seus dependentes não era uma decisão arbitrária, pois dependia do *judicium domesticum*, ou seja, a decisão sobre a conveniência ou não de aplicação dessa penalidade era

³ STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 21.

⁴ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2001, p. 1.

⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 31.

⁶ Ibidem, p. 31.

⁷ OLIVEIRA, Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. Rio de Janeiro: Destaque. 2006, p. 67.

obtida depois de serem ouvidas as opiniões e conselhos e dos demais integrantes da família.⁸

Entretanto, o poder conferido ao patriarca não eram puramente domésticos, existia em torno dele uma unidade política, religiosa e econômica.⁹ O pátrio poder em Roma era simultaneamente um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio e um senhorio da vida e das propriedades dos filhos.¹⁰ Pode-se extrair daí a amplitude e soberania do poder patriarcal romano, em que o *pater familiae* exercia, com exclusividade, para si e em seu proveito, as funções de sacerdote, de juiz, de chefe e administrador absoluto de seu lar.¹¹

Em um primeiro momento, o pátrio poder tinha o conceito legal de ser o conjunto de direitos conferidos pela lei ao pai sobre a pessoa e os bens do filho. De acordo com Clóvis Beviláqua¹², o pátrio poder era o “conjunto dos direitos que a lei conferia ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais, reconhecidos ou adotivos”. Gradativamente, tal instituto teve suas características modificadas.

Com o advento do Cristianismo e com as conseqüentes mudanças sociais trazidas, o pátrio poder começou a ser abrandecido, tendo como principal objetivo a

⁸ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 3.

⁹ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 21.

¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

¹¹ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 3.

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1943, p. 363.

proteção dos filhos.¹³ Assim, o pátrio poder foi perdendo forças, deixando de ser perpétuo, absoluto e ilimitado, para se tornar temporário, relativo e limitado.

O Cristianismo como religião oficial do Estado Romano traz problemas de difícil relação entre a sociedade religiosa e a sociedade civil, devido à nova concepção sobre o indivíduo e Estado. Com isso, as antigas leis receberam novas interpretações e, conseqüentemente, no campo do Poder Familiar - em que o ensinamento do Cristianismo é o amor entre pais e filhos - tornou-se vedado matar, vender ou entregar o filho a um credor. O sacerdócio, exercido pelo patriarca, transfere-se para as mãos do clero, fazendo com o que a autoridade paterna perdesse o seu caráter sacral.¹⁴

Para Waldyr Grisard Filho:

O cristianismo, de indubitável influência como fator de temperança dos costumes, produziu uma síntese desses dois sistemas, impondo aos pais 'o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural como moral e religiosa da prole.¹⁵

O poder do pai passou a consistir na orientação e defesa da prole, com limitação temporal do seu exercício e sem impedimentos à constituição de bens pelos filhos.¹⁶

Anota Orlando Gomes, que a evolução do pátrio poder orientou-se, fundamentalmente, para três finalidades: a) limitação temporal do poder; b) limitação

¹³ ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5.

¹⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lucia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC. 2005, p. 18.

¹⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹⁶ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 21.

dos direitos do pai e do seu uso; c) colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do pátrio poder para orientá-lo e controlá-lo.¹⁷

O pátrio poder torna-se um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.

Portanto, a expressão 'pátrio poder', ainda, era denotadora da prevalência do pai sobre a pessoa do filho, evidenciando a exclusão da figura materna, reconhecendo-se a necessidade de substituição do termo para por fim à dúvida da atual posição da mulher na direção da sociedade conjugal, exercida por ambos, em colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos.¹⁸

Tal expressão, adotada pelo Código Civil de 1916, influenciado pelo Direito lusitano, e utilizada durante décadas para definir a autoridade do pai sobre os filhos, já não mais se adequava ao novo perfil do Direito de Família do século XXI¹⁹, devido ao alcance da igualdade entre os cônjuges, aumentando a esfera da atuação materna no exercício do poder familiar em igualdade de condições, provocando, assim, a alteração do instituto.

Vale ressaltar, que mesmo à época, Clóvis Beviláqua, autor do Código Civil Brasileiro de 1916, já demonstrava preocupação com o interesse maior da prole, como se observa em sua definição de poder familiar:

Pátrio poder é o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos. No Direito moderno, esse conjunto de direitos é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais ao interesse do filho, que, por sua idade, necessita de um guia protetor, do que o interesse do pai, como no antigo Direito. A autoridade dos pais é um poder familiar, quer dizer, uma autoridade, que mantém os laços da família, e dentro do círculo das relações desta se circunscreve; todavia, está sobre ela vigilante o poder social

¹⁷ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p.118.

¹⁸ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 53.

¹⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 296.

para impedir os abusos, quer de ordem moral, quer de ordem econômica.²⁰

A evolução legislativa, reflexo da evolução social, absorveu as modificações dos contornos jurídicos da família²¹, provocadas por diversos movimentos que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre estes e os pais, vindo à lume o Estatuto da mulher casada, a Lei do Divorcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.²²

O principal fator da mudança foi o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que introduziu o princípio da isonomia de direitos e deveres entre os cônjuges na sociedade conjugal.²³ Bem como, o princípio da dignidade da pessoa humana, ensejando que as relações familiares passassem a ser pautadas na dignidade de cada partícipe.²⁴

Nesta esteira, é entendimento de Guilherme Gonçalves Strenger:

Proclama-se acertadamente que os juristas se inquietam com o uso da antiga denominação, sob o pretexto de que sua designação era proveniente do significado do termo “pátrio”, isto é, traduzindo: do pai ou de pai. Por conseguinte, não é a palavra “poder” que interessa, mas sim a palavra pátrio que é equivocada em relação ao sentido que modernamente, com muita amplitude, se atribui a essa instituição.²⁵

²⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1952, p. 357.

²¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 29.

²² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 32-33.

²³ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. Rio de Janeiro: Destaque. 2006, p. 70.

²⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 296.

²⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Ltr, 1998, p.43.

Altera-se, por fim, a denominação 'pátrio poder' com o Código Civil de 2002²⁶, devido forte influência da Constituição Federal de 1988, que denomina poder familiar como o conjunto de direitos e deveres exercidos por ambos os pais no intuito de proteger e resguardar os direitos dos filhos. Não se justificando a manutenção da designação indicativa da superioridade paterna no âmbito familiar. A nova denominação guarda melhor sintonia com a igualdade de direitos dos cônjuges conferida pela Carta Magna.²⁷

Com muita propriedade, Denise Damo Comel afirma que o Código Civil evoluiu da denominação 'pátrio poder' para 'poder familiar', sem criar uma nova figura jurídica, apenas compatibilizando o tradicional e secular termo existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que não houvesse qualquer evidência discriminatória entre os filhos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função.²⁸

O artigo 1.630 do Código Civil de 2002 dispõe que os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores. Segundo Arnaldo Rizzardo (1994, apud SILVA, 2008, p. 23) leciona quanto ao poder familiar:

Trata-se de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir uma abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão-somente em encargo, ou um múnus, mas um encaminhamento para impor uma certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.²⁹

²⁶ BRASIL. **LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** DOU de 11.01.2002.

²⁷ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família.** 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 257.

²⁸ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 1994. In: SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada.** 2ª ed., São Paulo: JH Mizuno, 2008, p.23.

São poderes outorgados aos pais, leciona Orlando Gomes, que têm como medida o cumprimento dos deveres de proteção do filho menor. “É um poder-dever, direito-função, que estaria em posição intermediária entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo”.³⁰

Guilherme Gonçalves Strenger, por seu turno, conceitua o poder familiar como sendo “um direito-dever de que são investidos os pais, como titulares, no sentido de tutelar os interesses do filho e preservar suas condições existenciais”.³¹

Waldyr Grisard Filho entende que o poder familiar é um conjunto de faculdades dirigidas aos pais, como instituição protetora dos filhos menores, com o intuito de lograr o desenvolvimento e formação integral dos filhos, tanto física, quanto mental, moral, espiritual e social. Para tanto incumbe aos pais satisfazer as necessidades de ordem afetiva dos filhos.³²

Para Ana Maria Milano, o “poder familiar é muito mais uma obrigação dos pais para com os filhos e seus bens, do que um direito. O direito é da prole, de receber, de quem a gerou ou adotou, os cuidados de que necessita.” O cumprimento desse direito encontra apoio no ordenamento jurídico, com supervisão do Estado.³³

Assim, conclui-se que o poder familiar consiste em um poder-dever imposto pelo Estado aos pais, de modo igualitário, direcionado à pessoa e aos bens do filho menor e não emancipado, visando protegê-lo e educá-lo, em observação à Doutrina da Proteção Integral pelo Princípio do Melhor Interesse.³⁴

³⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 283.

³¹ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **O Poder Familiar no Novo Código Civil. Repertório de Jurisprudência IOB**. São Paulo: IOB, v. 3. n. 2. 2003, p. 48.

³² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 29.

³³ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**, 2ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2008, p. 33.

³⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 29.

1.2. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

É evidente a influência romana no Direito Luso-Brasileiro, mesmo após a Proclamação da Independência os princípios do Direito Português continuavam a existir no Brasil. Vigorava as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal.³⁵

Conforme o magistério de Pontes de Miranda, “existia, assim, no direito da época, a figura do pátrio poder, concebido, num primeiro momento, com a absoluta fereza romana com que fora transplantado para Portugal”.³⁶

Nas ordenações Filipinas, o pátrio poder era exercido pelo pai, cabendo a mãe apenas certos direitos relativos à obediência filial, e cessava com a maioridade do filho, aos 25 anos de idade, sendo estendida caso este continuasse na dependência paterna. O pátrio poder só abrangia os filhos legítimos e legitimados, excluindo os ditos espúrios ou naturais.³⁷

Na Consolidação das Leis Civis, o pátrio poder seria exercido até cessar a menoridade, ou seja, aos vinte e um anos de idade (em 31 de outubro de 1831, a maioridade foi reduzida para 21 anos), momento em que adquiriria capacidade para todos os atos da vida civil, com exceção do filho-família, pois este estaria sob o poder do pai qualquer que fosse sua idade.³⁸

“Da República, anota-se o Dec. 181, de 24.01.1890, que veio conceder à viúva o direito de exercer o pátrio poder, desde que não convolasse novas núpcias”, segundo Denise D. Comel³⁹. Havendo um marco da evolução do pátrio poder,

³⁵ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Campinas: Bookseller. 2000, p. 144.

³⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 23.

³⁸ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

³⁹ Ibidem, p. 25.

desconsiderando o seu exercício como uma prerrogativa exclusiva masculina, concedendo a mulher viúva o seu pleno exercício, caso não contraísse posteriormente novo matrimônio, ou seja, se não fosse bínuba.

O Código Civil Brasileiro de 1916⁴⁰ acompanhou a tradição das legislações estrangeiras calcadas na reverência à autoridade paterna.⁴¹

Em 1916 foi promulgado o primeiro Código Civil Brasileiro, seguindo a tradição das legislações, atribuiu ao cônjuge varão à designação de chefe da sociedade conjugal, reafirmando o Código Filipino.⁴²

No Código Civil de 1916, o pátrio poder era exercido somente sobre os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, enquanto menores (art. 379), excluindo-se os incestuosos, os adúlteros e os espúrios. A extinção se dava pela morte dos pais, pela emancipação, pela maioridade aos 21 anos ou pela adoção.⁴³

Em relação ao papel da mulher, pouco mudou com o Código, pois o pátrio poder continuava sendo um privilégio do marido, enquanto chefe da família, sendo somente exercido pela mulher de modo subsidiário⁴⁴, era o que ditava o artigo 380: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

No entendimento de Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles:

percebe-se que o Direito pátrio foi-se afastando, gradativamente, do Direito português, pois, nestas fontes originárias de nosso ordenamento, apenas à mulher era concedida a prerrogativa de

⁴⁰ Instituído pela a LEI Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. DOU de 05.01.1916.

⁴¹ STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr. 1998, p. 24.

⁴² FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 24.

⁴³ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 29-30.

⁴⁴ Ibidem. p. 28.

servir de tutora aos filhos menores, se não lhes fosse deixado, em testamento, tutor ou curador.⁴⁵

Posteriormente, sobreveio sensíveis transformações que refletiram na ordem jurídica, fruto de diversos movimentos sociais e econômicos que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges.

Com o Estatuto da Mulher Casada⁴⁶, surge as primeiras modificações no ordenamento jurídico quanto ao exercício do pátrio poder pela mulher. Instituído a igualdade jurídica da mulher, embora tenha mantido o marido na chefia da sociedade conjugal. As principais mudanças foram de: a) atribuir a titularidade do exercício do pátrio poder tanto ao homem quanto à mulher; b) dispor que a mãe ao contrair novas núpcias não mais perderia os direitos do pátrio poder relativos aos filhos do casamento anterior; c) conferir à mulher casada a prerrogativa de exercer o direito que lhe competir sobre a pessoa e os bens dos filhos do leito anterior.⁴⁷

A Lei do Divórcio⁴⁸, instituída quinze anos depois do Estatuto da Mulher Casada, não trouxe significativas modificações no que se refere ao poder familiar. Mas, foi extremamente polêmica e inovadora por introduzir o divórcio no país.⁴⁹

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito de Família de tal modo que bastaram três de seus artigos⁵⁰ para fazer com que mais de cem

⁴⁵ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 8.

⁴⁶ BRASIL. **LEI Nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. DOU de 03.09.1962.

⁴⁷ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-35.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus direitos e respectivos processos**. DOU de 27.12.1977.

⁴⁹ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-35.

⁵⁰ Quais sejam: o artigo 5º, inciso I – consagra o princípio da igualdade entre homens e mulheres; artigo 226, parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º - reconhece a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes como entidade familiar, assim, o casamento não é mais a única forma legítima de constituição de família; e o artigo 227, §§ 6º e 7º - equipara todos os filhos, havidos

dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixassem de ser recepcionados.⁵¹

A Lei Maior consagrou o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado.⁵² Bem como, consagrou definitivamente o princípio da igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental, assegurando iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, outorgando a ambos os genitores isonomia plena no exercício do poder familiar com relação aos filhos comuns⁵³, não recepcionando o dispositivo que outorgava ao pai o pátrio poder sobre o filho, com a simples colaboração da mãe.

A Doutrina da Proteção Integral incorporada à Constituição Federal, no seu artigo 227 significa que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos perante a família, a sociedade e o Estado.⁵⁴ Assegurando à criança e ao adolescente uma proteção especial e uma série de direitos com absoluta prioridade, tais como: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, dentre outros.

Seguindo as inovações trazidas pela Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁵ dispõe sobre o exercício conjunto do pátrio poder⁵⁶, além de

ou não da relação de casamento, reconhecendo os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer discriminação relativas à filiação.

⁵¹ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-40.

⁵² COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

⁵³ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 27.

⁵⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 297.

⁵⁵ BRASIL. **LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. DOU em 13.07.1990.

⁵⁶ A expressão *pátrio poder* foi posteriormente substituída pela expressão *poder familiar*, com o advento da LEI Nº 12.010, de 2009.

elencar uma série de deveres dos pais com os filhos, visando o cumprimento do instituto e em observação à Doutrina da Proteção Integral pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. O encargo exercido por ambos decorre da paternidade e da filiação, não do casamento ou da união estável. Logo, a unidade da família não se confunde com a convivência do casal.⁵⁷

E, finalmente, o Código Civil de 2002 veio para atender às exigências da nova realidade social e aos ditames constitucionais. Como os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, a autoridade parental cabe a ambos os pais, conforme o art. 1631 do Código Civil. O poder familiar vem disciplinado em um capítulo próprio, nos artigos 1.630 a 1.638, estabelecendo um conjunto de direitos e deveres em relação à pessoa dos filhos menores e a seus bens patrimoniais, competindo aos pais (independentemente se solteiros, casados, em união estável, separados ou divorciados) o respectivo exercício, sendo também tuteladas pelo Código a suspensão e a extinção do poder familiar.⁵⁸

1.3. MOTIVOS DE EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

No direito moderno o poder familiar não tem duração vitalícia como no Direito Romano.⁵⁹ O poder familiar encontra um limite temporal, extinguindo-se em consequência de diversos eventos de natureza civil, sendo alguns relacionados aos

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p.386

⁵⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 30.

⁵⁹ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. Rio de Janeiro: Destaque. 2006, p. 73.

filhos, outros aos pais que detêm o referido poder.⁶⁰ Portanto, a extinção do poder familiar pode ocorrer de modo não traumática, por força da lei⁶¹, em vários casos, catalogados nos incisos do artigo 1.635, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A morte dos pais ou do filho extingue o poder familiar, na ausência de um dos pais, passa o outro a exercer o poder familiar de forma exclusiva.⁶² Já no falecimento de ambos os pais ou do filho, o instituto desaparece por inexistência do sujeito ativo – os pais – ou do sujeito passivo – o filho – levando a sua extinção. Escreveu Denise D. Comel⁶³, que com a morte dos pais há o fim da existência da pessoa, o desaparecimento do sujeito ativo, e com isso a impossibilidade absoluta de manter o vínculo protetivo com o filho. A morte do filho também é causa extintiva pelas mesmos fundamentos, seja o fim da existência da pessoa, desaparecendo o sujeito passivo fica sem objeto a função paterna.

Karen R. P. Nioac de Salles⁶⁴ diz que “pela emancipação, equipara-se o menor ao maior com capacidade para todos os atos da vida civil, não havendo qualquer restrição”. A emancipação é o instituto jurídico em virtude do qual se atribui

⁶⁰ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 262.

⁶¹ ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 42.

⁶² LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 262.

⁶³ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 301.

⁶⁴ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 15.

a um menor a plenitude da capacidade jurídica: é a aquisição da capacidade civil, antes da idade legal.⁶⁵ Extinguirá o poder familiar com a cessação da incapacidade civil dos filhos, seja pelo decurso do tempo, ao completar 18 anos, seja pela hipóteses de emancipação após os 16 e antes dos 18 anos⁶⁶, arroladas no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil estabelecendo, *in verbis*:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Na adoção, haverá a transferência do poder familiar dos pais biológicos aos pais adotivos.⁶⁷ Assim, presume-se que os pais naturais, ao consentirem com a adoção, renunciaram irreversivelmente o exercício do poder familiar, já que a morte dos pais adotivos não restaura o poder familiar dos progenitores naturais⁶⁸, como estabelece o artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶⁹

⁶⁵ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 302.

⁶⁶ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 262.

⁶⁷ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. Rio de Janeiro: Destaque. 2006, p. 73.

⁶⁸ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 262.

⁶⁹ Art. 49, do ECA: "A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais".

Os efeitos da extinção do poder familiar não são outras que não o término definitivo da função paterna, o rompimento do liame protetivo que existia entre os pais e o filho.⁷⁰

A extinção do poder familiar por decisão judicial, exigindo a observância do procedimento contraditório e ampla defesa, ocorrerá àqueles que no seu exercício cometem algum ato previsto no art. 1.638, do Código Civil, infracitado.⁷¹

Douglas Phillips Freitas esclarece que:

A perda do poder familiar decorrente das praticas do artigo 1.638 é a grave sanção imposta àqueles que não zelaram pelos filhos na forma exigida pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais, o que torna o rol deste artigo em numerus apertus – ou seja, não taxativo, mas exemplificativo.⁷²

Em relação a suspensão e a destituição do poder familiar, ambas estão reguladas, respectivamente, pelos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, *in verbis*:

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

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

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

⁷⁰ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 309.

⁷¹ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Manole. 2009, p. 263.

⁷² FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 30.

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Assim, ocorrendo quaisquer das hipóteses, supracitadas, do artigo 1.637, caberá ao juiz adotar à medida que lhe pareça mais reclamada, podendo até suspender o exercício do poder familiar.

Pontes de Miranda, no próprio Código Civil de 1916, já entendia que o juiz poderia usar da medida que lhe parecesse mais conveniente e, até, da suspensão propriamente dita, completa, do poder familiar. Mas, o juiz, também, deveria ter sempre presente que a intervenção judicial é no interesse do menor.⁷³

Douglas Phillips Freitas leciona que:

Tantos nos casos de perda quanto nos de suspensão do poder familiar, o fato é que os direitos dos menores encontram nestes institutos uma guarita protecionista que dá ao Código Civil de 2002 um caráter mais protecionista em relação aos filhos isonômico quanto aos pais do que o Código Civil de 1916. Cumpre-se, assim, a exigência imposta pela Constituição de 1988.⁷⁴

No Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, a extinção ou suspensão do poder familiar estão explicitamente autorizados no artigo 129, inciso X, em seus termos estabelece que: “*são medidas aplicáveis aos pais e responsáveis: X – suspensão ou destituição do poder familiar*”.

A suspensão e a destituição da autoridade parental se configuram como sanção imposta em decorrência do abuso ou negligência dos pais no exercício do poder familiar.⁷⁵ Na suspensão, o exercício do poder familiar é limitado, por tempo

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Campinas: Bookseller. 2000, p. 204.

⁷⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 32.

⁷⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

determinado, de todos os seus atributos ou de partes deles, podendo ser decretada com referência a um ou alguns filhos.⁷⁶

A diferença entre a destituição e a suspensão se estabelece na gravidade da causa que as fundamentam e na duração da penalidade imposta. Enquanto a suspensão há uma restrição no exercício do poder familiar proveniente e fixada pelo magistrado ao seu prudente critério a depender do caso concreto e do interesse do menor; a destituição do poder familiar, também imposta por sentença judicial, pode revestir-se de caráter irrevogável, como nos casos de transferência do poder familiar pela adoção.⁷⁷

Por consistir em sanções mais graves impostas aos pais, tanto a suspensão como a destituição devem ser decretadas por sentença, em procedimento judicial próprio e observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sempre que tiverem seus atos caracterizados como atentatórios aos direitos dos filhos (artigo 129, X c/c artigos 155 e 163, do ECA).⁷⁸ É o que estabelece o artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.⁷⁹

As ações de suspensão ou destituição do poder familiar devem observar o segredo de justiça, em virtude da incidência do artigo 155, II, do Código de

⁷⁶. COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 263-264.

⁷⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 308.

⁷⁸ Ibidem, p. 308.

⁷⁹ Art. 22, do ECA: “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.”

Processo Civil (filiação e guarda)⁸⁰. Podem ser propostas por um dos genitores frente ao outro. Tem legitimidade, também, o Ministério Público (artigo 201, III, do ECA)⁸¹, que tanto pode dirigir a ação contra um ou ambos os pais. Nessa hipótese não se faz necessária a nomeação de curador especial. Cabe lembrar, que uma das atribuições do Conselho Tutelar é representar o Ministério Público para o efeito das ações de suspensão ou destituição do poder familiar (artigo 136, XI, do ECA)⁸².⁸³

Todavia, a penalidade da suspensão é, em regra, menos severa que a destituição, devendo se restringir a casos de menor gravidade ou a medida incidental nas ações que objetivam a perda do poder familiar.⁸⁴ Uma vez cessadas as causas que a provocaram, poderá ocorrer o seu cancelamento quando a convivência do poder familiar atender ao interesse dos filhos. Já a perda poder familiar, devido a sua gravidade, deve ser autorizada pelo magistrado somente quando o fato for de tal relevância que ponha em permanente perigo a segurança e a dignidade do filho; evitando-a, portanto, quando acarretar prejuízos ao menor.⁸⁵

Ressalta-se, que em qualquer circunstância, o supremo valor é o princípio do melhor interesse do menor, não podendo a perda do poder familiar orientar-se,

⁸⁰ Art. 155, II, do CPC: “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.”

⁸¹ Art. 201, III, do ECA: “Compete ao Ministério Público: III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.”

⁸² Art. 136, XI, do ECA: “São atribuições do Conselho Tutelar: XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural.”

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 389.

⁸⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 67.

⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Educação: o ensino do direito de família no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 284.

exclusivamente, no sentido de pena ao faltoso e, nem mesmo podendo prevalecer os juízos de valor subjetivos do juiz, pois constituiriam abuso de autoridade.⁸⁶

⁸⁶ Ibidem, p. 286.

2. GUARDA COMPARTILHADA

2.1. CONCEITO DE GUARDA

“A conceitualização de Guarda não é tarefa fácil devido à multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda de filhos enseja”, assim, reconhece Guilherme Gonçalves Strenger, em que a guarda é “O poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.⁸⁷

De Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, entende que a guarda de filhos é:

A locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E, *guarda*, neste sentido, tanto significa a *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.⁸⁸

A Guarda, na lição de Pontes de Miranda, é “sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.⁸⁹

Ana Maria Milano Silva afirma que:

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua

⁸⁷ STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 31.

⁸⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho**. 27^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 667.

⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado- Parte Especial**. 4.ed. 2.tiragem. t. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 94-101.

custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.⁹⁰

Para Marilza Fernandes Barreto, guardar, juridicamente falando, é:

A convivência afetiva dos pais ou responsáveis pelo menor, com dever de assistência material e moral, preservada, desse modo, a sobrevivência física e psíquica do mesmo, através do exercício dos direitos e deveres dela supervenientes.⁹¹

Roberto João Elias entende que “a guarda diz respeito à prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter-lhe oponível a terceiros, e vinculadas aos deveres de prestar-lhe assistência material, moral e educacional.”⁹²

No direito positivo pátrio, o instituto da guarda é regulamentado no Código Civil de 2002, no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos, nos artigos 1.583 ao 1.590, e 1.634, inciso II. E, também no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme os artigos 33 a 35, que trata da guarda propriamente dita, dispondo sobre a proteção integral do menor, em obediência aos princípios constitucionais estampados nos artigos 227 e 229.⁹³

A guarda impõe ao guardião obrigação de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo-lhe o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, conforme o artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, ter a guarda significa se responsabilizar pelo cuidado direto com o filho, exigindo, conseqüentemente, a convivência com ele.⁹⁴

⁹⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 39.

⁹¹ BARETTO, Marilza Fernandes. **Direito de Visita dos Avôs – uma evolução no direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1989. p. 1.

⁹² ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita**. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 53.

⁹³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 48.

⁹⁴ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 263-264.

Assim, quem assumir a guarda da criança ou adolescente, estará assumindo, da mesma forma, responsabilidades decorrentes da autoridade parental. Responsabilizar-se-á, então, pelo provimento das condições básicas que esta deverá receber, tais como, alimentação, moradia, vestuário, assistência médica, e, também, educação.⁹⁵

Entende Orlando Gomes que “o direito de guarda compreende o dever de vigilância, através do qual se efetiva, por atuação constante, o poder de lhe dirigir a criação no aspecto da formação moral do menor de idade”.⁹⁶ Portanto, o dever de vigilância é um efeito da guarda e não do poder familiar.

No mesmo sentido, para Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles, “a guarda compreende, necessariamente, o dever de vigilância, que só se efetivará com a constante atuação por parte do genitor em dirigir a criação do menor no aspecto da sua formação moral”.⁹⁷

Percebe-se que a guarda é inerente ao poder familiar, mas com este não se confunde, pois aquele que não detém a guarda de seu filho, não perderá, por consequência, o poder familiar, ressalvados os casos em que houver sua destituição legal. “A guarda, assim, é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida a terceiros, não implica a transferência desse”.⁹⁸

Nesta esteira, versa a manifestação de Waldyr Grisard Filho que a guarda decorrente do poder familiar, assim como tal instituto, surge “como um direito-dever

⁹⁵ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 63.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1998, p.395

⁹⁷ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 25.

⁹⁸ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2008, p. 39-40.

natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais”.⁹⁹

A guarda é a condição de direito de uma ou mais pessoas, por determinação legal ou judicial, em manter um menos de 18 (dezoito) anos sob sua dependência sócio-jurídica, podendo esta ser unilateral ou compartilhada.¹⁰⁰

Enquanto existente a sociedade conjugal, a guarda está, normalmente, atrelada ao exercício do poder familiar, sem que ocorra qualquer divisão entre os dois institutos.¹⁰¹

O problema surge com a ruptura dos laços familiares. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário.¹⁰²

2.2. ORIGEM E CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

Na ruptura conjugal, separação ou divórcio, a guarda é sistematicamente outorgada a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito incontestavelmente. Diante de tal situação, surge outra corrente, questionando tais

⁹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 54.

¹⁰⁰ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p. 32.

¹⁰¹ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 57.

¹⁰² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 107.

princípios, como uma necessidade de todos os personagens envolvidos, a partir de noções interdisciplinares, como a psicologia e a sociologia.¹⁰³

Do desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.¹⁰⁴

Ana Carolina Brochado Teixeira define a guarda compartilhada como:

um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetarem os filhos.¹⁰⁵

Waldyr Grisard Filho salienta que a guarda compartilhada é “um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família”. De outro modo, é um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.¹⁰⁶

Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles afirma que:

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a ideia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade do cuidado da criança e do convívio familiar. A

¹⁰³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 114.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 114.

¹⁰⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.110.

¹⁰⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 196.

partir deste novo conceito, é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a ideia de estar com, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e conseqüentemente dos pais.¹⁰⁷

“Se quiséssemos abordar a matéria com escopo conceitual, diríamos que a guarda em comum é o chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esse desiderato”, segundo entendimento de Guilherme Gonçalves Strenger.¹⁰⁸

A guarda compartilhada, portanto, surge como uma forma de garantir a efetividade do poder familiar com a ruptura conjugal do casal. Nessa modalidade de guarda, ambos os pais detêm a guarda legal dos filhos menores, exercendo em conjunto, no mesmo tempo e na mesma intensidade, as decisões e os controles relacionados à prole, embora vivam em lares separados.

De modo similar, interessante a colocação de Waldyr Grisard Filho:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.¹⁰⁹

A guarda compartilhada, assim, objetiva a efetivação do poder familiar após a ruptura conjugal, pois mantém o envolvimento ativo e o vínculo de afeto com os filhos, conferindo aos genitores a igualdade no exercício das suas responsabilidades.

¹⁰⁷ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.91.

¹⁰⁸ STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 71.

¹⁰⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 127.

Um dos princípios norteadores da Guarda Compartilhada é o melhor interesse da criança e do adolescente. Ensina-nos o mestre Dr. Waldyr Grizard Filho, que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra, em toda a sua extensão, nas suas linhas e entrelinhas, que nada mais visa senão ao bem-estar do menor. Tratando-se, pois, de uma adequação de guarda, sobre a qual todos os interessados estão de acordo, impõe-se a concessão da medida, uma vez que não há renúncia de direito ou implicação do pátrio poder.¹¹⁰

Outro princípio norteador é a isonomia entre o homem e a mulher previsto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, ao assegurar iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º, da Lei Maior), outorgando a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns e reforçando a idéia de que a autoridade parental cabe a ambos os pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente enumera em seu artigo 3º os direitos fundamentais de gozo pelas crianças e adolescentes inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei. Assegurando-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O capítulo III do referido Estatuto prevê, ainda, o direito à convivência familiar e comunitária, disciplinando no artigo 19 que "Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambientes livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."

Já no seu artigo 4º, em consonância com a Carta Magna no artigo 227, enumera o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹⁰SOUZA, Euclides de. **Jurisprudências "Melhor Interesse da Criança" - Compiladas**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1094972355>> Acesso em 07 nov. 2011.

Enquanto que no artigo 21, da citada Lei nº 8.069/90, garante, por sua vez, a igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do poder familiar, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

De acordo com o art. 1511 do Código Civil o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Portanto, prevalecendo o interesse dos pais, filhos e demais integrantes da família. A natureza jurídica da família passou a ter uma perspectiva genética, afetiva e ontológica, na promoção da cidadania, da dignidade, da afetividade e da condição humana.

“A premissa sobre a qual edifica a Guarda Compartilhada é a de que a discórdia entre os pais não pode atingir o relacionamento deste com os filhos. A família desunida permanece biparental.”¹¹¹ O compartilhamento da guarda é o modelo visa garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento dos seus filhos.

Diante desses aspectos, observa-se que a guarda compartilhada surge como uma tentativa de reduzir a distância dos filhos em relação aos pais que já não vivem sob o mesmo teto. Segundo Waldyr Grisard Filho:

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, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.¹¹²

Além da Guarda Compartilhada, de acordo com Waldyr Grisard Filho, é possível identificar na doutrina diversas modalidades de guarda, conforme a origem

¹¹¹ FREITAS, Douglas Phillips. **Primeiros Reflexos da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=69655> Acesso em 29 out. 2010.

¹¹² GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada: Quem melhor para decidir a respeito?**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1094972355>> Acesso em 27 out. 2010.

e seus afins, classificando-as em: guarda comum, desmembrada e delegada; guarda originária e derivada; guarda de fato; guarda provisória e definitiva; guarda única; guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários; guarda jurídica e material; guarda alternada; aninhamento ou nidação e, por fim, guarda compartilhada ou conjunta.¹¹³

2.3. AS OUTRAS MODALIDADES DE GUARDA

Na doutrina, são verificadas algumas espécies de guarda. Quanto à guarda de filhos, Ana Maria Milano Silva utiliza a classificação conforme o modelo de exercício. Segundo essa classificação, a guarda de filhos será unilateral, alternada, compartilhada ou nidação¹¹⁴.

2.3.1 Guarda unilateral ou única

A guarda unilateral ocorre quando esta pertencer a um dos genitores, geralmente o mais apto para criar os filhos, sendo que o genitor não guardião terá o direito de visita estipulada pelo juiz.¹¹⁵

O Código Civil de 2002, também, disciplina a respeito da guarda unilateral ao estabelecer em seu artigo 1.583, que a “guarda será unilateral ou compartilhada”. Compreendendo por guarda unilateral, pelo § 1º do art. 1.583 do Código Civil, como aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

O Código Civil, no § 2º do artigo supracitado, apresenta critérios para a atribuição da guarda unilateral com respeito a quem revele melhores condições para o seu exercício, bem como mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes

¹¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 73.

¹¹⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 55.

¹¹⁵ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

fatores: “I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II- saúde e segurança; III – educação, afastando assim a interpretação de que teria melhor condições o genitor com mais recursos financeiros”.

A desvantagem no modelo de guarda única é a impossibilidade de manter assegurado o direito dos filhos de serem educados por ambos os pais. Já que, geralmente, a guarda é deferida às mães, podendo, assim, ocasionar a separação entre o menor e o genitor não guardião. Conseqüentemente, cria uma figura do pai ocasional, aquele que encontra o filho com o acerto de dias e horas, tornando a relação paternal fria, desprovida do envolvimento necessário que ambos têm direito, além de trazer distúrbios psicológicos para a própria criança.¹¹⁶ Acontecendo também, não raramente, que o guardião propositalmente dificulte a visitação como uma forma de vingança ao outro genitor.

Sobre este aspecto, Ana Maria Milano versa que:

[...] na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores.¹¹⁷

A crítica maior sofrida nessa modalidade de guarda se dá pela situação não equânime do casal separado, devido sua desproporcionalidade quanto ao exercício de fato do poder familiar, uma vez que o genitor guardião seria, efetivamente, o único com competência para agir em nome do filho; ao genitor não guardião, tendo seu convívio limitado, restaria apenas o direito de visita e

¹¹⁶ CHAVES, Maria Cláudia. **Guarda compartilhada: pequenos apontamentos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=602>> Acesso em 17 set.11.

¹¹⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2008. p.122.

fiscalização e pagamento de alimentos ao menor.¹¹⁸

2.3.2 Guarda Alternada

A guarda alternada é atribuição da guarda, tanto jurídica (ou legal) como material (ou física), a um e a outro dos genitores, implicando, assim, alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais.

“Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio do ‘continuidade’, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança”, como ensina Waldyr Grisard Filho.¹¹⁹ Ressalta-se, que na guarda alternada, também, não há preservação do princípio do melhor interesse da criança.

A guarda alternada é bastante criticada pela doutrina e desabonada pela jurisprudência, devido quebra de continuidade do lar, ante a supressão de referências básicas, como hábitos e locais, comprometendo a estabilidade emocional e psíquica da criança e, conseqüentemente, prejudicando seu desenvolvimento, podendo, até mesmo, tornar um processo irrecuperável.¹²⁰

A guarda alternada não deixa de ser uma forma de guarda única, uma vez que o filho fica sob a responsabilidade exclusiva de um dos pais, variando os períodos entre os dois genitores, ou seja, alternando entre o papel de pais ativos e pais coadjuvantes/visitantes.

As constantes mudanças de residência são a principal desvantagem deste modelo, uma vez que dificultam a consolidação dos hábitos, valores, padrões de vida e formação da personalidade do filho, comprometendo sua estabilidade emocional e psíquica, acarretando prejuízos imensuráveis a formação e construção

¹¹⁸ CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 220.

¹¹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

¹²⁰ GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada: Quem melhor para decidir a respeito?**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1094972355>> Acesso em 27 out. 2010.

da identidade subjetiva e social da criança ou do adolescente.¹²¹

Paulo Andreatto Bonfim, no artigo “Guarda Compartilhada x Guarda Alternada”, elenca como malefícios ao menor:

1. não há constância de moradia;
2. a formação dos menores resta prejudicada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos etc;
3. é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc).¹²²

2.3.3 Aninhamento ou nidação

A nidação ou aninhamento é a modalidade de guarda em que “são os pais que se revezam, mudando-se para casa onde vivam os menores, em períodos de alternados de tempo”, segundo Waldyr Grisard Filho.¹²³ Portanto, as alternâncias de convivência se dão através das idas e vindas dos pais, mantendo os filhos fixos na mesma residência.

Apesar de existir, mesmo muito raramente, quem a defenda, “trata-se de um tipo de guarda surreal, de probabilidade mínima de ser efetivamente aplicada, dispensando de maiores comentários”.¹²⁴ Primeiramente, mostra-se inviável para nossa cultura, pelos altos custos de sua manutenção, pois requer uma residência

¹²¹ BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda Compartilhada x Guarda Alternada**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7335/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada>> Acesso em 01 dez. 2011.

¹²² BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda Compartilhada x Guarda Alternada**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7335/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada>> Acesso em 01 dez. 2011.

¹²³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

¹²⁴ ROBLES, Tatiana. **Guarda compartilhada e mediação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=70>> Acesso em 03 dez. 2011.

para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o filho que recepcionará os genitores, alternadamente, de tempos em tempos.¹²⁵ E por fim, não apresenta uma solução para a tão sonhada isonomia parental entre os gêneros, não passando, assim, de uma possibilidade que só tem espaço na teoria.

2.4. ATRIBUIÇÃO DA GUARDA NA LEI N.º 11.698/2008

A Lei 11.698 de 13 de junho de 2008¹²⁶ altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro - vindo de encontro do art. 227 da Constituição Federal que assegura o direito fundamental à convivência em família - e disciplina a guarda compartilhada, que poderá ser regulada de forma consensual ou litigiosa, sempre atendendo aos princípios constitucionais da proteção integral e absoluta, da igualdade e da convivência em família, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

A referida lei provocou uma alteração radical no modelo de guarda de filhos, pois até então a guarda unilateral, conjugada com o direito de visita, era o modelo dominante no direito brasileiro.

Assim, instituiu-se a preferência pela guarda compartilhada, sendo somente afastada quando o melhor interesse da criança e do adolescente recomendar a guarda unilateral. O princípio do melhor interesse é a base fundamental para reger a sua tutela jurídica¹²⁷.

A lei 11.698/2008 surgiu do Projeto de Lei 6.350/2002, de autoria do Deputado Tilden Santiago, com a justificativa de que a adoção do sistema de guarda

¹²⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

¹²⁶ BRASIL. **LEI Nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** DOU de 16.06.2008.

¹²⁷ STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 85.

compartilhada já se encontrava inserida na própria realidade social e judiciária, na medida em que deveriam ser assegurados, além do princípio do melhor interesse da criança, a igualdade entre os pais na responsabilização por seus filhos. Para ele, a guarda compartilhada é a modalidade de guarda que permite um convívio mais estreito dos filhos com seu pai e sua mãe, sendo estes co-participe em igualdade de direitos e obrigações relativos à educação, religião, saúde, lazer, dentre outros.

Nesse sentido é o entendimento de Douglas Phillips Freitas:

A Associação de Pais Separados (APASE) – que anos mais tarde se converteria na Associação de Pais e Mães Separados – teve sua gênese exatamente na crítica acima exposta e na (re)conceitualização do homem-pai, entre outras bandeiras. Deste importante instituto surgiu o projeto que culminou na Lei da Guarda Compartilhada.¹²⁸

O Projeto de Lei 6.350/2002 trazia o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1583 do Código Civil, que se referia ao acordo feito pelos cônjuges, na separação judicial, ou no divórcio, ou na dissolução da união estável, a respeito da guarda dos filhos.

O primeiro parágrafo afirmava a obrigatoriedade do magistrado, antes de homologar o acordo, de sempre ressaltar aos pais as vantagens oferecidas pela guarda compartilhada. Já o segundo parágrafo explicava o significado da guarda compartilhada, afirmando tratar-se de um sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, nos casos de ruptura conjugal ou da convivência, em que ambos teriam participação igualitária na guarda material dos filhos, bem como nos direitos e deveres emergentes do poder familiar.

A nova lei conceitua o instituto da guarda compartilhada como 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”.

Com a nova redação conferida ao artigo 1.584, incisos I e II, do Código

¹²⁸ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 36.

Civil, a guarda poderá ser fixada por consenso ou por determinação judicial. Se consensual, poderá ser estipulada mediante requerimento pelo pai e pela mãe e por qualquer deles, em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. E, por determinação judicial em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

O § 1º deste dispositivo determina que o juiz, na audiência de conciliação, informará ao pai e à mãe o significado do instituto da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções aplicáveis pelo descumprimento de suas cláusulas.

Sem dúvida, é uma inovação importante por atribuir ao juiz uma intervenção mais ativa, exercendo uma função educativa e mediadora, bem como importante incentivo à cultura e adoção da guarda compartilhada.

3. A VIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA COERCITIVA

3.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E VANTAGENS

A guarda compartilhada tem como objetivo a conservação dos mesmos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do casal. De forma que os desentendimentos entre os pais não possa atingir o relacionamento destes com os filhos¹²⁹. A guarda conjunta, além de conservar os laços de afetividade, mantém incólume à vida cotidiana dos filhos do divórcio, permitindo aos genitores continuarem a exercer um papel ativo, com os mesmo direitos e deveres anteriores à separação. “Pois, mesmo decomposta, a família continua biparental.”¹³⁰

O compartilhamento da guarda aumenta o grau de satisfação de pais e filhos, eliminando os conflitos de lealdade e elevando os padrões éticos dos pais, quando percebem que ambos têm a mesma importância para o filho, evitando, assim, que este tenha que optar por um dos seus genitores¹³¹.

Para Guilherme Gonçalves Strenger “a guarda conjunta tem o mérito de favorecer certa colaboração parental e a preservação dos sentimentos não excludentes, que decorrem geralmente de atribuição unilateral da guarda”¹³².

A guarda compartilhada se mostra de extrema vantagem para os filhos, uma vez que atende e garante o cumprimento de princípio do interesse maior da criança, pois, a participação conjunta dos pais tende a reduzir as eventuais desconfianças e hostilidades que costumam acompanhar a separação do casal, o

¹²⁹ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.101.

¹³⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

¹³¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 147.

¹³² STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 85.

que favorece a prole, na medida em que ambos os genitores continuam envolvidos na vida dos filhos¹³³, permitindo, conseqüentemente, a sua continuidade próxima e amorosa.

Um dos principais diferenciais da guarda compartilhada para as outras modalidades de guarda consiste na observância do princípio do melhor interesse da criança, além de ser a única que mantém e respeita o direito de igualdade entre os pais e o direito de convivência com os filhos.¹³⁴

A vantagem maior da guarda compartilhada está na possibilidade de garantir “duplo vínculo de filiação apesar da inexistência de um casal”, constituindo-se “um sólido suporte, uma ancoragem social, como nomeia Hurstel, para o exercício da paternidade”. Além, é claro, da divisão de tarefas por parte dos pais no cotidiano da criança.¹³⁵

“A divisão das responsabilidades oriunda da guarda conjunta é benéfica para ambos os pais, pois terão condições de expansão sentimental e social igualmente”¹³⁶. Portanto, o compartilhamento da guarda oferece aos genitores múltiplas vantagens, como os de proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos; conservar os laços de afetividade; minimizar o conflito parental; diminuir os sentimentos de culpa e frustração por não poder cuidar de seus filhos; atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e

¹³³ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.100.

¹³⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008, p. 102.

¹³⁵ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 364.

¹³⁶ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.108.

materiais da prole.¹³⁷

O cônjuge não guardião, portanto, é outro grande beneficiado dessa modalidade de guarda, uma vez que abandona a figura de visitante e provedor para assumir plenamente o papel de pai ou mãe com os mesmos direitos e deveres do genitor guardião.¹³⁸

O surgimento de vários pais interessados em tornarem-se pais ativos a partir da separação conjugal e a valoração que o próprio judiciário vem dando a cada um dos casos, que resultam em perícia psicológica é sinal de que a situação familiar vem se delineando de outra maneira.¹³⁹

Outro aspecto importante, com a guarda compartilhada é a redução das chances da alienação parental. Além de prevenir as manipulações, as falsas denúncias e todo tipo de comportamento egoístico que um genitor possa ter para prejudicar o convívio do outro com o filho, tendo em vista o equilíbrio do poder familiar exercido por ambos os genitores.

3.2. RELATIVIZANDO CRÍTICAS E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

É certo que nenhum modelo de guarda é perfeito, a guarda compartilhada, assim como qualquer outra espécie de guarda, também é alvo de desfavores. Ademais, todo o plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais.¹⁴⁰ Entre os que se posicionam contra contrários a guarda compartilhada, algumas são as justificativas, tais como:

- A inviabilidade da sua adoção quando os genitores moram afastados um do

¹³⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

¹³⁸ ZIMERMAN, David. **Aspectos Psicológicos da Guarda Compartilhada**. In: Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009, p.106

¹³⁹ SILVA, Evani Zambon Marques da. **Paternidade Ativa na Separação Conjugal**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999, p. 67.

¹⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 176.

outro, ou em cidades diferentes, visto que tal modelo funciona efetivamente se os pais residem próximos, mantendo a rotina da criança.

No mesmo sentido, é a decisão o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR – ALIMENTOS PROVISÓRIOS - ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS - IMPOSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA. 1. Demonstrado que a mãe tem aptidão para o exercício da guarda e havendo indícios de animosidade entre os pais, deve ser negado o pedido de guarda compartilhada formulado pelo genitor. 2. **É inviável a guarda compartilhada na hipótese de a genitora residir em outro Estado, pois a distância não permite à contínua e eficaz participação de ambos os pais no acompanhamento do filho.** (20090020022571AGI, Relator Sérgio Bittencourt, 4ª Turma Cível, Julgado em 22/04/2009, DJ 04/05/2009) (grifei).¹⁴¹

Todavia, tal entendimento não prospera, uma vez que se torna plenamente possível o deferimento da guarda conjunta aos pais que não residam na mesma cidade, no mesmo estado. Comprovando, desta forma, que o compartilhamento da guarda não exige que os genitores tenham que morar em locais próximos. A este exemplo, afirma o Promotor de Justiça Belmiro Pedro Welter:

a) em caso de não haver acordo, o julgador deve assegurar o contato permanente entre pais e filhos; b) o filho deve ter o direito a ser educado por ambos os pais, para usufruir das duas linhagens de origem, cultura, posição social e religião; c) **a guarda compartilhada tem por finalidade a proteção da igualdade na decisão em relação aos filhos, não importando se os pais vivam na mesma cidade, Estado ou outro País;** d) é preciso que o filho “sinta-se em casa”, em qualquer das residências dos pais; e) a guarda compartilhada, por ser preferencial, somente deve ser substituída pela guarda unilateral quando mais benéfica ao filho, dadas as circunstâncias particulares e pessoais.¹⁴²

- Outra crítica encontrada na doutrina diz respeito a pouca idade da criança,

¹⁴¹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Agravo de Instrumento nº 20090020022571, de 22 de abril de 2009.

¹⁴² WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/criminal/noticias/id16611.htm?impressao=1&>> Acesso em: 01. dez. 2011.

tornando inviável o compartilhamento da guarda, uma vez que esta precisaria de uma estabilidade, na qual a guarda compartilhada não oferece. Assim, entendem, que a instabilidade ao se deslocar entre a casa de ambos os pais, ambientes físicos distintos, exigiria uma capacidade de adaptação presenciada somente nas crianças mais velhas.¹⁴³

Para Eliana Riberti Nazareth:

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-descodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.¹⁴⁴

Igualmente, é o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO. Se a criança está ainda em tenra idade e desde o nascimento encontra-se sob os cuidados do casal guardião, que lhe tem devotado o afeto e as atenções próprias de pais, e se a regulamentação de visitas em favor do pai biológico já estava regulamentada e agora foi ampliada pelo julgador, proporcionando uma maior aproximação entre pai e filho, descabe ampliar ainda mais a visitação, de forma a aproximá-la de uma guarda compartilhada, pois isso implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTICA) (TJRS, AGI Nº 70006449912, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003, DJ)¹⁴⁵

¹⁴³ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 358.

¹⁴⁴ NAZARETH, Eliana Riberti. IN: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 178.

¹⁴⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n.º 70006449912, de 20 de agosto de 2003.

E do como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nesta decisão:

CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO DE GUARDA - INTERESSE DO MENOR - GENITORA - MANUTENÇÃO - ESTUDO PSICOSSOCIAL – PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA PELO GENITOR - EXISTÊNCIA DE LITÍGIO ENTRE GENITORES - NÃO CABIMENTO - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Em casos de guarda e responsabilidade deve-se atentar para o interesse do menor, buscando sempre o seu bem estar, mostrando-se correta a r. sentença monocrática que homologou o acordo entre as partes. 2. Para fins de concessão de guarda compartilhada, imprescindível aos pais terem diálogo e maturidade para conduzirem uma boa formação do filho, de modo a proporcionar uma base adequada de valores e princípios familiares, inerentes ao desenvolvimento humano. 3. Segundo a lei que criou a guarda compartilhada, a existência de litígio entre os genitores afasta a possibilidade de sua adoção. Logo, correta a decisão que fixou os parâmetros segundo a tradição da jurisprudência para casos semelhantes. **Decisão:** RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJDFT, 20070910207059APC, 430137156. Relator Alfeu Machado, Quarta Turma Cível, Julgado em 24/06/2010, DJ 30/06/2010)¹⁴⁶

Entretanto, comumente, bebês com poucos meses já frequentam espaços físicos distintos quando são levados a creches, tendo que se adaptar a locais e pessoas desconhecidas, eventualmente substituídas por outros profissionais. Situação, essa, que leva a uma reflexão sobre o que oferece a creche que a casa do pai não possa oferecer.¹⁴⁷

- Por fim, a maioria dos argumentos contrários à aplicabilidade da guarda compartilhada é em relação à situação de conflito entre um pai e outro, uma vez que não aceitam o fim do relacionamento e, muito menos, compartilhar a guarda de seus filhos com o outro genitor¹⁴⁸, fator impeditivo da adoção do instituto. Assim, a

¹⁴⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação nº 20070910207059, de 24 de junho de 2010.

¹⁴⁷ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 362.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Antonio Cordeiro de. **Guarda Compartilhada: Vantagens e Desvantagens de sua Aplicabilidade.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a>

principal desvantagem deste modelo surge quando há conflito entre os pais, uma vez que, quando os genitores têm uma boa convivência e se respeitam, a guarda compartilhada funciona perfeitamente, o que não ocorre quando estes não conseguem conviver pacificamente.¹⁴⁹

Sobre essa questão, a abordagem se fará, posteriormente, em tópico exclusivo.

Portanto, percebe-se que as críticas feitas ao modelo da guarda compartilhada não podem ser tidas como absolutas, e o que impera no critério determinante de atribuição da guarda é o melhor interesse da criança e do adolescente.¹⁵⁰

3.3. ASPECTOS POLÊMICOS RELATIVOS À GUARDA COMPARTILHADA

3.3.1. ALIMENTOS

Na linguagem jurídica, o vocábulo “alimentos” designa todos os recursos necessários à subsistência do indivíduo como realidade bio-psíquica e social, assim, o sustento, a habitação, o vestuário, o tratamento de saúde, a educação e mesmo o lazer e as despesas de trato social.¹⁵¹

Nas lições de Plácido e Silva, alimentos são:

fundo/monografias/742-guarda-compartilhada-vantagens-e-desvantagens-de-sua-aplicabilidade>
Acesso em 07 jan. 2012.

¹⁴⁹ SALLES, Karen Ribeiro Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 104.

¹⁵⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181.

¹⁵¹ COVELLO, Sergio Carlos. **Ação de Alimentos**. 4ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito. 1994. p. 1.

Pensões, ordenamentos, ou outras quaisquer quantias concedidas ou dadas, a título de provisão, assistência ou manutenção, a uma pessoa por uma outra que, por força de lei, é obrigada a prover às suas necessidades alimentícias e de habitação.¹⁵²

A norma constitucional traz disposto em seu artigo 227, expressamente, a obrigação da família de garantir à criança e ao adolescente de forma efetiva o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer. Acresce ainda ser dever dos pais assessorar, criar e educar os filhos menores e que os filhos deverão amparar seus pais na velhice.¹⁵³ Já a norma infraconstitucional, artigo 1.694 do Código Civil, prevê a exigência de alimentos, entre parentes, cônjuges e companheiros, para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Bem como, a reciprocidade entre pais e filhos ao direito à prestação de alimentos (art. 1.696).¹⁵⁴ Tanto a Lei do Divórcio (art. 20), com o Código Civil (art. 1.703), determinam que “para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos”.

Quando a Lei do Divórcio, em seu artigo 20, alude à “proporção de seus recursos”, por óbvio, não está estabelecendo uma igualdade numérica de contribuição econômica. Os pais podem formular arranjos vários: um só contribui; ambos contribuem (geralmente a mãe, nesses arranjos, participa com os cuidados pessoais aos filhos, quando detém a guarda); um contribui com mais recursos, outro com menos. O pai, por exemplo, com as despesas escolares mensais e a mãe com as relativas a vestuários, lazer e saúde.¹⁵⁵

Na prestação de alimentos não há delimitação, de modo geral e prévio, de um limite mínimo e máximo, uma vez que elas variam de acordo com as

¹⁵² DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 96.

¹⁵³ Art. 229, CF: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

¹⁵⁴ Art. 1.696, CC: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

¹⁵⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentado¹⁵⁶, é o que dispõe do § 1º, art.1.696 do Código Civil,¹⁵⁷

Logo, mesmo com a dissolução da sociedade ou união conjugal, a ambos os pais persiste a obrigação alimentar. Tal preceito vem para confrontar a tese de que àquele que detém a guarda dos filhos não precisaria contribuir para a prestação alimentar, crendo ser essa obrigação somente do outro genitor. Assim, incumbem aos pais o dever alimentar e o dever de sustento dos filhos, na medida de suas possibilidades, independentemente da guarda.¹⁵⁸

A missão principal dos pais, indeclinavelmente de ambos os pais, é a formação de seus filhos. O dever de educação compreende, também, o de assistência, aqui no seu aspecto moral e material, este traduzido na obrigação alimentar, que tem como fonte a relação de parentesco e o dever de sustento; aquele, dada a sua generalidade.¹⁵⁹

Portanto, ao contrário do que se imagina, a guarda conjunta não exclui a possibilidade de exigir pensão alimentícia, ou seja, não é sinônimo de inexistência do cumprimento da obrigação alimentar. Este é o entendimento já consolidado na doutrina e na vasta jurisprudência. Como relatam os Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

ALIMENTOS. FILHO MENOR. OBRIGAÇÃO DA MÃE. POSSIBILIDADE. PROVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Compete a ambos os genitores o dever de sustentar o filho menor e,

¹⁵⁶ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Prática das Ações de Alimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 6.

¹⁵⁷ § 1º, art. 1.696 do CC: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

¹⁵⁸ NETO, Alvarino Künel. **A Questão da Prestação Alimentícia na Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.phmp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=283:a-questao-da-prestacao-alimenticia-na-guarda-compartilhada&catid=41:artigos&Itemid=173#_ftn1> Acesso em 23 fev. 2012.

¹⁵⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

enquanto o guardião presta alimentos *in natura* ao filho que com ele reside, cabe ao outro genitor prestar-lhes pensão *in pecunia* no valor suficiente para atender as suas necessidades. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, mas dentro das possibilidades da mãe, que percebe benefícios previdenciários e tem gastos com medicamentos, moradia e alimentação. Recurso provido em parte. (TJRS, Apelação Cível Nº 70023357536, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 16/07/2008, DJ 23/07/2008).¹⁶⁰

ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. SENTENÇA QUE EXONERA O ALIMENTANTE DO ENCARGO. PEDIDO DE NULIDADE DA SENTENÇA. FILHO MAIOR DE IDADE, PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN. GUARDA COMPARTILHADA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CABIMENTO. 1. Se o filho maior de idade é portador de Síndrome de Down e a guarda é exercida de forma compartilhada entre os genitores, deve ser mantida a obrigação alimentar do pai. 2. Mesmo que o pai, que promoveu a interdição do filho, tenha sido nomeado curador, está claro que os cuidados com o filho continuam sendo prestados pela genitora, razão pela qual é descabida a exoneração dos alimentos, ainda mais dentro da ação revisional. 3. Não havendo substancial alteração no binômio legal, imperiosa a improcedência da ação revisional. 4. É cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao recorrente por se tratar de pessoa incapaz. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, Apelação Cível Nº 70041652777, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 24/08/2011, DJ 29/08/2011).¹⁶¹

Ocorre que, na prática, devido ao fato de ambos os pais compartilharem suas responsabilidades, eles acabam suprindo suas despesas por estarem em constante companhia dos filhos.¹⁶²

O compartilhamento da guarda estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos.¹⁶³ Bem como, o convívio maior com os filhos dá

¹⁶⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70023357536, de 23 de julho de 2008.

¹⁶¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70041652777, de 24 de agosto de 2011.

¹⁶² SILVA, Denise Maria Peressini. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?** Campinas SP: Autores associados, 2009, p. 23.

¹⁶³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

aos genitores uma melhor visão da real necessidade dos mesmos, facilitando a resolução da ação de alimentos.¹⁶⁴

Por fim, ressalta-se que as dificuldades que, porventura, possam surgir referentes aos alimentos, serão de fato e não de direito. Pois, em termos de direito, a questão dos alimentos na guarda compartilhada em nada se difere dos alimentos destinados aos casos de guarda unilateral, tanto no plano material como no plano do direito processual. O problema residirá em apurar, cuidadosamente, as despesas pelas quais responderão cada um dos genitores, tudo em conformidade com os termos que regerão esta espécie de guarda.¹⁶⁵

É certo que a guarda compartilhada não exclui a existência de divergências entre os pais que podem, inclusive, abranger o valor da verba alimentar. O que se espera, nestes casos, é que os genitores busquem um denominador comum, de forma a envolver o mínimo possível os filhos no debate. Assim, “a organização da obrigação alimentar deverá ser feita da maneira mais flexível e igualitária possível, para que nenhum dos pais se sinta prejudicados”¹⁶⁶, ou seja, com base no consenso e na harmonia, a cláusula quanto aos alimentos não seria um grande problema.

¹⁶⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.92.

¹⁶⁵ Sérgio Gischkow. **Alimentos no Código Civil. Aspectos civil, constitucional, processual e penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. In: NETO, Alvarino Künel. **A Questão da Prestação Alimentícia na Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.phpm.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=283:a-questao-da-prestacao-alimenticia-na-guarda-compartilhada&catid=41:artigos&Itemid=173#_ftn1> Acesso em 23 fev. 2012.

¹⁶⁶ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105.

3.3.2. VISITAS

“Genericamente, o direito de visita consiste no direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais.”¹⁶⁷

O direito de visita assume a natureza jurídica de um direito-dever, constituindo um meio do genitor não guardião e do filho estabelecerem entre si uma relação afetiva, contribuindo para o desenvolvimento psicológico deste. Além, de ser, também, um meio de colaborar com o outro genitor, o exercício das responsabilidades parentais em relação à prole.¹⁶⁸

Em pleno século XXI, ainda existem mães que usam o próprio filho para retaliar o pai, dificultando-lhe o convívio entre eles, como se a exclusividade da guarda fosse um "Título de Propriedade" que retira compulsoriamente o poder familiar do outro.¹⁶⁹

Nesta esteira, Flávio Guimarães Lauria:

Uma das patologias mais frequentes nestes tempos é a resistência no reconhecimento de que o filho tem direito de se comunicar com o outro genitor, assim como este igualmente tem direito de se comunicar com o filho. Muitas vezes a mulher (com quem fica a guarda dos filhos na grande maioria dos casos de separação no Brasil), acredita que a convivência do filho com o pai seria menos nociva para o primeiro, como se a fato puro e simples daquele ter sido um “mau marido” o faria também “um mau pai”, ou como se o fato da criança não conviver com pai algum fosse menos nocivo do que conviver com aquele que ela considera um “mau marido”.¹⁷⁰

O direito de visitas vai além do mero contato físico e comunicação entre

¹⁶⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulamentação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 66.

¹⁶⁹ FIDOMANZO, Marie Claire Libron. **Guarda Compartilhada - Regulamentação de visitas ainda é polêmica entre casais**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/608>> Acesso em 08 jan. 2012.

¹⁷⁰ LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Menor Interesse da Criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 91.

pai e filho. Trata-se de um direito do genitor não guardião poder participar ativamente tanto do crescimento quanto da educação do filho, visando à manutenção do vínculo familiar após a dissolução conjugal, buscando atender não só aos interesses do genitor que não detém a guarda, como também atender o melhor interesse do filho. Por isso, não pode ser embaraçado ou suprimido, salvo graves situações o recomendem.¹⁷¹

Neste diapasão, a guarda compartilhada surge como alternativa perfeita para uma solução saudável em benefício tanto dos pais como dos filhos. Uma vez que o presente instituto busca reequilibrar os papéis parentais na tomada de decisões importantes relativas à prole e incentivar a relação frequente e contínua deste com os pais.¹⁷²

Na guarda conjunta, a divisão do tempo de convívio com o filho é mais equilibrada entre os genitores, o que afasta o binômio guarda materna/visita paterna, fato que gera o “pai quinzenal”, uma questão que corroborou com a luta de muitos pais contra a discriminação por parte dos tribunais, ao entenderem que eles não estão aptos ao exercício das funções, sendo, na maioria das vezes, deferidas as mães.¹⁷³

Se de um lado, os pais não querem ser qualificados ou rotulados como visitantes; por outro, os filhos também não devem se sentir visitas na casa de um dos seus genitores, possuindo um lugar improvisado para pernoitar ou, ainda, aonde vão com dia e hora previamente marcados. Assim, após a separação conjugal, os filhos, também, precisam se sentir realmente em casa, tanto na residência de seu

¹⁷¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IOB Thomson, Ibdfam, v. 8, n. 40, 2007, p. 5.

¹⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

¹⁷³ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 186.

pai quanto na de sua mãe.¹⁷⁴

A guarda compartilhada atribui, igualmente, aos genitores a guarda jurídica, ou seja, aquela em que determina ambos os pais como titulares da mesma obrigação de guardar o filho. De modo que, os pais podem planejar como lhes convém à guarda física de seus filhos, ou seja, os arranjos de acesso ou esquemas de visitas.¹⁷⁵

O que deve ser observado, como destaca Lauria, é que “não existe uma regra absoluta em matéria de visitação e tampouco as soluções encontradas são taxativas, podendo sempre o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, inovar quando a medida se tornar útil para o bom exercício das visitas”¹⁷⁶

Assim, não há imposição por lei de dividir em partes iguais o tempo que se passa com os filhos, tal como ocorre na guarda alternada. “Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe previa e rigorosamente tais períodos de deslocamento”.¹⁷⁷

Por fim, a residência continua sendo única, o que não impede o deslocamento da criança. Ela funcionara como ponto de referência a partir do qual se irradiam os direitos e deveres de ambos os genitores.¹⁷⁸

¹⁷⁴ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 362.

¹⁷⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

¹⁷⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Menor Interesse da Criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 88.

¹⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

¹⁷⁸ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 108.

3.3.3. LITÍGIOS E A POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

A impossibilidade de deferimento da guarda compartilhada em processos litigiosos é o entendimento majoritário tanto da doutrina como da jurisprudência, tendo como argumento mais relevante à própria discórdia entre os pais, o que resultaria em uma duplicidade de autoridade aos filhos, impedindo a adoção da guarda conjunta. Conseqüentemente, têm que o presente instituto somente deva ser aplicado em situações de consenso, sob o fundamento de que, desta forma, o genitor e a genitora poderão dialogar sobre os interesses dos filhos.

Para Waldyr Grisard Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos mesmos. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.¹⁷⁹

Karen R. P. Nioac de Salles entende que para a adoção dessa modalidade é preciso que ambos os pais manifestem interesse na sua prática, pois não haveria como forçar um genitor a cooperar com a guarda conjunta, quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o resultado inicial.¹⁸⁰

Inúmeras, também, são as decisões jurisprudenciais com semelhante entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO AOS GENITORES DE TAL MODALIDADE DE GUARDA ANTE A DISCORDÂNCIA DE UMA DAS PARTES. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e consenso entre os genitores, quanto à criação, educação e guarda do filho. Se um dos genitores se opõe à guarda compartilhada, demonstrando inexistência de consenso para criação e educação do filho, não há

¹⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

¹⁸⁰ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 101.

como se impor a ambos a guarda compartilhada, por ausência de condição essencial. Guarda deferida à genitora, preservado o direito de visitação entre pai e filho, ampliado neste recurso. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (TJRS, Apelação Cível Nº 70041773839, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Sétima Câmara Cível, Julgado em 24/08/2011, DJ 31/08/2011).¹⁸¹

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA E RESPONSABILIDADE. ANIMOSIDADE LATENTE ENTRE OS GENITORES. IMPOSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA. GUARDA UNILATERAL. DECISÃO REFORMADA.

O exercício da guarda de maneira compartilhada pressupõe respeito e boa convivência entre os genitores e, quando inexistentes tais condições, impõe-se o exercício da guarda de forma unilateral, nos termos do art. 1.583, § 2º, do CC, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas ao outro genitor (art. 1.589 do CC). Agravo de Instrumento provido. (TJDFT, Acórdão nº. 552611, 20110020130894AGI, Relator: Angelo Passareli, 5ª Turma Cível, Julgado em 30/11/2011, DJ 02/12/2011).¹⁸²

Ressalta-se, que para esta corrente doutrinária majoritária, a qual a jurisprudência pátria encontra respaldo, o quadro de litígio somente reverteria à cena para o acirramento dos ânimos e para a perpetuação dos conflitos, repercutindo este ambiente hostil de modo negativo aos filhos.

Diante deste posicionamento consolidado, recentemente, eclodiu na doutrina uma posição favorável à guarda compartilhada em casos de litígio, relativizando a exigência de um bom relacionamento e do consenso dos pais para a sua aplicação e desmistificando a ideia de que o conflito é fator impeditivo da guarda conjunta.

Esta corrente, mais cuidadosa no sentido de não rejeitar de imediato a guarda compartilhada nas hipóteses de litígio entre os pais, acredita que o presente

¹⁸¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70041773839, de 24 de agosto de 2011.

¹⁸² Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, AGI nº 20110020130894, de 31 de novembro de 2011.

instituto possa ser imposto coercitivamente e que encarar a litigância como fator impeditivo para a decretação da guarda conjunta seria um grande erro.¹⁸³

De acordo com Euclides de Souza:

No Brasil, felizmente, observa-se que muitos juízes já aplicam o correto entendimento de que a guarda compartilhada deva ser coercitiva quando impedida pelo cônjuge guardião, procedimento este que por não ser majoritário em nossos tribunais, faz com que o litígio existente entre os genitores seja banalmente utilizado como desculpa para que a guarda compartilhada dos filhos não seja aceita pelos nossos operadores do direito, causando aberrações, como até mesmo o aconselhamento ao pai para desistir de lutar pela guarda, seja ela qual for, porque possivelmente terá a mínima chance em obtê-la. Por causa desse entendimento preconceituoso, as mães são consagradas com a guarda de seus filhos em 91% dos casos (fonte: IBGE 2002), baseado no “mito” de que só ela tem o dom natural de criar os filhos, o que fere plenamente o preceito constitucional da isonomia entre o homem e a mulher, tornando o ato consequentemente ilegal.¹⁸⁴

Para alguns doutrinadores e psicólogos a guarda compartilhada, em termos psicológicos, ainda, continua sendo a melhor solução para os filhos quer seja no caso em que há comum acordo entre os pais, quer seja no caso de litígio. “Portanto, sua prática deve ser estimulada tanto no litígio como no consenso, até porque, muitos litígios acontecem em razão da contrariedade de os pais serem colocados como visitantes”.¹⁸⁵

Neste contexto, os magistrados devem procurar preservar, sempre que possível, em seus pareceres, os laços parentais que os genitores mantinham com os

¹⁸³ SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/330-litigio-nao-e-fator-impeditivo-para-guarda-compartilhada>> Acesso em 10 mar. 2012.

¹⁸⁴ SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/330-litigio-nao-e-fator-impeditivo-para-guarda-compartilhada>> Acesso em 10 mar. 2012.

¹⁸⁵ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 364.

filhos antes da separação.¹⁸⁶

Nesta esteira, é a entendimento da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi:

Os direitos dos pais em relação aos filhos são, na verdade, outorgas legais que têm por objetivo a proteção à criança e ao adolescente. [...] exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor.¹⁸⁷

Dentre as indagações a favor do deferimento da guarda compartilhada aos processos litigiosos, surge uma consideração bastante pertinente levantada pela Ministra Nancy Andrighi:

É questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, pois se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que aponta para a adoção da guarda compartilhada como regra.

[...]

O poder familiar deve ser exercido, nos limites de sua possibilidade, por ambos os genitores. Infe-re-se dessa premissa a primazia da guarda compartilhada sobre a unilateral.¹⁸⁸

Na guarda compartilhada, a imposição judicial das atribuições de cada genitor, bem como o período de convivência deste com os filhos, quando houver ausência de consenso, é medida extrema, porém necessária à real efetivação desta modalidade.

¹⁸⁶ SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/330-litigio-nao-e-fator-impeditivo-para-guarda-compartilhada>> Acesso em 10 mar. 2012.

¹⁸⁷ Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma Cível. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre pais**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103027> Acesso em 14 mar. 2012.

¹⁸⁸ Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma Cível. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre pais**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103027> Acesso em 14 mar. 2012.

Sobre o tema, interessante se faz invocar o perfeito Acórdão da Terceira Turma Cível do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL 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 escopo do 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 a monoparentalidade 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, REsp 1251000 / MG.

2011/0084897-5, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma Cível, Julgado em: 23/08/2011, DJ 31/08/2011).¹⁸⁹

Portanto, toda dissolução conjugal deverá ser analisadas com a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no intuito de preservar os laços afetivos, para que nenhum genitor se afaste da criação e educação de seus filhos. Mesmo nas separações litigiosas, deve-se buscar manter o vínculo parental o mais próximo de como era antes da separação. Nas palavras de Leila Maria Torraca de Brito:

Não há que se pensar que a guarda conjunta só pode ocorrer em ocasiões especiais, ou quando os pais concordam em relação a toda educação da criança, quem sabe quando ainda representam uma só voz. Entende-se que o especial, o diferente, é pensarmos em um dos pais tendo o acesso ao filho regulamentado, ou seja, com dia e hora marcados por decisão judicial.¹⁹⁰

Diante de uma ação judicial proposta por um genitor contra o outro, visando o estabelecimento da guarda unilateral, cabe ao Judiciário, sempre que vislumbrar viável, incentivar os pais a refletirem sobre as vantagens da guarda compartilhada, evitando reforçar a postura dissociativa que costuma desembocar nas demandas na área do direito de família e atender o interesse maior da criança.

A determinação do que seja o melhor interesse da criança e do adolescente em cada caso concreto é extremamente difícil. Os juízes utilizam de alguns meios para essa averiguação, tais como recorrer à manifestação da vontade dos pais, quando há acordo, embasada no pressuposto de que os pais sabem o que é melhor para os filhos; recorrer, excepcionalmente, aos sentimentos expressos pela criança. E, ainda, recorrer à orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

A nova lei, acertadamente, valoriza a atuação dos profissionais

¹⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1251000 / MG, de 23 de agosto de 2011.

¹⁹⁰ BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 365.

integrantes da equipe interdisciplinar, para o estabelecimento das atribuições que tocarão a cada um dos pais no exercício da guarda compartilhada (art. 1.584, §3º, Código Civil). A esse respeito, a Ministra Nancy Andrighi salienta que “O foco deve ser sempre o bem estar do menor, que é mais bem atendido com a guarda compartilhada pelo ex-casal. A ação de equipe interdisciplinar visa, exatamente, facilitar o exercício da guarda compartilhada”.¹⁹¹

Sabe-se que não cabe apenas ao Direito de Família transformar, com sentenças mágicas, pais litigantes em pais cooperativos, acreditando-se na necessidade de mudanças em diversas vertentes da sociedade, inclusive na legislação, para reafirmar o princípio da coparentalidade. Ao mesmo tempo, compreende-se que também não faz sentido exigir que pais e mães, sozinhos, tratem esta como uma questão pessoal.¹⁹²

3.3.3.1 Equipe interdisciplinar

Quando a fixação da guarda for por determinação judicial, o magistrado poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob o regime da guarda compartilhada. É o que determina o artigo 1.584, parágrafo 3º do Código Civil.

A equipe interdisciplinar fornecerá subsídio ao juiz para formação do seu convencimento, pois sua função consiste em trazer ao processo conhecimentos especializados tanto de ordem técnica, científica ou prática que o julgador não está obrigado a conhecer, mas que são de extrema importância para fundamentação da decisão.

¹⁹¹ Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma Cível. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre pais.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103027> Acesso em 14 mar. 2012.

¹⁹² BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 365.

Com base nos ensinamentos de Douglas Phillips Freitas, “a perícia interdisciplinar consiste na designação genérica das perícias que poderão ser realizadas em conjunto ou separadamente em determinada ação judicial”.¹⁹³ Composta por perícias sociais, psicológicas e médicas, dentre outras que se fizerem necessárias para o subsídio e certeza da decisão judicial. Portanto, a perícia interdisciplinar é gênero da qual a perícia social, psicológica, médica e demais áreas são espécies.

Dada à importância da equipe interdisciplinar nos processos de guarda compartilhada é essencial compreender a atuação dos peritos nas demandas. Nesse sentido, entende Lenita Pacheco Lemos Duarte que:

[...] como meio de minimizar os problemas para a criança que depende de acordos entre os pais e de sentenças judiciais favoráveis à sua convivência com ambos os pais, é conveniente a indicação de mediação interdisciplinar de modo a possibilitar a transformação dos conflitos entre as partes e, dessa forma, diminuir o sofrimento para os sujeitos envolvidos no litígio familiar.¹⁹⁴

Logo, as divergências e diferenças, presentes nas relações entre os genitores, não devem, no entanto, ser obstáculos a afastar, de plano, a aplicação da guarda compartilhada. Nesses casos, a equipe interdisciplinar ou o profissional que já acompanha a criança ou a família podem desempenhar papel fundamental, sempre que chamados a auxiliar.

¹⁹³ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 62.

¹⁹⁴ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A Guarda dos Filhos na Família em litígio: Uma Interlocução da Psicanálise com o Direito**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 211.

CONCLUSÃO

Verificou-se, num primeiro momento, o poder familiar e toda sua transformação, deixando de ter, na época da *gen romana*, um caráter arbitrário de poder absoluto e ilimitado sobre o filho, para assumir, atualmente, uma visão protetiva e construtiva, sob influência direta da Constituição Federal.

Percebeu-se que no instituto do poder familiar o genitor detinha um conjunto de direitos, amplos e ilimitados, análogo ao de propriedade, sobre a pessoa dos filhos, podendo dispor de seus bens e, até mesmo, de sua vida como desejasse. Mas, devido à influência do Cristianismo e de povos germânicos, o *pátrio poder* foi perdendo essa natureza despótica, inspirada no direito romano, para ganhar um caráter relativo, limitado e temporário, começando uma nova fase, com responsabilidades perante a prole. O poder do pai passou a consistir na orientação e defesa dos filhos, com limitação temporal do seu exercício e sem impedimentos à constituição de seus bens.

Mostrou-se, também, uma abordagem histórico-evolutiva do instituto, a partir do Direito Lusitano, devido sua fortemente influência para o Direito Pátrio, até o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe novos contornos ao poder familiar. Hoje, tido com um conjunto de direitos e deveres exercidos em igualdade de condições, por ambos os pais no intuito de proteger e resguardar os direitos dos filhos, preservando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. Além, das hipóteses de extinção, suspensão e destituição do poder familiar disciplinado em legislações infraconstitucionais.

Dentre os atributos do poder familiar destaca-se a guarda por ser o pressuposto a possibilitar o exercício de todas as demais funções parentais. A guarda é inerente ao poder familiar, mas com este não se confunde. Dessa forma, identificaram-se as várias espécies de guarda existentes, tais como: a nidação, a alternada, a unilateral e a compartilhada, sendo que os três primeiros modelos são desaconselháveis, uma vez que a nidação é uma situação pouco provável de acontecer, especialmente na nossa cultura. A guarda alternada transforma o filho em um *ioiô*, desconsiderando suas necessidades e comprometendo sua estabilidade emocional e psíquica, devido a instabilidade gerada pela modalidade, atendendo

apenas à comodidade dos pais. Já a guarda unilateral, amplamente utilizada em nosso ordenamento jurídico, não atende por completo nem as necessidades do filho, principal prejudicado, nem as do genitor não guardião, que passa a ter seu papel de pai reduzido ao de visitador e pagador de pensão; e, nem mesmo as necessidades do genitor guardião, que terá somente para si a responsabilidade total pela criação e formação do filho. Visto que, a missão fundamental dos pais, indeclinavelmente de ambos os pais, é a formação de sua prole.

Observou-se ainda, que a presença de ambos os pais é de extrema importância para que o filho tenha um desenvolvimento completo, na formação de sua personalidade e caráter, e que isso acontece de maneira mais fácil e produtiva com a estabilidade nas relações entre seus pais, que agora já não são mais um casal conjugal, mas que nunca deixarão de ser um casal parental.

Dessa forma, a guarda compartilhada, que objetiva a efetivação do poder familiar após a ruptura conjugal, mostrou-se de extrema vantagem para os filhos, permitindo a continuidade dos laços afetivos e participação de ambos os pais no seu processo de desenvolvimento integral por meio do estabelecimento de um vínculo afetivo mais amplo com a prole. Uma vez que a participação conjunta dos pais tende a reduzir eventuais desconfianças e hostilidades que costumam acompanhar a separação conjugal. A guarda conjunta traz consigo um maior comprometimento com o bem estar das crianças, além de ser o modelo que mais atende e garante o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Observou-se que a lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, da qual se instituí a Guarda Compartilhada, surgiu de um projeto de Lei nº 6.350/2002, de autoria do Deputado Tilden Santiago. Este projeto partia da premissa que a guarda compartilhada possibilitaria um convívio mais estreito entre pais e filhos, sendo aqueles coparticipes em igualdade de direitos e deveres relativamente à educação, religião, saúde, lazer dos filhos. A referida Lei veio ao encontro do art. 227 da Constituição Federal, que assegura como direito fundamental à convivência em família, que poderá ser regulada de forma consensual ou litigiosa, sempre atendendo, os princípios constitucionais da proteção integral e absoluta, da

igualdade e da convivência em família, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a respeito do tema, demonstrou-se que a guarda compartilhada não tem o condão de excluir a obrigação alimentar. Pois, o dever de alimentar e sustentar o filho incumbe a ambos os pais, na medida de suas possibilidades, independentemente da guarda. Verificou-se, também, que como na guarda compartilhada não há imposição por lei de dividir em partes iguais o tempo de convívio que se passa com os filhos, essa divisão mais equilibrada entre os genitores. A residência única não impede o deslocamento da criança, apresentando se apenas como ponto de referencia partir do qual se irradiam os direito e deveres de ambos os genitores.

Através da breve análise apresentada, notou-se que nossa doutrina e jurisprudência dominante priorizam que a adoção da guarda compartilhada só é viável quando não houver litígios entre os pais, porém, o instituto torna-se completamente possível nos casos de ausência de acordo, quando se tem por escopo o princípio do interesse maior da criança.

Portanto, nesta linha de ideias, a compreensão interdisciplinar dos fatos aliada à necessidade da avaliação criteriosa de cada caso em sua especificidade demonstrou que a guarda compartilhada pode ser sim benéfica na maioria dos casos, inclusive naquelas em que até agora se afirmavam contrários: as situações de litígio.

Por certo, verificou-se que a guarda compartilhada não pode ser aplicação de maneira irrestrita, mas que no conflito de interesses e princípios, deve-se priorizar o que melhor beneficia a criança. O mais importante não parece ser a forma como a guarda é fixada por ocasião da separação ou divórcio, mas a maneira como ela é praticada e uma boa maneira de avaliar se a guarda está ou não protegendo o filho é mantendo-se atento aos sinais demonstrados por ele, através da conduta, do desempenho escolar e da forma de se relacionar com os familiares, amigos e colegas de escola.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jonas Figueirêdo. **Psicologia aplicada ao Direito de Família**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2740/psicologia-aplicada-ao-direito-de-familia> (Acesso em 10 nov. 2010).

AMIN, Andréa Rodrigues. **O Novo Código Civil: livro IV do direito de família**. Rio de Janeiro. Ed. Freitas Bastos. 2002.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

BARETTO, Marilza Fernandes. **Direito de Visita dos Avôs – uma evolução no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1989.

BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda Compartilhada x Guarda Alternada**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7335/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada> Acesso em 01 dez. 2011.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de Visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1952.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda Conjunta: conceito, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética e o novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

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

CHAVES, Maria Cláudia. **Guarda compartilhada: pequenos apontamentos**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=602> Acesso em 17 set.11.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família e sucessões**. V. 5. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A Guarda dos Filhos na Família em litígio: Uma Interlocução da Psicanálise com o Direito**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Prática das Ações de Alimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIDOMANZO, Marie Claire Libron. **Guarda Compartilhada - Regulamentação de visitas ainda é polêmica entre casais**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/608>> Acesso em 08 jan. 2012.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IOB Thomson, IBDFAM, v. 8, n. 40, 2007.

FRAGA, Thelma. **A Guarda e o Direito À Visitação sob o Prisma do Afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda Compartilhada e As Regras da Perícia Social, Psicológica e Interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. **Primeiros Reflexos da Guarda Compartilhada.** Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=69655> Acesso em 29 out.2010.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro. Forense. 1998.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Quem melhor para decidir a respeito?.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1094972355>> Acesso em 27 out. 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A Regulamentação de Visitas e o Princípio do Menor Interesse da Criança.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Educação: o ensino do direito de família no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família.** 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009.

Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma Cível. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre pais.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103027> Acesso em 14 mar. 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial.** Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado- Parte Especial.** 4.ed. 2.tiragem. t. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NETO, Alvarino Künel. **A Questão da Prestação Alimentícia na Guarda Compartilhada.** Disponível em:

<http://www.phmp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=283:a-questao-da-prestacao-alimenticia-na-guarda-compartilhada&catid=41:artigos&Itemid=173#_ftn1> Acesso em 23 fev. 2012.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho.** Rio de Janeiro: Destaque, 2006.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada.** 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, Denise Maria Peressini. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?** Campinas SP: Autores associados, 2009, p. 23.

SILVA, Evani Zambon Marques de. **Paternidade Ativa na Separação Conjugal.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulamentação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio.** 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

SOUZA, Euclides de. **Jurisprudências "Melhor Interesse da Criança" - Compiladas.** Disponível em:

<<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1094972355>> Acesso em: 07 nov. 2011.

SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/330-litigio-nao-e-fator-impeditivo-para-guarda-compartilhada>> Acesso em 10 mar. 2012.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lucia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC. 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família**. Disponível em:

<<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/criminal/noticias/id16611.htm?impressao=1&>>

Acesso em: 01. dez. 2011.

ZIMERMAN, David. **Aspectos Psicológicos da Guarda Compartilhada**. In: Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009.