UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CARINE MARIA DA SILVA CRESPO

A GUARDA E SUAS MODALIDADES

Rio de Janeiro

2017

CARINE MARIA DA SILVA CRESPO

A GUARDA E SUAS MODALIDADES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosângela Gomes

Rio de Janeiro

2017

CARINE MARIA DA SILVA CRESPO

A GUARDA E SUAS MODALIDADES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em

de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professora. Rosângela Gomes – Orientadora
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor(a).
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor(a).
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota”.

Madre Teresa de Calcutá

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo discursar sobre o instituto da guarda, abrangendo desde o seu conceito até as suas modalidades. No passado, a chefia do seio familiar era exercido por quem detinha o pátrio poder, no caso, o homem, chefe da família. Com o passar do tempo, a igualdade entre homens e mulheres foi sendo alcançada, refletindo obviamente, na sociedade conjugal e no âmbito familiar. Assim, no momento em que os pais decidiam por terminar a relação conjugal, restava por decidir quem ficaria com a guarda dos filhos e que tipo de guarda seria aplicada. Neste trabalho analisar-se-á os inúmeros tipos de guarda, sua natureza jurídica, o poder familiar e a influência que o instituto sofre por parte de vários princípios, constitucionais e infraconstitucionais.

Palavras chave: Guarda, Natureza Jurídica, Poder Familiar, Princípios, Modalidades

ABSTRACT

This final paper aims to discuss child custody, ranging from its concept up to its different types. In the past, the role of head of the family was occupied by the one who had the family power, in that case, the husband. Over time, equality between men and women has been achieved, this change obviously reflects in the marital society and within the family. In this way, nowadays when the parents decide to end the marital relationship, it needs to be decided who is awarded custody of the children and the type of custody. In this paper, the many types of child custody and their legal nature are going to be analyzed, along with the family power and the influence of numerous constitutional and subconstitutional principles on child custody.

Keywords: Child Custody, Family Power, Types of Custody, Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – DA GUARDA.....	10
1.1 HISTÓRICO DA GUARDA.....	10
1.2 CONCEITO.....	11
1.3 NATUREZA JURÍDICA.....	12
1.4 O PODER FAMILIAR.....	14
1.5 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA.....	19
1.5.1 DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	20
1.5.2 IDADE E SEXO.....	20
1.5.3 IRMÃOS JUNTOS OU SEPARADOS.....	21
1.5.4 A OPINIÃO DO MENOR.....	22
1.5.5 COMPORTAMENTO DOS PAIS.....	22
CAPÍTULO II – DOS PRINCÍPIOS QUE INFLUENCIAM NA GUARDA.....	24
2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIOS.....	24
2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	26
2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	28
2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	30
2.5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	32
2.6 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	34
2.7 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	35
CAPÍTULO III – MODALIDADES DE GUARDA.....	37
3.1 GUARDA FÁTICA OU GUARDA DE FATO.....	37
3.2 GUARDA PROVISÓRIA OU TEMPORÁRIA.....	38
3.3 GUARDA PERMANENTE, DURADOURA OU DEFINITIVA.....	38
3.4 GUARDA CONSENSUAL OU LITIGIOSA.....	39
3.5 GUARDA UNILATERAL.....	39
3.5.1 DIREITO DE VISITA (CONVIVÊNCIA).....	43
3.5.2 ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP).....	45
3.6 GUARDA COMPARTILHADA.....	47
3.6.1 A PENSÃO ALIMENTÍCIA NA GUARDA COMPARTILHADA.....	49

3.7 GUARDA ALTERNADA.....	51
3.8 GUARDA POR ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

No presente trabalho de conclusão de curso, será abordado o instituto da guarda, com todas as suas nuances. Primeiramente, falar-se-á sobre o aspecto histórico da guarda, em como a mãe no passado tinha a responsabilidade de cuidar dos filhos enquanto ao pai era incumbido o sustento da casa. Quando o casal vinha por se divorciar, não era analisado o bem estar da criança no momento de estipular a guarda e sim, qual dos cônjuges não era culpado pelo fim da sociedade conjugal. Toda essa situação veio por se modificar quando homens e mulheres foram colocados em pé de igualdade, sendo refletido no âmbito familiar, dando prioridade para o bem estar físico e emocional da criança e/ou do adolescente.

Oportunamente também será abordado o conceito da guarda e a sua natureza jurídica, encontrada em vários dispositivos legais, dentre eles por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil. Explicar-se-á o poder familiar, antigamente conhecido como pátrio poder, que garante o direito de ambos os pais educar e disciplinar os filhos, sem lhes causar qualquer tipo de dano, seja físico, emocional ou mental.

A estipulação da guarda deve ser feita com muito cuidado e para isso ela deve seguir alguns critérios, que devem ser analisados pelo magistrado no momento oportuno. Em seguida será abordado os princípios que influenciam no direito de guarda, não obstante, antes será esclarecido sobre o que vem a ser um princípio e sua distinção no que tange a regra.

Por fim e não menos importante, as modalidades da guarda, dentre elas as principais, quais sejam, a guarda unilateral e compartilhada, sendo esta última, a preferida por grande parte de doutrinadores e que vem sendo normalmente a mais aplicada pelos juízes nos casos de disputa de guarda do menor.

CAPÍTULO 1

A GUARDA

1.1 Histórico da Guarda

Iniciando brevemente com um apanhado histórico, as crianças, ou melhor dizendo, os filhos, ficavam desde sempre sob os cuidados da mãe, enquanto ao pai era incumbido o dever de trabalho e sustento da família. Deste modo, quando por ventura ocorria a separação do casal, os filhos ficavam com a mãe.

Todavia, no desquite, como era chamada a separação judicial, a guarda do menor ficava com o cônjuge que não foi responsável pela separação. Quando verificado que ambos os pais foram responsáveis na separação, a guarda normalmente ficava com a genitora.

Quando adiante veio por surgir a Lei do Divórcio, Lei de nº 6.515/1977, o seu art. 10 corroborava com o que já era aplicado, proferindo que:

“Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa”.

Essa situação foi deixada de lado com o advento do princípio da igualdade e do melhor interesse da criança e do adolescente, que será abordado mais a frente, tutelado na Constituição Federal de 1988, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Irrelevante era saber quem era “inocente” ou “culpado” pelo fim do relacionamento, o importante era saber quem tinha melhores condições físicas, psicológicas e morais pra ter esse direito de guarda do menor.

Importante também relatar, que no passado não tão distante, o filho tido fora da sociedade conjugal não era reconhecido, o direito brasileiro não admitia essa possibilidade, como disposto no art. 358 do Código Civil de 1916. Posteriormente esse artigo foi revogado pela Lei nº 7.841/1989.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, foi garantido a homens e mulheres os mesmos direitos, o que influenciou positivamente no âmbito do seio familiar e foi dada prioridade no bem estar físico e emocional do menor no momento da separação.

Com o fim da sociedade conjugal, os direitos e deveres para com os filhos permanecem, mantem-se os liames parentais, sendo um vínculo eterno. O relacionamento e a convivência dos filhos com ambos os pais deve permanecer o mesmo, de maneira saudável, independente de com quem o filho irá residir.

1.2 Conceito

De maneira conceitual, o direito de guarda é direcionado para a proteção dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, caso não sejam antes disso emancipados, assumindo alguém os seus cuidados quando os próprios pais estão impossibilitados. Como se verá mais adiante, a guarda compõe o poder familiar, em casos raros, podendo dele ser separado.

No conceito da guarda está presente a noção de detenção, de posse da pessoa, com o fim de vigilância, proteção e assistência. A guarda exprime a obrigação imposta a determinadas pessoas de zelar e proteger outras, no caso deste trabalho, proteção de crianças e adolescentes por seus pais e responsáveis.

O instituto da guarda pode ser deferido a qualquer parente da criança ou adolescente, ou a qualquer pessoa, com um dos pressupostos ser o ambiente familiar apropriado e que o guardião não apresente qualquer incompatibilidade, segundo os arts. 28 e 29 da Lei nº 8.069/1990, como podemos observar:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

A guarda pode ser exercida de maneira natural ou fixada pelo poder judiciário, pelo magistrado do Juízo da Família ou da Infância e da Juventude. Na ação de divórcio, após

debatidas questões que envolvam o menor, como dia de visita, com quem ficará a guarda, horários e etc., o Ministério Público é ouvido e por fim, o juiz homologa o divórcio. Caso o mesmo discorde no que foi tratado em relação aos filhos, pode determinar a guarda compartilhada, que será abordada no momento oportuno.

Igualmente relevante é a colocação do menor na chamada família substituta, sendo a guarda uma das suas formas. Nesta guarda, exercida fora do poder familiar, essa família exerce de forma ocasional, provisória e não definitiva a guarda da criança ou do adolescente, evitando deste modo a internação.

Preenchidos os requisitos dos arts. 28 à 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor ficará aos cuidados da família substituta por um dado período de tempo e a mesma garantirá o seu bem estar de maneira geral, proporcionando saúde, educação, alimentação, segurança, ou seja, todos os seus direitos e garantias fundamentais.

Esse tipo de guarda é uma alternativa quando por algum motivo os responsáveis de fato não podem deter da guarda do menor, sendo a suspensão do poder familiar um pressuposto natural da colocação na família substituta, como se pode verificar no art. 169 da Lei nº 8.069/1990:

Art. 169. Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do poder familiar constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capítulo.

1.3 Natureza Jurídica

O direito da guarda está tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, mais especificadamente em seus artigos 19, 33, 34 e 35, assim como na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, quando põe a dignidade da pessoa humana como um dos direitos fundamentais do Estado.

No Código Civil de 2002, encontra-se a guarda no Capítulo XI, dos artigos 1.583 – 1.590 e, não menos importante, pode-se ressaltar também o direito de guarda na Convenção Internacional de Haia, do qual o Brasil é signatário e trata de maneira mais específica sobre as disputas de guarda e subtração internacional de menores.

A guarda do Estatuto da Criança e do Adolescente se relaciona mais com a proteção do menor, já a guarda do Código Civil se vincula mais ao poder familiar. Por isso, alguns autores afirmam existir dois modelos de guarda, um referente ao ECA e um referente ao Código Civil.

Flávio Tartuce por exemplo, alega que a guarda do ECA seria uma medida protetiva, o que comparada com o Código Civil de 2002 geraria dois institutos diferentes¹. Wilson Liberati também vai de acordo com essa corrente ao afirmar que o Código Civil não trata de crianças e adolescentes que estão em situação de risco pessoal e social, como faz o estatuto².

Contudo, vou em desacordo com essa corrente, pois a substância da guarda é a mesma e única, que seria ter o menor em seu convívio e cuidado, mesmo que tratada por duas leis aparentemente distintas.

Já a Convenção de Haia, que apesar de ser do ano de 1980, apenas entrou em vigor em nosso país no ano de 2000, é igualmente importante posto que habitamos num mundo globalizado e deste modo, inúmeras pessoas se relacionam com outras de diferentes nacionalidades.

Destarte, a Convenção em seus inúmeros artigos trata de como deve ser realizada o retorno de crianças transferidas de maneira ilícita para outro país ou nele retida, observando do mesmo modo os direitos de guarda e de visita, como disposto em seu Capítulo 1º, art. 1º:

A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;*
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.*

---

¹ SIMÃO, José Fernando. Guarda de Menores: um conceito unitário no direito brasileiro. 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro#_ftn1. Acesso em: 18/04/2017.

² LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 12ª edição Malheiros, 2015, p. 42.

1.4 O Poder Familiar

Primeiramente, é importante destacar que “poder familiar”, como é chamada atualmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, se relaciona com o antigo “pátrio poder”, expressão advinda do direito romano, no qual o poder incondicional ficava com o homem, o administrador da família e dos filhos.

Por ser uma denominação de uma sociedade patriarcal e que não se perdura nos dias atuais, posto que filhos e mulheres alcançaram uma posição de igualdade com os homens no âmbito familiar, essa nomenclatura precisou ser revista, mudando para poder familiar.

O chefe familiar, no antigo Código Civil de 1916, era o marido, somente na sua falta por algum motivo, que o poder ou comando passava para a mulher, neste caso ela exercia o poder sobre os filhos. A força do poder patriarcal era tão forte e enraizado em épocas passadas, que caso a viúva viesse a se casar novamente, ela perdia o pátrio poder, só voltando a adquiri-lo se ficasse viúva novamente, como podemos observar no art. 393 do Código Civil de 1916:

Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.

Em 1962, a redação deste dispositivo foi alterada, afirmando que a viúva não perderia o pátrio poder caso viesse a novamente se casar:

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei de nº 4.121/1962, alterou o Código Civil de 1916 em algumas coisas, mas fato era que o poder continuava nas mãos do homem, como se verifica em seu no art. 380:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Com o nascimento da Constituição de 1988, algumas diretrizes foram reformuladas, como o tratamento igualitário entre homens e mulheres, dentro e fora do âmbito familiar:

Art. 5º Constituição Federal. 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;

Art. 226 Constituição Federal. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Não obstante, alguns doutrinadores como Maria Berenice Dias³ e Paulo Luiz Netto Lôbo ainda resistem a expressão “poder familiar”. Paulo Lôbo declara que legislações estrangeiras como a França e EUA optaram por adotar a terminologia “autoridade parental”, pois traduziria o melhor exercício da função e destacaria melhor a relação de parentesco⁴.

Extremamente pertinente é a crítica feita por essa corrente de doutrinadores. Vou de acordo ao pensar que o termo autoridade parental ficaria melhor, tirando o foco do “poder”, que ao meu ver dá uma ideia de total controle não só dos pais, pois junto com a palavra “familiar” pode-se englobar avós, tios e outros membros da família, sobre os menores.

Autoridade parental demonstraria melhor toda a evolução que o instituto passou ao longo dos anos, demonstrando todos os direitos e comprometimentos dos pais para com o filhos, no intuito de educar e cuidar sem perder a ideia da hierarquia que existe dentro do esfera familiar.

Como bem cita Maria Berenice Dias⁵, o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e suas obrigações são personalíssimas. Ou seja, os pais não podem renunciar, transferir ou alienar os filhos e isso inclui as responsabilidades inerentes dos pais para com os menores.

---

³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª Edição, rev., atual. e ampl, 2015, p. 461.

⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 295-296.

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª Edição, rev., atual. e ampl, 2015, p. 462.

Para deixar claro, o exercício do poder familiar pode ser delegado a outras pessoas se as circunstâncias exigirem, de maneira completa ou reduzida e preferencialmente a algum parente, que os pais detenham plena confiança.

Na Lei nº 8.069/1990 é possível encontrar o poder familiar nos arts. 21 – 24 e nos arts. 155 – 163, que falam respectivamente das disposições gerais e sobre a perda e suspensão do poder familiar. Já no Código Civil de 2002, o instituto é encontrado nos artigos 1.630, 1.631, 1.632, 1.633, 1.634, 1.635, 1.636, 1.637 e 1.638.

Apesar de ambas as leis tratarem sobre o poder familiar, cada uma trata de maneira primordial de aspectos distintos. Ao analisar ambas as leis, é possível perceber que o ECA se atenta mais com as obrigações dos pais e o Código Civil de 2002 destaca as extensões do exercício do poder familiar.

Os filhos necessitam do amparo e dos cuidados dos pais desde o nascimento até completarem a maioridade, quando pouco a pouco a dependência vai diminuindo. E é neste nascimento que temos o início do poder familiar. Como citado acima, o poder familiar perdura até a maioridade civil ou até a emancipação do menor, como disposto no art. 5º, § U, I, do Código Civil de 2002. Ao longo do referido artigo também encontramos outras formas de cessação da menoridade:

Art. 5º do Código Civil de 2002. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

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

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
II - pelo casamento;
III - pelo exercício de emprego público efetivo;
IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

No que dizer respeito ao exercício do poder familiar, fica claro que a convivência dos pais como um casal não é pressuposto para a existência ou não do poder familiar. Ao longo do casamento ou da união estável ambos são detentores do poder familiar e caso o

relacionamento termine, o poder familiar em relação aos filhos permanece, como disposto nos arts. 1.566, IV, 1.631, 1.632 e 1.724, ambos do Código Civil de 2002.

Assim, em caso de divórcio, o responsável que por ventura não tiver a guarda física do menor, continua com o direito e o dever de supervisão e fiscalização dos filhos, em inúmeros aspectos, como na educação e no bem-estar, vide arts. 1.583, § 5º e 1.589 do Código Civil de 2002.

Ainda se o possuidor da guarda da criança/adolescente vier a constituir nova família, o poder familiar se mantém o mesmo, sem a interferência do atual cônjuge/companheiro. Todavia, a filiação afetiva atualmente tem sido levada em consideração em nossos tribunais.

Obviamente, em casos de divergências entre os pais no que se refere aos filhos, e divergências essas que não puderem ser sanadas de modo mais simples, de uma maneira mais amigável, por assim dizer, existe sempre a possibilidade de se recorrer a autoridade judiciária para a solução de conflitos ou desavenças, segundo o artigo 1.631 do Código Civil de 2002:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Todavia, em casos excepcionais, somente por decisão judicial, um dos pais pode ser excluído ou ter suspenso o exercício do poder familiar, são os casos dos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002, que tratam de abuso de autoridade, falta de deveres inerentes, mau uso dos bens dos filhos, abandonar e/ou castigar de maneira exagerada o menor, praticar atos atentatórios a moral e aos bons costumes e ser condenado com sentença transitada em julgado por crime cuja a pena seja superior a dois anos de prisão. A suspensão pode ser revista, caso cesse os motivos que a deram causa.

Os pais que vierem a abandonar o menor, abandono no sentido amplo, seja abandonar fisicamente, emocionalmente ou psicologicamente, além de responderem civilmente, responderão também na esfera penal, podendo ser incumbido a eles os crimes de abandono material (art. 244 do Código Penal), abandono intelectual (art. 245 do Código Penal),

abandono moral (art. 247 do Código Penal), abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal) e exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134 do Código Penal).

No que se refere a castigar de maneira exagerada o menor, foi criado em 2010 o Projeto de Lei nº 7.672/2010, posteriormente convertido em Lei Ordinária nº 13.010/2010, a conhecida Lei da Palmada, que tem por finalidade proibir os castigos físicos às crianças e adolescentes pelos pais ou responsáveis.

O poder familiar garante aos pais o direito de educar e disciplinar os filhos, impondo limites sem lhes causar qualquer tipo de dano físico, mental ou emocional. Quando esse direito de correção dos menores é usado de maneira exacerbada, observamos a incidência da violência doméstica em cima daquela criança/adolescente.

E é exatamente nesse tipo de situação que a Lei da Palmada incidirá, promovendo uma maior segurança e proteção do menor, que já era antes tutelado pelo ECA, só que agora enfatizando mais no castigo físico. Devido a nova lei, foram incluídos no Estatuto da Criança e do Adolescente os arts. 18-A, 18-B e 70-A e alterada a redação do art. 13 do Estatuto.

Já a extinção do poder familiar só ocorre pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial, como se observa no art. 1.635 do Código Civil de 2002. No caso da adoção, a criança adotada rompe o liame com os pais biológicos e passa a ter vínculo com os pais adotivos. Caso os pais adotivos percam ou tenham suspensos o poder familiar para com o menor, não deixam de ser pais do mesmo.

A destituição do poder familiar é de competência da Justiça da Infância e da Juventude, como disposto no art. 93 do Estatuto da Criança e do Adolescente e somente a parte com interesse legítimo e o Ministério Público podem propor esse tipo de ação, como vislumbra-se no referido artigo:

Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público e se necessário com o apoio do Conselho Tutelar local, tomará as medidas necessárias para promover a imediata reintegração familiar da criança ou do adolescente ou, se por qualquer razão não for isso possível ou recomendável, para seu encaminhamento a programa de

acolhimento familiar, institucional ou a família substituta, observado o disposto no § 2o do art. 101 desta Lei.

Importante frisar, que apesar de alguns artigos do Código Civil fazerem referência explícita os pais como detentores do poder familiar, sou adepta da corrente majoritária de doutrinadores que entendem que deve existir uma interpretação mais ampla, alcançando as várias entidades familiares, quando ausente a tutela de fato e não atrelar somente o poder familiar aos pais.

O poder familiar também reside nas relações que envolvam o menor e o patrimônio de terceiros, como no caso da criança/adolescente danificar um objeto alheio. Vejamos o art. 932 do Código Civil de 2002:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Notemos que a autoridade ai está vinculada ao poder familiar, autoridade dos pais, estejam juntos ou divorciados. De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a presunção de culpa e de falta de vigilância é dos pais, culpa está que pode ser afastada se os pais comprovarem que não foram descuidados.

Os pais respondem solidariamente pelo dano que o menor vier a causar, a não ser que se comprove que a negligência foi somente de um dos pais. Contudo, se após a separação um dos pais detiver a guarda unilateral do menor, instituto que falaremos a posteriori, sobre ele incidirá a responsabilidade.

1.5 Critérios de determinação da guarda

Sabe-se que quando os laços conjugais são desfeitos, começam a emergir as discussões sobre a guarda do menor, seja de maneira consensual ou não. Contudo, o que o casal jamais pode tirar da mente, é que a autoridade parental não se dissolve junto com a sociedade conjugal.

Como bem diz o artigo 1.584 do Código Civil de 2002, quando não existir acordo entre o casal, a guarda será determinada pelo magistrado a quem tiver melhor condições de exercê-la. Neste momento o juiz irá focar no bem estar do menor, no seu melhor interesse.

E neste momento de análise sobre a guarda da criança e/ou adolescente, alguns critérios são levados em consideração, quais sejam, o interesse do menor, a idade, o sexo, a questão de irmãos juntos ou separados, a opinião do menor e o comportamento dos pais.

Esses juízo crítico vem da necessidade de proteção do menor, respaldado pela Lei do Divórcio, Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e a Constituição Federal.

1.5.1 Do interesse da criança e do adolescente

Segundo Fernanda Levy:

Não há que se buscar pai ou mãe ideais, mas avaliar, diante do caso concreto, se aquele pai ou aquela mãe possuem condições necessárias para garantir aos filhos seus direitos fundamentais, aqui incluído o afeto. Para a realização desta avaliação o magistrado poderá utilizar vários meios, depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, e pode ser auxiliado por um perito no assunto, um psicólogo, psiquiatra, assistente social. A fim de avaliar o grau de intimidade e de conhecimento da relação existente entre os pais e os filhos, o Juiz pode questionar os pais sobre a cor preferida dos filhos, qual a fruta preferida, o nome do seu melhor amigo, o nome da professora, seus medos, suas angústias, boas recordações, momentos que marcaram a vida dos filhos, enfim, questões que demonstram o envolvimento dos pais na vida dos filhos⁶.

Deste modo, percebe-se que o interesse do menor é uns dos critérios mais importantes e que deve ser analisado no caso concreto. O juiz deve procurar observar elementos para compreender o que é melhor para a criança e/ou adolescente naquela família que estão inseridos.

Sempre bom recordar que a questão econômica não é um fator primordial para a estipulação da guarda, devido ao instituto da prestação da alimentos pelo não guardião.

1.5.2 Idade e sexo

Esse critério não é adotado pelo Código Civil como imprescindível para a estipulação da guarda, posto que ele varia muito. Entretanto, temos como exemplo neste tópico os casos dos recém- nascidos, tendo com a mãe um grande vínculo, devido a amamentação.

---

⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, pg. 104-105.

Nesta fase a criança não tem personalidade própria, o extinto é que está sendo desenvolvido, assim, apesar do menor não manifestar sua vontade, é evidente a necessidade e dependência do mesmo para com a sua genitora.

Não obstante, com o passar do tempo, o menor vai percebendo o que se passa ao seu redor, podendo mudar a necessidade e a dependência para com o seu atual guardião. Waldyr Filho descreve de maneira bem pertinente em relação ao fato, como vislumbra-se abaixo:

Não existe inconveniente de se atribuir a guarda de uma filha a um pai de bons princípios e dotado de boa visão educativa, em face da mãe que não sabe valorar as exigências éticas e as relações sociais. Do mesmo modo, não se há negar a guarda de um filho a uma mãe, embora não possua grande cultura, porém moralmente sã, perante um pai de vida irregular⁷.

Cada situação possui características peculiares que devem ser observadas, logo, idade e sexo podem ser fatores considerados mas, não são regras. Por isso, o juiz deve analisar de maneira criteriosa o caso exposto, objetivando o melhor futuro da criança e/ou do adolescente.

1.5.3 Irmãos juntos ou separados

A doutrina e a jurisprudência de maneira majoritária, creem que quando não existir acordo entre os pais quanto a guarda dos seus filhos, não se deve sugerir a separação dos irmãos, pois poderia afetar ainda mais a saúde mental dos menores.

Já nas situações em que não é possível evitar a separação dos menores, deve-se organizar visitas regulares, evitando assim um desgaste maior dos envolvidos, principalmente das crianças e/ou adolescentes.

Nesse sentido:

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na ideia de manter unido o que resta da família. Perde razão esse critério,

---

⁷ FILHO, Waldyr Grissard. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg. 79.

*quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades*⁸.

1.5.4 A opinião do menor

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor somente manifestará sua opinião nos casos em que for colocado em família substituta. No tocante a opinião do menor sobre a modalidade de guarda após o fim da sociedade conjugal, o ECA se mantém sem uma previsão legal.

Todavia, na Convenção sobre os Direitos da Criança, decreto nº 99.710/1990 no Brasil, em seu artigo 12 dispõe que o menor terá direito de manifestar sua opinião sobre assuntos que lhe digam respeito e de ver esse juízo levado em consideração.

Nas varas de família, dependendo da situação e do grau de percepção da criança e/ou adolescente, o mesmo pode ser ouvido, porém, a decisão do juiz não ficará ligada a opinião que o menor deu referente a guarda.

Importante ressaltar que nesta situação se busca a opinião do menor e não que ele decida a escolha de sua guarda, com quem ele ficará. Neste sentido Fernanda Levy:

*“De preferência, a criança não deve ser acompanhada por seus pais, para não sofrer constrangimento ainda que implícitos. Deve ser ouvida e não “arguida”. Deve ser respeitada em suas limitações e jamais deve ser instigada a escolher entre seus pais”*⁹.

1.5.5 Comportamento dos pais

O comportamento dos pais é um critério bastante importante ao lado do melhor interesse do menor. É preciso separar neste caso o ponto de vista material do ponto de vista moral. O primeiro se refere por exemplo a renda do genitor e o segundo a sua confiabilidade, sua competência.

---

⁸ FILHO, Waldyr Grissard. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg. 80.

⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, pg. 107.

Para deter a guarda do filho, o genitor deve ser pessoa digna, de boa conduta, com emprego honesto, residência fixa, de bom comportamento perante a sociedade, etc. É de extrema importância citar que a orientação sexual não impossibilita o seu direito de ser guardião do menor, posto que a orientação sexual não é importante para a formação do caráter da criança e/ou do adolescente, desde que não interfira na sua formação psicológica.

CAPÍTULO 2

Dos Princípios que Influenciam na Guarda

2.1 Conceito de princípios

O neoconstitucionalismo conquistou espaço na doutrina brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e construiu uma ideia da supremacia da constituição.

Diante desse quadro, a doutrina passou a se debruçar sobre as modalidades de normas, os princípios e as regras, procurando diferenciar sua estrutura e formas de aplicação e interpretação.

Na tentativa de distinguir os princípios das regras, inúmeros autores procuraram formar distinções tendo por parâmetro juízos que consideravam mais pertinentes.

A distinção entre regras e princípios não é recente. Para alguns autores como Dworkin, o sistema jurídico seria composto por regras e princípios, esse último essencial para a resolução de casos mais complexos, orientando para a tomada da melhor decisão.

Os neoconstitucionalistas afirmam, norteados por Dworkin e Alexy, que o sistema normativo é aberto, composto não apenas por regras, mas também por princípios. Esses princípios estariam permeados por apêços suprapositivos, que cumprem papel de concretizadores dos direitos fundamentais e do cumprimento da justiça. Tomando como base essa distinção, os neoconstitucionalistas desenvolvem um método racional de resolução de conflitos conhecido como “ponderação de princípios”¹⁰.

Pois bem, no Estado Democrático de Direito as normas da constituição que asseguram os direitos fundamentais são distinguidas por regras e princípios, ambos dizem o que deve ser. Para Robert Alexy, essa distinção entre regras e princípios seria uma distinção entre duas espécies de norma¹¹.

---

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pg. 457.

¹¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. pg. 87.

Alexy alega que existe várias formas para fazer essa distinção, sendo o da generalidade o mais comum. Segundo a generalidade, princípios são normas com grau de generalidade mais alto, enquanto regras tem o grau de generalidade relativamente baixo, apesar de carecerem de precisão¹².

É comum a afirmação de que um dos critérios que diferencia as regras dos princípios é o alto grau de abstração apresentado por este. Os princípios possuiriam maior generalidade, sendo dotados de conteúdo aberto.

Deste modo o princípio exigiria aplicação mediadora, seja por meio de integração legislativa, seja por meio de apreciação e ponderação do caso característico pelo aplicador da norma. A regra por sua vez, demandaria apenas a subsunção, cabível de aplicação imediata.

Devido a essa falta de precisão, para preencher esse vácuo, que adentrou a teoria de Ronald Dworkin, onde os princípios são mandamentos de otimização e que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para Dworkin, partindo da concepção positivista, em que o direito é composto exclusivamente de regras, não conseguiria explicar as decisões em casos complexos, no qual os magistrados tem que exercer o seu papel discricionário, criando assim um direito novo¹³. Em oposição a discricionariedade, Dworkin inclui o conceito de princípios como normas pertencentes ao sistema jurídico.

Assim, uma regra não pode ser mais importante que outra, posto que integram um mesmo sistema, se duas regras entram em conflito, um delas não pode ser válida. Assim, a solução de um conflito de regras só é possível se introduzida um cláusula de exceção em uma delas ou se a regra for declarada inválida, retirada assim do ordenamento jurídico.

Entretanto, quando existe um choque entre dois princípios, um deles terá que ceder, sem que o princípio cedente seja considerado inválido e nem que se precise incluir uma cláusula de exceção. Como por exemplo no caso de algo ser permitido de acordo com um

---

¹² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. pg. 87-88.

¹³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. pg.

princípio e proibido de acordo com outro. Deve-se balancear os princípios colididos objetivando um melhor resultado em determinado caso, a chamada, ponderação dos princípios.

Sobre princípios e regras, explica muito bem Canotilho, que diz:

Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proibem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados, pesados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se¹⁴.

Humberto Ávila acredita que tanto regras quanto princípios, devem passar por um processo interpretativo, aproximando ambas e não afastando-as¹⁵.

Entendo que não há se falar em prevalência de uma espécie normativa sobre a outra. A Constituição Federal, assim como a legislação em geral, é composta por princípios e regras, ambas possuindo funções próprias e complementares.

2.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

De acordo com esse princípio, a criança e o adolescente devem ter seus interesses e bem estar tratados com preferência, com prioridade em relação aos interesses dos seus pais, dos responsáveis, da família e do Estado. Esse princípio foi de suma relevância pois estava ocorrendo uma inversão na ordem de prioridades, posto que quando os pais vinham a se separar, divorciar, o interesse dos menores era o que menos importava.

De acordo com Sílvio Neves Baptista, este princípio é invocado, sobretudo, nos momentos de separação na sociedade conjugal, ocasião em que se debate a guarda dos filhos,

---

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. pg. 1.124.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. pg. 14 Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/>>. Acesso em: 18 maio. 2017.

respeitando-se o que as partes combinaram, no caso de falta de acordo, fica a critério do juiz, que levará em conta o mencionado princípio¹⁶.

As crianças e os adolescentes não são meros artefatos, eles possuem direitos e estão em uma fase da vida delicada, pois estão se desenvolvendo em vários aspectos, seja emocional, físico e psicológico. Paulo Lôbo atribui as origens desse princípio no *parens patriae*, um instituto inglês, em que o rei protegia aqueles que não podiam se proteger sozinhos.

Posteriormente foi aplicado na jurisprudência dos Estados Unidos da América, no caso *Commonwealth v. Addicks*, quando a Corte Americana deu preferência ao interesse da criança em detrimento do interesse dos pais. O referido caso aconteceu em 1813, a mãe foi acusada de adultério e obteve a guarda da criança, pois devido as circunstâncias era o melhor a se fazer em face do menor¹⁷.

Com a aplicação desse princípio, o magistrado deve sempre, no momento de desavenças entre os responsáveis do menor, verificar onde observa que estará o melhor interesse da criança/adolescente, analisando cada caso como único, focando no menor e não mais no interesse dos pais como era num passado recente.

Podemos encontrar o princípio na legislação brasileira no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que diz:

“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.”

Observamos esse princípio também na Convenção Sobre o Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, em seu artigo 3.1, que diz:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

---

¹⁶ BAPTISTA, Silvio Neves. Manual de Direito de Família. Recife: Bagaço, 2ª Edição, 2010, p. 41.

¹⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 75.

No Estatuto da Criança e do Adolescente notamos a essência do princípio do melhor interesse em inúmeros artigos, como no art. 6 do ECA, que expõe que o referido estatuto deve ser interpretado levando em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

No Código Civil de 2002 é possível encontrar o princípio implicitamente nos arts. 1.583 e 1.584, como sugere Flávio Tartuce. Nos referidos artigos ampliou-se o sistema de proteção, buscando o melhor interesse do menor na fixação da guarda¹⁸.

Importante frisar, que não existe hierarquia entre princípios, de modo que quando ocorre um choque entre eles, o judiciário deve balancear os interesses expostos no caso concreto. Deste modo, ao aplicar o princípio do melhor interesse não excluimos outros princípios, apenas fica evidenciado que outros interesses, seja dos pais, da família, da sociedade ou do Estado não são os únicos relevantes e primordiais para a solução de desavenças que envolvam o menor.

2.3 Princípio da proteção integral

No passado, a criança e o adolescente no Brasil só ganhavam visibilidade no ordenamento jurídico brasileiro quando atentavam contra o mesmo ou quando não estavam inseridos dentro de uma família. A situação veio a mudar com a Constituição de 1988, mais especificamente com seu artigo 227, vejamos:

“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.”

A proteção integral chegou com atraso na legislação brasileira, uma vez que em âmbito internacional ela já era utilizada, devido a Declaração dos Direitos das Crianças, publicada em 1959 pela Organização das Nações Unidas – ONU. A solidificação do artigo

---

¹⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: Direito de Família. São Paulo: Método, 9ª Edição, rev., atual, e ampl, 2014, p. 35-38.

227 da Constituição Federal veio com o ECA em 1990, dando uma ampla proteção à criança e ao adolescente.

A proteção integral está disposta no art. 3º do ECA, quando expõe que se deve assegurar, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar à criança o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, no âmbito do poder familiar, o direito dos pais não se sobrepõem mais ao direito dos filhos, como era no antigo pátrio poder, apesar de infelizmente alguns pais ainda terem em mente a ideia romana, do Código Civil de 1916, crendo que seus filhos são suas propriedades, não vislumbrando as diferenças vindas com a nova legislação.

A lei estabelece que as funções paternas devem ser realizadas baseadas na ética e na moral e o direito só traça os limites. Porém, o Estado está sendo cada vez mais chamado a interferir para garantir a real proteção da criança e do adolescente e o melhor interesse dos mesmos.

É dever da família e do Estado garantir aos menores todo o rol de direitos elencados no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como fazer o possível para evitar que os mesmos sofram qualquer tipo de violência, como aquelas enumeradas no artigo 5º da citada lei.

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial¹⁹, por isso o enfoque em reafirmar a importância e a cobrança da aplicação desse princípio. A proteção integral do menor abrange o mesmo onde quer que ele esteja, seja no seio de sua família natural, na família adotiva, na família substituta, etc., o que importa é a proteção da sua dignidade e do seu desenvolvimento.

Importante frisar, que a não observância desses direitos fundamentais enseja eventual responsabilidade penal e civil, podendo inclusive resultar na destituição do poder familiar, no caso dos pais, como bem lembra Pablo Stolze²⁰.

---

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª Edição, rev., atual. e ampl, 2015, p. 50.

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, rev., atual. e ampl, 2012, p. 78.

Esse princípio influencia muito na guarda, pois demonstra a necessidade de proteger a criança e o adolescente com todos os meios possíveis e legais. A proteção incondicional do menor que, além de estar mais vulnerável, devido a sua pouca idade, se encontra num momento delicado de separação conjugal dos pais é de extrema relevância, o que torna esse princípio de fundamental importância.

2.3 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade foi surgindo ao longo do desenvolvimento da família no Brasil e recebeu grande motivação baseando-se nos valores que a nova constituição brasileira trazia, com a consequente adoção por parte dos doutrinadores do âmbito jurídico e com decisões em tribunais.

Este princípio funciona como se fosse uma junção de vários outros princípios constitucionais, só que de uma maneira mais particular. Princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o da solidariedade estão no corpo da afetividade, que tem o foco de mostrar a verdadeira ideia de uma família, após grande progresso.

Nas palavras de Silvio Neves Baptista, a afetividade transcende o ligamento da consanguinidade, porque não depende da barreira biológica, fazendo brotar parentescos de outra ordem, de caráter socioafetivo, decorrente da vida em comum, já reconhecidos pela jurisprudência brasileira²¹.

O seio familiar é composto por pessoas com vínculos afetivos, anseios e que querem compartilhar momentos ao longo da vida e graças ao princípio da afetividade, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, o respeito e a solidariedade se tornaram mais forte.

Esse princípio mostra o seio familiar que evoluiu, mostra o afeto que cada membro da família tem e leva em consideração com o outro, deixando de lado o foco e a ambição somente nas questões patrimoniais, nos bens físicos que envolvam dinheiro.

Com o avanço da legislação brasileira, podemos encontrar esse princípio implícito em vários artigos da Constituição de 1988, não obstante, em seus artigos 226 e 227 ele se encontra presente em vários momentos, vejamos:

---

²¹ BAPTISTA, Silvio Neves. Manual de Direito de Família. Recife: Bagaço, 2ª Edição, 2010, p. 43.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (Assegura a excelência da comunidade familiar do mesmo modo que assegura a da família)

“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.” (A convivência familiar e não a biológica é prioridade)²²

“Art. 227 § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Igualdade entre os filhos)

Paulo Lôbo explica bem que não se pode deixar confundir o princípio jurídico da afetividade com o afeto como fator psicológico. O autor deixa claro que a afetividade é dever imposto dos pais para com os filhos e vice-versa, ainda que exista desamor entre eles, só deixando de existir com a morte de um deles ou com a perda do poder familiar²³. Deste modo, a afetividade é muito mais a interação entre as pessoas e não essencialmente o amor.

A afetividade também está presente no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.593, que diz que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Fica claro que os laços de parentesco, sejam biológicos ou de outra origem tem a mesma dignidade, ambos sendo contemplados com a incidência desse princípio.

Também encontramos a afetividade no art. 1.584 do Código Civil de 2002, quando em seu parágrafo único ele diz que a guarda do menor será dada levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e *afetividade*.

Abro um parênteses aqui para comentar sobre a paternidade socioafetiva, que cada dia mais vem ganhando espaço na doutrina jurídica e nas jurisprudências em nossos tribunais. Um homem que reconhece como seu o filho de sua mulher, cria um vínculo de

²² LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 72.

²³ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 72.

afeto e aprimora a socioafetividade, assim, não poderá depois quebrar esse liame alegando não ser o pai biológico.

A afetividade tem que ser levada em consideração no momento da guarda, no caso, a afetividade com os pais, principalmente, mas não somente. Com qual responsável a criança ou adolescente tem um ligamento maior, qual guarda seria melhor a ser estabelecida, etc. Se o menor tem um vínculo afetivo com outros membros da família, sejam biológicos ou não, ela deve poder continuar tendo contato com eles, ainda que de maneira esporádica. Com esse princípio é possível entender que, independentemente de quem tiver a guarda física do menor, outras pessoas importantes na vida do mesmo continuaram presentes.

2.4 Princípio da solidariedade familiar

Os integrantes da família são ligados por vínculos que se perpetuam além do tempo, ainda que muito de seus membros venham a seguir caminhos diversos depois. Esses vínculos, biológicos ou não, ultrapassam a âmbito patrimonial, como também foi citado no princípio da afetividade, e atingem a esfera subjetiva e psicológica.

Como bem cita Paulo Lôbo, o princípio da solidariedade nasce da superação do individualismo, aprende-se a viver em sociedade não levando em consideração apenas os seus interesses, como era bem mais frequente no passado, apesar de atualmente ainda ter alguns resquícios.

Os direitos humanos evoluíram e os direitos individuais passaram a concorrer com os direitos sociais, onde se encontra o direito de família. Na sociedade moderno liberal o ser humano era o centro, por isso o forte individualismo, já na sociedade contemporânea, busca-se um equilíbrio, a interação entre as pessoas, entre o público e o privado, crescendo assim a solidariedade²⁴.

Encontramos o princípio no artigo 227 da Constituição Federal, quando trata da proteção à criança e ao adolescente, contudo, o coração desse princípio está contido no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, como podemos observar:

---

²⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 64.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

A solidariedade veio a se firmar de fato na legislação brasileira com a Constituição de 1988, antes dela, ela era apenas um dever moral. No seio familiar, a solidariedade no que tange aos filhos, mostra aquela necessidade do menor ser cuidado até atingir a maioridade para a sua plena formação.

O princípio da solidariedade é encontrado no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, já no Código Civil, podemos encontrar a influência do princípio no art. 1.567, quando diz que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos, ou seja, a sociedade conjugal será exercida em solidariedade familiar, no interesse do casal e dos filhos.

No artigo 1.566 do Código Civil de 2002 o princípio também está presente quando demonstra os deveres de ambos os cônjuges, que deverão juntos e em solidariedade sustentar, guardar e educar os filhos, dentre outras obrigações, como pode-se observar abaixo:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

De acordo com Paulo Lôbo, talvez com o fundamento implícito ou explícito no princípio da solidariedade familiar, os tribunais no Brasil vêm permitindo o direito de visita a avós, tios, padrastos, madrastas, etc., que conviveram com o menor, não precisando romper os laços construídos após a separação²⁵.

A solidariedade motiva o amparo, a assistência não só moral como também material entre aqueles que compõem o seio familiar, respeitando-se assim acima de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que será aludido a posteriori.

---

²⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 66.

2.5 Princípio da convivência familiar

Pais e filhos devem permanecer juntos, o afastamento ou separação dos filhos da sua família natural é uma medida de exceção à regra, como bem lembra Pablo Stolze²⁶. Tanto é assim, que no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 23, §1, proíbe a separação dos filhos de seus pais por simples razão econômica.

Com base nesse artigo, a lei autoriza principalmente as famílias de rendas mais baixas a ter a convivência familiar com seus filhos, impedindo que o domínio financeiro e econômico seja determinante para a concessão da guarda ou de alguma outra medida em face dos menores.

Conselhos Municipais da Infância e da Juventude e Secretarias Estaduais e Municipais tem por objetivo melhorar e instaurar políticas públicas de auxílio a famílias de baixa renda, corroborando assim o dispositivo legal. Assim, para esse princípio se consolidar, precisa da junção do amparo jurídico normativo e de uma estrutura que permita a sua completa realização social²⁷.

Acredito, como a maioria dos doutrinadores, que a convivência familiar deve se estender a outros membros da família além dos pais, como avós, tios, primos e irmãos e também, para membros não biológicos da família, como padrasto, madrasta e outras pessoas que sempre tenham estado presente na vida da criança e do adolescente e que tenham criado com eles vínculos de afeto.

De maneira mais conceitual, o princípio da convivência familiar é a relação de afeto que abrange as pessoas que estão no grupo familiar, que tenham laços biológicos, de parentesco ou não, convivendo no mesmo espaço ou não, tornando cada grupo familiar único.

Encontramos o princípio da convivência familiar, assim como vários outros, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 9.3 da Convenção dos Direitos da Criança, quando diz que os Estados Partes respeitarão o direito da criança de manter

---

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, rev., atual. e ampl, 2012, p. 80.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, rev., atual. e ampl, 2012, p. 81.

regulamente relações pessoais e contato direto com os pais, a não ser que seja contrário aos interesses da mesma.

Do mesmo modo, o menor que tiver os pais separados ou divorciados, terá o direito de conviver com cada um, de modo que o guardião não pode proibir a criança ou adolescente de se encontrar com o responsável que não detém a guarda.

Destarte, a convivência familiar é de suma importância para o menor, posto que é onde ocorre o primeiros contatos do mesmo com a sociedade, permitindo a realização do menor na esfera da sua personalidade.

2.6 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio chave, falando metaforicamente, ele seria como um coração que norteia e dá a direção para todos os outros princípios e deste modo, assim como os outros anteriormente citados, é de suma importância no direito de guarda.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental e demonstra aquilo que não se pode mensurar o valor e que seria indisponível. Kant ao tentar explicar o que seria a dignidade diz, de maneira belíssima:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”²⁸.

Deste modo, qualquer coisa que compare ou torne o ser humano um objeto, algo disponível, estaria violando esse princípio fundamental²⁹. Não obstante, é preciso analisar esse princípio não só focando no indivíduo, mas também na relação dele para com a sociedade, para com a família.

No antigo pátrio poder, o pai, chefe da família, era superior ao demais membros do seio familiar, não tendo ele a mesma dignidade que sua esposa e filhos, por exemplo. Assim,

---

²⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

²⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 60.

os membros menos favorecidos da família sofriam qualquer tipo de abusos e o poder público não podia interferir³⁰.

Com a abolição do pátrio poder, apesar de algumas resistências, e a instauração do poder familiar, essa falta de equilíbrio no âmbito familiar deixou de existir, tendo todos os membros sua dignidade valorada de maneira igualitária.

Atualmente, busca-se um equilíbrio entre o Estado e o esfera privada. O Estado aprova o completo desenvolvimento e interfere quando existe um desequilíbrio, ou seja, quando alguma das partes tem sua dignidade ofendida, principalmente no que se refere as crianças e adolescente, por serem mais frágeis.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 garante a dignidade da criança e do adolescente em toda a sua descrição ao estipular suas garantias e direitos, e, ao vedar qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra a mesma.

No preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, fica evidenciado que a criança deve ser educada com o espírito da dignidade, tamanha a relevância desse princípio. Na Lei nº 8.069/1990, tem em seus artigos 3º, 4º, 15º e 18º a presença do princípio da dignidade ao dizer que os menores gozam dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana e que é dever de todos assegurar a eles a dignidade.

A dignidade da pessoa humana torna a criança e o adolescente, assim como qualquer outra pessoa, merecedora de respeito e proteção, tendo que ser observado no momento da estipulação da guarda, seja feita de maneira consensual ou não pelos responsáveis, esses direitos e garantias mencionados, assim como inúmeros outros.

A família é um espaço de garantia de existência digna para o menor e essa existência digna tem que ser observada quando for analisar a melhor modalidade de guarda para determinado caso concreto, o que importa realmente é que a criança ou adolescente tenha a sua dignidade mantida, estando os responsáveis habitando juntos ou não.

Não se pode deixar de analisar e aplicar em determinado caso de guarda princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade, que deve ser observado e aplicado antes de qualquer norma infraconstitucional.

---

³⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 61.

CAPÍTULO 3

MODALIDADES DE GUARDA

3.1 Guarda fática ou guarda de fato

A guarda fática, também chamada de guarda de fato ou guarda informal, é aquela em que o menor de dezoito anos fica sob os cuidados, assistido, por uma pessoa que não tem ratificação ou atribuição judicial para esse afazer, não tendo provisoriamente ou definitivamente a responsabilidade, posto que a situação ainda não foi regularizada.

Deste modo, quem possui a guarda de um menor sem estar regularizada não pode ser considerado o responsável pelo mesmo, até ser deliberada em âmbito judicial a sua guarda. É o que pode-se entender após leitura do artigo 33 §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

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.

No momento da separação, a melhor solução para o menor é o acordo entre os pais, de maneira pacífica, sobre com quem ficará a guarda do mesmo. Ocorrendo um consenso, os pais acordam de maneira tácita ou expressa, sem uma homologação judicial. Não existindo reconhecimento jurídico, devido à carência de homologação por parte de um magistrado, estamos como citado acima, diante da guarda de fato.

Contudo, mesmo que nessa modalidade de guarda, em que uma pessoa toma os cuidados de uma criança ou adolescente para si, não seja homologada, as obrigações atinentes a assistência, proteção, educação, dentre outros direitos do menor, são mantidos e são de fundamental importância.

3.2 Guarda provisória ou temporária

A guarda provisória apresenta o caráter cautelar, podendo ser conferida no início da lide ou no curso do processo. Como o próprio nome sugere, a guarda provisória é temporária, ela existe para atender uma situação emergencial, chegando ao fim quando termina o termo ou a condição.

Ela visa a suprir a eventual falta dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção e até que sejam tomadas as medidas necessárias para garantia e manutenção dos interesses do menor. Pode-se visualizar essa modalidade de guarda no artigo 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

*“Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de **guarda provisória**, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.”*

3.3 Guarda permanente, duradoura ou definitiva

A guarda definitiva legitima a posse de fato da criança e do adolescente, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou, incidentemente, nos processos de tutela e adoção.

Ela é chamada de definitiva em sentido estrito, tendo em vista se pôr ao final do processo de guarda ou quando tiver por intuito concretizar uma circunstância de fato já existente. Contudo, a guarda definitiva nunca é definitiva, posto que pode ser alterada a qualquer tempo levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Numa situação característica, onde não se obteve sucesso numa tutela ou adoção, encontramos a guarda permanente no artigo 33 §2 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

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.

§ 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.

3.4 Guarda consensual ou litigiosa

Na guarda consensual (jurisdição voluntária), os responsáveis pela criança e/ou adolescente entram num acordo, num consenso, sobre a guarda do mesmo, sendo feito um pedido de homologação de acordo, transferindo a guarda física caso o novo detentor não a tivesse anteriormente.

Essa modalidade de guarda é mais vantajosa, sobretudo pela sua rapidez. Existindo uma concordância, o Juízo determina a realização de uma avaliação psicológica e social, verificando se essa guarda é mais benéfica para o menor. Após, ouvirá o Ministério Público e sendo o caso, homologará o pedido de guarda.

Já a guarda litigiosa (jurisdição contenciosa) não existe um acordo previamente feito entre os responsáveis do menor, ambos podem querer a guarda do menor ou não, ou podem discordar sob a modalidade de guarda a ser aplicada. Deste modo, cabe o juiz decidir por meio de sentença, levando em consideração inúmeros princípios, como o do melhor interesse da criança e do adolescente, com quem ficará a guarda física do menor e qual modalidade de guarda será realizada.

3.5 Guarda unilateral

Segundo o artigo 1.583, §1º do Código Civil de 2002, com a nova redação dada pela Lei nº 11.698/2008, a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

Se ambos os pais tiverem aptos a exercer a guarda, somente será estipulada a modalidade unilateral se um dos genitores declarar em Juízo que não deseja a guarda física do menor, como disposto no artigo 1.584 §2º do Código Civil de 2002. Caso contrário, será aplicada a guarda compartilhada, que será abordada mais à frente.

Maria Berenice Dias diz que a guarda unilateral obriga o não guardião a supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem legitimidade para solicitar informações e até 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, como observa-se no artigo 1.583 §5º do Código Civil de 2002³¹.

Inclusive, o estabelecimento educacional em que o menor esteja matriculado deve prestar contas ao genitor guardião e não guardião sobre frequência, rendimento, proposta educacional da instituição, etc., podendo a escola ser multada caso não ofereça informações solicitadas, como verifica-se no artigo 1.584 §6º e 1.589, ambos do Código Civil de 2002.

No âmbito do direito passado, como citado anteriormente, a chamada guarda exclusiva privilegiava os interesses dos pais em conflito e de quem era a culpa no momento da separação. A guarda do menor ficava com quem era inocente, não sendo observado se o mesmo era quem tinha melhores condições de exercê-la.

Com a influência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a análise da culpa no momento de estipulação da guarda do filho foi deixado de lado, deste modo, a guarda da criança e/ou do adolescente ficará com quem tiver melhor condições de exercê-la.

O juiz levará em conta o conjugado de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um³².

Na antiga redação do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, incluída pela Lei nº 11.698/2008, dizia:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;*
- II – saúde e segurança;*
- III – educação.*

---

³¹DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª Edição, rev., atual. e ampl, 2015, p. 524.

³²LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 193.

Percebe-se que mesmo nessa antiga redação do dispositivo, o rol não era taxativo e sim exemplificativo, podendo no caso concreto o juiz valorar de maneira diversa os fatores e até mesmo observar outros.

Mesmo antes da revogação do dispositivo pela Lei nº 13.058/2014, podia-se perceber que a convivência do menor com o seu grupo familiar, parente ou não, deveria ser levado em consideração pelo magistrado, pois esse vínculo deveria ser preservado.

O que de fato muitas vezes acontece, é que o genitor que detém a guarda, por vezes dificulta o acesso da criança ao grupo familiar composto de pessoas do genitor que não deteve a guarda, realizando uma verdadeira alienação parental. Por isso, o temperamento e a conduta de ambos os genitores deve ser muito bem observadas pelo juiz antes da conclusão da estipulação da guarda.

No que tange a saúde, segurança e educação, mesmo com a revogação do dispositivo, enfatizo, fica implícito que quem detém a guarda do menor deve zelar por todos esses fatores, obviamente com a colaboração do outro genitor no que se refere a pensão alimentícia.

A preferência da estipulação da guarda para a mãe, ideia presente no subconsciente do povo desde épocas arcaicas, fere o princípio da igualdade e deve ser combatido a todo tempo.

Paulo Lôbo cita como exemplo desse tipo de situação, uma decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que atribuiu a guarda do menor ao pai, pois além de receber os cuidados deste, receberia também os cuidados dos avós paternos, enquanto a mãe trabalhava fora o dia todo e o menor teria que ficar ao cuidados de terceiros (AP 98.719-1 – 20060150551)³³.

A criança ou adolescente sempre que possível deve ser ouvida pelo Juízo antes da concessão da guarda, porém, deve-se ter cuidado para não envolver o menor nessa situação de escolha afetiva. O magistrado deve priorizar as equipes multidisciplinares para lhe fornecer informações, evitando assim questionar o menor sobre com quem ele prefere ficar.

Em algumas situações, o juiz pode deferir a guarda à outra pessoa, quando constatar que nenhum dos pais tem condições de cuidar do menor, exemplos desses casos são pais viciados em drogas, bebidas alcoólicas, medicamentos, etc., pais que tem histórico de violência contra os filhos, etc.

---

³³ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 194.

Como se vê no artigo 1.584, §5º do Código Civil de 2002:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

O artigo oferece algumas possibilidades que podem ser analisadas pelo juiz na procura de um guardião para o menor. O parente mais próximo *a priori* pode ser considerado o mais indicado para cuidar do menor, não obstante, após outras análises pode-se acabar percebendo que o mais distante na linha de parentesco tem melhores condições de cuidar da criança e/ou do adolescente que o parente mais próximo.

A afinidade e a afetividade são respectivamente, a capacidade para vigiar e conviver com a criança e a relação de afeto que o menor tem com a pessoa que assumirá a guarda. Creio que a afetividade é o ponto que mais deve ser valorado no momento da escolha da guarda.

Por fim, apesar do artigo 1.589 do Código Civil de 2002 assegurar o direito de visita e de companhia do menor com o não guardião, tenho que essa modalidade de guarda não deve mesmo ser priorizada como verificamos atualmente. Isso porque ela acaba por gerar muito descontentamento, confusões e chantagens envolvendo os filhos, situação que acaba por afetar não só os pais, na maior parte das vezes o genitor não guardião, mas também o menor.

3.5.1 Direito de visita (convivência)

Segundo o artigo 1.589 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. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)

Primeiramente, como bem sugere Rolf Madaleno, a expressão direito de visita não é uma das melhores, pois dar a entender uma delicadeza de ir visitar alguém em sua casa, quando na realidade as visitas devem ser realizadas, em regra, fora da residência habitual da criança e/ou adolescente³⁴.

Tirando os casos em que o menor ainda é muito pequeno; estão em período de amamentação; quando o genitor não guardião esteve muito tempo ausente da vida do menor ou por deficiência habitacional para receber o filho, as visitas normalmente incluem o pernoite. Na guarda unilateral, as visitas do genitor não guardião visam manter um vínculo saudável mesmo após a separação dos pais.

Os pais têm o direito e o dever de contato com a sua prole, todavia, muitos genitores que não detêm a guarda se esquivam das visitas combinadas, deixando por vezes de conviver e ter contato com o menor. Por conta dessa situação, o dever de visita se tornou cabível de execução judicial, impondo multa pecuniária, as chamadas *astreintes*, em casos de transgressões. Corroborando com isso a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1.481.531-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 16/2/2017 (Info 599):

“É válida a aplicação de astreintes quando o genitor detentor da guarda da criança descumpre acordo homologado judicialmente sobre o regime de visitas.”

Muitos genitores com raiva ou por vingança do seu antigo companheiro(a), descontam nos filhos, não cumprindo as obrigações acertadas que envolvem o menor. Essa

---

³⁴ Madaleno, Rolf. Curso de direito de família. 51 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pg. 449.

situação só serve para afetar de maneira negativa a criança e/ou adolescente, criando um ambiente desagradável e de difícil conciliação.

Sobre essa ótica, Rolf Madaleno diz:

Tanto a guarda como as visitas não têm caráter definitivo, podendo ser modificadas a qualquer tempo, sempre sob o olhar do melhor interesse do menor, e podendo ser considerados como atos de abuso e fonte de reversão da guarda, supressão ou suspensão das visitas quaisquer atitudes dos pais tendentes a causar dano ao ex-cônjuge, sem se darem conta de estarem em realidade danificando, sim, a estrutura psíquica dos seus filhos.

É preciso respeitar a dignidade humana do menor que está em um período de formação, por isso os deveres parentais que de modo deliberado são quebrados, devem sofrer sanções afim de ser coibidos.

Importante ressaltar, que não existe a possibilidade na cultura jurídica brasileira de condicionar o direito de visita com o pagamento de pensão alimentícia. O guardião tem a possibilidade, por meios processuais, de executar a pensão que não está sendo paga, satisfazendo um direito material.

No direito argentino por exemplo, existe três correntes, a primeira que concorda que não se pode vincular o pagamento de pensão ao direito de visita do não genitor; a segunda que concorda que tem que vincular o direito de visita com o pagamento de pensão, coagindo o não pagador e a terceira corrente que de maneira intermediária diz que concorda com a suspensão de visitas no caso de não pagamento de pensão somente em casos extremos, de gravíssima negligência³⁵.

A preservação dos vínculos afetivos têm tanta importância para o menor que vem se desdobrando para outros parentes, como avós, tios, etc., o direito de visita. Assim, segundo o parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil de 2002, os parentes podem buscar o direito de ter contato com a criança e/ou adolescente, inclusive, nas uniões homoafetivas, ainda que o filho seja do parceiro, como lembra Maria Berenice Dias³⁶.

---

³⁵ Madaleno, Rolf. Curso de direito de família. 51 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pg. 454.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª Edição, rev., atual. e ampl, 2015, p. 533.

3.6.2 Alienação Parental (SAP)

A separação dos pais por vezes pode ser um momento delicado e estressante tanto para os genitores, quanto para os filhos. O ideal é que os responsáveis conversem com o menor, explicando a situação num diálogo honesto e demonstrando que apesar de não estarem mais juntos como um casal, o afeto pelo filho se manterá o mesmo, que nada mudará nesse aspecto.

É importante destacar para a criança que ela não é a culpada pelo fim da relação conjugal dos pais, que apesar de terem sido muito felizes antes, agora cada um vai seguir o seu caminho, mas que o filho sempre será um elo entre eles e que continuarão se tratando com cordialidade.

Entretanto, por vezes não existe essa cooperação entre os genitores e os filhos acabam por se tornar objetos de vingança, quando os responsáveis querem atingir e magoar um ao outro.

Quando os adultos realizam esse tipo de atitude, estão utilizando a *Síndrome da Alienação Parental (SAP)*. A situação é tão grave e recorrente que foi criada uma lei no Brasil tratando sobre esse assunto, a Lei nº 12.318/2010, que em seu artigo segundo diz:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Infelizmente essa prática tem sido comum, a busca pela rejeição do menor ao outro genitor e aos seus familiares.

O genitor manipula a frágil mentalidade da criança e/ou adolescente, transformando o outro ascendente numa ameaça irreal, não se preocupando com o mal que causa ao seu próprio filho, sendo o único objetivo atingir a outra parte.

Na visão de Rolf Madaleno:

A síndrome de alienação parental tem um alcance extremamente destrutivo, pois consegue que os filhos inventem fatos, respaldem mentiras e esqueçam momentos de felicidade, e ainda consegue que terceiros se envolvam nos atos

*de detratção do progenitor rechaado, enquanto o genitor alienante se assegura de assumir um autntico papel de vtima*³⁷.

O que se observa é que o genitor guardião transfere para o menor todo o rancor e os sentimento ruins que nutre pelo antigo parceiro, podendo até em nveis mais graves de alienação, fazer com que o menor involuntariamente invente falsas acusações de abusos e/ou agressões.

O alienador precisa de tempo para eliminar os vínculos de afeto entre o menor e o não guardião, deste modo, por vezes ele dificulta visitas, seja alegando que o menor está doente, que o mesmo tem um aniversário para ir ou fazendo a clara chantagem emocional dizendo que vai ficar triste e se sentir sozinho se o filho for sair com o outro genitor³⁸.

Além dos exemplos citados no parágrafo anterior, também são exemplos de alienação parental o rol exemplificativo do artigo segundo da Lei nº 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (grifei)

---

³⁷ Madaleno, Rolf. Curso de direito de família. 51 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pg. 462.

³⁸ MADALENO, Ana Carolina Carpes. A Síndrome da Alienação Parenta I e a importância de sua detecção. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado em junho de 2009 na PUC/RS, orientado por MADALENO, Rolf, p. 45.

Vê-se que a alienação pode vir por parte de outros membros familiares ou pessoas que estejam com a responsabilidade de vigiar a criança, como por exemplo babás. Independente de por onde venha essa alienação, fica claro que ela fere o direito do menor a convivência familiar, como disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, ferindo assim, um direito fundamental do mesmo.

Ao menor sinal da síndrome, poderão ser tomadas medidas provisórias necessárias e de urgências para garantir a segurança e bem-estar psicológico da criança e/ou adolescente.

Com o passar do tempo, nem mesmo o alienador distingue mais o que é verdade do que é mentira, ele mesmo passa a acreditar nas mentiras que contou para o filho, por consequência, passa a ser verdade para o menor também.

Por fim, nem sempre é fácil reconhecer a síndrome, por vezes pode ser apenas uma denúncia descabida com o único objetivo de afetar o relacionamento do filho com seu genitor. Sendo elas falsas ou verdadeiras, a criança e/ou adolescente já sofreu o abuso.

3.6 Guarda compartilhada

A guarda unilateral era o modelo dominante no Brasil até a aplicação da Lei nº 11.698/2008, que veio para mudar esse paradigma. A referida lei dá preferência a modalidade de guarda compartilhada, somente afastando-a caso verifique-se, após análise de fatores como o melhor interesse da criança e do adolescente, que outro tipo de guarda naquele caso concreto seria a melhor opção.

No começo, a guarda compartilhada sofreu algumas resistências pelos profissionais da área e como bem cita Paulo Lôbo, muitos acreditavam que essa modalidade de guarda dependia do amadurecimento sentimental do casal, pondo os filhos em primeiro lugar, fato este que só acontecia em raras situações³⁹.

Todavia, a lei decidiu dar preferência a esse tipo de guarda, garantindo maior participação dos pais na vida dos filhos principalmente quando não existir acordo entre os pais do menor, como pode-se observar no artigo 1.584 §2º do Código Civil de 2002:

---

³⁹ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 198-199.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

A guarda compartilhada pode ser estipulada por consenso ou por determinação judicial e, caso não estipulada quando ocorrer o divórcio, pode ser requerida em uma ação autônoma, como se vê no artigo 1.584 I e II do Código Civil de 2002:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

A partir do momento em que a guarda é exercida de modo conjunto pelo pais separados, garantindo a convivência do filho com ambos os pais, evita-se a alienação parental, quando o genitor não guardião acaba por se distanciar do filho, sendo essa uma situação bem mais comum na guarda unilateral, o que demonstra mais um ponto positivo do compartilhamento da guarda.

Vale ressaltar, que apesar da contínua citação do compartilhamento da guarda pelos pais, nada impede que a guarda seja exercida por não genitores, avós e tios, por exemplo, podendo a guarda compartilhada ser pleiteada e exercida por eles.

Não obstante a guarda ser compartilhada, é necessário estipular a residência de um dos pais como aquela em que a criança e/ou adolescente residirá. Os pais precisam ter o bom senso de estipular a morada que melhor atenderá as necessidades do menor, deixando de

lado qualquer desavença. Quando isso não for possível, caberá ao magistrado analisar e estipular o que melhor atenderá aos interesses da criança e/ou do adolescente, como disposto no artigo 1.583 §3º do Código Civil de 2002.

Segundo Paulo Lôbo:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho⁴⁰.

Deste modo, percebe-se que o menor deve se sentir bem independente de em que casa esteja, convivendo bem com ambos os pais, como era antes da separação.

É de fundamental importância que o magistrado do Juízo de família escute a equipe interdisciplinar que ele tem à disposição quando os pais do menor estejam muito em desacordos, ajudando assim na tomada da melhor decisão, como disposto no artigo 1.584 §3º do Código Civil de 2002.

Paulo Lôbo relata bem que, se for levar em consideração princípios constitucionais básicos como da solidariedade, do melhor interesse da criança e do adolescente e o da convivência familiar, fica claro que a guarda compartilhada é a melhor modalidade a ser estabelecida⁴¹. Obviamente, analisando as particularidades do caso concreto, se essa modalidade não for boa o suficiente para o menor, ela não deve ser aplicada.

3.6.1 A pensão alimentícia na guarda compartilhada

Importante refletir também sobre o instituto da pensão alimentícia na guarda compartilhada, pois de maneira equivocada pode-se pensar que a sua fixação judicial não se aplica nesta modalidade de guarda, já que ambos os ascendentes seriam guardiões do menor.

A ideia de que os pais teriam que responder solidariamente pelas obrigações de sustento da criança e/ou do adolescente não procede.

---

⁴⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 200.

⁴¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011, p. 202.

Vejam os artigos 229 da Constituição Federal de 1988:

Art. 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.

Em seguida, o artigo 1.703 do Código Civil de 2002:

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Verifica-se que em ambas as leis, uma com previsão constitucional e outra infraconstitucional, o sustento e resguardo dos filhos deve ser exercido de maneira voluntária, quando não o é, gera uma obrigação alimentícia que pode ser regularizada em âmbito judicial.

A pensão alimentícia nada mais é que recursos materiais que se fazem necessários para colaborar no sustento da criança e/ou adolescente e deve ser estabelecida de acordo com as necessidades do menor e as possibilidades financeiras do alimentante, garantindo uma existência digna para o menor, como vislumbra-se no artigo do Código Civil de 2002 abaixo citado:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família, não existe estipulação de pensão de alimentos na guarda compartilhada, em regra⁴². Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, mesmo tendo o pai e a mãe a guarda compartilhada, é possível que seja fixada a pensão alimentícia⁴³.

---

⁴² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>. Acesso em: 08/05/2017.

⁴³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Direito de família na mídia. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12984>. Acesso em: 08/05/2017.

É o que se depreende após analisar o artigo 1.584 §3º do Código Civil de 2002. Entende-se que o juiz pode estipular as obrigações patrimoniais que irão ser assumidas por cada genitor, com o objetivo de garantir que não ocorra futuras supressões em prejuízo do menor.

Como exemplo, segue abaixo a ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que corrobora o entendimento sobre a possibilidade da estipulação da pensão alimentícia em casos de guarda compartilhada:

APELAÇÃO. ACORDO DE GUARDA COMPARTILHADA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXAME DO MÉRITO. ART. 515, § 3º, DO CPC. HOMOLOGAÇÃO. NECESSIDADES DA MENOR. I – *O art. 1.583 do CC permite a estipulação de uma base para a moradia da criança, bem como a fixação de tempo de convívio com o filho, mesmo no caso de guarda compartilhada, não descaracteriza o instituto se houver a fixação de regime de visitas e pagamento de pensão alimentícia.* II – Nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, o Tribunal está autorizado, desde logo, a examinar o mérito, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. III – O acordo firmado pelos requerentes atende às necessidades da menor e permite sua convivência com ambos os genitores. IV – Apelação provida. Sentença anulada. Aplicado o art. 515, § 3º, do CPC. Homologado o acordo de guarda compartilhada, visitação e fixação de alimentos. (Grifei) (TJ-DF – APC: 20151210024860, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/11/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/11/2015 . Pág.: 259)

3.7 Guarda alternada

A guarda alternada, como o próprio nome sugere, caracteriza-se pelo exercício exclusivo alternado da guarda, de acordo com um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, etc. Quando esse período de tempo acaba, os papéis dos guardiões se invertem, de maneira alternada.

Deste modo, a guarda alternada não deixa de ser unilateral, posto que somente um dos pais num breve espaço temporal detém a guarda do menor. Não existe um compartilhamento da guarda porque, apesar dos pais concordarem que a guarda não é exatamente de nenhum deles por tempo indeterminado, também têm a noção que não é de ambos a um só tempo.

Irão ser criadas regras, espaços próprios e o menor participará dessa alternância sistematizada de convivência. Há quem defenda essa modalidade de guarda alegando que o

interesse do menor ficará guardado a medida que continuará a convivência com ambos os pais, sem perder o vínculo emocional que resulta do convívio.

Essa forma de guarda obriga o ascendente afastado por determinado momento da guarda, a se manter ciente de como a criança e /ou adolescente está se desenvolvendo moral e emocionalmente. Caso não o faça, poderá ocorrer uma ruptura cultural muito forte no menor quando necessária.

Todavia, apesar de aquele que detenha a guarda alternada ser no espaço de tempo que a exerce, titular dos direitos e deveres que fazem parte do poder familiar, continuará a exercê-lo de maneira parcial nas circunstâncias em que o menor não esteja sob sua guarda. Assim, não irá caracterizar a ruptura de princípios como o do bem estar do menor.

Não existe relação entre o direito dever de gerir os bens da criança e/ou adolescente e o fato de tê-lo ou não sob sua guarda. Logo, mesmo no período em que um dos genitores não esteja com a guarda do filho, ele estará a exercer as imputações do poder familiar, como disposto no artigo 1.634 do Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Não obstante, a guarda alternada não está regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro e sofre críticas por alguns juristas, posto que a Lei de Guarda nº 11.698/2008 trata apenas da guarda unilateral e compartilhada. Porém, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a guarda alternada depois de analisar que o menor estava feliz e adaptada, de acordo com estudos sociais e psicológicos que foram realizados após a solicitação do magistrado, como observa-se em um trecho abaixo:

FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral. (Processo nº 07271641020088130153/TJMJ)

Porém, não se pode negar que a maior parte dos juristas, doutrinadores e principalmente especialistas da área, não recomendam essa modalidade de guarda, sendo aplicada outro tipo de guarda em detrimento da alternada, como pode-se observar nesses dois acórdãos abaixo:

EMENTA: GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido." (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA – Data do acórdão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda

alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos (RJ 268/28). (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000).

3.8 Guarda por aninhamento ou nidação

Essa modalidade de guarda, além de não ter previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, é muito pouco utilizada na prática. Vejamos como Waldyr Filho conceitua o instituto:

Análoga à guarda alternada, no aninhamento ou nidação, o revezamento parte dos pais, que moram na casa onde vivem os filhos, em períodos alternados. Trata-se de uma modalidade rara, de difícil realização e longevidade reduzida. Isso porque, envolve uma logística complicada, na qual se destaca os altos custos para a manutenção de três casas: uma para o pai, outra para a mãe e uma terceira para o filho recepcionar os pais, alternadamente⁴⁴.

Difícilmente um magistrado defere essa modalidade, pois ela demanda um alto custo de manutenção e a realidade para a esmagadora parte da população brasileira é bem diferente, não podendo arcar com altos custos em diferentes residências.

Somando-se a isso, a guarda por aninhamento traria um alto grau de instabilidade no dia-a-dia do menor, já que a autoridade familiar do pai e da mãe é revezada na condução diária da criança e/ou adolescente, apesar do menor manter a mesma rotina.

---

⁴⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. v. 03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pg. 79.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda análise desprendida ao longo do presente trabalho de conclusão de curso, fica evidente que o instituto da guarda passou por grandes modificações ao passar do tempo, modificações estas positivas. O fato do poder familiar não estar mais somente nas mãos do homem, das crianças e adolescentes não estarem mais em segundo plano no momento do divórcio, da fiscalização que os guardiães sofrem, das variadas formas de guarda existentes, etc., todo esse avanço veio para ampliar a proteção do menor e foi importantíssima.

A criança e o adolescente além de estarem em uma fase delicada da vida, em que passam por muitas mudanças e formações, seja no âmbito físico, psicológico ou emocional, sofrem ainda mais ao terem que lidar com a separação dos genitores, mesmo quando a separação ocorre de maneira amigável.

Os pais e o judiciário precisam entender que o menor é prioridade e que como bem diz o princípio, o melhor interesse da criança e do adolescente tem que ser sempre observado, por isso todo esse avanço ao longo dos anos e por isso essa gama de modalidades de guarda. Apesar de só parte das modalidades encontrarem respaldo no texto legal, outras modalidades encontram aplicação também, pois existem inúmeras famílias, de diversos jeitos, sendo necessário analisar no caso concreto qual tipo de guarda deve ser aplicada, levando em consideração aquele seio familiar e acima de tudo, o bem estar do menor.

Não obstante, a guarda compartilhada parece ser a melhor modalidade, inclusive sendo a que os tribunais estão mais aplicando. Essa guarda permite a ambos os pais terem mais contato com o menor, participando mais ativamente da vida do mesmo e mantendo o vínculo que existia antes do divórcio. Neste tipo de guarda os encargos são divididos e a síndrome da alienação parental é menor, em comparação com a guarda unilateral, por exemplo.

Isto posto, independente de qual modalidade de guarda seja aplicada, os pais precisam zelar pelo bem do menor, sempre. É necessário deixar de lado desavenças que talvez tenham um com o outro e de maneira nenhuma colocar a criança e o adolescente no

meio dessa desagradável situação. Caso acontece, o poder judiciário deve ser acionado, para assim tomar as providências cabíveis, protegendo o menor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. pg. 14 Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/>>. Acesso em: 18 maio. 2017.

BAPTISTA, Silvio Neves. Manual de Direito de Família. Recife: Bagaço, 2ª Edição, 2010.

BRASIL. Código civil de 2002. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Código civil de 1916. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Código penal de 1940. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Brasília, DF.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Brasília, DF.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível 10000003280633/000. Relator Lamberto Sant'Anna. Publicado em 24 de outubro de 2003. www.jusbrasil.com.br

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível 07271641020088130153. Relator Alberto Vilas Boas. Publicado em 12 de agosto de 2011. www.jusbrasil.com.br

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação 20151210024860. Relator Vera Andrichi. Publicado em 17 de novembro de 2015. www.jusbrasil.com.br

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento nº 000002364. Relator Alcides Aguiar. Publicado em 26 de junho de 2000. www.jusbrasil.com.br

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª Edição, rev., atual. e ampl, 2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FILHO, Waldyr Grissard. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, rev., atual. e ampl, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Direito de família na mídia. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12984>. Acesso em: 08/05/2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>. Acesso em: 08/05/2017.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 12ª edição Malheiros, 2015.

LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. A Síndrome da Alienação Parenta I e a importância de sua detecção. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado em junho de 2009 na PUC/RS, orientado por MADALENO, Rolf.

SIMÃO, José Fernando. Guarda de Menores: um conceito unitário no direito brasileiro. 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro#_ftn1. Acesso em: 18/04/2017

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: Direito de Família. São Paulo: Método, 9ª Edição, rev., atual, e ampl, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.