



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

MARIANA LEÃO DE OLIVEIRA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Brasília

2017

MARIANA LEÃO DE OLIVEIRA

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado Eem Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Mestre Júlio Cesar Lérias Ribeiro

Brasília

2017

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar a lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que tornou regra o modelo da guarda compartilhada nos casos de litígios que envolvem guarda dos filhos e como a Guarda compartilhada pode funcionar como instrumento de concretização de direito à convivência familiar. Além disso, buscou-se uma alternativa para que a Lei seja aplicada, e, que possibilite a participação da família nas decisões tomadas pelo magistrado nas ações que envolvem o direito de família. Observou-se, que na maior parte dos casos analisados, a guarda conjunta foi aplicada sem muitas dificuldades, e, que a conciliação apresenta resultados eficazes para a aplicação da Lei da Guarda Compartilhada, pois, possibilita que os pais dialogam, e também, permite que ambos cumpram o seu dever de proteger e cuidar dos filhos menores de idade, garantindo assim, que o melhor interesse da criança não seja afetado.

Palavras-chave: Direito de Família. Guarda. Guarda Compartilhada. CONVIVENCIA FAMILIAR

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	4
1 A doutrina da guarda compartilhada no direito de família atual	6
1.1 Direito de família contemporâneo	6
1.2 Direito de família e guarda	11
1.3 Guarda compartilhada.....	17
2 A guarda compartilhada e o direito de convivência no ordenamento jurídico brasileiro	23
2.1 Guarda compartilhada e Constituição Federal de 1988	23
2.2 Guarda compartilhada e o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990.....	28
2.3 Guarda compartilhada e o Código Civil de 2002.....	32
3 A tutela judicial da guarda compartilhada	37
3.1 Jurisprudência Favorável	37
3.1.1 - Apelação Cível nº 2014.061902-2 - TJSC	37
3.2 Jurisprudência Desfavorável.....	41
3.2.1 Apelação Cível nº 2015.063771-7- TJSC	41
<i>CONCLUSÃO</i>	46
<i>REFERÊNCIAS</i>	49

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho monográfico é a Guarda compartilhada como instrumento de concretização de direito à convivência familiar.

A relevância deste tema se dá, principalmente, por se tratar de um direito dos filhos conviverem com seus dois genitores, e, por se tratar de um dever, do qual os pais não podem se eximir. Porém, a promulgação de uma Lei que torne a guarda compartilhada regra entre os pais não quer dizer que ela seja aplicada em todas as situações. Desse modo, é importante que os pais dialoguem e utilizem a mediação ou conciliação para encontrar uma alternativa eficaz e que permita que o melhor interesse da criança não seja prejudicado, assim, a responsabilidade pelos filhos será exercida de forma conjunta e harmônica.

Ao longo dos anos, a sociedade tem sofrido diversas transformações, e as estruturas e as interações familiares vêm acompanhando tais mudanças. A mulher passou a ter um espaço maior no mercado de trabalho, e o homem começou a ter maior participação nos afazeres domésticos e nos cuidados com os filhos.

Além disso, o aumento do número de separações entre os casais vem modificando o alicerce familiar. O problema se agrava quando a separação é litigiosa e o casal possui filhos menores de idade. Assim, em muitos casos, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre os conflitos familiares e quem será o responsável pela guarda dos filhos, devendo sempre, garantir que sejam aplicadas as decisões que forem mais favoráveis à garantia do melhor interesse da criança.

Com a aprovação da Lei n. 13.058 de 2014, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada, a guarda atribuída a ambos os genitores passou a ser regra nas ações que envolvem direito de família e guarda dos filhos. Essa Lei veio em substituição à Lei anterior n. 11.698 de 2008, que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil. Antes de 2014, a guarda compartilhada não era regra, apenas uma alternativa em relação à guarda unilateral, que prevalecia na maior parte das decisões judiciais.

Coloca-se a seguinte questão: considerando a obrigatoriedade da custódia conjunta na nova lei, estudar-se-á seus objetivos e prática e se estabelecerá uma discussão acerca dos contornos da guarda compartilhada na concretização do superior interesse da criança e do adolescente em ambiente litigioso, seria uma

solução ou um problema? A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, conforme argumentação a ser desenvolvida nos capítulos desta monografia.

primeiro capítulo tratar-se-á sobre os contornos atuais do direito de família e a autoridade familiar, abordando inicialmente as famílias da contemporaneidade e as principais transformações. Em seguida discorrerá sobre o poder familiar, as obrigações parentais que dele fluem e a proteção e defesa do filho menor. Será analisado o instituto da guarda decorrente do poder familiar e será abordado o dever e direito à convivência familiar plena tendo em vista o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, garantindo seus direitos fundamentais.

No segundo capítulo será analisado o instituto da guarda compartilhada na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da criança e do Adolescente. O objetivo do capítulo é verificar a evolução dos direitos da criança à convivência familiar na legislação.

No terceiro e último capítulo serão apresentadas algumas jurisprudências, tanto favoráveis quanto desfavoráveis, nas quais o magistrado aplicou ou não a guarda compartilhada, com o objetivo de verificar se a guarda compartilhada está sendo aplicada na maioria das decisões.

Utilizou-se como referencial teórico autores como Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues, Flávio Tartuce, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Caio Mário da Silva Pereira, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno. Destacam-se os autores Flávio Tartuce e Maria Berenice Dias, que contribuíram na construção do referencial teórico sobre a Guarda Compartilhada e família na contemporaneidade.

A metodologia utilizada será o método dedutivo, através de técnicas de pesquisas bibliográfica e documental, partindo do geral para o particular, assim, através de alguns julgados será possível perceber que a guarda compartilhada está sendo predominante nas decisões dos tribunais favorecendo o convívio com a família.

1 A doutrina da guarda compartilhada no direito de família atual

. Este capítulo tratar-se-á sobre os contornos atuais do direito de família e a autoridade familiar, abordando inicialmente as famílias da contemporaneidade e as principais transformações. Em seguida discorrerá sobre o poder familiar, as obrigações parentais que dele fluem e a proteção e defesa do filho menor. Será analisado o instituto da guarda decorrente do poder familiar e será abordado o dever e direito à convivência familiar plena tendo em vista o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, garantindo seus direitos fundamentais.

1.1 Direito de família contemporâneo

Ao longo dos anos a família tem sofrido diversas transformações e conseqüentemente as estruturas e interações familiares têm acompanhado essas mudanças. Com o desenvolvimento da sociedade a família foi perdendo algumas características e adquirindo outras, ganhando espaço primordial a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana no núcleo familiar, objetivando principalmente garantir o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente aqueles que se encontravam em situação de fragilidade¹.

Nesse diapasão, pelo fato da criança e do adolescente apresentar-se em processo de amadurecimento e formação da personalidade, estando em uma conjuntura privilegiada, o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald², a família possui uma função social a qual afastaria uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros. Os pais desempenham essa função social garantindo aos menores seus direitos, observando o melhor interesse da criança e exercendo o poder familiar.

¹ ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 6ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2014, v.6.

A família antiga tinha por missão, a conservação dos bens, a prática de um ofício comum a todos, e ajuda mútua no cotidiano de um mundo em que homem e mulher não poderiam sobreviver isolados. As trocas afetivas e comunicações sociais eram feitas por intermédio de vizinhos, amigos, crianças e idosos, mulheres e homens com possibilidades de se manifestarem livremente em seu meio³.

A partir da Idade Moderna, a família conjugal do século XIX, tinha uma marca de “indivisão”, agrupada sob o domínio das relações de trabalho e que originou a grande família patriarcal. Assim, com a formação da sociedade de trabalho na Europa e em outros países ocidentais, conviveu-se com um conceito de família nuclear estruturada. Entretanto, com as crises de produção sucessivas e também com o término do trabalho assalariado como identificador das coletividades, vê-se aquela família nuclear sendo destruída.

Nos séculos XVIII e XIX, a família moderna - a família nuclear – substitui um modo de produção baseado na mão de obra da família extensa, isto é, no domus. Entretanto, é no século XIX, que a família burguesa – a unidade doméstica compõe-se, sobretudo de pai, mãe e filhos repartindo uma unidade habitacional. A esta família privatizada corresponde uma concepção de unidade de moradia extremamente setorizada e compartimentada⁴.

Assim, uma boa maneira de abordar as transformações que afetaram a vida privada no século XX consiste em indagar sobre a evolução material do quadro doméstico: a história da vida privada é, em primeiro lugar, a história do espaço em que ela se inscreve. Segundo Àries:

A partir da sociedade industrial, a família europeia sofreu mudanças consideráveis, marcadas, sobretudo pelas relações de trabalho e a entrada da tecnologia na vida das pessoas. Ressalta a substituição da aprendizagem pela escola como meio de educação, que mostra o novo papel desenvolvido pela criança e a família nas sociedades industriais. Para o autor, começava aqui um longo processo de enclausuramento das crianças, dos loucos, dos pobres e das prostitutas que se estenderia até hoje, sob o nome de “escolarização”⁵.

Uma outra visão clássica quanto a caracterização das relações familiares na contemporaneidade, é a de Giddens⁶, onde se dedicou a estudar a caracterização das relações familiares na contemporaneidade, compreendendo a transformação das relações afetivo-sexuais a partir do seu conteúdo igualitarista.

³ ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁶ GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. 2 ed. São Paulo: Unesp, 1991.

Esta transformação é ampla e rica em consequências, pois implica na reelaboração da intimidade de homens e mulheres, que são os/as protagonistas das novas relações vivenciadas, tanto no cotidiano do casamento e da família quanto fora do espaço institucional desta, nas relações afetivo-sexuais de uma maneira geral.

A construção da auto identidade no mundo moderno significou uma ruptura com uma ordem emocional que garantia ao sexo masculino o poder no relacionamento. A expansão da reflexividade social implica uma maior autonomização dos indivíduos.

Anthony Giddens⁷ estabelece que o princípio das relações pós-tradicionais impõe o respeito pelos direitos individuais também na família, incluindo desde questões objetivas, tal qual a violência doméstica, como questões mais subjetivas, que tocam à realização individual de cada um. Uma família pós-tradicional compreende a realização emocional e afetiva das pessoas, muito mais do que uma manutenção de papéis rígidos e inflexíveis.

A posição de Giddens⁸ é contrária aos teóricos que procuram mostrar o esfacelamento da família. Castells⁹ se reporta aos relacionamentos interpessoais, marcados pela violência e dominação originados na cultura e instituições do patriarcalismo. É essencial, contudo, tanto do ponto de vista analítico, quanto político, não esquecer o enraizamento do patriarcalismo na estrutura familiar e na reprodução sociobiológica da espécie, contextualizados histórica e culturalmente.

Castells¹⁰ questiona o enfraquecimento do patriarcado, entretanto aponta indicadores que contribuem para o declínio das formas tradicionais da família patriarcal, tais como: a transformação da economia e do mercado de trabalho associado à abertura de oportunidades para as mulheres no campo da educação; as transformações tecnológicas ocorridas na biologia, farmacologia e medicina, controlando a reprodução humana; a transformação econômica e tecnológica, atingindo o patriarcalismo pelo desenvolvimento do movimento feminista; e a rápida difusão destas ideias em uma cultura globalizada, com um movimento feminista altamente diversificado, desenvolvendo debates a partir da experiência coletiva de construir ou reconstruir a identidade feminina.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura. O Poder da Identidade.** São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 2.

¹⁰ Idem.

Por isso, procura mostrar que a expansão da autonomia individual atingiu também a vida privada e dotou os indivíduos de direitos, deveres, responsabilidades e solidariedades uns em relação aos outros - o que se tornou possível graças às formas familiares diversas e múltiplas.

Vê-se que a família se estendeu à medida que a sociabilidade se retraiu. É como se a família moderna tivesse substituído as antigas relações sociais desaparecidas para permitir ao homem escapar a uma insustentável solidão moral.

Segundo o entendimento de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior¹¹, na atual conjuntura, a família é um ambiente no qual pessoas afetivamente relacionadas auxiliam mutualmente no desenvolvimento da personalidade de cada um, as crianças e adolescentes por se encontrarem em condições peculiares de desenvolvimento e auto formação acabam sendo as mais influenciadas por este instituto.

Para desenvolver tais direitos e deveres e garantir os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse do menor, os pais os fazem exercendo o poder familiar.

Importante ressaltar que parte da doutrina tem preferido utilizar o termo “autoridade parental” ao invés de “poder familiar” seguindo o pensamento de que o termo autoridade se coaduna com o princípio do melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar, explica Flávio Tartuce¹².

Para realçar a validade jurídica da expressão autoridade parental, Paulo Lôbo¹³ entende que:

[...] autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. 'Parental' destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. [...]

Segundo o entendimento de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior¹⁴, ler autoridade parental onde o legislador escrever poder familiar

¹¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010, p. 293.

¹⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

traz a lembrança de que os deveres imputados aos pais objetivam a promoção efetiva de uma autônoma constituição pessoal dos filhos.

A expressão poder familiar não desapareceu do Código nem da doutrina, mas, assumiu definitivamente um sentido novo, mais amplo e de fato mais adequado a uma visão dita mais solidária e humana em relação à preservação e promoção dos interesses dos filhos menores.

O instituto do poder familiar, afirma Caio Mário da Silva Pereira¹⁵, traz a responsabilidade proporcional entre os pais, em que ambos devem assumir os direitos e as obrigações ao adotarem ou colocarem no mundo um ser humano.

Flávio Tartuce¹⁶ conceitua o poder familiar como “sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações abordadas”.

Indisponível, inalienável, irrenunciável e imprescritível são as características do poder familiar abordadas por Caio Mário da Silva Pereira¹⁷. Isso quer dizer que os pais não podem abrir mão do dever que possuem em relação aos filhos menores, como também não podem transferi-lo, incompatível com a transação e por fim dele não decai o genitor pelo fato de deixar de exercitá-lo.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias¹⁸ afirma ser o poder familiar:

[...] intransferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.

Ainda, no entendimento de Flávio Tartuce¹⁹, o supracitado artigo traz atribuições do exercício do poder familiar, que compete aos pais, como sendo verdadeiros deveres legais em relação aos filhos. Isso porque a sua violação ou não cumprimento pode gerar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014. v. 5.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014. v. 5.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 436.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

Rodrigues²⁰, compreende que o poder familiar é um poder-dever que os pais possuem em relação a seus filhos menores, quanto à sua pessoa, quanto a seus bens, pois desse instituto resultam direitos pessoais e patrimoniais. Por fim, a função social da autoridade parental situa-se na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente. Isso ocorre porque o princípio da dignidade humana se projeta sobre o poder-dever de promover a educação dos filhos, ou seja, é o melhor interesse da criança e do adolescente que deve balizar o exercício da autoridade parental, independentemente da ruptura conjugal, conclui Conrado Paulino da Rosa²¹.

1.2 Direito de família e guarda

Decorrente da formação da família “a guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e se justifica pela necessidade de convivência dos pais com os filhos menores a fim de lhes fomentar a constituição de sua personalidade” destaca Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior²².

O estabelecimento da guarda, por sentença ou acordo, deve sempre preservar os interesses da criança e do adolescente visando sua integridade. Porém, o instituto da guarda pode ter sua eficácia prejudicada pela relação conflituosa que eventualmente cultivem os pais entre si, e, são nesses casos que aparece uma questão muito comum em ações de destituição do poder familiar: a alienação parental ou implantação das falsas memórias, afirma Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior²³.

Compreende-se que o divórcio, em um processo de dissolução da sociedade conjugal, nem sempre é amigável. Na maioria das vezes a quebra desse vínculo vem

²⁰ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira**. Abril de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

²¹ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

²² ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012, p. 492.

²³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

cercada de conflitos os quais refletem na vida emocional do filho quando o detentor da guarda tenta afastá-lo do outro genitor, observa Ynderlie Marta de Araújo²⁴.

Agindo dessa forma, os pais ficam sujeitos à perda da guarda dos filhos, em algumas ocasiões e, atualmente, a jurisprudência nacional reconhece que a utilização nesses mecanismos também pode provocar a destituição do poder familiar, acrescenta Tartuce²⁵.

Dimas Messias de Carvalho²⁶ ao registrar sobre as relações familiares entendeu que: Grande parte dos direitos conferidos à família se tornam deveres, como o poder familiar, a tutela e curatela, impondo ao titular cuidar, proteger e propiciar melhores condições de vida. Assim, cada membro da família tem direito de ser respeitado e receber carinho, proteção e cuidado; em contrapartida, tem deveres a cumprir. Assim, sabe-se que a paternidade/maternidade é um instrumento para o pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos, garantindo-lhes seus direitos fundamentais e que os deveres dos pais perante o menor não se encerram com a ruptura conjugal.

Francisco de Oliveira Martins²⁷ observou que ao passar dos anos tornou-se cada vez mais comum, em detrimento das mudanças na entidade familiar, rupturas conjugais e que isso não pressupõe implicações somente no destino dos ex-companheiros, mas também nos filhos do casal.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira²⁸, são várias as circunstâncias que confere lugar de destaque ao melhor interesse do menor, principalmente em disputas de guarda uma vez que no fim da conjugalidade, percebe-se a utilização dos processos judiciais como instrumento para se atingir o outro, atingindo principalmente os filhos, muitas vezes usadas como armas na negociação e retaliação dos afetos mal resolvidos naquele vínculo que se desfez.

Ocorre que o divórcio é, na maioria das vezes, traumático e não afeta apenas os cônjuges, que envolvidos pela angústia da separação acabam por iniciar um

²⁴ ARAÚJO, Ynderlle Marta de. **A alienação Parental no Ordenamento Jurídico**. Março de 2013. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/876/A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+Ordenamento+Jur%C3%ADico+Brasileiro>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

²⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

²⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

²⁷ MARTINS, Francisco de Oliveira. **Alienação Parental e a Guarda Compartilhada**. 88 p. 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

processo de manipulação em seus filhos a fim de atingir o outro. Nesse quadro, os pais acabam por mitigar os direitos fundamentais da criança e do adolescente tendo em vista que é no ambiente familiar que encontram sua estabilidade e sua socialização, cujos valores formarão sua personalidade.

A família, por ser um sistema vivo, se torna vulnerável a situações críticas vividas pelos seus membros e a convivência íntima faz nascer entre eles uma interdependência afetiva, com necessidades recíprocas e compromissos de lealdade.

Como já é sabido e afirmado por Madaleno e Madaleno²⁹, no momento em que um casal possui filhos, ficam automaticamente submetidos a alguns deveres que ultrapassam a dissolução do casamento ou união. Sendo “um compromisso legal e ético assegurar o sustento, a guarda e a educação dos filhos comuns, ou seja, atributos do poder familiar, que não é dissolvido com o desenlace do par”.

Dessa forma, sendo um dos deveres inerentes ao poder familiar, a guarda é um instituto que se justifica justamente nessa necessidade de convivência família plena do menor com ambos os dos genitores, promovendo a constituição de sua personalidade, orienta Almeida e Rodrigues Júnior³⁰.

Para Rosa³¹ o termo “guarda” significa o ato de vigiar e cuidar e dentro do direito de família é direcionada a uma pessoa, conseqüentemente envolvendo sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo. Complementa, que a guarda é um direito/dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos.

O supracitado autor acrescenta ainda que a guarda é um direito-dever natural e originário dos pais que surge a partir do momento que a criança nasce ou é adotada. É dela que provêm todas as funções parentais ligadas ao poder familiar.

Nessa mesma linha, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel³² concorda com o pensamento de que a guarda constitui um direito e um dever, pois não significa apenas o direito de manter o filho junto de si, mas compreende também no dever de resguardar a vida do filho, exercer a vigilância, dever de assistência e representação.

²⁹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e jurídica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

³¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012, p. 47.

³² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A autora destaca a diferença entre guarda e companhia, na qual a primeira é um direito/dever, a segunda diz respeito ao direito de estar junto, convivência, mesmo sem estar exercendo a guarda, no entanto a autoridade parental abrange tanto uma quanto a outra.

Dimas Messias de Carvalho³³ faz menção ao art. 1.634, II, do Código Civil e estampa que a guarda é um dos deveres ligados ao poder familiar, qualquer que seja a situação conjugal dos pais, inerente a proteção da criança e adolescente, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional.

A existência ou inexistência do vínculo conjugal irá interferir apenas na coordenação do exercício da guarda, pois no primeiro caso, um único ambiente de convivência cotidiano será comum a todos; no segundo, haverá pluralidade de núcleos, observam Almeida e Rodrigues Júnior³⁴.

Sobre o tema, Rolf Madaleno³⁵ entende que:

A guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos (CÓDIGO CIVIL, art. 1.632). Em regra a guarda é atributo do poder familiar, embora não seja de sua essência, pois existem guardiões sem o poder parental, como sucede, por exemplo, na tutela e com as famílias reconstituídas, nas quais o novo parceiro do guardião ascendente não exerce o poder familiar, embora exerça a guarda indireta dos filhos de seu companheiro. Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor.

É imprescindível que a ruptura da relação afetiva dos pais não viole a integridade biopsíquica do menor e cabe ao Estado assegurar que a convivência com os pais se perpetue, principalmente em momento de dificuldade da família, manifesta-se Maciel³⁶ ao analisar uma perspectiva psicológica do assunto.

Sabe-se que ao ocorrer o divórcio será decidido a respeito da guarda dos filhos, esse divórcio, se consensual, será homologado, se litigioso, será decidido pelo juiz que analisará qual dos cônjuges possui melhores condições para exercer a guarda do

³³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

³⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

³⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 422.

³⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

menor. Em ambos os casos é imprescindível que seja assegurados e preservados os interesses da criança, afirma Carlos Roberto Gonçalves³⁷

Maciel³⁸ complementa que “a guarda é um elementantíssimo do poder familiar por refletir-se em outros direitos indisponíveis como o de alimentos e o de conviver com o genitor não guardião”.

A guarda, diante da dissolução conjugal, apenas irá identificar quem tem o filho em sua companhia, permanecendo intacta a autoridade parental e a guarda jurídica do art. 1.589 do Código Civil, que é representada pelo direito de quem não tenha a guarda do menor, poder/dever de visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, conforme acordado com o outro cônjuge ou fixado pelo juiz, ensina Madaleno³⁹.

Michele Amaral Dill e Thanabi Bellenzier⁴⁰ entendem que o direito da criança e do adolescente à convivência familiar com o não guardião está ligado à necessidade de cultivar o afeto na relação paterno-filial, mantendo assim um convívio familiar real, efetivo e eficaz. Uma das finalidades do poder familiar em meio à desunião do casal seria exatamente a manutenção natural e adequada comunicação com ambos os genitores, consolidando seus vínculos e se aproximando o máximo possível do que existiria se a família permanecesse unida.

Para o êxito do exercício da guarda, ambos os pais devem possuir características essenciais de um bom guardião, exaltando a convivência familiar com o filho. Tais características seriam: “amor e laços afetivos com a criança; saber ouvir e acatar a sua preferência, sem induzi-la e ter habilidade de encorajar a continuidade de sua relação afetiva com o não guardião, sem rancor ou críticas a este”⁴¹.

Prossegue destacando que o bom guardião deve conceder todo tipo de estabilidade ao menor, seja emocional, financeira ou afetiva, evitando sempre alterações bruscas em sua rotina e principalmente, o afastar qualquer tipo de conflito e instabilidade.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Rios. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. v. 6.p.193

³⁸ *Ibidem*, p. 155.

³⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 422.

⁴⁰ DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 11 abr 2017.

⁴¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O que se verifica muitas vezes é que o genitor guardião, por egoísmo, dificulta de alguma forma a convivência do menor com o outro genitor e a sua família, ou até mesmo o genitor que não tem a guarda do filho afasta-se do seu dever de cuidado e convivência, resultando assim o desmembramento do poder familiar, explana Dimas Messias de Carvalho ⁴².

Qualquer que seja a modalidade de guarda, não suspende o poder familiar do genitor não guardião e não afasta sua obrigação de cuidado e conveniência. Devendo ambos os pais, continuar exercendo seus deveres de criar, educar e conviver com os filhos, além das necessidades vitais de sobrevivência, como o alimento, moradia, saúde, vestuário, e outros elementos, normalmente imateriais, como educação, regras de conduta, orientação, apoio e referência familiar, aponta Carvalho⁴³

Madaleno ⁴⁴ assinala que muito embora a guarda decorrente do divórcio dos pais tenha caráter de custódia permanente, ela poderá ser alterada se assim ser entendido o melhor para a criança ou o adolescente. Isso porque, o princípio da igualdade entre os cônjuges e do melhor interesse do menor aparecem com destaque no instituto da guarda, importando essencialmente a capacidade dos genitores em cuidar dos interesses afetivos, espirituais, educacionais e materiais da prole, exercendo efetivamente o poder familiar, acresce Pena Júnior.

Importante ressaltar que a alteração da lei sobre a guarda compartilhada, atual Lei n. 13.058/2014, impôs como regra a guarda conjunta, já como mecanismo legal de evitar a alienação parental e garantir os interesses da criança e do adolescente. Do mesmo modo, o direito de visita foi substituído pela convivência familiar, pois segundo Madaleno⁴⁵ a expressão “visita” é vista como imprópria e a relação que deve ocorrer entre os genitores e o menor é a convivência, que regularmente inclui pernoite.

Sendo assim, a condição especial da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento faz com que o princípio do melhor interesse do menor tenha uma amplitude de aplicação muito grande, pois trata-se de um princípio orientador que está acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas.

⁴² CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

⁴³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 420.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 422.

1.3 Guarda compartilhada

Como visto, a guarda se justifica pela necessidade de convivência dos pais com os filhos menores com o objetivo de lhes promover a constituição de sua personalidade.

Para Malveira⁴⁶ essa polêmica acerca de qual dos pais é o melhor, acarreta em uma verdadeira briga de egos em que o foco principal da demanda judicial por muitas vezes acaba sendo os interesses pessoais dos pais e não a guarda da criança e seu melhor interesse, como deveria ser. Por muito tempo houve discussões jurídicas acerca de qual modalidade de guarda era a mais viável para concretizar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Após vários estudos interdisciplinares, constatou-se que a guarda compartilhada é o melhor modelo para atender aos interesses da criança, já que minimiza os efeitos da ruptura do casal conjugal e chama ambos os pais a figura de guardião, entendem Almeida e Rodrigues Júnior⁴⁷.

Ocorre que o conflito acerca da guarda compartilhada está fundado na eficácia do melhor interesse da criança e do adolescente em um ambiente de litígio, visto que exigem dos genitores um juízo de ponderação e bom senso no qual a harmônica convivência entre eles é requisito fundamental para garantir o desenvolvimento do menor.

A guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 11.698/2008, e mesmo antes da alteração legislativa, esse modelo já era vivenciado por muitos casais e objeto de algumas decisões judiciais em vários Estados do Brasil⁴⁸.

Por refletir-se em outros direitos indisponíveis como o de alimentos e o de conviver com o genitor não guardião, a guarda é um elemento valioso do poder familiar. Sabe-se também, que o divórcio entre os cônjuges, não altera o poder familiar dos pais com relação à sua prole⁴⁹.

⁴⁶ MALVEIRA, Jamille Saraty. “**Tomem que o filho é de vocês!**”: sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória. Junho de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Jamille%20Saraty%20Malveira>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁴⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

⁴⁸ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.

Paulo Lôbo⁵⁰ recorda que a preferência é que os pais acordem consensualmente sobre a guarda dos filhos, porém, havendo litígio e desacordo entre os genitores, o juiz irá decidir de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nos primórdios da legislação brasileira, a questão sobre qual dos genitores deveria ficar com a guarda da criança ou do adolescente girava em torno de questões objetivas, da culpa, a guarda da criança ou do adolescente ficaria com o cônjuge inocente, que não deu causa à separação, ensina Gonçalves⁵¹, critério esse previsto no art. 10 da Lei do Divórcio.

Complementa o autor que, se caso ambos os cônjuges fossem os responsáveis pela separação, os filhos menores ficariam em poder da mãe. Por muito tempo essa ideia de que o filho deveria ficar na guarda materna conservou-se.

O Código Civil de 2002 mudou o sistema anterior da guarda e revogou a Lei do Divórcio, uma vez que a culpa deixou de ser critério determinante, o filho deixou de ser visto como um objeto e passou-se a pensar sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Código Civil passou a considerar filhos advindos de qualquer forma de família. Tal consideração surgiu com o Enunciado n. 336 do CJF/STJ, questão debatida na IV Jornada de Direito Civil, o qual incluiu também a parentalidade socioafetiva⁵².

A guarda unilateral então deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, considerando a maior aptidão para proporcionar aos filhos os seguintes fatores: “(I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) saúde e segurança; e, por último, (III) educação”, menciona Conrado Paulino da Rosa⁵³.

Décio Luiz José Rodrigues⁵⁴ ensina que “até então, a guarda “*stricto sensu*” era exercida pelo pai ou pela mãe, ressalvando-se o direito de visita do cônjuge que não detivesse a guarda do menor”.

Dessa forma, a questão da guarda foi evoluindo conforme as novas realidades civis e principalmente pela circunstância de ter de colocar como prioridade os

⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto Rios. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. v. 6.

⁵² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

⁵³ ROSA, Conrado Paulino. Nova lei da Guarda Compartilhada. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

⁵⁴ RODRIGUES, Décio Luiz José. **Guarda Compartilhada: Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. São Paulo. Editora Imperium, 2009, p.63.

interesses do menor, em consonância aos seus direitos fundamentais destacados no art. 227, CFRB/88.

Porém, Rolf Madaleno⁵⁵ manifesta opinião no sentido de que a noção do melhor interesse das crianças e dos adolescentes não é tão simples de identificar, entende que:

O critério do interesse do menor só adquire eficácia quando examinada a situação de fato, a partir da consideração de elementos objetivos e subjetivos da casuística, tendo a jurisprudência permitido identificar algumas tendências no tocante às relações afetivas da criança e sua inserção no grupo social, como o apego ou a indiferença que ela manifesta em relação a um de seus genitores; o cuidado para não separar irmãos; as condições materiais, tais como o alojamento e as facilidades escolares e morais; o vínculo de afetividade entre o pai e o filho, seu círculo de amizades, ambiente social, qualidade de cuidados etc.

O problema da guarda unilateral é a não convivência do menor com ambos os cônjuges. Aquele que não detém a guarda do filho acaba participando bem menos das decisões e, principalmente, reduz a frequência e a intensidade das relações afetivas mantidas com a criança ou com o adolescente, ressalta Brito⁵⁶.

Almeida e Rodrigues Júnior⁵⁷ concluem que a guarda unilateral é contrária à estrutura da autoridade parental, isso por que:

A justaposição dos pais em situações ativa e passiva, na imputação da guarda unilateral e do direito de visita, não se coaduna com o pressuposto de serem ambos igualmente detentores do dever de promover a identidade pessoa da criança e do adolescente por meio de sua convivência com eles.

A Lei n. 11.698/2008, com o objetivo de amenizar os efeitos frustrantes ocasionados pela separação dos pais na vida dos filhos, trouxe o instituto da guarda compartilhada e alterou os arts. 1.583 e 1.584, Código Civil, no sentido de que a guarda unilateral seria atribuída pelo juiz a um dos pais, quando estes não chegassem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, a qual seria preferencial, orienta Lôbo⁵⁸.

Segundo Tartuce⁵⁹, legalmente,

a guarda compartilhada é entendida como aquela em que há responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da

⁵⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 323.

⁵⁶ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Colaboração de Rodrigo da Cunha Pereira, Carlos Roberto Bonato, Willian Diniz Maia. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.p.53-71.

⁵⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012, p. 467.

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5., p. 244.

mãe que não vivam sobre o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Acrescenta o supramencionado autor, que a Lei de 2008, modificou o §3º, do art. 1.583, Código Civil, prevendo a obrigação do pai ou da mãe que não detivessem a guarda unilateral, a supervisionar os interesses dos filhos.

Para Gonçalves⁶⁰ o direito de supervisão era na verdade um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor não guardião, estando implícita a intenção de evitar o “abandono moral”.

Almeida e Rodrigues Júnior⁶¹ lecionam que a diferença entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada estaria centrada na disposição dos papéis parentais. “Enquanto a primeira corresponde a sobrecarga, de um lado, e inação, do outro, a segunda é exercida ativamente por ambos os pais, não admitindo que qualquer deles se resuma ao mero acompanhamento por vistorias.

A guarda compartilhada prevista pela Lei nº 11.698/2008 mantinha uma residência fixa de comum acordo com qualquer um dos cônjuges, ficando o menor assistido por ambos os pais, os quais dividiam responsabilidades, sem a necessidade de fixação prévia e rigorosa dos períodos de convivência, cabendo a eles apenas as principais decisões relativas a educação, saúde etc., de acordo com Pereira⁶².

Importante ressaltar que a guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada, “esta implica o fracionamento da companhia do menor, em períodos de tempo prefixados entre as moradas da mãe e do pai e gera, ainda, a exclusividade temporária do poder familiar”, ensina Almeida e Rodrigues Junior⁶³.

Dessa forma, enquanto o filho está sobre a guarda da mãe, apenas ela exerce as prerrogativas da autoridade parental, sem qualquer interferência do pai, e vice e versa.

Rosa⁶⁴, seguindo o mesmo viés, entende que um dos fatores que impossibilitaram a aplicação da guarda compartilhada desde a Lei de 2008, foi essa

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto Rios. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. v. 6.

⁶¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014. v. 5.

⁶³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012

⁶⁴ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

confusão com a guarda alternada, a qual nem sequer tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

A guarda compartilhada veio para assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos os genitores, os quais exercem em plenitude o poder familiar. Consequentemente, entende Lôbo⁶⁵, “tonam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-de-fins-de-semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas”.

Acrescenta o autor, que ainda que um dos genitores tenha constituído uma nova vida familiar, essa modalidade de guarda é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando assim os efeitos do divórcio dos pais.

Madaleno⁶⁶ percebe que na guarda compartilhada não importa quem detém a custódia física do filho, como ocorre na guarda unilateral, ou por ventura na guarda alternada, pois na conjunta os pais dividem tarefas parentais e assumem responsabilidades pela criação, educação e lazer dos menores.

Na guarda compartilhada também não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como referência, pois hoje se diz que a residência de preferência deve ser tanto com o pai como com a mãe, seria uma extensão de lares. O que será estabelecido quando reinar um clima de beligerância é a convivência de forma equilibrada, assim o juiz estabelecerá atribuições de cada um como também o período de convivência com a prole, observa Dias⁶⁷.

Rosa⁶⁸ declara que são evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, pois não fica um dos pais como mero coadjuvante na criação do menor, e buscando minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da disputa pela guarda, mais uma vez este instituto foi alterado.

Em 22 de dezembro de 2014, entrou em vigor a nova Lei da Guarda Compartilhada, n. 13.058/2014, que nas palavras de Rosa⁶⁹, vieram em boa hora, “acima de tudo para dirimir o mito do filho “mochilinha”, vez que desde a alteração

⁶⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010, p. 196.

⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁸ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

⁶⁹ Idem, p. 73.

legislativa apresentada pela Lei anterior, reiteradamente tratou-se de forma equivocada da guarda compartilhada como guarda alternada”.

Pereira⁷⁰ entende que a nova lei sobre a guarda compartilhada é fruto de pais responsáveis que se viam injustiçados por não poderem participar mais de perto da vida de seus filhos e veio para instalar um novo sistema de educação e criação que só é possível com a participação rotineira no cotidiano da criança ou do adolescente.

A grande mudança advinda da Lei 13.058/2014 foi à obrigatoriedade da guarda compartilhada, determinada no art. 1.584, § 2º do Código Civil que passou a prever que estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar e não havendo acordo entre eles quanto à guarda do filho, será aplicada a guarda compartilhada, a não ser que o pai ou a mãe declare ao juiz que não deseja a guarda do menor. Assim, tendo como primeiro entendimento que não há mais disputa, pois se determina a guarda⁷¹.

Porém, não se sabe exatamente até que ponto a compulsoriedade da guarda compartilhada é benéfica ao menor, se poderá ser aplicada em todos os casos e se é o caminho mais adequado, visto que a imposição absoluta depende de uma harmonia mínima entre os genitores.

É inquestionável que a guarda compartilhada mantém e até estreita vínculos dos genitores com os filhos, quando se vive em um ambiente equilibrado. Porém, em havendo disputa entre os pais, a guarda conjunta pode vir a intensificar esse litígio e prejudicar a formação dos filhos⁷².

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014. v. 5.

⁷¹ MALVEIRA, Jamille Saraty. **“Tomem que o filho é de vocês!”**: sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória. Junho de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Jamille%20Saraty%20Malveira>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁷² ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

2 A guarda compartilhada e o direito de convivência no ordenamento jurídico brasileiro

Neste capítulo será analisado o instituto da guarda compartilhada na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da criança e do Adolescente. O objetivo do capítulo é verificar a evolução dos direitos da criança à convivência familiar na legislação

2.1 Guarda compartilhada e Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 é a Lei Maior do país, ou seja, todas as normas infraconstitucionais devem ser criadas e interpretadas à luz dos preceitos ditados pelo legislador constitucional.

A supremacia da norma constitucional foi sedimentada após o advento do movimento constitucionalista do século XVIII, originando o denominado Estado Constitucional⁷³. “O processo de interpretação da Lei Maior, almejando conferir-lhe vida e realidade marcadamente axiológica, apresenta-se, com certeza, como o núcleo e a parte mais fascinantes do direito constitucional”⁷⁴, englobando, em si, um leque vultoso de celeumas que já foram objeto de numeradas e acirradas discussões entre os juristas. Assim, importante frisar o escalonamento das normas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Sob esse aspecto, Kelsen leciona que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”⁷⁵.

Na Constituição de 1988, estabeleceu-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o princípio da igualdade entre os filhos, o princípio da paternidade responsável, o princípio da prioridade dos interesses das crianças e dos adolescentes, o princípio do respeito à individualidade e não discriminação, entre outros. Foi reconhecido o direito à felicidade individual nas relações de afeto, podendo haver divórcio sem qualquer culpa, e, também foi previsto

⁷³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org): **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁷⁴ FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição**: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 247.

outras formas de formação familiar, como união estável e famílias monoparentais (formadas com a união de qualquer dos pais com seu filho), onde garantiu-se a proteção do Estado na forma de lei. Assegurou-se ainda a igualdade de direitos a todos os filhos, oriundos ou não do casamento, e igualdade entre homem e mulher. Diz-se que os pais devem criar seus filhos, estejam ou não casados⁷⁶.

A Constituição Federal vigente concedeu o pátrio poder ao casal, tal como já o havia concedido a Lei n. 4.121, de 27-8-1962. No entanto, havendo divergência entre os cônjuges, não mais prevalece a vontade paterna, e aquele que estiver inconformado deverá recorrer à Justiça, pois o exercício do pátrio poder é de ambos os cônjuges, igualmente (art. 21 da Lei n. 8.069, de 13-7-1990). O Código Civil de 2002 estatui no art. 1.631 que, durante o casamento e a união estável, o poder familiar compete aos pais e apenas na falta ou impedimento de um deles é que o outro o exercerá com exclusividade⁷⁷.

Com essas características, verifica-se que buscou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 interagir com as relações existentes. Permitindo maior completude dos elementos que a integram trazendo uma adequação às modificações na sociedade de forma a atualizar-se. Permitindo uma interpretação adequada ao momento vivido pela sociedade da época e da realidade conjuntural a ser refletida a partir da apreciação da racionalidade do direito dando efetividade na sua aplicação.

Assim, com a evolução do próprio direito, o ramo do direito de família também avançou principalmente no que tange aos variados tipos de guarda, lembrando que todas elas possuem o mesmo objetivo, o de buscar sempre o melhor interesse do menor. Portanto, cabe ao juiz enquadrar o menor no melhor tipo de guarda que lhe cabe. Vale mencionar que a palavra interesse está co-relacionado aos interesses materiais, emocionais, religiosos, físicos entre outros. E possui fulcro no artigo 227 da CF/88⁷⁸.

Referido dispositivo constitucional consagra o princípio do melhor interesse da criança e deixa clara a modificação de paradigmas no direito de família com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual rompeu com o antigo princípio da autoridade que servia de alicerce para definir o papel exercido pelos pais sobre a pessoa dos filhos, passando a considerar a criança e o adolescente

⁷⁶ RAMOS, Patrícia P. de O. C. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos/ organizado pela Associação de Pais e Mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

⁷⁷ WALD, Arnoldo. **Novo Direito de Família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212.

⁷⁸ BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

como seres em transformação que, por consequência, necessitam de especial proteção.

Segundo Rogério Lauria Tucci⁷⁹, o reconhecimento desse princípio implica, “considerando a natureza da fonte formal que o estabelece, a sua irradiação por todo o ordenamento jurídico pátrio, a orientar tanto as decisões judiciais quanto a atividade legislativa”.

Portanto, para o autor, elevar o interesse da criança à categoria de princípio constitucional foi de deveras importância, pois a infância e a adolescência merecem prioridade por seu caráter único (situação especial como pessoa em desenvolvimento) e pela natureza transitória, com possibilidade de sequelas irreparáveis (o que é irreparável deve ser evitado).

Estabelecido este novo enfoque, modificou-se a concepção de vários institutos do direito de família, entre os quais se inserem a guarda e o poder familiar, posto que a nova ordem constitucional, ao erigir o interesse da criança à categoria de princípio basilar, assegurou àquela, direitos fundamentais como à vida, à alimentação, à saúde, ao lazer, à educação, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A Constituição Federal de 1988 (art. 226), e a Lei 8.069/90 (art. 21) extinguiu-se a visão de subordinação da mulher em relação ao homem, tornando o instituto do pátrio poder independente do casamento⁸⁰.

Por mais que o espírito reacionário e as reminiscências afonsinas e filipinas tenham influenciado, a tendência inevitável foi forçosamente a consagração do princípio da bilateralidade nas relações pai-filho, a atribuição do poder parental a ambos os pais, e a predominância dos deveres e do sentido de proteção e defesa dos interesses do menor sobre toda ideia de prerrogativa paterna ou de direito dos pais sobre os filhos⁸¹.

Ensina José Sebastião de Oliveira que “o pátrio poder [...], sob o influxo das novas diretrizes constitucionais, transmuda-se em um regime fundado no respeito e na compreensão entre pais e filhos, exercido em conjunto pelo pai e pela mãe em regime de co-gestão [...]”⁸².

⁷⁹ TUCCI, Rogério Lauria. União estável e respectivos efeitos patrimoniais. **Revista do Advogado**, ano XXV, nº 98-102, p. 101, abr. 2005, p. 35.

⁸⁰ SILVA, Ana Maria Milano Silva. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 4. ed. São Paulo. Editora Distribuidora, 2015.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 421.

⁸² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

Também com a Constituição Federal de 1988 reconheceu-se a união estável e os agrupamentos formados por apenas um dos genitores e seus descendentes como entidades familiares, sendo que antes, as relações familiares se esgotavam no instituto do matrimônio. A família passou a ser entendida como o lugar de desenvolvimento da personalidade humana e da preservação da dignidade daqueles que dela fazem parte.

A Constituição de 1988 altera o objeto da tutela jurídica no âmbito familiar, [...] funcionalizando a família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e preservando-a tão somente como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana. Surge um novo conceito de família, baseada na pluralidade familiar [...], igualdade substancial [...], direção diárquica e de tipo eudemonista⁸³.

Até a situação dos filhos antes da Constituição Federal de 1988 estava atrelada à existência de casamento entre os pais. Legítimos eram os filhos provenientes do casamento. Ilegítimos quando os genitores não eram casados entre si, e incestuosos ou adulterinos quando seus genitores possuíam um outro casamento com terceira pessoa.

Coube à Constituição de 1988 promover a plena equiparação dos filhos, desvinculando-os da situação jurídica dos pais, que passaram a ter o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de serem ou não casados⁸⁴.

Resume Eduardo de Oliveira Leite⁸⁵ que as mudanças ocorridas em matéria de poder familiar devem-se à ocorrência de dois fatores fundamentais, sendo eles: modificações fáticas, sendo que a família patriarcal deu lugar à família nuclear, baseada na igualdade entre os envolvidos e no companheirismo; e as modificações legais, estruturadas no artigo 226, § 5º da Constituição Federal, que estabelece a absoluta igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres referentes a sociedade conjugal.

Estando a família unida, ambos genitores exercem de forma igual e conjunta a autoridade parental. O problema da titularidade efetiva do poder familiar ocorre geralmente no momento da ruptura da sociedade conjugal, o que acarreta o surgimento da família monoparental, ficando a autoridade parental concentrada em apenas uma das partes, estando o outro subjugado com o direito à visita, prestação

⁸³ 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: Lúmen Juris, 2005, p. 50.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

de alimentos e fiscalização da guarda dos filhos. Quanto ao dever de prestação de alimentos “é efeito de caráter patrimonial da desunião.”⁸⁶

O direito de visita fundamenta-se em princípios do direito natural, na necessidade de existência de vínculo de real afeto entre genitor e filho. Busca manter uma comunicação saudável entre o genitor não-guardião e o menor que não convivem diariamente. Poderá estar presente nas modalidades de livre visitação, de mínima regulamentação e de máxima regulamentação⁸⁷. Já o direito de fiscalização procura o cuidado para com o integral desenvolvimento do menor. É considerado como uma forma indireta de exercício da autoridade parental, que somente se manifesta nos casos de irregularidade causada pelo genitor guardião no exercício da guarda.

Por meio desse direito o genitor não-guardião exerce um controle sobre o modo que o outro conduz seu encargo. Implica o direito de informação sobre a vida do filho, sua saúde, sua escolaridade e atividades. Como não o definiu a lei, há que ser interpretado de forma extensiva, pois é por ele que o genitor não-guardião deve intervir na educação e formação dos filhos, da mesma maneira que o genitor guardião⁸⁸.

Esse poder de intervenção do judiciário nas relações familiares baseia-se no comandos legais dos artigos 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil, estando ou não os genitores na constância da união. Atualmente a questão da titularidade do poder familiar não gera mais controvérsias, sendo que o poder familiar é exercido em conjunto pelos pais, conforme estabelece o artigo 5º, inciso I e o artigo 226, § 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como os artigos 1.631 do Código Civil, e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. “[...] os artigos mencionados procuram [...] é a condição de igualdade do pai e da mãe, aniquilando os últimos resquícios do autoritarismo paternal centrado no direito romano”⁸⁹. O beneficiário do poder parental é o filho, conforme determina o artigo 227 da Constituição Federal, o artigo 1.630 do Código Civil, e o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O objetivo principal é o amparo ao menor⁹⁰.

⁸⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 110.

⁸⁷ Ibidem, p. 110.

⁸⁸ 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: Lúmen Juris, 2005.

⁸⁹ PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

2.2 Guarda compartilhada e o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990

O Direito visa a proteger, através de uma tutela jurídica diferenciada, aqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade e possuem por algum motivo carência de habilidade para o exercício de sua autonomia como também para realização de escolhas atinentes à construção de sua personalidade, esclarece Renata Barbosa de Almeida Junior e Walsir Edson Rodrigues Júnior⁹¹.

Os autores acrescentam que, em se tratando das crianças e adolescentes a família tem um papel muito importante, pois sendo um núcleo de companheirismo e afeto torna-se um meio bastante propício para incentivar a maturidade volitiva dessas pessoas, a formação pessoal e realizar escolhas autônomas no exercício de seus direitos fundamentais.

Para Rodrigo da Cunha Pereira⁹², em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, com o objetivo de promover a realização do indivíduo, buscou-se preservar ao máximo aqueles que se encontravam em situações de fragilidade. Nessa posição, pelo fato da criança e do adolescente estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade e por estarem em conjuntura privilegiada, o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento.

Essa ideia de proteção do Estado aos indivíduos juridicamente limitados teve sua origem história no instituto protetivo “*parens patrie*” do direito anglo-saxônico, ensina Andréia Rodrigues Amin⁹³. Segundo Tânia da Silva Pereira⁹⁴ apesar de ter surgido na Inglaterra a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria e vinculado à guarda da pessoa incapaz, inicialmente assumido pela Coroa, foi delegado ao Chanceler a partir do século XIV. Então o Chanceler atuava como “guardião supremo” e assumia o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses”. Complementa a autora que no século XVIII,

⁹¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

⁹³ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientados do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.59-71.

⁹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999.

o instituto do “*parens patriae*” foi cindido separando-se a proteção infantil da do louco, e, em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo direito Inglês. Sua importância foi reconhecida quando adotada pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959 e incorporada pelo art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela legislação estatutária infanto-juvenil na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, patrocinado pela ONU em 1989, que mudou o paradigma do princípio do melhor interesse da criança, relata Andréia Rodrigues Amin⁹⁵.

Essa convenção foi resultado do trabalho de representantes de diversos países que buscaram chegar a um consenso acerca dos direitos humanos comuns a todas as crianças, de diferentes povos e culturas compreendendo que a criança deve ser prioridade imediata e absoluta, destaca Moacir César Pena Jr.⁹⁶

Afirma o referido autor, que a Doutrina da Proteção Integral consolidou-se no Brasil com a Constituição Federal de 1988 e a chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, e dessa forma garantiu às crianças e adolescentes o estado de sujeitos de todos os direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano, sejam eles “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”. Tânia da Silva Pereira⁹⁷, sobre a visão familiar antes do amparo do princípio do melhor interesse do menor pela legislação Brasileira, compara:

Efetivamente, não tinham os filhos até 1988, a rigor, “vida jurídica própria”, uma vez que seu status jurídico encontrava-se atrelado à situação civil-familiar dos pais: se esses fossem casados, os filhos eram legítimos, tendo plenos direitos; se não casados os genitores, ilegítimos eram os filhos, com diferentes direitos, vedada em alguns casos (filiação adulterina e incestuosa) a própria aquisição do estado de filho.

E acrescenta que desde a entrada em vigor do Código Civil houve uma evolução no sentido de considerar os filhos havidos dentro do casamento, o que antes não se via, porém coube à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promover a plena equiparação dos filhos, desvinculando-os da situação jurídica dos pais.

⁹⁵ AMIN, Andréia Rodrigues. Princípios orientados do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.59-71.

⁹⁶ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

⁹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999, p. 110.

Antes da adoção da Doutrina da proteção integral a aplicação do princípio do melhor interesse limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular, hoje o referido princípio aplica-se a todo público infanto-juvenil e principalmente nas causas envolvendo família, ensina Andréia Rodrigues Amin⁹⁸.

Dentro do direito de família o princípio do melhor interesse representou uma mudança de paradigmas principalmente na relação paterno-filial, a criança e o adolescente deixaram de ser um objeto, fruto da relação familiar, para alcançarem a condição de sujeitos de direito, enquanto pessoa humana merecedora de tutela jurídica, destaca Gabriela Soares Linhares Machado⁹⁹.

No mesmo sentido, sobre as relações familiares, Conrado Paulino da Rosa¹⁰⁰ compreende que:

Na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente é que reside a função social da autoridade parental. Isso porque o princípio da dignidade humana se projeta sobre o poder-dever de promover a educação dos filhos, pelo que resta ao intérprete buscar, em tais situações jurídicas, a técnica de superação de confronto egoístico de posições de vantagens individuais. Ou seja, é o melhor interesse da criança e do adolescente que deve balizar o exercício da autoridade parental.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰¹ salienta ser imprescindível que para garantir sua aplicação em toda e qualquer situação intersubjetiva, o referido instituto deve apoiar-se também na Doutrina da Proteção Integral e da Paternidade Responsável, orientações que irão direcionar o intérprete diante do caso concreto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, entendendo que as crianças e os adolescentes, além de titulares dos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana, são também detentoras de direitos especiais próprios dessa fase da vida, reproduziu em seus artigos 3º, 4º e 5º¹⁰² as diretrizes constitucionais para efetivação dessas garantias, percebe Moacir César Pena Júnior¹⁰³.

⁹⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientados do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.59-71.

⁹⁹ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial**. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

¹⁰⁰ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015, p. 15.

¹⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

¹⁰² BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 1990.

¹⁰³ PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

Tânia da Silva Pereira¹⁰⁴ interpreta os mencionados artigos resumindo que o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a considerar a criança e o adolescente:

- 1) Sujeitos de direitos fundamentais, o que significa que a criança e o adolescente não podem mais ser tratados como objetos passivos da intervenção da família, da sociedade e do Estado, devendo ter seus direitos garantidos e respeitados;
- 2) Pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente caracteriza as fases de desenvolvimento (criança até doze anos incompletos e adolescente de doze até dezoito anos incompletos) e considera que, por ainda estarem em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sociocultural, são merecedores de proteção por parte da família, da sociedade e do Estado, não só para a satisfação das suas necessidades básicas, como para a defesa de omissões e transgressões que possam desrespeitar seus direitos fundamentais;
- 3) Pessoas merecedoras de prioridade, garantia que compreende: a primazia em receber proteção e socorro em qualquer circunstância; a precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder, incluídos os serviços de relevância pública; a preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Esses artigos, além de apresentar os direitos e garantias fundamentais, elencam diversos princípios norteadores do direito do menor e institui os deveres da família, os quais são observados, essencialmente, em questões relacionadas à ruptura da relação conjugal, à guarda e o reflexo que ambas causam nos filhos, observa Francisco de Oliveira Martins¹⁰⁵.

Gabriela Soares Linhares Machado¹⁰⁶ aduz que, de fato, no cenário do divórcio há uma mudança no eixo das relações paterno-filiais e a criança e o adolescente passam à condição de protagonistas, muitas vezes sendo “esquecidos”, e, na esperança de preenchimento e respostas às várias formas de abandono social e psíquico que o princípio do melhor interesse vai agir.

Objetivando garantir para o menor, e dentro desse contexto, garantir para o chamado “filho do divórcio”, seus direitos fundamentais, houve uma evolução relacionada ao instituto da guarda, passando por vários. Hoje a alteração mais recente

¹⁰⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999, p. 287.

¹⁰⁵ MARTINS, Francisco de Oliveira. **Alienação Parental e a Guarda Compartilhada**. 88 p. 2012. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012

¹⁰⁶ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família**: Repercussão na relação paterno-filial. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

veio com a Lei n. 13.058/2014, para dirimir o mito do filho “mochilinha”, descreve Conrado Paulino da Rosa¹⁰⁷.

Essa necessidade de criar uma lei tornando a guarda compartilhada compulsória surgiu da primordialidade de reequilibrar os papéis parentais, diante dos problemas enfrentados pela guarda unilateral, e, de garantir o melhor interesse do menor, essencialmente relacionado a questões afetivas e emocionais, finaliza o supracitado autor.

Ainda, dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre a guarda, importante salientar que a guarda de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui numa modalidade de colocação de criança ou adolescente em família substituta, não se confundindo, portanto, com a “guarda” decorrente do poder familiar que os pais exercem em relação a seus filhos, esta regulada pelo Código Civil (art. 1634, inciso II). Em ambos os casos se está falando no direito de uma pessoa ter uma criança ou adolescente em sua companhia, porém tratam-se de institutos distintos, regulados por leis diversas. O próprio Código Civil, em seu art. 1584, §5º, ao falar da “guarda” como modalidade de colocação em família substituta, se reporta expressamente à “lei específica”, que não é outra senão o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁸.

2.3 Guarda compartilhada e o Código Civil de 2002

A modificação dos artigos 1.583, 1.584, 1.585¹⁰⁹ e 1.634¹¹⁰ do Código Civil de 2002, que surgiu com o Projeto de Lei nº 117/2013 e culminou com a Lei nº 13.058/2014, vieram trazer a guarda compartilhada como regra, entre outras modificações, tais como, a reafirmação do direito dos genitores na aquisição de

¹⁰⁷ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015, p.73.

¹⁰⁸ DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

¹⁰⁹ Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) acesso em: 06 de jun de 2017, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

¹¹⁰ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm acesso em: 06de jun de 2017

informações sobre seus filhos, no trato escolar e referente a seu estado de saúde, constituindo que as instituições que possuam tais informações fiquem obrigadas a prestá-las sob pena de multa diária, e ainda a possibilidade de exigência de prestação de contas e de encolhimento de privilégios por ambos os pais, caso o outro descumpra alguma cláusula acordada sobre a guarda.

A lei n. 13.058/2014, na visão de Rodrigo da Cunha Pereira¹¹¹, veio para possibilitar um diálogo entre os genitores que não conseguem conversar entre si, veio para “barrar o gozo” dos pais, que muitas vezes usam os filhos como moeda de troca do fim da conjugalidade e fazem disto um jogo de poder e vingança, e para evitar a alienação parental.

Para Conrado Paulino da Rosa¹¹², o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples responsabilização dos pais. “Significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: genitor e gerado”. Ou seja, de um lado haverá a revalorização do papel da paternidade e do outro a possibilitar ao infante ou adolescente um desenvolvimento psicoafetivo equilibrado, sendo protegido pelos pais e não disputado por eles.

A razão para o implemento da guarda compartilhada funda-se no fato de ser um meio para efetivar o exercício da convivência com ambos os pais, vínculo este, rompido em decorrência da separação dos pais. Desse modo, impedirá que a guarda exclusiva afaste a participação do genitor não guardião, criando assim uma faixa de comunicação real das figuras materna e paterna que estarão presentes na vida dos filhos, compreende Rafael Madaleno e Rolf Madaleno¹¹³.

Conrado Paulino da Rosa¹¹⁴ acredita que dentro da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, um dos focos da guarda compartilhada, a postura adotada foi a de não considerar mais a criança um objeto de proteção, mas sim colocá-la no papel de “sujeito protagonista e detentor de direitos prioritários em todas as esferas jurídicas e sociais”.

¹¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

¹¹² ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015, p.75.

¹¹³ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda Compartilhada: física e jurídica*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹¹⁴ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015, p. 75.

Para isso, fundamenta o supracitado autor, que desde 2008, o §1º, do art. 1.584, Código Civil, impõe ao juiz informar ao pai e à mãe o significado de guarda compartilhada, sua importância e aplicação, no momento da audiência de mediação. Espera assim, com a nova redação do diploma civil, que as salas de audiência atendam realmente a esse mister, não mais como mais uma oportunidade para se potencializar o litígio entre os cônjuges que estão se divorciando.

A nova composição da Lei n. 13.058 afasta a ideia de visitas aleatórias ou apenas nos finais de semana e mantém a obrigação judicial de se fixar o tempo/dia de convívio dos pais com o filho. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior¹¹⁵ entende que as visitas livres são prejudiciais para os pais, mas principalmente para o menor, pois este cria uma expectativa de que aquele venha lhe visitar e isso não ocorre, gerando uma frustração.

Jaqueline Cherulli¹¹⁶ ensina que o tempo de convivência da criança ou do adolescente com os genitores deve ser intensificado e dividido de forma equilibrada levando em consideração a rotina dos filhos e dos pais. Esse entendimento advindo da nova lei e do § 2º do art. 1.583, Código Civil, é fruto da “necessidade de convívio e contato físico dos filhos tanto com o pai, quanto com a mãe, pois a ausência de afeto e contato físico pode trazer marcas profundas na personalidade de crianças e jovens”.

A nova redação do art. 1.583, § 3º, Código Civil, o qual trata sobre a “base de moradia” dos filhos veio para evitar aplicações equivocadas da legislação, pois muitos Tribunais vinham deixando de aplicar a guarda compartilhada quando os genitores residiam em cidades distintas. Por isso, deve ser escolhida a residência que melhor “atender aos interesses dos filhos” utilizando perícia social e psicológica, porém em ambas as casas é imprescindível que haja um lar, um “canto seu”, explica Conrado Paulino da Rosa¹¹⁷.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior¹¹⁸ afirma que a interpretação do mencionado dispositivo diz respeito a necessidade da criança de um porto seguro, ambiente seguro e estável que a casa de origem proporciona. “Preservar este lugar

¹¹⁵ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, p. 21-36, jul/2015.

¹¹⁶ CHERULLI, Jaqueline. **A Guarda Compartilhada no Brasil**. Abril de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil>>. Acesso em 25 abr.2017.

¹¹⁷ ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015, p. 76.

¹¹⁸ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, p. 21-36, jul/2015.

significa manter constante o mundo da criança, já que o quarto da criança representa inicialmente, a extensão do seu mundo interno”. E, mais do que isso, possuir um espaço como este em cada residência representa para a criança a “comprovação concreta de ter um espaço no coração e na mente do genitor”.

Sobre mudança do parágrafo segundo, do art. 1.584¹¹⁹ do Código Civil, em que antes previa-se “sempre que possível” a guarda compartilhada seria aplicada, agora, lê-se que será imposta pelo juiz, e isso resulta em uma divisão de responsabilidades e não em uma anarquia quanto às visitas, esclarece Jesualdo Eduardo de Almeida Junior¹²⁰.

Sobre essa previsão, Flávio Tartuce¹²¹ entende que a obrigatoriedade fica clara, pois ela somente poderá ser afastada se motivada, devendo o juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

Conrado Paulino da Rosa¹²² compreende que a obrigatoriedade se impõe, pois nenhum juiz pode deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo simples fato dos genitores não concordarem com ela. Isso equivaleria a deixar o exercício de seus deveres materno e paterno, em flagrante prejuízo do maior interessado: o filho. Do mesmo modo, objetiva-se com a guarda compartilhada compulsória a modificação do pensamento daqueles que enfrentam dissoluções de relacionamentos afetivos, criando um campo neutro e não deixando que os filhos sejam objetos dessa disputa.

Dentro dos motivos que levarão a não aplicação da guarda compartilhada, quando os laços afetivos do pai e da mãe se mostrarem debilitados e se mostrem incapazes para o exercício do poder familiar, a nova lei trouxe a remodelação do art. 1.584, Código Civil e em seu § 5º a exceção de que o juiz deve deferir a guarda a terceiro que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerando

¹¹⁹ Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/.../Código%20Civil%202%20ed.pdf> Acesso em: 20 mai. 2017.

¹²⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, p. 21-36, jul/2015.

¹²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

¹²² ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo. Editora Saraiva, 2015, p. 76.

primeiramente o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, expõe Rafael Madaleno e Rolf Madaleno¹²³.

Os autores acrescentam que um terceiro também deverá deter a custódia do menor quando o juiz perceber escassa participação dos pais na vida dos menores e incapazes, nesse quadro é comum os avós ocuparem usualmente das tarefas das quais os pais é que deveriam preencher.

Maria Berenice Dias¹²⁴ ressalta a possibilidade da guarda compartilhada ser estabelecida entre os avós e os genitores, ou entre um dos genitores e os avós, já que é comum crianças e adolescentes estarem sob a guarda de terceiros, o que ocorre de forma bastante frequente em relação aos avós, como citado no parágrafo anterior.

Outra novidade introduzida pela nova lei foi o direito a informação, ideia prevista tanto no § 5º do art. 1.583, quanto no § 6º do art. 1.584, ambos do Código Civil. O primeiro refere-se a autorização àquele que não detém a guarda a supervisionar os interesses dos filhos, em “assuntos ou ocorrências que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos” explica Rafael Madaleno e Rolf Madaleno. Como também, possibilita que qualquer um dos genitores seja parte legítima para solicitar informações e prestações de contas, e, desse modo o § 6º, prevê que os estabelecimentos públicos e privados são obrigados a prestar informações sobre o filho a qualquer um dos genitores.

Essa alteração veio estabelecer uma maior igualdade entre os pais, isto porque era prática comum de muitas instituições restringir o acesso a histórico escolares, prontuários médicos, saldos de contas etc., para o genitor guardião, ficando o outro à margem da real situação da vida de suas crianças e adolescentes, esclarece Jesualdo Eduardo de Almeida Junior¹²⁵.

¹²³ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e jurídica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹²⁵ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, p. 21-36, jul/2015.

3 A tutela judicial da guarda compartilhada

Neste último capítulo serão apresentadas algumas jurisprudências, tanto favoráveis quanto desfavoráveis, nas quais o magistrado aplicou ou não a guarda compartilhada, com o objetivo de verificar se a guarda compartilhada está sendo aplicada na maioria das decisões.

3.1 Jurisprudência Favorável

Embora a Lei n. 13.058/14 tenha implantado a guarda compartilhada como regra, ainda é possível perceber que no plano fático existem dificuldades a serem superadas, mesmo após três anos da sua aprovação. Para isso, basta verificar alguns julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, referentes à regulamentação da guarda dos filhos.

Com a finalidade de se verificar como está sendo aplicada a Lei da Guarda Compartilhada, será analisado brevemente alguns julgados favoráveis do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

3.1.1 - *Apelação Cível nº 2014.061902-2 - TJSC*

Apelação Cível a seguir, cujo o número do processo é 2014.061902-2, cujo a relatora foi a Desembargadora Denise Volpato, foi dado provimento no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme expõe a ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO PAI. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. DETERMINADA A GUARDA COMPARTILHADA DO INFANTE, FIXADA A RESIDÊNCIA DE REFERÊNCIA COM O GENITOR. RECURSO DA GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DO SEU FILHO. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA REQUERIDA. INSUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. EXEGESE DO ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS GRAVES QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. REGULARIZAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA, EXERCIDA POR PERÍODO CONSIDERÁVEL, PARA GARANTIR O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR POR AMBOS OS PAIS. SENTENÇA MANTIDA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA RESIDÊNCIA DE REFERÊNCIA DO INFANTE PARA A CASA DA GENITORA. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS APTOS A JUSTIFICAR A ALTERAÇÃO. DOMICÍLIO DO GENITOR ESTABELECIDO COMO REFERÊNCIA HÁ MAIS DE SETE ANOS. DIREITO

DE VISITAS DA GENITORA ASSEGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.061902-2, de Joinville, rel. Des. Denise Volpato, j. 15-03-2016)¹²⁶.

Portanto, como visto, embora a regra seja a guarda compartilhada, ainda é possível a adoção da guarda unilateral, em virtude da mãe possuir melhores condições, e, no presente caso, através de estudo social, foi percebido que o pai estava alienando a filha, um motivo relevante para que seu recurso não fosse dado provimento, e que a guarda fosse mantida com a mãe. Porém, na maior parte das decisões do Tribunal de Santa Catarina, a guarda compartilhada está prevalecendo, como é possível perceber nos seguintes julgados:

Sobre esse julgamento, a guarda compartilhada se deu da seguinte maneira:

I) ESTABELEECER a GUARDA COMPARTILHADA do infante L. F. F. P., FIXANDO a residência de referência na casa do genitor, ora requerente;

II) FACULTAR o DIREITO DE VISITAS à requerida, da seguinte forma:

1. No primeiro e terceiro finais de semana de cada mês, das 18:00 horas de sexta-feira até as 18:00 horas de domingo, podendo pernoitar com a mãe;
2. Natal: ano par com a mãe, ímpar com o pai;
3. Festividades de passagem de ano e Páscoa: ano par com o pai, ímpar com a mãe;
4. Dias dos pais e das mães: com os respectivos genitores;
5. Aniversário da criança: ano par com a mãe, ano ímpar com o pai;
6. Férias escolares: a primeira metade com o pai e a segunda metade com a mãe;
7. Poderá a genitora ter o filho em sua companhia pelo período de 3 horas nas quartas-feiras que antecedem o final de semana em que a criança ficará com o pai.

III) FIXAR alimentos em prol do infante, na proporção e 20% dos vencimentos da genitora, deduzidos os descontos oficiais (previdência social e imposto de renda). Determino, ademais, que o valor deverá ser transferido para a conta bancária do genitor (fl. 08).

Em caso de desemprego ou labor sem vínculo formal, a verba alimentar consistirá em 30% do salário mínimo, devendo o montante, neste caso, ser depositado até o décimo dia de cada mês, na conta bancária do genitor (fl. 08).

IV) ESTABELEECER que as decisões em relação ao programa geral de educação do filho, escolha de estabelecimento escolar e atividades extracurriculares, dependerão de decisão conjunta, devendo ambos frequentar as reuniões escolares.

V) ESTABELEECER que os procedimentos médicos também dependerão de decisão conjunta, sendo que os casos de urgência poderão ser encaminhados pelo genitor que estiver com o filho, levando, imediatamente, ao conhecimento do outro. Na ausência de plano de saúde, em caso de

¹²⁶ Apelação Cível n. 2014.061902-2. Ação de guarda ajuizada pelo pai. Sentença de parcial procedência. Determinada guarda compartilhada da infante. Joinville, rel. Des. Denise Volpato, j. 15 mar. 2017. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora>. Acesso em 12 mai. 2016.

necessidade, o filho deverá ser encaminhado para atendimento através do SUS - Sistema Único de Saúde. Nas visitas a criança deverá portar a carteira de vacinação.

VI) No tocante ao lazer do infante, os genitores deverão zelar pelo exercício de atividades saudáveis, que agreguem ao desenvolvimento saudável da criança, observando-se os horários e faixa etária própria, em caso de filmes, desenhos, programas televisivos e cinema.

VII) ADVERTIR as partes sobre a prática da alienação parental, bem como das sanções aplicáveis (art. 6º da Lei 12.318/10): Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal ou da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

VIII) DETERMINAR o ACOMPANHAMENTO da família pelo serviço social forense, pelo prazo de 6 (seis) meses. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.061902-2, de Joinville, rel. Des. Denise Volpato, j. 15-03-2016)¹²⁷.

É notório que o bom seria se a criança e o adolescente não tivessem que passar pelo fim do relacionamento dos seus genitores, que a família convivesse sempre em harmonia, unida, contudo essa não é a realidade para muitos filhos, os relacionamentos findam, e aí nasce à necessidade de proteger a prole.

Para auxiliar nessa proteção surgiram, no decorrer do tempo, várias mudanças no ordenamento jurídico pátrio, com destaque para o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, esse norteador lembra a todos que o que deverá ser levado em consideração, sempre, são os interesses das crianças, como bem comenta Madaleno, Madaleno¹²⁸:

Não há dúvida de que o objetivo do ordenamento jurídico brasileiro é o de proteger os interesses dos menores enquanto pessoas dependentes dos cuidados dos seus pais. Neste sentido, todo o regramento pátrio foi direcionado para servir a este propósito, desde a Carta Magna até a criação de Leis especiais, a exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente, não restam dúvidas sobre o intuito do legislador que, nas mais diversas oportunidades, sempre reiterou a primazia dos interesses da criança e do adolescente como norma geral e abstrata, ressaltando ao julgador a devida análise criteriosa e casuística para interpretar, caso a caso, todas as singularidades da matéria, e assim avaliar esses interesses concretos que envolvem questões materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais, para chegar na melhor decisão sobre a guarda dos filhos.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada**: física e jurídica. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

E assim proteger os pequeninos de qualquer intempérie provocados por esse rompimento amoroso dos pais, esses, que muitas vezes, são os principais violadores dos direitos dos filhos, não por maldade, mas por despreparo emocional, pois ninguém é preparado para ser pai, ninguém é preparado para romper um relacionamento de forma a não machucar quem está ao redor, e é nessa hora que o Poder Judiciário é chamado a intervir, como bem leciona Gimenez¹²⁹:

Na cultura ocidental, não se tem oportunidade de se preparar os pais para o desenvolvimento de tão importante tarefa. Ao longo da vida nos são repassados vários conteúdos. Aprendemos a ler, escrever, cozinhar, plantar, dirigir, investir capital e tanta outras coisas, mas a primordial tarefa de ser pai e mãe não nos é ensinada. Ninguém nasce pai ou mãe... Nos construímos pais ou mães, em meio à cultura. Então, quando o Poder Judiciário se propõe a fornecer um espaço de análise crítica sobre essa responsabilidade familiar, se coloca, verdadeiramente, ao lado da sociedade, melhorando a ambiência onde se dão as relações de família.

Os filhos, quanto mais novos, mais precisam da presença de ambos os genitores, retirar essa experiência é praticar uma grande violência na psique desta criança, e isso, com certeza, influenciará negativamente no futuro da mesma, intervindo diretamente também na formação da sociedade:

Experiências e estudos vêm cada vez mais confirmando que as relações familiares, particularmente entre pais e filhos, são fundamentais na estruturação do psiquismo deste, pela transmissão de crenças, mitos e valores. Os fenômenos psíquicos como constructos hipotéticos reconhecidos somente pelos seus efeitos, na clínica psicológica, hoje podem ser atendidos como produções intersíquicas. Os filhos, quanto mais tenra a idade, mais dependem dos pais para desenvolver-se biológica, psíquica e socialmente, de forma adequada¹³⁰.

Assim, quando ocorre o rompimento do relacionamento amoroso dos pais, se faz necessário a discussão e determinação sobre a guarda dos filhos, preocupando-se sempre com essa necessidade que a criança e o adolescente possuem de conviver com ambos os genitores, o que se faz concluir que a guarda compartilhada é uma ótima opção, pois leva em consideração o interesse dos mesmos.

Dias¹³¹ discorre:

Compartilhar a guarda do filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhe confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo o qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações

¹²⁹ GIMENEZ, Ângela Regina Gama da Silveira. **Igualdade Parental**. Revista IBDFAM. 18. ed., Jan. 2015, p. 60.

¹³⁰ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Mota. **Família, Separação e Mediação**: uma visão psicojurídica – São Paulo/SP: Editora Método, 2007, p.65.

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 517.

devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes venham a ocorrer.

A chave para que esse tipo de guarda obtenha êxito está nos pais, de lembrá-los do quão seus filhos são importantes, de quão amados são, e conscientizá-los de que o melhor para o desenvolvimento deles será a guarda compartilhada.

3.2 Jurisprudência Desfavorável

Com a finalidade de se verificar como está sendo aplicada a Lei da Guarda Compartilhada, será analisado brevemente alguns julgados desfavoráveis do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

3.2.1 *Apelação Cível nº 2015.063771-7- TJSC*

Apelação Cível a seguir, cujo o número do processo é 2015.063771-7, cujo o relator foi o Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, foi dado provimento no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme expõe a ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA INTENTADA PELO PAI. SENTENÇA QUE MANTÉM A GUARDA DA FILHA MENOR COM A MÃE E REGULA O DIREITO DE VISITAÇÃO DO PAI. MELHORES CONDIÇÕES DA GENITORA DEMONSTRADAS FORTEMENTE. INEXISTÊNCIA DE MOTIVO A JUSTIFICAR A ALTERAÇÃO. PERMANÊNCIA DA CRIANÇA NO AMBIENTE HABITUAL. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR. ESTUDO SOCIAL FIRME EM FAVORECER A GUARDA À MÃE. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL À MANTENÇA DA DECISÃO DE MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A guarda unilateral será a atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: a) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; b) saúde e segurança; c) educação (CC, art. 1.583, § 2.º). II - Demonstrado nos autos que a genitora exerce guarda de forma coerente e possui condições para tanto, suprimindo necessidades materiais e imateriais da menor, não existem motivos para modificar o ambiente habitual da criança que já convive com a mãe. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.063771-7, de Ituporanga, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 17-03-2016)¹³².

¹³² SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento, n. 2015.021779-7. Ação de destituição do poder familiar que manteve o abrigo da menor e indeferiu o pedido de visitas da mãe. Braço do Norte, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 12 nov. 2015. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora>. Acesso: 12 mai. 2017.

Os acórdãos contrários a guarda compartilhada observam em sua análise, pelo melhor interesse da criança e do adolescente, desde as demonstrações dos dissabores envolvendo os pais, questões afetivas, de tempo, até constatações de alienação parental¹³³.

Notório é que a guarda compartilhada é uma grande arma para inibir a alienação parental, contudo, nesse acórdão, o magistrado tendo como base o caso concreto, e percebendo que a alienação parental já havia acontecido, bem como a síndrome aparecendo em elevado grau, concluiu por bem que o melhor para a criança era a guarda unilateral, ofertada ao pai.

Além disso, a guarda conjunta não deve ser confundida com a guarda alternada, pois, na guarda compartilhada, há a divisão das responsabilidades, porém, é fixada como residência da criança a moradia de um dos dois genitores, conforme visto no julgado acima, e, na guarda alternada, não há necessariamente a divisão de poderes¹³⁴.

A responsabilidade com os filhos é a mesma para o pai e para a mãe. Ainda, para Rosa¹³⁵ a guarda alternada, sequer tem previsão legal, pois, o art. 1583 do Código Civil é bem taxativo quanto a essa possibilidade, “a guarda será unilateral ou compartilhada”¹³⁶.

Assim, verifica-se que o sustentáculo de todos os acórdãos realmente é a análise do caso concreto, aparentemente sempre buscando o melhor para a criança e o adolescente. Nem todos os acórdãos demonstraram o zelo que requer esse tipo de decisão, apresentando relatórios superficiais e fundamentação fraca, não convencendo que sua decisão foi realmente pautada num vasto estudo do caso e preocupação com a criança, todavia, felizmente esses foram minoria. No que abrangeu esta pesquisa, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina demonstrou, na prevalência de seus acórdãos, verdadeira preocupação com o melhor interesse da criança e do adolescente.

No caso de discussão sobre guarda, sempre se deve analisar o caso concreto, levando-se em consideração o bem-estar da criança, sendo que esta pesquisa mostra

¹³³ FREITAS, Douglas Phillips. **A Nova Guarda Compartilhada**. 2 ed. Voxlegem, 2015.

¹³⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **A Nova Guarda Compartilhada**. 2 ed. Voxlegem, 2015.

¹³⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹³⁶ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

que o melhor para o filho é a presença de ambos os genitores em sua vida, de maneira equilibrada, e o modelo que consegue produzir esse resultado é a prática da guarda compartilhada, Madaleno e Madaleno¹³⁷ fazem algumas orientações quanto à mesma:

[...] a guarda compartilhada deve sempre considerar as condições fáticas e os interesses superiores dos filhos, pois deles são as prioridades a serem consideradas com vistas ao bem estar, devendo a decisão judicial acerca da guarda conjunta relativa à divisão do tempo de convívio com os filhos ponderar, por exemplo, questões relacionadas à faixa etária do filho e a outros pressupostos de seu interesse, levando exatamente em conta que a guarda compartilhada tem em mira permitir a cada um dos pais o direito de poder participar das mais relevantes decisões pertinentes a seus filhos comuns, sempre na intenção de proteção da prole, durante seu estágio de crescimento, desenvolvimento e estabilidade emocional, desenvolvendo à vida dos filhos de pais separados a participação efetiva de ambos os genitores na sua formação social, psicológica, afetiva, espiritual, e no tocante à sua educação.

Após todo o arcabouço angariado na pesquisa, demonstrando que a guarda compartilhada é de interesse da criança e do adolescente, ou melhor, é a prática que melhor traduz o que os mesmos precisam, caso haja o rompimento do relacionamento amoroso de seus pais, claro que sempre observando o caso concreto, compreende-se os motivos que levaram o legislador a modificar alguns artigos, dando vida a Lei 13.058/14.

Gimenez¹³⁸ é enfática quando fala desta:

Reafirmo que a adoção da guarda compartilhada não é mais uma questão de opinião ou de preferência, mas sim uma imposição legal. Não se cogita mais em subjugar-la, sem que com isso se esteja ferindo a norma vigente. Assim, os casos em que a guarda compartilhada não será aplicada remontam as exceções, igualmente previstas em lei. São casos extremos de condutas ilícitas, como aquelas que envolvem violência doméstica, drogas, detenção, dentre outras. Porém, para essa excepcionalidade, valemo-nos de todo arcabouço legal existente, como por exemplo os preceitos contidos na Lei Maria da Penha, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Penal e leis correlatas. Isso porque, como já afirmamos anteriormente, a relação entre pais e filhos significa um direito dos genitores, mas principalmente, um dever advindo das relações parentais.

Como já explicitado nesta, os casos de litígio não afastam a aplicação da guarda compartilhada, contudo quando a discórdia está instaurada o juiz deve utilizar de todos os meios para apaziguar esse núcleo familiar, pois um ambiente assim é inóspito para os pequeninos, e desse modo, uma das opções é optar pela mediação:

A mediação se apresenta, destarte, como a elaboração de um conflito a serviço de um sujeito terceiro e imparcial que, em um contexto autônomo com relação ao procedimento judiciário, tende a garantir alguma (re)organização

¹³⁷ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e jurídica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 459.

¹³⁸ GIMENEZ, Ângela Regina Gama da Silveira. **Igualdade Parental**. Revista IBDFAM. 18. ed., Jan. 2015, p. 7.

das relações. Os mediandos não atuam como adversários, mas como corresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador¹³⁹.

O trabalho dos psicólogos, assistentes sociais e mediadores são uma excelente ajuda ao Judiciário, principalmente no direito de família, todos em prol da dissolução dos litígios. E para evitar essas discussões a respeito da guarda dos filhos, faz-se necessário um trabalho árduo do Estado de conscientização da população sobre a guarda compartilhada, dizimando qualquer inverdade ou ignorância a respeito da mesma, elaborando projetos que atuem efetivamente nas comunidades, explicando da nova realidade da sociedade, com homens que lutam para obter o direito de exercer plenamente seu papel de pai e em que mulheres precisam tirar o sobrepeso de tantas funções assumidas:

Assim, vivemos novos tempos e reconhecemos que não apenas os homens vêm lutando para o exercício pleno de sua paternidade, inserindo nele a função de cuidador. Também as mulheres, cada vez mais, querem sair do restrito espaço privado, para ganhar os espaços públicos de trabalho, de política, arte e tantos mais. Vivemos mediante a existência de novos arranjos familiares, onde o afeto é o elo identificador de uma família, principalmente quando falamos de parentalidade¹⁴⁰.

A proteção à família acima de tudo, seja qual forma ela tomar, pois seu princípio e continuidade estão alicerçados no afeto. Essa proteção do Estado à família é uma forma de inteligência administrativa, pois ela continua sendo à base da sociedade, ou seja, bons cidadãos advêm de bons núcleos familiares, e é por isso a cobrança por maior intervenção Estatal na proteção das mesmas. Gimenez¹⁴¹ elenca vários posicionamentos necessários, de forma brilhante:

Que os genitores se co-responsabilizem pelos cuidados com os filhos, retirando das mulheres o peso da dupla jornada. Que o Estado desenvolva políticas públicas voltada para aqueles que, muitas vezes, não possuem nem ao menos uma passagem de ônibus para buscar seus filhos, conhecendo o serviço de babá apenas se for exercê-lo. Que possamos caminhar firmes, aprofundando nossas reflexões, incluindo outras variáveis sociais que são determinantes, tais como a situação das mães abandonadas, dos alcoólatras, dos transexuais, dos aidéticos, dos transtornados mentalmente, dentre outros. Todas essas pessoas, como cada um de nós, têm filhos e amor.

Que as crianças e os adolescentes sejam sempre protegidos, que os adultos consigam resolver seus problemas de modo a não envolvê-los, não prejudicando seu

¹³⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

¹⁴⁰ GIMENEZ, Ângela Regina Gama da Silveira. **Igualdade Parental**. Revista IBDFAM. 18. ed., Jan. 2015, p. 8.

¹⁴¹ Idem.

crescimento e desenvolvimento, ao contrário, estimulando-os positivamente, e se isso não acontecer, que o Estado consiga intervir para evitar prejuízos aos pequeninos.

CONCLUSÃO

O tema deste trabalho monográfico foi a Guarda compartilhada como instrumento de concretização de direito à convivência familiar. Entre as modalidades de guarda, a espécie compartilhada é, sem dúvida, a alternativa que mais se aproxima da garantia do melhor interesse da criança.

Assim, para que a guarda conjunta seja aplicada de forma eficiente, é necessário que os pais não criem obstáculos, e sempre que possível, utilizem os meios alternativos para solução de conflitos. Desse modo, evita-se expor demasiadamente a família, e, contribui-se para que a criança tenha seu direito de conviver com ambos os pais.

Além disso, para a solução de problemas familiares, disputas de guarda, alimentos, entre outros assuntos, é imprescindível o diálogo entre os pais, utilizando-se a mediação ou a conciliação como meio eficaz para resolução de conflitos no direito de família, pois, o seu resultado é atingido com mais rapidez, e as partes ficam mais satisfeitas, porque, foram elas que decidiram.

Durante muitos anos a guarda unilateral foi o modelo aplicado aos litígios referentes a guarda dos filhos. Porém, o Brasil seguindo o mesmo paradigma de outros países, em 2008 criou a primeira Lei que trata da guarda em conjunto. A Lei n. 11.698/08, que, possibilitou aos pais o modelo da guarda compartilhada como uma opção quando houvesse separação do casal. Em 2014, foi promulgada a Lei n. 13.058, que passou aplicar a guarda compartilhada como regra, pois antes de 2014, a guarda compartilhada era apenas uma alternativa à guarda exercida de forma unilateral.

A guarda é um atributo do poder familiar, é dever de ambos os genitores, não podendo os pais se eximirem das suas responsabilidades referentes aos cuidados com os filhos. A expressão guarda se refere à segurança, proteção, e, por isso, é um direito dos filhos e um dever dos pais.

Inicialmente, durante a vigência do Código Civil de 1916 o pai era o chefe da família, à ele eram concedidos todos os direitos em relação à prole, no entanto, no decorrer dos anos, a mulher foi conquistando seu espaço e adquirindo mais direitos e liberdade em relação ao marido. No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988, o homem e a mulher passaram a ter direitos e deveres iguais. Porém, até hoje, existe a concepção de que os filhos devem permanecer com a mãe, pois, naturalmente ela possui mais habilidades para cuidar da prole.

Entretanto, como o cuidado dos filhos é dever de ambos os genitores, pois, os pais possuem direitos e deveres iguais. A guarda, em caso de separação, deve permanecer sendo exercida de forma conjunta, com as responsabilidades divididas entre os pais, na mesma forma que era desempenhada anteriormente à dissolução do casamento.

Dentre as espécies de guarda, o Código Civil é bem taxativo, e, no seu art. 1584, afirma que a guarda será unilateral ou compartilhada. A modalidade de guarda unilateral foi a que prevaleceu durante muitos anos, porém, essa modalidade dificulta que os dois genitores exerçam de forma simultânea os cuidados e responsabilidades dos filhos. Diferentemente da guarda compartilhada, em que seu objetivo é permitir que ambos os pais desempenhem a guarda e os seus deveres referentes aos filhos menores de idade.

O modelo de guarda conjunta no Brasil segue o exemplo de outros países, e, principalmente o modelo de guarda dos filhos praticado em Portugal. Nos Estados Unidos da América, a utilização dessa modalidade é bem avançada e prevalece na maioria das decisões, pois, nesse país, há programas para estimulação da modalidade de guarda exercida de forma conjunta.

Para decidir pela guarda compartilhada, os magistrados devem analisar de forma minuciosa a vida da família. Assim, o Juiz terá auxílio de peritos, psicólogos, assistentes sociais, e caso necessite, poderá pedir o parecer de um médico, para definir a modalidade de guarda a fim de garantir o melhor interesse da criança.

É importante salientar, que o modelo de guarda compartilhada possui mais vantagens do que desvantagens, ainda mais, se os próprios pais decidirem conciliar. Desse modo, permite que os dois genitores possam se responsabilizar pela vida da criança, e, além disso, possibilita que a criança conviva ao mesmo tempo com o pai e a mãe, não havendo, dessa forma, disputas pela criança, mas sim, auxílio um do outro para que os filhos cresçam em um ambiente saudável e feliz, possibilitando que prevaleça a supremacia do instituto do melhor interesse da criança.

O Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 2011, tem entendido que a utilização do modelo compartilhado de responsabilidades deve permanecer, visto que, é a alternativa mais benéfica aos pais e aos filhos. Devendo sempre, ser considerada a opção que melhor atender as necessidades da criança.

A Lei n.13.058/14 foi elaborada com o objetivo de suprir as dúvidas relacionadas a Lei n. 11.698 de 2008, pois, a guarda compartilhada era frequentemente confundida com a guarda alternada, em que as responsabilidades em relação aos filhos são exercidas de forma intercalada. Na forma de compartilhamento de responsabilidades, segue o modelo exercido antes da separação do casal, em que os dois genitores são responsáveis pelos filhos durante o mesmo período, cabendo, aos dois pais a responsabilidade pelas atividades e pela vida do filho.

Deste modo, se os pais mantiverem boas relações e diálogo, não será necessário que a ação referente à guarda seja por meio judicial. Apenas, será assinado um Termo, em que as partes deixarão estabelecida a forma que será exercida a guarda compartilhada. Após, será dado vistas ao Ministério Público, e, se não tiver nenhuma irregularidade, o acordo será homologado pelo juiz da Vara da Família. Evitando assim, expor a família, a demora em solucionar o litígio e as custas excessivas. Portanto, proporciona às partes a possibilidade de manterem um bom relacionamento, pelo menos, no que diz respeito à criação e educação dos filhos.

Por fim, a guarda compartilhada deve sempre que possível ser aplicada, pois, tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação de seus genitores, possibilitando que a criança conviva com ambos os pais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, p. 21-36, jul/2015.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientados do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.59-71.

ARAÚJO, Ynderlle Marta de. **A alienação Parental no Ordenamento Jurídico**. Março de 2013. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/876/A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+Ordenamento+Jur%C3%ADico+Brasileiro>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In: SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Colaboração de Rodrigo da Cunha Pereira, Carlos Roberto Bonato, Willian Diniz Maia. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.p.53-71.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. O Poder da Identidade. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 2.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Mota. **Família, Separação e Mediação: uma visão psicojurídica** – São Paulo/SP: Editora Método, 2007.

CHERULLI, Jaqueline. **A Guarda Compartilhada no Brasil**. Abril de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil>>. Acesso em 25 abr.2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org): **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 11 abr 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 6ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2014, v.6.

FREITAS, Douglas Phillips. **A Nova Guarda Compartilhada**. 2 ed. Voxlegem, 2015.

FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição**: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. 2 ed. São Paulo: Unesp, 1991.

GIMENEZ, Ângela Regina Gama da Silveira. **Igualdade Parental**. Revista IBDFAM. 18. ed., Jan. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto Rios. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014. v. 6.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 247.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família**: Repercussão na relação paterno-filial. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia%3A+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e jurídica.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.

MALVEIRA, Jamille Saraty. **“Tomem que o filho é de vocês!”: sobre a lei da guarda compartilhada obrigatória.** Junho de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Jamille%20Saraty%20Malveira>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MARTINS, Francisco de Oliveira. **Alienação Parental e a Guarda Compartilhada.** 88 p. 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.** São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 22. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 16 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 2. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar.** Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1999.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada.** Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

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: Lúmen Juris, 2005.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Guarda Compartilhada: Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008.** São Paulo. Editora Imperium, 2009.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder familiar na atualidade brasileira.** Abril de 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova lei da Guarda Compartilhada.** São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento, n. 2015.021779-7. Ação de destituição do poder familiar que manteve o abrigo da menor e indeferiu o pedido de visitas da mãe. Braço do Norte, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 12 nov. 2015. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora>. Acesso: 12 mai. 2017.

SANTA CATARINA: Apelação Cível n. 2014.061902-2. Ação de guarda ajuizada pelo pai. Sentença de parcial procedência. Determinada guarda compartilhada da infante. Joinville, rel. Des. Denise Volpato, j. 15 mar. 2017. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora>. Acesso em 12 mai. 2016.

SILVA, Ana Maria Milano Silva. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 4. ed. São Paulo. Editora Distribuidora, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo. Editora Método, 2015. v. 5.

TUCCI, Rogério Lauria. União estável e respectivos efeitos patrimoniais. **Revista do Advogado**, ano XXV, nº 98-102, p. 101, abr. 2005, p. 35.

WALD, Arnaldo. **Novo Direito de Família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212.