

CURSO DE DIREITO

Everton Trindade Dutra

GUARDA COMPARTILHADA E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

Venâncio Aires

2017

Everton Trindade Dutra

GUARDA COMPARTILHADA E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Everton José Helfer de Borba
Orientador

Venâncio Aires

2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do/a acadêmico/a Everton Trindade Dutra adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Venâncio Aires, 22 de junho de 2017.

Prof. Dr. Everton José Helfer de Borba
Orientador

É mais fácil construir crianças fortes do que consertar homens quebrados!

(FILME – Código de silêncio)

AGRADECIMENTOS

Agraço a Deus por me transmitir forças para seguir em frente, e não desistir de meus ideais.

Agradeço aos meus familiares pelo incentivo, aos professores pela paciência em compartilhar seus saberes, sempre orientando os alunos na busca pelo conhecimento.

Agradeço aos colegas do Curso de Direito pelos ensinamentos e amizades. Ao professor orientador, Everton José Helfer de Borba, pelo encorajamento e sabedoria transmitida na realização desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema guarda compartilhada e sua relevância social. Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática, bem como o aspecto prático realizado através da análise jurisprudencial. Para tanto, utiliza-se o método hermenêutico de pesquisa, o qual consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. O objetivo do trabalho é analisar a Guarda Compartilhada, com ênfase no melhor interesse da criança e do adolescente, visto como a solução menos gravosa para o crescimento saudável dos filhos havidos em comum. Partindo-se do pressuposto de que a convivência familiar é um direito próprio da criança e do adolescente, consistente no princípio do melhor interesse do menor, bem como considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, a guarda compartilhada e sua relevância social é um tema que se apresenta como fundamental para todo e qualquer cidadão da modernidade, haja vista as modificações ocorridas na família contemporânea, restando comprovada que a guarda de filhos com o devido compartilhamento entre os genitores, é a melhor forma da criança ou o adolescente se desenvolverem saudavelmente em seus aspectos sociais e principalmente o desenvolvimento psicológico.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; Interesse do menor; Desenvolvimento psicológico.

ABSTRACT

This monographic work deals with the theme shared guard and its social relevance. It is intended, in the light of the recent and relevant literature on the situation on the screen, to analyze, discuss and present the main theoretical aspects that involve this problem, as well as the practical aspect accomplished through the jurisprudential analysis. For this, the hermeneutical method of research is used, which basically consists of reading, writing and comparing the theories of the main authors of the Law that deal with this problem. The purpose of the study is to analyze Shared Guard, with emphasis on the best interest of the child and the adolescent, seen as the least burdensome solution to the healthy growth of the children. Based on the assumption that family coexistence is a child and adolescent's right, consistent with the principle of the best interest of the child, as well as considering the main aspects related to the literature in focus, shared custody and its social relevance is a theme that presents itself as fundamental to every citizen of modernity, given the changes that have taken place in the contemporary family. It remains to be seen that childcare with due sharing among the parents is the best form of the child or the adolescent if Health, and especially psychological development.

Keywords: Shared guard; Interest of the child; Psychological development.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PODER FAMILIAR.....	10
2.1	Evolução histórica do poder familiar.....	10
2.2	Titularidade do poder familiar	13
2.3	Exercício do poder familiar	14
2.4	Suspensão, extinção e perda do poder familiar	17
2.5	Síndrome da alienação parental	20
3	DA GUARDA	26
3.1	Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira.....	26
3.2	Das espécies da guarda.....	29
3.3	Da guarda unilateral.....	29
3.3.1	Direito de visitas ou convivência.....	31
3.4	Da guarda compartilhada	33
3.4.1	Das vantagens da guarda compartilhada.....	39
3.4.2	Das desvantagens da guarda compartilhada	40
3.5	O melhor interesse da criança e do adolescente	41
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA ...	44
4.1	Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	44
4.2	Decisões do Superior Tribunal de Justiça	50
4.3	Direito internacional, sentença estrangeira envolvendo guarda compartilhada.....	57
5	CONCLUSÃO	64
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia está voltado a analisar os aspectos da guarda compartilhada, a qual é baseada na ideia de cooperação entre os pais já separados, no comprometimento de ambos para o cuidado dos filhos havidos em comum, buscando minimizar os danos causados pela separação, a fim de que os filhos venham a obter um crescimento psicológico e físico de forma saudável.

A guarda compartilhada busca a cooperação de ambos os pais na criação dos filhos, com base no princípio do melhor interesse do menor, norteador do referido tema, para que estes venham a se desenvolver saudavelmente, com a personalidade adequada ao convívio social.

Todo plano de cuidado dos filhos é acompanhado de problemas adicionais, o que se torna alvo de desfavores, assim ocorre em todas as espécies de guarda. Na guarda compartilhada, quando não houver um bom diálogo e a cooperação de ambos os pais na criação dos filhos, pode se tornar um problema. O conflito familiar decorrente da separação conjugal traz malefícios ao crescimento e amadurecimento saudável dos filhos, afetando o fator psicológico da criança, justo na fase de desenvolvimento, o que pode acarretar em uma personalidade conturbada.

O objetivo do trabalho é analisar o instituto da Guarda Compartilhada, modelo mais adequado para a criação dos filhos, com ênfase no interesse da criança e do adolescente, visto como a solução menos gravosa para o crescimento saudável dos filhos havidos em comum. Serão verificados os aspectos legais e constitucionais que priorizam a guarda compartilhada como a maneira mais adequada a ser decretada pelo juiz após a separação dos pais, quando ambos possuírem competência para tanto.

Ao final do presente trabalho pretende-se chegar à conclusão da seguinte indagação: A guarda compartilhada favorece o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente atendendo o seu melhor interesse e também seu direito ao convívio com ambos os genitores de forma mais ativa?

Será utilizado o método hermenêutico para a realização da presente monografia, através da interpretação de obras que abordam sobre a Guarda Compartilhada, onde se extrairá a melhor contribuição para o desenvolvimento do trabalho. Assim, para facilitar a compreensão do processo de evolução do referido

tema, será analisada a jurisprudência, como procedimento documental, objetivando extrair o posicionamento dos tribunais, acerca da Guarda Compartilhada.

A presente monografia está dividida em três capítulos, sendo que no primeiro será abordado sobre os aspectos do Poder Familiar, o qual consiste na atribuição de direitos e deveres que os pais têm em relação aos filhos, o referido capítulo consiste em uma breve explanação sobre a evolução histórica do Poder Familiar, a quem é atribuída a titularidade do referido atributo, bem como o exercício do mesmo, as causas de suspensão, extinção e perda, também alguns esclarecimentos referente à alienação parental.

No segundo capítulo serão analisados os aspectos da Guarda, cuja implica na prestação de assistência moral, material e física dos filhos, sobre as espécies de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico. O exame sobre a guarda compartilhada, quando ambos genitores demonstram aptidão para o compartilhamento, sendo o tema principal do presente trabalho de conclusão de curso e finalizando o capítulo na abordagem sobre o melhor interesse da criança e do adolescente.

No terceiro capítulo far-se-á uma análise jurisprudencial a respeito das questões envolvendo a guarda de crianças, buscando uma orientação a respeito do posicionamento dos tribunais frente a cada caso.

O trabalho ressalta a importância da convivência dos filhos, constantemente ou com maior frequência, com ambos os genitores, após a separação conjugal, sendo a melhor maneira e aconselhada nos dias atuais pelos tribunais e especialistas, sob guarda compartilhada, em virtude do favorecimento ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, devendo seus interesses prevalecerem acima de qualquer conflito existente entre seus genitores, afinal separados estão os pais e não os filhos.

2 PODER FAMILIAR

Neste capítulo será abordado algumas características do poder familiar, o qual encontra sua origem no artigo 229 da Constituição Federal, que disciplina os deveres inerentes aos pais de assistirem, criarem e educarem seus filhos menores.

A abordagem passará por uma breve explanação sobre a evolução histórica do referido instituto, na sequência sobre a titularidade, o exercício, as causas de suspensão, extinção e perda do poder familiar e finalizando o capítulo com a denominada Síndrome da Alienação Parental.

2.1 Evolução histórica do poder familiar

A doutrina toma o direito romano como ponto de partida para o estudo evolutivo do poder familiar, assim, pátrio poder, que remonta ao termo romano *pater potestas*, cujo significado conferia poder absoluto e ilimitado ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos, da esposa, dos escravos e todos assemelhados pela grande família romana (GRISARD FILHO, 2010).

O *pater familias* era exercido de forma incontestável pelo chefe da família, ao qual era concebido até mesmo o direito de matar o próprio filho (*jus vitae et necis*), também tinha o poder de vendê-los, pelo período de até cinco anos, que na época era uma forma momentânea de suspensão do poder familiar.

Outro aspecto no direito de venda sobre o filho (*ius vendendi*), era o fato de que havia a possibilidade de o pai entregar o filho à um terceiro, quando o infante houvesse causado algum tipo de dano (*ius noxae deditio*), como forma de reparar aquele prejuízo mediante a prestação de serviços para a vítima.

Além desses aspectos, também havia a possibilidade de o chefe da família abandonar o filho a própria sorte, quando este nascesse com algum tipo de deficiência (*ius exponendi*) (MADALENO, 2011).

Nos mesmos moldes, Venosa (2012), explica que no direito romano a autoridade do chefe da família era fundamental para manter unido e sólido o grupo familiar. O (*pater, sui, juris*), tinha o direito de punir, matar e vender os filhos, o patrimônio era integralmente do pai.

A partir do Cristianismo houve relevantes mudanças nesse sistema de predominância total do pai em relação aos filhos, aos pais começou a ser imposto o

dever de educação e proteção dos filhos, sendo proibida a venda, morte ou entrega do filho a um credor (GRISARD FILHO, 2010).

O termo utilizado anteriormente, “poder pátrio”, era uma flagrante conotação machista, nesse sentido Dias (2013, p. 434), refere que “só mencionava o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar”.

Mudança ocorrida também em virtude das transformações sociais e novos conceitos jurídicos, sendo seu conceito, nas palavras de Gonçalves (2014, p. 417): “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Assim, o poder pátrio deixou de ter o caráter absoluto do qual era revestido no direito romano, sendo cogitado até mesmo em denomina-lo de “poder dever”, uma vez que confere aos pais mais deveres do que direitos.

Do mesmo modo, Lôbo (2010), refere em sua obra que a evolução do poder familiar foi gradativa ao longo dos séculos e deu-se em relação do poder de um sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, no melhor interesse deles e da convivência familiar.

Portanto, os pais deixaram de exercer um poder absoluto sobre a vida dos filhos para assumirem o dever de proteção de sua prole, com o acompanhamento durante todo o processo de amadurecimento e formação de sua personalidade (MADALENO, 2011).

O poder familiar consiste na complexidade da responsabilidade dos pais em criar os filhos da melhor forma possível, dando todo apoio necessário para tanto, como alimentos, educação, segurança, saúde, condicionando-os fisicamente e psicologicamente para a vida em sociedade.

Assim, conforme Gonçalves (2014), com a influência do Cristianismo, o poder familiar passou a constituir um conjunto de deveres, que se converteu em uma regra protetiva.

Deste modo, analisando a noção do pátrio poder em Roma com a atual definição do poder familiar, nota-se uma radical mudança, sendo que o poder familiar tem como objeto, a proteção dos filhos, além da compreensão mútua e igualdade no exercício de direitos e deveres pelos pais (VENOSA, 2012).

O Código Civil de 1916, que vigorou até 2002, passou por sensíveis

transformações em virtude de diversos movimentos, os quais buscavam os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre estes e os pais. Por fim, o Código Civil de 2002, atribuiu a ambos os pais, a direção da criação e da educação dos filhos, consubstanciado em seus artigos 1.631 e 1.634 (GRISARD FILHO, 2016).

Nesse sentido, verificar-se-á o artigo 1634 do Código Civil de 2002, em matéria de competência do exercício do poder familiar:

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:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

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

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

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

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (CÓDIGO CIVIL, 2002, grifado no original).

Importante destacar que o conjunto de direitos e obrigações acima referido é apenas um rol mínimo, sem excluir outros que seguem nesse sentido, buscando a finalidade de proteger os filhos.

Do mesmo modo, conforme Grisard Filho (2010, p. 35), Poder Familiar “é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da minoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental moral, espiritual e social”.

Compete aos pais formar os filhos para a vida, tornando-os pessoas capazes de gerir sua própria vida e fazer parte da sociedade. Destarte, Gonçalves (2014, p. 418), diz que “o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público”.

Portanto, o poder familiar consiste num conjunto de direitos e deveres que os pais têm em relação aos filhos, no que diz respeito à educação, segurança,

alimentação e todas as necessidades que a criança possui para que possa se desenvolver saudavelmente.

2.2 Titularidade do poder familiar

No antigo Código Civil de 1916, predominava a *pátria potestas*, a qual, como já visto anteriormente, concebia ao chefe da organização familiar, a titularidade exclusiva do pátrio poder, somente na falta ou impedimento deste, passava-se a titularidade para a mulher. A partir de 1962 com a promulgação da lei nº 4.121, a esposa passou a colaborar no exercício do pátrio poder, no entanto, havendo divergência, era a decisão do pai que prevalecia, não existindo uma paridade entre as relações, o que fazia coro com o denominado *pátrio poder* (MADALENO, 2011).

Atualmente, tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se dividem igualmente entre os pais, constituindo uma série de direitos e deveres, bem como conferindo a isonomia na relação (DIAS, 2013).

Neste seguimento, Gonçalves (2014), menciona que a igualdade quanto a titularidade do poder familiar, se concretizou de fato com o advento da Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 5º, o qual dispõe sobre a igualdade do homem e da mulher quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

O poder familiar não se perde com o divórcio ou a separação, uma vez que tal atributo decorre da paternidade e da filiação e não do casamento ou união estável (VENOSA, 2012).

No mesmo sentido, Lôbo (2010), diz que havendo separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, o poder familiar permanecerá íntegro, salvo quanto ao direito de ter o filho sob sua companhia ininterruptamente, restando ao não guardião o direito de visitas, mas quanto as decisões fundamentais para os interesses dos filhos, como a educação por exemplo, essas continuarão na titularidade de ambos os genitores.

Deste modo, destaca Cahali (2005, p. 909), sobre a disposição contida no artigo 1.632 do Código Civil:

Conquanto disponha o art. 1.632 do CC que a separação, o divórcio e a dissolução de união estável não alteram a relação entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos, é certo que esta simples circunstância, com seus consectários

naturais, faz com que o genitor privado da guarda do filho se sujeite a um enfraquecimento de seus poderes paternos.

Portanto, a titularidade do poder familiar pertence a ambos os pais, ainda que separados, mesmo que haja o enfraquecimento quanto ao exercício pelo genitor que foi privado da guarda do filho.

2.3 Exercício do poder familiar

O poder familiar deve ser exercido num ambiente de compreensão e entendimento, conjuntamente pelo pai e pela mãe, em igualdade de condições, conforme o artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988:

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

Tal igualdade visa coibir que ocorra qualquer tratamento discriminatório entre os gêneros sexuais, embora a questão precise ser trabalhada em suas diferenças sociais, econômicas e psicológicas.

Com a promulgação da CF/88, a prevalência masculina foi eliminada entre os integrantes do grupo familiar impondo aos cidadãos um modelo único de moral familiar (MADALENO, 2011).

Os direitos e deveres referidos no artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal decorrem da evolução da sociedade, aos avanços tecnológicos e sociais, onde a mulher já não mais se atém apenas as tarefas domésticas, ocorrendo uma grande revolução no campo social (GONÇALVES, 2014).

O Código Civil de 2002, demonstra em seu artigo 1.631 que durante o casamento ou a união estável, o poder familiar é de competência de ambos os pais, cabendo com exclusividade à um deles, somente em caso de falta ou impedimento do outro, obtendo a possibilidade de recurso ao poder judiciário em caso de divergência quanto ao exercício, ou seja, a maneira de prover a criação dos filhos.

Quanto melhor for o entendimento e a compreensão, mais facilmente será

exercido o poder familiar e em última análise deverá se recorrer ao judiciário em caso de discordância.

Nesse sentido, Gonçalves (2014, p. 419), cita que o referido instituto “é um *múnus público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho” (Grifo no original).

No Estatuto da Criança e do Adolescente, tal igualdade é prevista no artigo 21, com o primordial enfoque no melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, o referido artigo demonstra que o poder familiar deverá ser exercido em igualdade de condições, tanto para o pai, quanto para a mãe em conformidade no que dispuser a lei civil, sendo assegurado a qualquer deles o direito de recorrer ao judiciário em caso de discordância.

O poder familiar faz parte do estado das pessoas, sendo irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, ou seja, é vedado aos pais realizar qualquer tipo de transação ou transferência do exercício do poder familiar quanto à pessoa dos filhos. A imprescritibilidade diz respeito ao fato de que o poder familiar não decai pelo não exercício do mesmo, podendo ser verificado no caso concreto a constatação do abandono afetivo que poderá gerar uma ação de indenização (GONÇALVES, 2014).

O dano afetivo enquadra-se no gênero dos danos morais, pois atinge a criança ou o adolescente, em consequência do descumprimento do dever de possibilitar a convivência familiar após a ruptura do relacionamento entre os genitores (CAMARGO NETO; SILVA, 2011).

Nesse sentido, Maciel (2014), alude que o papel dos pais não se limita apenas aos aspectos patrimoniais, sendo a assistência emocional concebida como uma obrigação legal dos genitores, referindo-se à interpretação extensiva do que está contido no artigo 229 da Constituição Federal, cujo engloba além do dever de sustento, a assistência imaterial relativa ao afeto, ao carinho e ao amor.

Conforme Grisard Filho (2010, p. 43), “o poder familiar é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração dos bens, guarda), um *officium*, supervisionado pelo Estado, a fim de que, no seu exercício, sejam evitados abusos”.

A educação e a criação do filho devem ser dirigidas pelos pais, ou seja, o filho deve permanecer no seio da família, de modo a conviver constantemente, como também preconiza o artigo 19 do ECA (1990), “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família

substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

No mesmo sentido, a educação e criação dos filhos é voltada ao atendimento das necessidades materiais e morais do menor, devendo, até mesmo o Estado intervir para que se concretize esse dever. É o que consta na nossa Carta Magna (1988), em seu artigo 229, “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Dever previsto também no Estatuto da criança e do adolescente (1990), “art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Educar, diz respeito quanto a orientação da criança no desenvolvimento de sua personalidade, aptidões e capacidade, concedendo instruções básicas, dentro das condições socioeconômicas (MACIEL, 2014).

Assim como existe o dever de educar, na mesma linha segue o dever de correção e de disciplina, estes últimos estão englobados no dever de educar, assim os pais devem exigir o respeito e a obediência dos filhos, impondo-lhes limites desde o princípio, para que posteriormente não seja mais difícil de corrigi-los, tendo em vista a formação da personalidade dos mesmos, cuja pode ser moldada durante o desenvolvimento.

Incumbe aos pais, ter os filhos em sua companhia e sob sua guarda, podendo reclamá-los de quem os detenha ilegalmente, através de uma ação de busca e apreensão, sendo vedado aos responsáveis, entregar o filho a pessoa inidônea, ato tipificado como crime previsto no artigo 245 do Código Penal.

A guarda é um direito de reter o filho no lar, zelando pelo seu bem-estar, sua conduta e saúde, proibindo-o de conviver em más companhias, preservando sua integridade moral, atributos inerentes ao melhor interesse da criança e do adolescente.

A referida função é decorrente do dever incumbido aos pais em assistir os filhos menores, cujo significado expressa a obrigação dos genitores em se fazerem presentes na vida dos filhos, mantendo contato com os mesmos e também a comunicação, possibilitando, contudo, o exercício dos deveres de criação e

educação, assegurando os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (GRISARD FILHO, 2010).

Deste modo, Venosa (2012), enfatiza que é obrigação dos pais tornar seus filhos úteis à sociedade, sendo suas atitudes um exemplo a ser seguido pelos filhos, pois é fundamental para a formação da criança.

No mesmo sentido, Maciel (2014), refere que os pais devem ater-se ao preparo dos filhos para o exercício de uma atividade laborativa, objetivando ao permanente desenvolvimento das aptidões para a vida produtiva.

Nesse sentido, Lôbo (2010), refere que a noção de educação é muito abrangente, compreendendo a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica, as quais deverão dar-se em família e em todos ambientes que possam facilitar o desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Destarte, o dever dos pais em ter o filho em sua companhia e sob sua guarda, de forma obrigatória, facilita a maneira de prover à educação do mesmo, enquanto menor incapaz de exercer os atos da vida civil (GRISARD FILHO, 2010).

Portanto, o exercício do poder familiar é a atribuição conferida aos pais no que diz respeito à criação, educação e formação dos filhos, independente de vínculo entre os genitores. Diante do relatado, passar-se-á a análise das causas de suspensão, extinção e perda do poder familiar.

2.4 Suspensão, extinção e perda do poder familiar

Como visto anteriormente, o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres existentes nas relações entre pais e filhos, devendo serem observados e respeitados, e em caso de verificação de abusos e ou omissões praticadas pelos genitores, a estes serão impostas algumas sanções previstas em lei, como a suspensão, a extinção ou a perda do poder familiar.

A suspensão é o impedimento do exercício do poder familiar por certo período de tempo. É uma medida menos grave que pode ser sujeitada à revisão (DIAS, 2013).

Com previsão no artigo 1.637 do Código Civil, a suspensão do poder familiar é cabível após a constatação de que o responsável pela guarda esteja abusando de sua autoridade, faltando com os deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos

filhos, buscando manter a segurança da criança ou do adolescente, devendo algum parente ou o Ministério Público realizar o requerimento ao juiz.

Ainda, conforme o parágrafo único do referido artigo, a suspensão do exercício do poder familiar é cabível quando o pai, a mãe ou o responsável sejam condenados em sentença transitada em julgado, por crime cuja pena seja maior do que dois anos de prisão.

Segundo Lôbo (2010), são quatro hipóteses para que seja decretada a suspensão do poder familiar, em caso de: Descumprimento dos deveres a eles inerentes (titulares do poder familiar); Ruína dos bens dos filhos; Risco à segurança do filho; Condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

As hipóteses acima elencadas, não excluem outras que decorram do poder familiar, como referido por Gonçalves (2014), os deveres inerentes aos pais não são apenas os que estão expressos no artigo 1.637 do Código Civil, mas também outros que existem em leis esparsas, com ênfase no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente do artigo sétimo ao artigo vigésimo quarto, como também está previsto em nossa carta maior em seu artigo 227.

Não está previsto na lei a duração de tempo para a suspensão do poder familiar, sendo aplicado pelo julgador o que se achar necessário para que os interesses da criança ou do adolescente sejam preservados.

Para Lôbo (2010), ocorrendo uma única vez qualquer dessas hipóteses, o poder familiar poderá ser suspenso, pois há o receio de que possa vir ocorrer novamente, buscando preservar a integridade dos filhos.

Conforme mencionado por Dias (2013), as causas de suspensão do poder familiar, ainda que decline da lei, são apresentadas de forma genérica, gerando liberdade para que o julgador identifique fatos que possam levar ao afastamento temporário do exercício do poder familiar.

Sendo assim, a suspensão poderá ser total ou parcial, dependendo da análise do caso concreto, tendo um dos pais seu exercício do poder familiar suspenso, concentrará a totalidade do exercício no outro (LÔBO, 2010).

A interrupção total envolve todos os poderes inerentes ao poder familiar, privando o pai ou a mãe de todos os direitos, inclusive o usufruto, enquanto a suspensão parcial enquadra-se à administração dos bens ou proibição do genitor em ter o filho em sua companhia (GONÇALVES, 2014).

A suspensão impede temporariamente o exercício do poder familiar, diferentemente da extinção, cuja definição é a interrupção definitiva do poder familiar. As hipóteses de extinção do exercício do poder familiar estão previstas no artigo 1.635 do Código Civil e conforme Lôbo (2010), tais hipóteses são exclusivas, assim são elas: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e decisão judicial na forma contida no artigo 1.638 do Código Civil.

No mesmo sentido, Gonçalves (2014), refere que a morte de ambos os pais, por consequência extingue o exercício do poder familiar e também faz com que seja nomeado um tutor para aquela criança ou adolescente, com o intuito de proteger os interesses do órfão. Já a maioridade, a emancipação e a morte do filho, fazem desaparecer o referido exercício em razão do objetivo do poder familiar, que é a proteção dos bens patrimoniais e pessoais da criança e do adolescente.

No entendimento de Dias (2013), a extinção do poder familiar gera a perda do direito sucessório em relação ao filho, porém o filho permanece com o direito à herança do pai ou mãe destituído.

Como já verificado, o poder familiar tem em seu centro, a proteção dos interesses dos filhos, deste modo, caso o interesse da criança ou do adolescente não seja respeitado, poderá ser decretada a perda do poder familiar.

Diante do explanado, passar-se-á à análise da perda do poder familiar, sendo distinta da extinção do poder familiar nos seguintes moldes: perda é a sanção imposta pela autoridade judicial, enquanto a extinção se dá pela morte, emancipação ou maioridade (DIAS, 2013).

Em virtude de sua gravidade, a perda do poder familiar deverá ser decretada quando a segurança e a dignidade do filho sejam expostas em perigo permanente. Tais hipóteses estão elencadas no artigo 1.638 do Código Civil, sendo elas: o castigo imoderado do filho; o abandono; a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; a prática reiterada nos casos de suspensão do poder familiar (LÔBO, 2010).

Conforme Venosa (2012), a perda do poder familiar será avaliada pelo juiz conforme a urgência e a necessidade que o caso exigir, usando as medidas cautelares, provisórias e até mesmo determinado a guarda provisória a terceiros ou estabelecimentos idôneos, durante a lide do caso, sempre buscando proteger os interesses da criança ou do adolescente.

Como visto, a perda poder familiar é o rompimento total do vínculo da relação paternal. Segundo Dias (2013), a doutrina admite a possibilidade de haver a revogação de tal medida, uma vez que a extinção total do poder familiar pode não ser a que melhor atende aos interesses da criança ou adolescente, desde que cessada totalmente os motivos que deram causa para tal medida.

Ainda, a perda do poder familiar não acarretará a desobrigação alimentar e sustento dos filhos, pois geraria uma certa vantagem ao pai ou mãe destituído, uma vez que o encargo recairia de forma integral ao outro cônjuge, deixando de ser até mesmo uma forma de punição ao genitor faltoso (GONÇAVES, 2014).

Cumprir referir que a carência de recursos não constitui por si só causa de suspensão, extinção ou perda do poder familiar, conforme preceitua o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo neste caso haver a inclusão em programas de auxílio.

No mesmo entendimento, Maciel (2014), alude que deve ser prioridade de os governantes oferecerem políticas públicas de ajuda às famílias carentes, orientando-as e reestruturando-as para bem dos filhos e em benefício também da sociedade, uma vez que a retirada de filhos dos seus pais são questões delicadas e rigorosas.

2.5 Síndrome da alienação parental

Neste tópico se analisará uma atitude grave decorrente da separação dos pais, na qual o cônjuge ou companheiro rejeitado utiliza para se vingar do outro genitor, usando o próprio filho como forma de vingança. Trata-se da Síndrome da Alienação Parental que é tratada pela legislação brasileira na Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010.

A Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, visa coibir a denominada alienação parental, expressão utilizada por Richard Gardner no ano de 1985 ao se referir às ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos em que constatava que a mãe ou o pai de uma criança a induzia a romper laços afetivos com o outro cônjuge (*'Parental Alienation Syndrome'*). O vocábulo inglês *alienation* significa 'criar antipatia', e *parental* quer dizer 'paterna' (GONÇALVES, 2014, p. 306).

Muitas vezes o alienador não tem noção do mal que está causando a seu próprio filho. A referida lei informa os atos que são considerados como alienação parental, não sendo um rol taxativo, o que fica claro é que há interferência na

formação psicológica da criança ou adolescente podendo ocasionar prejuízos e consequências graves para a prole (VENOSA, 2012).

Com a separação dos cônjuges, algumas vezes resta o sentimento de abandono para um deles, sentimento que se torna em raiva, ódio etc. fazendo que o cônjuge rejeitado utilize de modo irresponsável o filho como forma de vingança e agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor (DIAS, 2013).

A síndrome da alienação parental também pode ser entendida como o conjunto de sinais identificados, podendo ser estendido a qualquer pessoa alienada ao convívio da criança ou do adolescente, submetidos à tortura mental ou física, impondo óbices para demonstrar o sentimento de afeto, colaborando com o alienador (CAMARGO NETO; SILVA, 2011).

A alienação parental consiste em “nada mais do que uma ‘lavagem cerebral’ feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador” (DIAS, 2013, p. 473, grifo no original).

No mesmo sentido, Madaleno (2011), diz que adultos corrompem covardemente a inocência das crianças e dos adolescentes quando se utilizam da síndrome da alienação parental.

Para Gonçalves (2014), a situação é comum na vida dos casais que se separam, pois em virtude da mágoa de um deles, este tenta afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo sua imagem e prejudicando seu direito de visitas.

A problemática questão da alienação parental ocorre principalmente no ambiente da mãe, devido à guarda dos filhos ser geralmente deferida a ela, pois tradicionalmente é considerada mais indicada, principalmente quando os filhos ainda estão em tenra idade (DIAS, 2013).

Para Boeckel e Rosa (2012), essa forma de abuso emocional pode ser praticada tanto pelas mães como pelos pais, refletindo um fracasso na construção da aflição conjugal, que juntamente com a ânsia vingativa, acaba por afastar pais e filhos ou mães e filhos, tornando os filhos como armas no litígio conjugal.

Sendo assim, é fato de que toda a separação cause desequilíbrios e estresse, porém é dever dos pais para com os filhos obterem a compreensão e empreender esforços para preservar sua prole após a ruptura conjugal. São crianças ou adolescentes em fase de formação de personalidade e amadurecimento, cujos dependem de transparência e honestidade de seus genitores para que até mesmo

não se sintam culpados pela separação, o que deve ser compreendido de forma clara, a fim de não interferir nas relações de amor e afeto (MADALENO, 2011).

Para Venosa (2012), a questão interfere diretamente no poder familiar, pois causa prejuízos ao estabelecimento de vínculos com o filho.

O alienador busca exercer o controle absoluto sobre a vida e o desenvolvimento do filho, interferindo no equilíbrio emocional de todos os envolvidos, causando a desestrutura do núcleo familiar, voltando-se contra todos que de alguma forma possam contestar sua autoridade (CAMARGO NETO; SILVA, 2011).

O artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 refere que a alienação parental é a ação de interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida por qualquer pessoa que as tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, instigando o menor a repudiar ou causar prejuízos na relação com o genitor.

Assim, o referido artigo demonstra em seus incisos, de forma exemplificativa, os atos de alienação parental, quais sejam: a realização de campanha na desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental ou o contato do genitor com o filho, interrompendo o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; a omissão de informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, como as escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsas denúncias contra o genitor, seus familiares ou contra os avós, no intuito de dificultar a convivência familiar; a alteração de endereço para local distante com a intenção de dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor ou com os familiares deste.

Os atos de alienação parental transcritos acima, não se concentram apenas nisso, considerando um rol taxativo, ou seja, faculta-se ao magistrado, na análise do caso concreto, considerar outras práticas, que não elencadas na referida lei como atos de alienação parental, estendendo a todos que tenham a guarda ou a vigilância do incapaz (GONÇALVES, 2014).

A seguir, se examinará o recurso de apelação, o qual teve negado o provimento, em virtude da prática de alienação parental. A sentença modificou a guarda do menor, retirando o encargo da genitora e repassando a guarda do filho para o genitor, visto que era a decisão que melhor atendia ao interesse da criança.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DEFERIMENTO DA GUARDA AO GENITOR. INTERESSE DO MENOR. A guarda deve atender, primordialmente, ao interesse do menor. Verificado que o menor sofre com os conflitos provocados pelos genitores e que houve atos de alienação parental objetivando afastar o menino do contato paterno, deve ser mantida a sentença que alterou a guarda em favor do genitor, que, segundo laudo social, possui condições para tanto. Apelação desprovida. TJ-RS - AC: 70063718381 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 27/05/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/06/2015. (Grifo no original).

A presente apelação cível foi interposta pela genitora, contra sentença que julgou procedente a ação de guarda em favor do genitor, pois restaram configurados atos de alienação parental, prejudicando o convívio do filho com o pai.

No relatório, o Excelentíssimo Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol aduziu que, embora fosse compreensível o interesse da genitora em permanecer com a guarda do filho, os autos recomendavam que a guarda permanecesse com o genitor, mantendo a sentença de primeiro grau.

O estudo social realizado no ambiente familiar em que o menino estava introduzido, demonstrou que o mesmo na presença da genitora demonstrava agressividade, enquanto na presença do genitor demonstrava tranquilidade. Além disso, a apelante dificultava a convivência entre pai e filho, sendo que a criança demonstrou interesse em permanecer sob os cuidados e guarda do pai. Nesse sentido, o parecer do ministério público foi favorável a manutenção da guarda em benefício do pai, uma vez que este demonstrou obter aptidão para o encargo.

Diante de todo o contexto, a apelação interposta pela genitora teve negado seu provimento, merecendo ser mantida a sentença que determinou a guarda paterna. Entendimento que objetivou o bem-estar do menino, principalmente sua saúde física e mental.

Assim sendo, destaca-se a importância da intervenção em litígios familiares, por equipes interdisciplinares, principalmente quando envolve crianças ou adolescentes, uma vez que a prática da alienação parental pressupõe processos psicológicos complexos (BOECKEL; ROSA, 2012).

Neste mesmo seguimento, verificar-se-á a seguir o agravo de instrumento interposto pela genitora a fim de atacar a sentença que modificou a guarda do filho, transferindo a incumbência ao genitor, atendendo assim, o melhor interesse da criança e do adolescente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. INVERSÃO DA GUARDA. Evidenciada a prática da alienação parental, correta a decisão que determinou a inversão da guarda do infante, cujas necessidades são melhores atendidas pelo genitor. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TJ-RS - AI: 70065839755 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 10/09/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/09/2015. (Grifo no original).

O presente recurso, refere-se a um agravo de instrumento interposto pela genitora, para atacar a decisão que concedeu a guarda do filho ao genitor. Nas suas razões, a recorrente alegou que a modificação da guarda decorreu de suposto descumprimento do regime de visitas fixado pelo juízo, ponderando que não havia sido realizado os estudos sociais acerca do ambiente em que o menor estava introduzido, sendo os referidos estudos de suma importância para a definição da guarda, requerendo, portanto, a concessão do efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada.

No relatório do Excelentíssimo Desembargador Alzir Felipe Schmitz, foi aduzido que a prova anexada aos autos do presente agravo de instrumento, evidenciou que a recorrente vinha praticando atos de alienação parental repetidas vezes, tendo o genitor que socorrer-se através de medidas de busca e apreensão do menor para efetivar seu direito de visita semanal, direito este não só do genitor, mas principalmente do filho havido em comum. Fatos estes que sequer foram negados pela genitora.

Neste mesmo contexto, o Ministério Público manifestou-se que no curso do feito, já havia a informação de que a genitora vinha obstaculizando o contato entre pai e filho, causando sofrimento tanto para o genitor, quanto para o filho, tendo aquele que amparar-se em medidas de busca e apreensão para garantir seu direito e de seu filho. Foi constatado também pelo Ministério Público, que em contato com a diretora da escola frequentada pela criança, extraiu-se a informação de que nos dias acordados para que o genitor buscasse o filho, sempre ia a genitora ou a avó materna antecipadamente buscar o infante com a intenção clara de impossibilitar o contato do menino com o pai, sob a falsa alegação de que o genitor esqueceria de buscar o menino.

Perante esses claros atos de alienação parental, ficou demonstrado que a guarda deferida ao genitor na sentença era a que melhor atendia aos interesses do

infante. Fundamentos em que o recurso interposto pela genitora foi negado por unanimidade.

Nesse sentido, Camargo Neto e Silva (2011, p. 55), cita que:

O egoísmo põe por terra qualquer esforço conciliatório. A animosidade e a doença do agente alienador, considerados antecedentes de sua vida familiar ou eventual deformação mental, impedem o relacionamento entre os responsáveis e a criança ou o adolescente, transformados estes em meros joguetes da alienação, até que eventualmente atinjam a trágica consciência de que também podem exercer poder de barganha ou chantagem contra adultos.

A prática da alienação parental é uma atitude repulsiva, pois o guardião detentor retira o direito do filho à convivência familiar com ambos os pais. O filho é convencido e levado a repetir o que lhe é ensinado e acaba tendo como verdadeiro. É um cenário de falsas verdades e falsos personagens, que pode afastar o genitor não guardião, de forma judicial, fazendo com que ele perca o exercício do poder familiar, assim o próprio filho se sente abandonado, levando a crer que tudo que o alienador guardião lhe havia dito se torne uma falsa verdade (DIAS, 2013).

A referida lei busca amenizar esses lesivos efeitos e ao menor sinal de ocorrência deve-se utilizar os instrumentos processuais a fim de resguardar o desenvolvimento saudável dos filhos (MADALENO, 2011).

Portanto, a síndrome da alienação parental causa interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, induzida pelo responsável pela guarda ou vigilância dos mesmos, podendo gerar graves sequelas nos infantes.

Diante do exposto, passar-se-á a análise do próximo capítulo que trata sobre a guarda dos filhos.

3 DA GUARDA

Neste capítulo serão analisados alguns aspectos referente ao instituto da guarda, cuja, está implicitamente ligada a prestação de assistência moral, material e física dos filhos, iniciando sobre uma breve análise quanto a evolução da guarda na legislação brasileira, na sequencia sobre as espécies de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico. Sobre a guarda unilateral, a qual deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições de exercê-la cumulando com a impossibilidade quanto aos aspectos socioeconômicos e moral do outro, resguardado seu direito de visitas.

Será realizada a análise sobre a guarda compartilhada, onde ambos genitores demonstram a aptidão para o compartilhamento, sendo o tema principal do presente trabalho de conclusão de curso e finalizando o capítulo na abordagem sobre o melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1 Evolução do instituto da guarda na legislação brasileira

Em linhas gerais, o tema da guarda percorreu dois caminhos distintos: na dissolução da sociedade conjugal, ou outra forma de união, e no Estatuto da Criança e do Adolescente (LEVY, 2008).

A primeira regra no direito brasileiro sobre o destino de filhos e pais que não convivem, veio com o Dec. 181, de 1890, art. 90, o qual estabelecia que os filhos menores e comuns deveriam ser entregues ao cônjuge inocente e ao culpado era fixado uma cota para que o mesmo concorresse para a educação dos filhos, assim como o marido deveria contribuir para o sustento da mulher, se esta fosse considerada inocente e sem condições financeiras.

Com a introdução do Código Civil de 1916, na parte da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da criança, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial, assim conferia o artigo 325, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”, e no artigo 326, ainda falava-se em culpa de um ou ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos, ou seja, a guarda dos filhos era conferida ao cônjuge inocente, ou se ambos culpados, a guarda era conferida à mãe, enquanto os filhos eram menores de idade. Porém, o juiz poderia regular de forma diferente para o bem dos filhos, quando houvesse motivo grave.

O Dec.-lei 3.200/1941, disciplinava a guarda do filho natural, a qual era conferida ao pai, salvo se o juiz decidisse de outra forma, a respeito do interesse do menor, conforme o artigo 16 da referida lei.

A Lei nº 4.121/1962 promoveu algumas alterações no desquite litigioso, conservando as mesmas disposições do desquite amigável quanto à guarda dos filhos, dessa forma, continuou vigorando o sistema da culpa onde a guarda era deferida ao cônjuge inocente pela dissolução conjugal; se ambos os cônjuges eram considerados culpados, a guarda era conferida à mãe enquanto os filhos eram menores. Contudo, com o advento dessa lei, a distinção do sexo e idade deixou de ser critério para fixação da guarda, salvo se o juiz dispusesse o contrário. Ainda, se caso o juiz verificasse que a guarda não deveria ser fixada para a mãe e nem para o pai, estava autorizado a deferir à guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando o direito de visitas (GRISARD FILHO, 2010).

Historicamente, na hipótese de separação dos pais, a guarda dos filhos foi outorgada à mãe na maioria das vezes, salvo raras e graves exceções que poderiam afetar os interesses do menor. Era um período em que a mulher tinha como responsabilidade o serviço doméstico, a manutenção do lar, incluindo os cuidados com os filhos.

Embora o poder familiar não se perca após a separação dos pais, era o detentor da guarda física dos filhos que tomava as decisões diárias referentes aos interesses do menor. Poderia haver a possibilidade de serem tomadas as decisões conjuntamente sobre a vida dos filhos, somente quando havia uma convivência harmônica entre os pais (MADALENO, 2011).

Com o advento da constituição Federal de 1988, ficou assegurado à criança, dever principal da família, da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, conforme o artigo 227 da Constituição Federal (1988).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Questão disciplinada pelo Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990), que levou em consideração as especificidades dos sujeitos a que se

destina, estipulando os deveres como a assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente (LEVY, 2008).

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), demonstra alguns deveres pertinentes a guarda, o que se verifica abaixo:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais;

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros;

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados;

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários;

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

O código civil de 2002 preserva e prioriza o interesse do menor, assim temos o princípio norteador do melhor interesse do menor, o qual deve orientar o juiz na determinação da guarda dos filhos.

Nesse sentido, Madaleno (2011), refere que o propósito da guarda são os interesses dos filhos no que diz respeito a felicidade e bem-estar, sendo essa a conclusão contida no inciso II do artigo 1.584 do Código Civil (2002).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Diante desse breve histórico sobre a evolução do instituto da guarda na legislação brasileira, passar-se-á à análise das espécies atuais da guarda no próximo tópico.

3.2 Das espécies da guarda

No sistema pátrio, conforme o artigo 1.583 do Código Civil existe duas espécies de guarda: a guarda unilateral, que é exercida por um dos genitores, resguardado o direito de visitas ao outro genitor, e a guarda compartilhada, a espécie mais adequada, visto que contempla a ambos os genitores a guarda dos filhos, garantindo assim o próprio direito da criança e do adolescente, direito à convivência familiar com ambos os genitores.

Conforme Cahali (2005), os cônjuges podem estipular que os filhos ficarão com o pai ou com a mãe, ou com ambos, sob a atual guarda compartilhada, podendo ainda convencionar a guarda a terceiro, resguardado ao juiz, a bem dos filhos, regular de modo diferente da convencionada, se houver motivos graves.

Para Grisard Filho (2010), a definição do local de residência da criança ou adolescente será baseado na situação dos pais, devendo ficar com aquele que tenha melhores condições de aperfeiçoar o desenvolvimento dos filhos, sempre objetivando o seu melhor interesse.

O Código Civil de 2002 abandonou o critério da culpa e da prevalência materna para determinar a guarda dos filhos, sendo atribuída a quem revelar melhores condições para exercer, priorizando os interesses dos menores conforme o artigo 1.584 do Código Civil. Assim, verificar-se-á para um melhor esclarecimento sobre o tema, a análise de cada espécie nos próximos subitens.

3.3 Da guarda unilateral

A guarda unilateral corresponde à atribuição dos direitos e deveres atinentes à vida dos filhos para um dos genitores, o qual exercerá o zelo pelo infante na maior parte do tempo, quando não chegarem a um acordo e se verificar através de estudo social elaborado por equipe interdisciplinar e principalmente o convencimento do magistrado, que a guarda compartilhada é inviável diante do caso concreto, restando ao genitor não guardião o direito de visitas (LÔBO, 2010).

O Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.583, parágrafo 1º que a guarda unilateral compreende a atribuição a um único genitor ou alguém que o substitua.

Deste modo, o filho ficará com o genitor que demonstre melhores condições, a qual não se confunde com a situação financeira, mas sim com as situações em que apontem que o filho desenvolverá com maior qualidade o seu desenvolvimento moral, educacional e psicológico, em virtude das relações afetivas, sociais e econômicas de cada um (LÔBO, 2010).

Assim, ao genitor guardião incumbirá o direito de reter o filho junto a si, fixando-lhe a residência para proteger, educar, zelar e sustentar o filho, com a participação do outro genitor, ao qual restará o dever de fiscalização, visita e companhia nos termos ajustados entre os genitores ou pelo poder judiciário (GRISARD FILHO, 2010).

Em que pese, a possibilidade da guarda unilateral, a lei dá preferência a guarda compartilhada. A guarda conferida a um só dos genitores é estabelecida em decorrência de consenso de ambos genitores, em paralelo ao estabelecimento do regime de visitas (DIAS, 2013).

A guarda unilateral também poderá ser atribuída a terceiro quando o juiz verificar que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para exercer a guarda (LÔBO, 2010).

No entendimento de Gonçalves (2014, p. 294), “tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a Lei n. 11.698/2008, procura incentivar a guarda compartilhada”.

O genitor que não detiver a guarda do filho tem o dever de fiscalizar os interesses do mesmo conforme dispõe o artigo 1.583, § 5º do código civil (2002), o qual segue abaixo:

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

Embora diga-se que a ruptura conjugal não provoca modificações nas relações entre os detentores da guarda, certamente estabelece uma nova maneira de se vincularem, pois, o genitor guardião exercerá sua autoridade parental em toda sua extensão em virtude do convívio diário e contínuo com o filho, enquanto o outro genitor, por uma questão óbvia, não exercerá tal autoridade parental com a mesma

intensidade, o que se conclui em uma certa desigualdade de poderes entre os genitores sobre os filhos.

O divórcio apresenta dois fatores que agem no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente, um positivo e outro negativo. Assim o fator positivo apresenta a questão de que o conflito conjugal seja afastado do ambiente familiar, por outro lado, o fator negativo está na ausência do genitor que não detém a guarda do filho em relação as questões do dia-dia, o que fará falta no estado de crescimento dos infantes (GRISARD FILHO, 2010).

Em termos de responsabilidade pelos atos praticados pelos filhos, Gonçalves (2014), refere que embora ambos os genitores permanecem com o exercício do poder familiar imodificável, na guarda unilateral somente o detentor da mesma será responsabilizado pelos atos ilícitos do filho menor, diferentemente do caso da guarda compartilhada onde a responsabilidade é solidária.

O artigo 932, inciso I do Código Civil de 2002, prevê que a referida responsabilidade pela reparação civil é dos pais, pelos filhos que estiverem sob sua responsabilidade e em sua companhia.

Portanto, a guarda unilateral limita o convívio dos filhos com um dos pais, após a separação, divórcio ou a dissolução de união estável, embora ambos continuam detendo a titularidade do poder familiar, ao genitor que restou apenas o direito de visitas, terá sua capacidade diminuída.

Diante do exposto acerca da guarda unilateral, se analisará, no próximo subcapítulo, sobre os direitos inerentes ao genitor não guardião, referente ao direito de visitas e convivência com o filho.

3.3.1 Direito de visitas ou convivência

A visita é uma maneira de preencher os efeitos da ruptura da convivência familiar, a qual era exercida no lar da família. A visita é um desdobramento da guarda unilateral, ocorrida em virtude da separação dos pais, é uma forma de se manter a comunicação e supervisão da educação dos filhos e também assegurar o próprio direito da criança e do adolescente à convivência contínua com seus genitores (MADALENO, 2011).

O cônjuge que não detém a guarda dos filhos tem o direito de visitá-los e

também fiscalizar sua educação e manutenção conforme o artigo 1589 do Código civil de 2002:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

O interesse do filho em matéria de visita é de ordem pública, devendo ser averiguado pelo juiz, considerando o interesse da criança ou adolescente principalmente, as condições efetivas dos pais e o ambiente em que a criança ou adolescente estão inseridos. Estes fatores devem seguir nesta sequência no momento da apreciação pelo judiciário, uma vez que, soberanamente, o interesse maior do filho justifica qualquer modificação ou supressão de direito, sempre que as circunstâncias assim exigirem (GONÇALVES, 2014).

Busca-se a mais ampla proteção aos filhos menores, resguardando-os de todo e qualquer abuso a que venham sofrer pelos seus pais, afastando o ofensor quando comprovadas as situações imputadas a ele, ou flagrantes indícios.

A visita é um direito constitucional do menor, e, estando seus genitores apartados pelas relações afetivas, jamais podem os pais permitir que sejam privados da presença dos filhos (MADALENO, 2011).

O direito de convivência ou visitas não é absoluto, de tal modo Gonçalves (2014, p. 305), cita em sua obra que “havendo motivos sérios e graves que desaconselham as visitas, o juiz as suspenderá, para o fim de preservar os superiores interesses dos menores”, situação prevista no artigo 1586 do código Civil.

No entendimento de Dias (2013), quando há uma predeterminação de datas e horários para que o cônjuge não guardião fique com o filho, essa situação vai condicionando um distanciamento entre ambos, gerando um efeito destrutivo no relacionamento que vai se agravando gradativamente até inexistir devido às angústias dos encontros e separações repetitivas.

Ressalte-se que o direito de convivência não é assegurado somente ao pai e a mãe, é direito do próprio filho de manter a relação afetiva com ambos, reforçando os vínculos paternos e maternos. Tal direito pode ser estendido também aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha algum vínculo afetivo, trata-se do direito à convivência familiar.

Neste seguimento, Camargo Neto e Silva (2011, p. 294), destacam que:

A família tem papel essencial junto ao desenvolvimento da criança e adolescente. Por isso, a lei busca o fortalecimento dos vínculos com a família natural, pois considera fundamental a experiência vivida em família e a convivência com pais, irmãos, avós e outras pessoas significativas.

Isto posto, o direito de visitas tem a finalidade de manter à convivência familiar, ainda que mínima, sendo este direito dos filhos e dever dos pais, com respaldo pela legislação, não podendo haver qualquer tipo de impedimento, podendo haver a modificação da guarda por meio judicial, em caso de constatação de obstrução.

Ainda, para que a guarda unilateral seja deferida, essa deverá ser justificada por meio de prova documental, pericial e testemunhal, haja vista não condizer mais com a família contemporânea.

Visto as características da guarda unilateral, passar-se-á a análise sobre o instituto da guarda compartilhada, tópico principal da presente monografia.

3.4 Da guarda compartilhada

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de equilibrar os papéis do poder familiar, diante da perniciosa guarda uni parental, a qual era sistematicamente concedida à mãe, onde o genitor não guardião tem seu contato com os filhos limitado, prejudicando o menor em suas necessidades afetivas e emocionais, com essa nova concepção, passou-se a priorizar o interesse do menor, assegurando seus direitos conforme dispõe o (artigo 227 da CF), baseada nos princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança (GRISARD FILHO, 2010).

Para Madaleno (2011), na guarda compartilhada os genitores dividem as tarefas parentais e assumem de forma conjunta a responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos.

Importante o destaque sobre a guarda compartilhada de Camargo Neto e Silva (2011, p. 64): “Mais do que ação, o compartilhamento da guarda exige doação. Amor incondicional. Reciprocidade. Desprendimento. Corresponsabilidade no exercício da autoridade parental, sedimentada em valores morais, éticos e sociais”.

No entendimento de Grisard Filho (2010), a guarda compartilhada por um lado revaloriza o papel da paternidade, por outro, traz o filho ao centro das decisões de

forma que lhe seja oferecido um desenvolvimento psicológico equilibrado, sendo garantida a participação comum dos genitores.

A guarda compartilhada pressupõe a quebra do vínculo conjugal dos pais, formando uma corresponsabilidade na manutenção, educação e desenvolvimento dos filhos, retirando a sensação de poder de que normalmente é acometido o guardião nos casos de guarda unilateral (BOECKEL; ROSA, 2012).

Venosa (2012, p. 185), refere que “o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor e atribuir a guarda compartilhada ou conjunta”.

Antes da lei 11.698/2008, “predominava a cultura dos melhores cuidados dos filhos somente pela mãe, de forma unipessoal e exclusiva, contrariando os princípios da igualdade e da corresponsabilidade parental” (GRISARD FILHO, 2010, p. 192).

O parágrafo 1º do artigo 1583 do Código Civil refere à responsabilização do pai e da mãe conjuntamente e também ao exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar, assim temos:

Art. 1.583, § 1º - Compreende-se por [...] guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Para Dias (2013), houve verdadeira mudança de paradigma, sendo que os genitores tiveram que deixar as mágoas de lado superando as frustrações decorrentes da separação e mesmo que o ressentimento persista, este não deve afetar o convívio que atende aos interesses dos filhos.

Segundo Grisard Filho (2010, p. 129), “o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada”.

Tem por fim minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da separação dos pais, buscando preservar os laços afetivos de forma igual para os genitores em relação aos filhos.

Deste modo, Camargo Neto e Silva (2011), refere que é inegável que a qualidade desse relacionamento irá influir diretamente na formação da personalidade da criança e do adolescente, proporcionando um desenvolvimento sadio e harmonioso.

Na guarda compartilhada, a criança ou adolescente está exercendo seu direito

pleno à convivência familiar, o que repercuti no seu desenvolvimento. A presença contínua de ambos os genitores é indispensável para tanto. Assim dispõe o ECA, sobre a proteção integral da criança e do adolescente.

O artigo 4º do referido Estatuto, diz que é responsabilidade da família, sociedade e do Poder Público assegurar o direito à convivência com a família, dentre outros direitos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (ECA, 1990).

Na guarda compartilhada, há a isonomia dos atributos do poder familiar, realizada em conjunto pelos pais, de forma a garantir a ampla convivência com os filhos (LEVY, 2008).

O referido modelo passou a ser utilizado doseadamente nas Varas de Família, baseado na cooperação recíproca entre os genitores separados ou divorciados, buscando uma finalidade em comum, ou seja, o compromisso de ambos os pais na criação e cuidado dos filhos em comum (GONÇALVES, 2014).

Mesmo na modalidade da guarda compartilhada, o filho terá com referência uma das residências, tendo ambos os genitores participação efetiva e igualitária no exercício do poder familiar.

Deste modo, a guarda compartilhada não é recomendada quando os genitores residem em cidades diferentes, mantendo uma distância geográfica que inviabiliza a prática deste modelo (DIAS, 2013).

Além da distância geográfica como obstáculo para deferir a guarda compartilhada, se faz necessário para seu exercício de fato que se busque alguma orientação técnica elaborada por profissionais de equipe interdisciplinar, como disposto no artigo 1.584, § 3º do Código Civil de 2002 (MADALENO, 2011).

A guarda compartilhada atribui aos genitores a responsabilidade conjunta para o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental, cabendo a

eles a fiscalização da educação e necessidades dos filhos havidos em comum. Dessa forma destaca Dias (2013, p. 452, grifo do autor):

a guarda não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de deveres que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de **multa** se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).

Os pais participam efetivamente de todas as decisões da vida dos filhos de forma igualitária, uma maneira de garantir o direito à igualdade, atendendo ao princípio do melhor interesse do menor, preservando seu direito à convivência contínua com ambos os pais (LEVY, 2008).

Tal modelo de guarda deve ser incentivada, atendendo sempre o melhor interesse da criança ou adolescente, nesse sentido Grisard Filho (2010, p. 174), diz que “na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento”.

O diálogo aberto, claro e respeitoso entre os pais deve prevalecer, objetivando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, devendo ser planejada a convivência quotidiana dos filhos, de forma que a presença dos genitores seja ativa na vida dos infantes.

A lei impõe ao juiz o dever de informar aos pais sobre os aspectos da guarda compartilhada, que trazem direitos e deveres a ambos de forma igualitária e mais intensa na vida dos filhos na sua formação e educação, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 1584 do Código Civil, “o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

Do mesmo modo, Dias (2013), refere que a guarda compartilhada passou a ser priorizada pela lei, impondo ao juiz o dever de informar sobre os aspectos da mesma conforme mencionado no artigo supra. Em caso de não haver acordo entre os pais, será estabelecida judicialmente. Deste modo, a guarda uni parental em favor de apenas um dos genitores, não mais se justifica, o que restaria ao outro genitor apenas o direito de visitas em horários estabelecidos invariavelmente e de forma inflexível.

Sobre as atribuições destinadas aos pais no período de convivência com os

filhos sob guarda compartilhada, o juiz pode se basear em orientações profissionais, de equipe interdisciplinar, conforme dispõe o Código Civil em seu artigo 1584, § 3º, assim temos:

Art. 1584, [...] § 3º - Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Ou seja, se um dos genitores reivindicar a guarda do filho, e ambos tiverem condições para tanto, o juiz deverá conceder a guarda compartilhada e, se houver necessidade, encaminhará os pais para acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, conforme também dispõe o artigo 129, III do ECA.

A Lei n. 13.058/2014 traz a clara definição de guarda compartilhada, assim como também traz a definição de guarda unilateral, tendo a compartilhada preferência, tendo em vista diversos fatores, como a garantia de maior participação dos genitores na vida, crescimento e desenvolvimento dos filhos. Na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido igualmente entre os genitores, respeitando as condições necessárias que atendam aos interesses dos filhos.

Em sede de medida cautelar de guarda ou medida liminar, para a fixação da mesma, deve-se primeiramente serem ouvidas as partes perante o juiz, salvo se a proteção dos interesses dos filhos assim demandar.

Segundo Levy (2008, p. 30), “é um avanço, porquanto favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus genitores e retirando da guarda a ideia de posse”.

A guarda do filho era tida como uma verdadeira batalha, o que, de fato causava mais traumas na criança que tinha o seu direito à convivência familiar cerceado pelo genitor guardião, que até mesmo por ignorância, causava um mal enorme ao desenvolvimento de sua prole.

O referido instituto é fundamentado em questões psicológicas, devido ao estado de desenvolvimento em que se encontra a criança ou o adolescente. Diante disto Grisard Filho (2010), refere que a separação dos pais e o conseqüente afastamento do ambiente familiar de um dos genitores, bem como a cultura da disputa pela guarda, geram uma nova situação fática, trazendo consigo conseqüências para os filhos. Motivo pelo qual, a análise pelo poder judiciário frente a caso concreto, deve

estar complementado pelo conhecimento de outras ciências, como a psicologia por exemplo, pois a singularidade de cada um dos membros da família não pode ser ignorada nos processos de família, com a finalidade de alcançar um equilíbrio entre os pais separados e destes com os filhos.

Para Venosa (2012, p. 186), “não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes”.

O modelo da guarda compartilhada mantém o pleno exercício do poder familiar, mantendo as funções paterna e materna, ou seja, o filho continua tendo as referências masculina e feminina, o que lhes proporciona um equilíbrio emocional, psíquico e social.

A nova lei propõe a construção de uma família democrática, fundada na responsabilização de ambos os pais nos deveres de cuidados com os filhos, em benefício deles (GRISARD FILHO, 2010).

Com a guarda compartilhada objetiva-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, mantendo todos ativos na criação conjunta e ininterrupta da criança para o seu pleno desenvolvimento.

O consenso entre os genitores não é requisito para que a guarda compartilhada seja deferida, o que se verifica no recurso especial abaixo.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção -jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido. Recurso Especial n. 2015/0151618-2, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI, Data do Julgamento 15/09/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 30/09/2016. (Grifo no original).

O caso acima refere-se a um recurso especial, o qual restou provido, de forma que reformou a decisão de primeiro grau, pois o juiz havia negado o pedido do pai referente a guarda compartilhada do filho, devido haver divergências entre os pais.

A nova concepção da guarda compartilhada traz a ideia de que os interesses dos filhos devem sobrepor aos interesses dos pais.

Assim o referido tema aborda a questão de que para o desenvolvimento saudável da criança é indispensável o convívio com os seus genitores separados ou não, pois quem se separa são os pais, e filhos são para sempre.

Nesse contexto, a Excelentíssima Ministra Nancy Andrichi foi categórica em seu julgamento, demonstrando que a guarda compartilhada já é a regra, priorizando o melhor interesse dos filhos.

Diante disso, Camargo Neto e Silva (2011), aludem que aos filhos da separação, do divórcio, da dissolução da união estável, e mesmo daqueles que não tiveram a intenção de constituir família, mas geraram filhos, sendo por eles responsáveis, seja garantida a convivência com ambos os genitores e destes receber carinho, amor e amparo.

O rompimento da disputa pela posse do filho havido em comum é o fator mais importante com o instituto da guarda compartilhada, uma vez que favorece o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente, inexistindo a possibilidade de adversários, proclamando todo o círculo familiar vencedor, em especial, o filho (GRISARD FILHO, 2010).

Portanto, a guarda compartilhada se mostra viável e possível, pois se destaca pela manutenção responsável e solidária dos direitos e deveres pertencentes ao poder familiar, objetivando minimizar os efeitos da separação dos pais aos filhos.

3.4.1 Das vantagens da guarda compartilhada

Antes do regime da modalidade de guarda compartilhada, ou seja, anteriormente à Lei nº 11.698/2008, predominava a cultura dos melhores cuidados do filho executados majoritariamente pela mãe, o que era contrário ao princípio e direito à igualdade. Porém, com o passar do tempo, esse paradigma foi substituído pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consubstanciando-se no advento da referida lei.

Com a nova regra da guarda compartilhada, estabeleceu-se uma ampla estrutura de convivência entre pais e filhos. Após o rompimento conjugal, cabe a ambos os pais a responsabilidade na criação e educação dos filhos, possibilitando assim uma maior aproximação, diferentemente da guarda unilateral, a qual muitas

vezes causava o distanciamento do genitor não guardião por conta da estipulação do regime de visitas e horários pré-determinados.

Além de objetivar o melhor interesse da criança, a nova lei assegura o pleno exercício do poder familiar por ambos os pais, mesmo após a separação ou divórcio, mantendo assim, ativa as funções maternas e paternas, assegurando aos filhos o equilíbrio em seu desenvolvimento psicológico, social e emocional, propondo uma democrática construção familiar (GRISARD FILHO, 2010).

Deste modo, Venosa (2012), refere que é indubitável que a guarda compartilhada fortalece e mantém os laços afetivos entre pais e filhos, de grande importância no desenvolvimento e formação das crianças e adolescentes.

A vista disso, Lôbo (2010), alude que a divisão equilibrada da convivência dos filhos com os pais, faz bem à saúde mental daqueles, diminuindo as possibilidades de originarem problemas emocionais ou comportamentos de baixa autoestima. Sendo evidentes as vantagens da guarda compartilhada, de forma que prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, a igualdade entre os genitores, atingindo sua finalidade no que diz respeito as funções ou deveres de cuidado, proteção e sustento dos menores.

Neste seguimento, Diniz (2013), atribui que os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, privilegiando os interesses da criança, inserindo maiores prerrogativas aos pais quanto a participação efetiva na vida dos filhos, avultando a responsabilidade dos genitores no processo de desenvolvimento da prole. O objetivo é manter os laços familiares após a separação dos pais, buscando diminuir os danos causados pela ruptura conjugal que acaba refletindo nos filhos. Deste modo, compartilhar a guarda é muito mais garantir aos filhos o empenho dos pais no atendimento e atribuições decorrentes do poder familiar.

3.4.2 Das desvantagens da guarda compartilhada

Em virtude das particularidades de cada ser humano, a guarda compartilhada nem sempre será a melhor escolha, tendo necessariamente que haver um diálogo pacífico entre os genitores na tomada de decisões na vida dos filhos. O conflito de pais separados que não conseguem isolar os filhos de suas mágoas, relacionadas

ao outro genitor, acabam por afetar a educação prestada aos filhos (GRISARD FILHO, 2010).

Dessa forma, a guarda compartilhada, quando imposta sem o consentimento ou a aceitação de um dos genitores, tende a piorar a situação entre eles, fazendo com que um dos genitores ou ambos manipulem o filho de forma perversa contra o outro genitor, ou de forma indireta contra o próprio filho, sendo necessário para tanto, o auxílio da psicologia na análise do caso (VENOSA, 2012).

No mesmo sentido, Madaleno (2011), refere a questão da importância do auxílio psíquico-social na definição da guarda dos filhos, uma vez que com frequência os juízes se deparam com as disputas judiciais, motivadas por interesses pessoais, os quais objetivam a lesar o ex-cônjuge, deixando de lado o bem-estar do filho em virtude desse combate de mágoas.

Na guarda compartilhada, quando não houver um bom diálogo e a cooperação de ambos os pais na criação dos filhos pode ser um problema, o conflito familiar decorrente da separação conjugal traz malefícios ao crescimento e amadurecimento saudável dos filhos, afetando o fator psicológico da criança, justo na fase de desenvolvimento, o que pode acarretar em uma personalidade conturbada.

Nessa esteira, Grisard Filho (2010, p. 205), cita que:

não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente. Infelizmente, é bastante frequente nas Varas de Famílias a ampliação do litígio e a formulação de falsas denúncias para impedir que a guarda seja compartilhada.

Isto posto, conclui-se que as vantagens da guarda compartilhada são superiores a guarda unilateral, contudo deve haver a interação entre o judiciário e as ciências da psicologia, psiquiatria, médica entre outras, buscando a identificação do que melhor se ajusta aos interesses da criança e do adolescente.

3.5 O melhor interesse da criança e do adolescente

Neste tópico será tratado sobre o princípio norteador do tema abordado, o qual tem um significado de suma importância, pois a criança e o adolescente devem ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Conforme Levy (2008, p. 101), “o princípio do melhor interesse da criança tem por origem o instituto *parens patriae* que, surgido na Inglaterra como prerrogativa real, tinha por objetivo proteger aqueles que não tinham condições de fazê-lo sozinhos, notadamente os loucos e as crianças” (Grifo no original).

Nesse seguimento, “foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais” (LÔBO, 2010, p.70).

O melhor interesse do menor deve ser avaliado dentro do contexto fático em que ele está inserido. Assim cabe ao magistrado definir esta árdua tarefa quando ambos os genitores optam por continuar exercendo o zelo dos filhos, sendo neste caso, a definição da guarda compartilhada como mais adequada, desde que não restrinja o melhor interesse dos filhos (LEVY, 2008).

Os interesses da criança devem ser tratados com prioridade, nesse sentido Lôbo (2010, p. 69), cita que:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Conforme Maciel (2014), melhor interesse é aquele que melhor se adequar ao respaldo da dignidade da criança e do adolescente, garantindo respeito aos direitos fundamentais, sendo o princípio orientador para que o legislador e aplicador da lei solucione conflitos.

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada, uma vez que prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, permitindo o exercício do poder familiar em igualdade, em que ambos os pais poderão decidir e orientar a vida dos filhos em comum.

Para que a guarda compartilha seja exercida com sucesso, se faz necessário um trabalho conjunto do juiz, das equipes multidisciplinares das Varas de Família e os pais, com o intuito de esclarecer o referido instituto e que quem saíra vitorioso é o filho, visto que a convivência contínua com seus genitores favorecerá o seu desenvolvimento (LÔBO, 2010).

Portanto, verifica-se que nas obras bibliográficas pesquisadas, os autores utilizados como referência, demonstram a preferência pela guarda compartilhada, visto que melhor atende as necessidades e os direitos dos filhos, proporcionando a maior convivência com ambos os genitores e estreitando as relações de afeto.

Diante do exposto, passar-se-á para o exame do próximo capítulo, buscando evidenciar o posicionamento dos tribunais através da análise das jurisprudências a seguir.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Este capítulo é dedicado a análise jurisprudencial sobre o instituto da guarda, com o intuito de fornecer maiores dados e demonstrar qual é a posição do poder judiciário frente a cada caso em suas peculiaridades, sendo de suma importância, pois a jurisprudência é fonte jurídica no Direito brasileiro.

Em virtude da frequência de divórcios ou dissoluções de união estável, redundando rotineiros no ciclo da vida familiar, tornam-se fundamentais os estudos com a finalidade de proporcionar às famílias que se ajustem mais adequadamente à realidade social. Assim, a guarda compartilhada é a decisão que melhor privilegia o exercício do poder familiar por ambos os genitores após a separação conjugal, em igualdade de condições, desde que o modelo reúna condições que assegurem em primeiro lugar, os interesses dos filhos, sendo louvável que os juízes, frente a essas lides, não só convoquem e ouçam as partes, os filhos, mas que também recorram à consulta interdisciplinar para se chegar a melhor solução possível frente ao caso (GRISARD FILHO, 2010).

Assim, passar-se-á a análise das jurisprudências referente ao tema, iniciando pelas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

4.1 Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Objetivando obter mais clareza sobre o tema em questão, passar-se-á a análise do posicionamento do Tribunal em tela, iniciando pelo exame de uma apelação cível, a qual foi motivada no pedido da guarda compartilhada como forma de ampliação do convívio familiar, direito fundamental da criança, do adolescente e todo o seu ciclo familiar.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA. AMPLIAÇÃO DO CONVÍVIO. A convivência do pai com a filha é direito desta mostrando-se adequado que ambos os pais compartilhem as decisões relativas à menina. Nos termos do art. 1.584, § 2º, CC, mesmo quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda da filha, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada. Diante da disponibilidade da parte, amplia-se o convívio familiar. Apelo provido. Apelação Cível Nº 70066453358, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/11/2015. (Grifo no original).

A presente apelação foi interposta em virtude de sentença de improcedência

em ação de guarda compartilhada. O apelante fundamentou suas razões no fato de que a convivência do pai com a filha é direito desta, o que demonstra conveniente o compartilhamento das decisões relativas a vida da filha.

Demonstrado nos capítulos anteriores, a convivência familiar, além de ser direito e dever dos genitores, é direito próprio da criança e do adolescente, objetivando seu pleno desenvolvimento físico e psicológico, com a participação de ambos os pais.

O apelante objetivou ampliar o convívio com a filha e assim assegurar o pleno desenvolvimento mental e emocional da mesma, uma vez que o direito à convivência familiar com ambos os pais é da própria criança, agraciando o amplo acesso à educação e criação aos genitores.

A guarda compartilhada é consequência da evolução social, exigindo do homem uma postura mais participativa e equilibrada em relação aos deveres da filha, não sendo mais suficiente o singular papel de sustentar a família, ficando a criação dos filhos como dever da mãe.

Compartilhar a guarda significa dividir as decisões relativas à filha, sem haver a mudança de rotina da menina, pois a lei garante a participação equitativa dos genitores na educação dos filhos. A guarda compartilhada só deixará de ser aplicada quando um dos genitores não for apto para tal exercício ou abrir mão, o que não foi o caso dos autos.

A decisão foi baseada em laudo psicológico, o qual demonstrou que ambos os genitores possuíam condições de cuidar dos interesses da filha, não havendo motivos para obstaculizar a participação ativa do pai nas decisões relativas ao futuro da filha. Incluindo também a concepção de família moderna, onde comporta a participação do padrasto, madrasta, avós, etc., contudo a responsabilidade do cuidado e da educação dos filhos é do pai e da mãe.

As razões referidas foram consolidadas para que o apelo interposto pelo pai fosse provido, fazendo todo o sentido de que a eles se atribua a guarda compartilhada, ampliando o convívio do apelante com a filha.

Dando seguimento a pesquisa, passamos a análise do seguinte agravo de instrumento, movido pela apelante com o intuito de alterar a residência dos filhos, cumulado com a exoneração do encargo alimentar fixado na sentença.

DIVÓRCIO LITIGIOSO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. FILHOS MENORES. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. ALIMENTOS. 1. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, pois deve sempre prevalecer o interesse dos infantes acima dos interesses e conveniência dos genitores. 2. Restando comprovado que os infantes mantêm uma relação muito próxima com os genitores, sentindo-se bem na companhia de ambos, e que de fato está ocorrendo o compartilhamento da guarda entre eles, correta a decisão que fixou a guarda compartilhada e estabeleceu a fixação de pensão alimentícia que a genitora ficou obrigada a prestar. Recurso desprovido. TJ-RS - AI: 70048972699 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 25/07/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/07/2012. (Grifo no original).

Inconformada com a decisão que determinou a guarda dos filhos de forma compartilhada com ambos os genitores, fixando a residência principal como sendo a do pai, determinando ainda o pagamento a título de pensão alimentícia no montante de 20% dos rendimentos auferidos pela recorrente, a mesma interpôs o presente agravo de instrumento.

A recorrente aduziu que havia um acordo entre os litigantes de forma que os filhos ficassem o mesmo período de tempo com um e o outro genitor, alegando ainda ser descabido a fixação da obrigatoriedade alimentar aos infantes, por tratar-se do instituto da guarda compartilhada.

Como demonstrado anteriormente, a fixação da guarda compartilhada não exime a obrigação alimentar, sendo que esta deve ser prestada sempre que a necessidade do alimentado exigir, devendo ser proporcional à possibilidade do alimentante.

Nas contrarrazões, o recorrido refutou as pretensões da recorrente, arazoando que a obrigação alimentar é conferida a ambos os genitores, sendo adequada a fixação incumbida à genitora, ponderou ainda que a residência principal dos filhos é a do genitor há muito tempo, questão também aduzida por estudo social, o qual demonstrou ser o genitor que revela melhores condições de prover os devidos cuidados dos filhos em virtude da maior disposição de tempo. Motivos em que pediu o desprovimento do recurso.

Nos fundamentos do relator, o mesmo apontou que a alteração de guarda é fato que reclama a máxima cautela, em virtude dos traumas que podem ocasionar nos filhos, portanto, somente se justifica quando da comprovação de risco atual ou iminente, o que não ficou configurado no caso em análise.

Em que pese a recorrente trabalhe em dois empregos e curse faculdade, tais

elementos não à destituem da obrigação alimentar, fixada em 20% dos seus ganhos líquidos, visto que é direito dos seus filhos, podendo serem revistos a qualquer tempo, seja para minorar ou majorar, desde que apresente fundamentos de convicção para que seja colhida a alteração.

Assim, o critério para a determinação da decisão atacada foi o primordial interesse dos filhos, demonstrado através de estudo social, o que foi de grande valia para a elucidação da lide. Termos em que foi negado o provimento do agravo de instrumento.

Já retratado anteriormente, o interesse dos pais deixou de ser utilizado para a definição da guarda dos filhos. Como visto no presente agravo, a questão foi definida com base no melhor interesse da criança e do adolescente, questão que também foi analisada no capítulo anterior, sendo o cerne para a elucidação da lide. Passamos então para a análise da próxima jurisprudência.

De outra banda, a guarda compartilhada nem sempre será a decisão que melhor irá atender aos interesses dos filhos, termos em que verificar-se-á na seguinte apelação cível, onde o genitor interpôs, sendo verificado que o mesmo não atendia aos pressupostos para exercer tamanha responsabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA DOS FILHOS. Não há razão alguma para alterar a guarda dos filhos que vem sendo adequadamente exercida pela genitora, mormente quando as crianças sequer possuem vínculo afetivo com o genitor, cujas visitas estão inclusive vedadas. Verba alimentar. Não cabe reduzir alimentos fixados em quantia módica se o alimentante sequer sinaliza a sua renda efetiva. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. TJ-RS - AC: 70056692338 RS, Relator: ALZIR FELIPPE SCHMITZ, data de julgamento: 31/10/2013, OITAVA CÂMARA CÍVEL, data de publicação: diário da justiça do dia 05/11/2013. (Grifo no original).

Na seguinte apelação cível, o requerido insatisfeito com a sentença, ingressou com o recurso em tela, alegando em suas razões que apresentava melhores condições para exercer a guarda dos filhos, tendo em vista que a genitora tinha demasiada jornada de trabalho, não tendo como oferecer a atenção necessária aos filhos.

No relatório do Excelentíssimo Desembargador Alzir Felipe Schmitz, constou que não havia respaldo jurídico algum para a alteração da guarda ou até mesmo a concessão da guarda compartilhada, tendo em vista que o crucial parecer técnico demonstrou ausência de vínculo afetivo entre pai e filhos, ainda relatou que o

apelante era dependente químico, situação que poderia trazer grandes prejuízos aos infantes, pois o genitor não estava logrando êxito em seus tratamentos para a recuperação e o conseqüente desuso de drogas.

Relatos de violência física praticada pelo apelante contra a filha e o fato de o filho caçula sequer lembrar do pai, constantes nos autos, embasaram a correta decisão no presente feito. Embora a genitora possuísse vultosa carga horária de trabalho, a avaliação psicológica demonstrou que os filhos vinham recebendo os cuidados adequados e importantes para seu desenvolvimento, sendo a figura materna considerada o centro da família pelas crianças.

Assim, com a conclusão de que os primordiais interesses dos filhos estavam adequadamente sendo atendidos pela genitora, não havendo qualquer relato de risco para os infantes sob a guarda materna, esta foi preservada, sendo mantida a decisão sentenciada, termos em que o apelo do recorrente foi negado.

De acordo com o explanado, pôde-se verificar que o deferimento da guarda compartilhada no caso em questão seria desvantajosa, pois os interesses das crianças estariam sob risco, conforme tratado nos capítulos anteriores.

Diante da análise desta apelação cível, passar-se-á para a observação do próximo agravo de instrumento interposto com a finalidade de estabelecer a guarda compartilhada em favor dos genitores e interesse da filha.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra a ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. DERAM PROVIMENTO. TJ-RS - AI: 70064723307 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 25/06/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2015. (Grifo no original).

O presente agravo de instrumento foi interposto pelo genitor, em face de decisão interlocutória que manteve a guarda unilateral em favor da genitora, nos autos da ação de regulamentação de visitas proposta pela mesma.

O agravante ajuizou um processo postulando a guarda compartilhada, o qual tramitava em apenso ao feito, tendo em vista que estava tendo dificuldades de manter o convívio com a filha, essencialmente no que diz respeito a participação de

reuniões escolares da menina. Sustentou a necessidade da implementação do instituto da guarda compartilhada, regra do ordenamento jurídico quando ambos os genitores apresentem condições de exercê-la. Contudo, o agravo foi recebido e indeferido.

No relatório do Excelentíssimo Dr. José Pedro de Oliveira Eckert, constou que com a nova redação da Lei nº 13.058/14, o agravante requerendo a regulamentação da guarda compartilhada, alegou que eram inúmeros desentendimentos entre os genitores referente a convivência paterno-filial, principalmente em questões relativas ao gerenciamento da vida da filha, não podendo participar, inclusive de reuniões escolares, afrontando assim, seu exercício do poder familiar, o qual não deveria sofrer reduções em virtude da guarda unilateral materna.

O poder familiar não se perde após a ruptura conjugal, conforme verificado no primeiro capítulo, devendo as causas de suspensão, extinção ou perda serem tratados via judicial, reclamando a máxima cautela na averiguação do caso concreto.

A decisão agravada indeferiu a guarda compartilhada, fundamentando que era imprescindível a realização de perícia nas partes para solucionar questões controvertidas.

Contudo, a disposição do artigo 1.542, § 2º do Código Civil, dispõe que a guarda compartilhada é a regra a ser implementada, mesmo não havendo consenso entre os genitores. Tal modalidade somente não se aplica quando comprovada inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou houver a declaração expressa sobre o desapeço no exercício da guarda.

Como já informado, o consenso entre os genitores não é requisito para o deferimento da guarda compartilhada, mas sim o que melhor irá atender aos interesses da criança e do adolescente.

No caso tratado, não houve qualquer indício ou até mesmo manifestação nesse sentido de que o genitor não estava apto para tamanha incumbência. Motivos suficientes para a justa feitura da guarda compartilhada como caráter educativo aos pais, com o dever de encontrar um consenso referente as medidas para o melhor interesse da filha. Ressaltando que não se deve confundir a norma da guarda compartilhada com regime de convivência entre pai e filha.

Sendo assim, o agravo foi provido de forma unânime, estabelecendo a guarda compartilhada em favor dos genitores, atendendo ao melhor interesse da filha.

Perante as análises das jurisprudências formuladas pelo Tribunal de Justiça do

Estado do Rio Grande do sul, pôde-se se extrair que para o deferimento da guarda compartilhada, não há a necessidade de consenso, não há o afastamento da obrigação alimentar, podendo o magistrado, como já retratado no capítulo anterior, utilizar-se do auxílio de equipe interdisciplinar para a melhor solução da lide e principalmente atender o melhor interesse da criança e do adolescente, afastando-os de qualquer possibilidade de riscos que possam correr. Assim passar-se-á as análises das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.2 Decisões do Superior Tribunal de Justiça

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça uniformiza o entendimento e aplicação de leis federais infraconstitucionais, conforme o artigo 105 da Constituição Federal, daí a relevância da análise de seu posicionamento quanto ao tema em questão, iniciando pelo presente recurso especial a seguir, interposto contra acórdão do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul que indeferiu pedido de guarda compartilhada, sob a alegação de não haver consenso entre os genitores.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014. (Grifo no original).

O presente recurso especial, supra referido, foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referente a uma ação de divórcio litigioso cumulado com pedido de guarda compartilhada, sendo indeferido e estabelecendo visitas para o pai da criança. O referido tribunal sustentou que a regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo entre pai e filho, mas sem afetar as rotinas de vida da criança, consubstanciando assim, o seu melhor interesse.

A vedação do TJ/RS, ao pedido da guarda compartilhada, foi embasada na questão de que para a concessão do pedido, havia a necessidade de existência de uma relação harmoniosa e de respeito entre os genitores, não havendo qualquer tipo de disputa ou conflito, fazendo do consenso, um pré-requisito da implantação do referido instituto.

Embora seja fato que, para a melhor adequação e implantação da guarda compartilhada tenha que existir o diálogo pacífico, nem sempre será possível o convívio harmonioso entre os ex-cônjuges, razão pela qual o Superior Tribunal Justiça entende que não há a necessidade de tal consenso, e sim o que atender aos melhores interesses da criança e do adolescente, princípio que norteia as relações envolvendo os filhos.

A inviabilidade da guarda compartilhada por falta de consenso, não se refere aos melhores interesses da criança, não podendo ser utilizada para contrariar esses interesses. A exigência de consenso para a estipulação da guarda compartilhada permite o foco distorcido à problemática, pois se restringe na existência do litígio e ignora a finalidade de se chegar ao melhor interesse do menor.

Embora, não se possa descartar a possibilidade do insucesso na implementação da guarda compartilhada, pela intolerância de um dos genitores, ainda assim deverá ser o primeiro procedimento, amparado pelo § 2º do artigo 1.684 da Lei nº 13.058/14.

Pois, conforme tratado no segundo capítulo, fazendo referência ao entendimento de Grisard Filho (2010), não é o litígio que impede a guarda compartilhada e sim a insistência em se evitar o diálogo, sendo comum nas Varas de Famílias a ampliação do litígio, bem como a criação de falsas denúncias de modo a obstaculizar a guarda compartilhada.

Além do mais, estudos sócio-psicológicos ou experiências reiteradas apontam

que a competência em igualdade de condições para ambos os genitores na divisão do cuidado e criação de seus filhos, é a decisão que melhor atende aos interesses destes. Razões estas que foram fundamentais para que o Superior Tribunal de Justiça desse provimento por unanimidade ao presente recurso especial, reformando o acórdão, considerando possível a concessão da guarda compartilhada, mesmo na ausência de consenso entre os pais, devendo ser produzida avaliação técnica e estudos psicossociais necessários a atender ao melhor interesse do filho. Diante do relatado, passar-se-á a análise do próximo recurso especial.

O presente recurso especial, movido pelo genitor, requerendo o provimento em face do pedido de guarda compartilhada, que havia sido negado em recurso de apelação, sob o argumento de não haver consenso entre os genitores, o que não é requisito para tal medida.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados. 2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso especial provido. STJ - REsp: 1591161 SE 2015/0048966-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 21/02/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2017. (Grifo no original).

O respectivo recurso especial foi fundamentado no artigo 105, III, “a”, “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. A apelação cível, requerida pelo pai, foi parcialmente provida uma vez que foi deferida a gratuidade da justiça, mas o cerne da questão, ou seja, o pedido do compartilhamento da guarda foi negado, onde a magistrada tomou por base o fato de que havia litígio entre os pais, ausência de consenso, questões que fundamentaram a inviabilidade da guarda compartilhada, mesmo tendo a indicação de laudos psicológicos e social para o exercício de ambos os genitores na guarda do

menor, a magistrada sustentou que a guarda compartilhada para ser proveitosa ao infante, seria imprescindível a incoerência de conflitos entre seus pais.

Como visto anteriormente, questões envolvendo a guarda de filhos, para uma melhor definição e para melhor atender aos interesses da criança e do adolescente, o magistrado pode utilizar-se de auxílio de equipe interdisciplinar, a qual, no caso em questão foi utilizada, mas a magistrada optou por ignorar os laudos psicológicos e sociais e seguir pelo seu livre convencimento, conforme dispõe a legislação.

No presente recurso especial, o recorrente alegou divergência jurisprudencial e violação dos artigos 1.583, 1.584, 1.630, 1.632 e 1.634 do Código Civil, argumentado que deveria ser deferido o pedido da guarda compartilhada do filho do ex casal, em consonância com a legislação em vigor acerca do tema.

O recorrente afirmou que a necessidade de consenso entre os genitores era desnecessária para a homologação do exercício da guarda compartilhada, não podendo ser este o fato que a impedia, citando precedentes da corte.

Tem-se que, a guarda compartilhada, a partir das leis nº11.698/08 e nº13.058/14, não se sujeita à transigência dos genitores e no caso concreto não houve particularidades que inviabilizassem a adoção do referido instituto, haja vista o contexto dos autos, sendo favorável ao recorrente os laudos psicológicos e social, demonstrando o favorecimento da prole. Ainda, o Ministério Público do Estado do Sergipe, concluiu que ambas as partes possuíam idoneidade para exercer o atributo da guarda do filho em comum, não podendo que eventuais desavenças particulares decorrentes da separação do casal, viessem a prejudicar o filho.

O compartilhamento garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento do filho, dando continuidade a convivência familiar após a ruptura conjugal, sendo relevante que o filho receba o carinho e atenção de seus genitores, que devem se esforçar para a harmonia no engajamento inerente aos deveres e direitos do poder familiar. Diante do relatado, foi dado provimento ao recurso por unanimidade, termos em que a guarda compartilhada foi fixada.

A seguir, passar-se-á ao exame de um pedido de guarda compartilhada executado pelo tio e pela avó da criança, visto que os genitores não possuíam condições para o sustento da mesma, pedido este que foi provido, mediante recurso especial, o qual considerou o melhor interesse da menor.

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido. STJ - REsp: 1147138 SP 2009/0125640-2, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2010. (Grifo no original).

O referido recurso especial, interposto a pedido do tio e da avó da criança para compartilhar a guarda, tendo em vista que a guarda fática da menor era tida desde os quatro meses de idade da infante, uma vez que os genitores, além de separados, não possuíam condições de criar a filha e não se opuseram quanto ao pedido. Em busca da regularização da guarda da criança, com o intuito de atender melhor seus interesses. O Ministério Público opinou pela procedência do pedido, nos termos da admissão do instituto da família substituta, entretanto, o magistrado julgou extinta a ação de guarda, sem a resolução do mérito, uma vez que entendeu que o referido pedido não era juridicamente possível. Entendimento que se seguiu no recurso de apelação, portanto, desprovido.

O recurso especial foi interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, indicando a violação dos artigos 6 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, informando ser os recorrentes, os únicos responsáveis pela manutenção do lar e as necessidades da criança, sendo a negativa da guarda compartilhada prejudicial às condições de vida, nos aspectos materiais, morais e de saúde da infante, uma vez que o pai da mesma, encontrava-se recolhido em cadeia pública à época dos fatos e a mãe em local desconhecido, fatos em que se concluiu que o provimento do recurso era o que melhor atendia aos interesses da menina.

O voto do relator, Excelentíssimo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, foi no sentido de que apesar do pedido ser possível, era inadequado para o caso concreto, porém, o cerne da questão era o bem-estar da criança, sendo inclusa em plano de saúde e outros benefícios a serem melhor implementados após a fixação do instituto da guarda compartilhada, como dependente dos requerentes.

Assim, conforme constante nos autos, não havia outra perspectiva para a infante, senão continuar a receber os cuidados que já vinha recebendo pelo tio e pela avó, tendo em vista que a criança estava sob seus cuidados desde os quatro meses de idade, estando habituada ao convívio com os parentes, manifestando inclusive seu desejo para tanto, estando à época, já com onze anos de idade, bem como os genitores mantiveram o desejo, expresso, de que a filha permanecesse sob os cuidados já mantidos pelo tio e avó da criança. Além do mais, o relatório social demonstrou que a infante estava sob excelentes cuidados, vivendo em lar harmônico e organizado.

Como já relatado, a importância que faz o auxílio de equipe interdisciplinar para melhor elucidar questões envolvendo a guarda de crianças, principalmente para melhor atender o interesse destas, em seu aspecto psicológico e social. Diante do exposto, o presente recurso especial foi provido, concedendo aos recorrentes a guarda compartilhada da menor.

Adiante, passamos ao exame do presente agravo em recurso especial, o qual teve denegado seu provimento, tendo em vista que a guarda deferida à avó paterna era a decisão que melhor atendia aos interesses da criança.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 272.715 - MS (2012/0266591-6)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO AGRAVANTE: J I G Q ADVOGADO:
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO: Z V G ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO
DO MATO GROSSO DO SUL DECISÃO Cuida-se de agravo, desafiando
decisão que inadmitiu recurso especial, este com fundamento na alínea a
do permissivo constitucional, interposto contra acórdão proferido pelo Eg.
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: "EMENTA -
APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE GUARDA - PEDIDO
DE GUARDA DA MENOR EM FAVOR DA AVÓ PATERNA -
POSSIBILIDADE - INTERESSE DA INFANTE - PREVALÊNCIA- RECURSO
PROVIDO. Em atendimento ao princípio do melhor interesse da menor, com
amparo no art. 33 do ECA, e segundo estudo social realizado, impõe-se
deferir a guarda definitiva a avó paterna, ora requerente, como forma de
atender aos interesses e necessidades da criança." (e-STJ, fl. 154) (...)
Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, a, do CPC,
conheço do agravo para negar-lhe provimento. STJ - AREsp: 272715 MS
2012/0266591-6, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ
09/04/2015. (Grifo no original).

O presente agravo, foi interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial, sob a alegação de que a transferência de guarda somente se dará de forma excepcional, ou seja, a colocação do adolescente em família substituta deverá ser feita em caráter secundário e com a condição de que a família natural não tenha

logrado êxito em seus atributos ao exercício do poder familiar. Alegou ainda que, no caso em questão, não ficou comprovada qualquer conduta que desclassificasse o recorrente a ponto de lhe retirar a responsabilidade de guarda e criação da filha, não desestimulando o papel da avó em aconselhar a neta, haja vista, sendo esta a figura materna para a menina.

No relatório, a corte originária, ao reformar a sentença de primeiro grau, entendeu por conferir a guarda da menor à avó paterna, em virtude das condições socioeconômicas e familiares, especialmente conforme laudo psicológico e estudo social, atendendo o primordial interesse da criança e do adolescente.

Importante o destaque do laudo social que chegou as seguintes conclusões, primeiramente de que o genitor havia retirado direitos fundamentais de sua filha, como o direito a convivência familiar, impedindo-a de visitar a avó, cuja lhe era a figura materna e sempre lhe supria as necessidades, proporcionando carinho e atenção, além de que expusera a criança em risco ao permitir que a mesma ficasse por tempo demasiado sozinha em casa. Concluiu ainda que o genitor não se mantém em emprego fixo, não tendo condições econômicas para dar conta do suporte financeiro que a filha necessita, sendo assim, no ponto de vista social e de estrutura familiar não havia as condições para o genitor deter a guarda da filha.

As declarações da criança foram com o objetivo de permanecer aos cuidados da avó durante a semana e com o pai aos finais de semana, tendo em vista que o mesmo trabalhava durante a semana, não tendo tempo para dar atenção a filha.

Diante de todo o contexto fático, tendo em vista que a transferência da guarda de menor reclama a máxima cautela, e que o objetivo é atingir o crucial interesse da criança e do adolescente, convém ressaltar, conforme constante nos autos, que a menor residia com a avó desde tenra idade, passando a residir com pai posteriormente, quando este a retirou do convívio diário com a avó, sendo que a manifestação da menina era continuar onde estava e dar ao pai o direito de visitas.

O acórdão repreendido é amparado por orientação jurisprudencial do STJ, o qual possibilita o deferimento da guarda de menor aos seus avós quando estes possuem as melhores condições de prover a assistência material e física de que necessitam os netos, correlacionando ao caso em tela. Termos em que foi negado o provimento do presente agravo.

À vista disso, passar-se-á ao exame quanto ao envolvimento de guarda compartilhada no contexto do direito internacional.

4.3 Direito internacional, sentença estrangeira envolvendo guarda compartilhada

Reforçando o presente trabalho, importante trazer o posicionamento e entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a guarda compartilhada quando os genitores são de nacionalidades distintas, a começar pelo exame do seguinte pedido de homologação de sentença estrangeira, referente a solicitação do deferimento de guarda compartilhada, formulado pelo genitor do menor de nacionalidade alemã.

PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE PROVIMENTO ADMINISTRATIVO QUE ASSENTOU ACORDO DE GUARDA COMPARTILHADA NA ALEMANHA. EFICÁCIA SENTENCIAL. EQUIVALÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. MÃE E FILHO RESIDENTES, HOJE, NO BRASIL. CONCORRÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. DECISÃO DESTA, CONFERINDO A GUARDA PROVISÓRIA DO FILHO À MÃE E FIXANDO ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NOVO TÍTULO, A PARTIR DA MODIFICAÇÃO DOS FATOS. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DO PROVIMENTO ALIENÍGENA. IMPOSSIBILIDADE. RESGUARDA DA SOBERANIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. 1. O provimento extrajudicial - acordo sobre guarda de menor homologado por órgão administrativo alemão -, quando, em conformidade com o ordenamento jurídico estrangeiro, possuir a mesma eficácia de decisão judicial, pode perfeitamente subsidiar a pretensão de se estender os seus efeitos para o território brasileiro. Precedentes do STF. 2. Há competência concorrente entre a jurisdição brasileira e a estrangeira para processar e julgar ação de guarda e alimentos envolvendo menor que, atualmente, residente no Brasil com a mãe, enquanto o pai, em outro país. Precedentes do STJ. 3. As decisões acerca da guarda de menor e respectivos alimentos não se submetem aos efeitos da coisa julgada, que pode ser relativizada diante da alteração dos fatos, sempre, sobrelevando o interesse do infante. 4. Hipótese em que a Justiça brasileira, tendo em conta as circunstâncias atuais da família, deferiu a guarda provisória do filho à mãe, ora Requerida, bem como fixou alimentos provisórios. 5. Nesse contexto, homologar o provimento estrangeiro que decidiu sobre a mesma matéria, mas em circunstâncias outras - já modificadas, e reconsideradas, ainda que em sede provisória, pela Justiça brasileira -, implicaria a coexistência de dois títulos contraditórios, em manifesta afronta à soberania da jurisdição nacional. Precedentes do STF. 6. Pedido de homologação indeferido. Custas ex lege. Condenação do Requerente ao pagamento dos honorários advocatícios. STJ - SEC: 5635 DF 2010/0140983-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/04/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 09/05/2012. (Grifo no original).

Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pela Secretaria Municipal do Menor, em Munique, Alemanha, que no ano de 2001 homologou acordo extrajudicial referente a guarda compartilhada do filho menor, entre pai alemão e mãe brasileira.

Em 2001 o casal residia na Alemanha, convivendo em união estável, sendo o

acordo acerca da guarda compartilhada estabelecido nessa época. No ano de 2004, passaram a residir no Brasil. Em 2009, após a ruptura conjugal, mãe e filho permaneceram no país, sendo deferida a guarda provisória do infante à genitora pelo Judiciário brasileiro.

A genitora relatou que havia sido expulsa da residência, construída pelo casal, juntamente com o filho, configurando assim, abandono material, sem a devida prestação de alimentos necessários a subsistência de ambos. Alegou ainda que de acordo com o artigo 7º da LICC, devido ao domicílio e residência habitual serem no Brasil, as leis daqui são as que imperam perante o caso, pedindo assim, o indeferimento do pedido de homologação de sentença estrangeira.

Na réplica, o requerente sustentou que a requerida se dirigiu perante a autoridade alemã por livre e espontânea vontade, assinalando de forma positiva quanto ao acordo de guarda compartilhada do filho do casal, ainda, que as alegações proferidas pela requerida não eram condizentes com a realidade dos fatos. Alegou também que o ajuizamento do pedido por guarda unilateral não anula o acordo firmado pelas partes em território estrangeiro, visto que não havia o trânsito em julgado da decisão.

A manifestação do Ministério Público Federal foi no sentido de indeferir o pedido, haja vista a ofensa à ordem pública e à soberania em face do disposto no artigo 6.º da Resolução N.º 9, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça.

A relatora do feito, Excelentíssima Sra. Ministra Laurita Vaz assentou que o provimento extrajudicial pode perfeitamente auxiliar a pretensão de se estender os seus efeitos para o território brasileiro quando houver a conformidade com o ordenamento jurídico estrangeiro, possuindo a mesma eficácia de decisão judicial.

Além disso, a concorrência da jurisdição brasileira, em que pese mãe e filho residentes do país, é incontestável, fazendo incidir a norma estabelecida pelo artigo 7º da LICC, dispondo que: "A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família."

A 1º Vara de Família de Florianópolis/SC, onde correu o feito, deferiu a guarda provisória do filho em favor da genitora, ora requerida, fixando alimentos provisórios. Sendo assim, a homologação de sentença estrangeira que decidiu sobre a mesma matéria, mas em outro contexto acerca dos fatos, já modificado e reconsiderado, mesmo que em medida provisória pela Justiça brasileira, acarretaria a

simultaneidade de dois títulos contraditórios, afrontando a soberania da jurisdição nacional. Em face do exposto, o presente pedido de homologação de sentença estrangeira foi indeferido.

Com o pedido de vista, o Excelentíssimo Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, confirmou que não havia como deferir o pedido formulado pelo requerente, uma vez que não havia ato judicial a ser homologado nem ato estatal a ele equiparado. Tratava-se, portanto, de um ato administrativo firmado pelas partes, não contendo qualquer espécie de decisão homologatória, atestando o simples recebimento. Ato que não teve qualquer finalidade de solucionar conflitos entre os genitores do menor. Ainda, conforme declarou o requerente, a finalidade do documento era a alteração do registro civil. Sendo assim, a intervenção do poder judiciário brasileiro se deu anos após e dentro de um contexto diverso do inicial, o qual regulamentou a guarda do menor, solucionou questões patrimoniais do casal e demais situações decorrentes da ruptura conjugal, ficando a declaração de vontade efetuada em território estrangeiro sem validade. Termos em que acompanhou o voto da Ministra relatora, indeferindo o pedido.

A seguir, partir-se-á para a análise do pedido de homologação de sentença estrangeira, a qual deferiu divórcio consensual com a devida partilha de bens, bem como a guarda compartilhada, cumulada com a prestação de alimentos.

DIREITO INTERNACIONAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIVÓRCIO CONSENSUAL. DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO FUTURA. PARTILHA DE BENS SITUADOS NO EXTERIOR. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES. REQUISITOS FORMAIS ATENDIDOS. HOMOLOGAÇÃO. 1. Pedido de homologação de sentença estrangeira de divórcio na qual foram fixados guarda compartilhada, alimentos, obrigações mútuas para educação e despesas de saúde da prole, bem como divididos bens havidos no exterior. Os únicos óbices trazidos em contestação dizem respeito à condição econômica da parte requerida para o pagamento dos alimentos e remete ao debate da divisão dos bens havidos no estrangeiro. 2. O juízo de deliberação, via de regra, não é o meio adequado para postular a revisão dos alimentos, que poderá ser buscada por meio da devida ação revisional em razão da alteração da condição econômica. Precedente: SEC 5.822/EX, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 28.2.2013. 3. A partilha de bens havidos e situados no exterior, em sentença de divórcio estrangeira, não configura cláusula que ofenda a ordem jurídica brasileira e, portanto, não configura óbice à homologação. 4. Estando presentes os requisitos formais, fixados na Resolução STJ n. 9/2005, bem como nos arts. 15 a 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei n. 4.657/1942), deve ser homologada a sentença. Pedido de homologação deferido. STJ - SEC: 9429 EX 2013/0333207-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/05/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 25/05/2015. (Grifo no original).

Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira, fundamentado no artigo 105, inciso I, alínea “i”, da constituição Federal e na Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de se valer à sentença de divórcio, proferida nos EUA. O Requerente ingressou com o referido pedido alegando que lhe foi deferido o divórcio, não mais possuindo qualquer vínculo com a parte Requerida, a qual apresentou contestação, divergindo quanto a fixação dos alimentos na sentença homologanda, pelo fato de ter sido atribuída em moeda estrangeira (dólares) e pelo fato de dois filhos já terem atingido a maioridade, ainda pelo fato de a sentença ter estabelecido um prazo para o pagamento.

O Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido de homologação, haja vista que a alteração da condição socioeconômica para o pagamento de alimentos e a lide sobre a divisão dos bens arrolados nos EUA não são óbices para a referida homologação.

Na referida sentença estrangeira, foram fixados a guarda compartilhada dos filhos, bem como a prestação de alimentos, impondo a ambos os genitores a cooperação mútua para a educação e despesas de saúde da prole, também a divisão de bens havidos no exterior.

No relatório do Excelentíssimo Sr. Ministro Humberto Martins, constou que a sentença estrangeira deveria ser homologada, uma vez que os óbices à homologação apresentados na contestação pela Requerida eram de caráter substantivo, os quais não configuravam empecilhos para a homologação da sentença estrangeira. No que tange aos alimentos, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não há óbice em virtude da impossibilidade de debater o direito material em questão e pelo fato de que há a possibilidade de revisão em razão da condição econômica do ex-cônjuge. Assim, pelo entendimento de que não houve ofensa à soberania brasileira, foi deferido o pedido de homologação de sentença estrangeira, pois, devidamente preenchidos os requisitos formais, conforme a Resolução do Superior Tribunal de Justiça nº 9/2005 e nos artigos 15 a 18 da Lei de Introdução às Normas do direito Brasileiro.

A seguir, passamos à análise do recurso especial onde a genitora pleiteou a guarda do filho, cujo era detentor de dupla cidadania e sua residência habitual era tida como a cidade de Palermo, na Itália, incorrendo a genitora em retenção nova, a qual consubstanciou-se em retenção ilícita, uma vez que reteve o filho junto de si no

Brasil sem a devida anuência do genitor de nacionalidade italiana, visto que ambos os genitores eram detentores da guarda do filho, sob guarda compartilhada.

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTADOS. BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE INFANTE. GUARDA COMPARTILHADA. OCORRÊNCIA DE RETENÇÃO ILÍCITA POR UM DOS GENITORES. EXCEÇÕES NÃO CONFIGURADAS. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À RECORRENTE. RETENÇÃO NOVA. NECESSIDADE DE RETORNO DA CRIANÇA AO PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL, JUÍZO NATURAL COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE A SUA GUARDA. 1. No caso concreto, a criança, nascida no Brasil e portadora de dupla cidadania, tinha residência habitual na Itália, sob a guarda compartilhada da mãe (cidadã brasileira) e do pai (cidadão italiano). Em viagem de férias dos três ao Brasil, a mãe reteve a criança neste país, informando ao seu então companheiro que ela e o filho não mais retornariam à Itália. 2. Nos termos do art. 3º da Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, o "sequestro internacional" diz respeito ao deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou sua retenção indevida em outro local que não o de sua residência habitual. 3. O escopo da Convenção não se volta a debater o direito de guarda da criança, mas, sim, a assegurar o retorno da criança ao país de residência habitual, o qual é o juízo natural competente para julgar a sua guarda. 4. A presunção de retorno da criança não é absoluta, mas o ônus da prova da existência de exceção que justifique a permanência do infante incumbe à pessoa física, à instituição ou ao organismo que se opuser ao seu retorno. Ademais, uma vez provada a existência de exceção, o julgador ou a autoridade tem a discricionariedade de formar seu convencimento no sentido do retorno ou da permanência da criança. 5. Na hipótese dos autos, a genitora pleiteou a produção de prova pericial atinente às condições psíquicas sociais da criança, tendo o magistrado a quo indeferido a perícia por entender que não haveria necessidade de parecer técnico em casos de retenção nova. Assim, viável o indeferimento da perícia com base no art. 12 da Convenção, pois o pai da criança foi célere no sentido de tomar as providências administrativas e diplomáticas pertinentes à repatriação, agindo dentro do tempo-limite de 1 ano recomendado pelo documento internacional, lapso dentro do qual, salvo exceção comprovada, a retenção nova da criança autoriza o seu retorno imediato. 6. O Brasil aderiu e ratificou a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, devendo cumpri-la de boa-fé, respeitadas, obviamente, eventuais exceções, as quais não foram comprovadas pela recorrente. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, improvido. STJ - REsp: 1351325 RJ 2012/0227705-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 10/12/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2013. (Grifo no original).

O presente recurso especial interposto pela genitora, refere-se a questão de necessidade de retorno da criança à Itália, seu país de residência habitual. Tem-se no contexto a situação de uma criança nascida no Brasil, portadora de dupla cidadania, sob guarda compartilhada onde a genitora (cidadã brasileira) e o genitor (cidadão italiano), em viagem de férias ao Brasil em dezembro de 2009, quando em janeiro de 2010 a mãe reteve o filho em comum, informando ao genitor que

permaneceria no Brasil juntamente com a criança e não retornariam mais para a Itália, país onde considerava-se residência habitual.

Entrou em debate a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, referindo-se ao deslocamento ilegal de seu país e/ou sua retenção indevida em local diverso de sua residência habitual. A referida Convenção não se voltou a debater a questão da guarda da criança, mas sim a assegurar o retorno ao país considerado como residência habitual, sendo este o juízo natural competente para julgar a guarda do infante.

A presunção de retorno da criança não é absoluta, desde que comprovada a existência de exceção que justifique a permanência do menor, ônus incumbido à pessoa física, à instituição ou ao organismo que se opuser ao seu retorno, tendo neste caso, a discricionariedade para o julgador formar seu convencimento para declarar o retorno ou a permanência da criança.

Nesse sentido, a genitora requereu a produção de prova pericial atinentes às condições psíquicas sociais da criança, sendo esta solicitação indeferida pelo magistrado, pois houve o entendimento, baseado no artigo 12 da Convenção, de que o pai foi célere, tomando as providências administrativas e diplomáticas pertinentes à repatriação do filho, sendo o limite de 1 ano, lapso temporal em que autoriza o retorno imediato da criança em virtude de retenção nova, salvo a comprovação de exceção que a impede.

Cumprido esclarecer que o Brasil aderiu em 19 de outubro de 1999 e ratificou a Convenção sobre os Aspectos do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, que passou a vigorar no país em 1º de janeiro de 2000, com o dever de cumprir de boa-fé, respeitadas eventuais exceções, as quais não foram comprovadas por parte da recorrente.

Assim, a retenção da criança pela mãe, sem o consentimento do pai, também guardião, apresentou os contornos da retenção ilícita com previsão no artigo 3º da convenção, considerada sequestro internacional de criança, uma vez que sua cidade de residência habitual se localizava em Palermo, na Itália, sob a guarda compartilhada de ambos os genitores. Sendo pleiteado pelo genitor, o retorno do filho entre abril e maio de 2010, dentro do lapso temporal estabelecido na Convenção, expressamente em seu artigo 12. E sendo o Brasil signatário da Convenção Internacional, preenchidos os requisitos legais, a repatriação da criança

deverá ser regra, cabendo ao juízo natural, ou seja, o Estado de residência habitual da criança, competente para definir a guarda do infante.

As exceções para impedir a repatriação da criança são observadas entre os artigos 13 e 20 da referida Convenção, as quais não restaram comprovadas pela genitora, se valendo da vinda ao país para levar vantagem quanto a guarda do filho.

Portanto, verificando que a criança foi retirada de sua residência habitual sem o consentimento de um dos genitores, foi definido que as questões relativas à guarda, são resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, sendo a medida que mais se adequa a Convenção. Contexto em que se definiu o retorno da criança à Itália, com a devida autorização para que a genitora pudesse acompanhar o filho, sob diligência do representante da autoridade central italiana.

Pôde-se verificar neste capítulo o posicionamento do Poder Judiciário frente a diversas questões envolvendo a guarda de filhos, em consonância com o que foi demonstrado nos primeiros capítulos, verificou-se também que o litígio entre os genitores não configura óbice para o compartilhamento da guarda, devendo prevalecer, conforme demonstrado, o melhor interesse da criança e do adolescente. Ainda foi explanado sobre questões envolvendo genitores de nacionalidades distintas, objetivando enriquecer o presente trabalho com as demandas internacionais.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho demonstrou-se de grande relevância, em virtude do grande número de divórcios, separações ou dissoluções de união estável, vindo à tona a questão da guarda dos filhos conseqüentemente. Sendo assim, quanto menor a criança, mais dificuldades terá para entender o porquê da separação dos seus pais, não compreendendo o distanciamento de um dos genitores, o que pode afetar de forma negativa seu desenvolvimento psicológico.

O exercício da guarda compartilhada faz com que os pais separados convivam em harmonia e conciliem suas atitudes pessoais em favor do bem-estar dos filhos, sendo vista com bons olhos pelos mais renomados doutrinadores, que demonstram em seus estudos a importância da cooperação mútua de ambos os genitores na criação, educação e guarda dos filhos havidos em comum.

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise sobre a evolução que ocorreu em torno do poder familiar, trazendo grandes reflexos ao instituto de guarda compartilhada, conferindo o equânime exercício do poder familiar na decisão, criação e educação na vida dos filhos, respeitando o seu melhor interesse.

Pôde-se verificar uma verdadeira mudança de paradigma ocorrida em virtude da revolução industrial, que foi gradativamente impondo a sociedade significativas transformações, tais que a mulher foi deixando de lado a figura de dona de casa, para com o marido buscar o sustento da família e ambos cooperarem na educação dos filhos, logrando plena igualdade em direitos.

O objetivo do presente trabalho foi realizar a análise da guarda compartilhada sob o aspecto crucial do melhor interesse da criança e do adolescente, para evidenciar que é a melhor decisão a ser tomada quando ambos os genitores possuem as devidas responsabilidades para tal incumbência, devendo o magistrado, conforme sugere a norma, que explique o significado da guarda compartilhada, sendo de suma importância o respaldo de equipe interdisciplinar, os quais realizam estudos técnicos no campo psicológico e social do ambiente familiar, sendo fatores determinantes para a implementação da guarda compartilhada, convalidando os interesses dos filhos. Diante disto, buscou-se esgotar a seguinte indagação: A guarda compartilhada favorece o desenvolvimento saudável da criança e do

adolescente atendendo o seu melhor interesse e também seu direito ao convívio com ambos os genitores de forma mais ativa?

Portanto, restou demonstrado que a guarda compartilhada favorece o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, visto que melhor atende as necessidades e os direitos dos filhos, proporcionando a maior convivência com ambos os genitores, estreitando as relações de afeto, assegurado pelo princípio da igualdade e o princípio do melhor interesse do menor.

Concluiu-se que o poder familiar pode e deve ser exercido por ambos os genitores em igualdade de condições, igualdade que é conferida pela Constituição Federal, na qual consta que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, essa igualdade deve ser mantida no exercício do Poder Familiar, nas decisões tomadas referente à vida dos filhos.

Na análise jurisprudencial, pôde-se detectar que os órgãos jurisdicionais vêm optando pelo modelo da guarda compartilhada, com o respaldo tanto da lei como do auxílio de equipe interdisciplinar, especialmente no campo da psicologia, visto que as questões familiares devem ser tratadas com a máxima cautela, principalmente quando envolve crianças e adolescentes por encontrarem-se em situação de desenvolvimento físico e psicológico.

Dada a importância do assunto, torna-se indispensável, o envolvimento de outras ciências, principalmente a psicologia e a assistência social, ficando como sugestão para novas pesquisas, para concluir questões familiares junto ao poder judiciário, uma forma conjunta de se adequar à evolução da sociedade, consubstanciada na família contemporânea. Evitando assim, os distúrbios na personalidade de crianças e adolescentes, os quais decorrem do conflito entre seus genitores que não conseguem diferenciar a relação conjugal da relação paterno ou materno filial.

REFERÊNCIAS

BOECKEL, F. D. de; ROSA, K. R. R. (Org.). *Direito de família em perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. *Lei Nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. *Lei No 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. *Lei Nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 272715*. Quarta Turma, julgado em 16 de outubro de 2012. Ministro Raul Araujo (Relator). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180098391/agravo-em-recurso-especial-aresp-272715-ms-2012-0266591-6>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1626495*. Terceira turma, julgado em 30 de setembro de 2016. Ministra Nancy Andrighi (Relatora). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429775282/recurso-especial-resp-1642311-rj-2016-0261914-5/relatorio-e-voto-429775312>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1428596*. Terceira turma, julgado em 3 de junho de 2014. Ministra Nancy Andrighi (Relatora). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180098391/agravo-em-recurso-especial-aresp-272715-ms-2012-0266591-6>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1591161*. Terceira turma, julgado em 21 de fevereiro de 2017. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva (Relator). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443282933/recurso-especial-resp-1591161-se-2015-0048966-7/inteiro-teor-443282943>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1147138*. Quarta turma, julgado em 11 de maio de 2010. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1351325*. Segunda turma, julgado em 10 de dezembro de 2010. Ministro Humberto Martins (Relator). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811070/recurso-especial-resp-1351325-rj-2012-0227705-3-stj/inteiro-teor-24811071>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 5635*. Corte especial, julgado em 18 de abril de 2012. Ministra Laurita Vaz (Relatora). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16412016/sentenca-estrangeira-contestada-sec-5635>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 9429*. Corte especial, julgado em 06 de maio de 2015. Ministro Humberto Martins (Relator). Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191268106/sentenca-estrangeira-contestada-sec-9429-ex-2013-0333207-2/relatorio-e-voto-191268122>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 70065839755*. Oitava Câmara Cível, julgado em 10 de setembro de 2015. Desembargador Alzir Felipe Schmitz (Relator). Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/232666386/agravo-de-instrumento-ai-70065839755-rs>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 70048972699*. Sétima Câmara Cível, julgado em 25 de julho 2012. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (Relator). Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22009970/agravo-de-instrumento-ai-70048972699-rs-tjrs/inteiro-teor-22009971>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70063718381*. Sétima Câmara Cível, julgado em 27 de maio de 2015. Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol (Relator). Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194042036/apelacao-civel-ac-70063718381-rs/inteiro-teor-194042051>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70066453358*. Oitava Câmara Cível, julgado em 12 de novembro 2015. Desembargador Alzir Felipe Schmitz (Relator). Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/

257257790/apelacao-civel-ac-70066453358-rs/inteiro-teor-257257792?ref=juris-tabs>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70056692338*. Oitava Câmara Cível, julgado em 31 de outubro 2013. Desembargador Alzir Felipe Schmitz (Relator). Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113482085/apelacao-civel-ac-70056692338-rs/inteiro-teor-113482095>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 70064723307*. Oitava Câmara Cível, julgado em 25 de junho de 2015. Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert (Relator). Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204418596/agravo-de-instrumento-ai-70064723307-rs/inteiro-teor-204418607>. Acesso em: 26 maio 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMARGO NETO, T. A; SILVA, R. B. T da (Coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.