



CENTRO UNIVERSITÁRIO NOSSA SENHORA APARECIDA - FANAP
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

ANA CAROLINY DE SOUZA GOMES

**DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E A EFETIVAÇÃO DO
MELHOR INTERESSE DO MENOR**

APARECIDA DE GOIÂNIA – GO
2020/2



ANA CAROLINY DE SOUZA GOMES

**DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E A EFETIVAÇÃO DO
MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Artigo Científico apresentado como requisito parcial de avaliação, da Disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, do Curso de Direito, Do Centro Universitário Nossa Senhora Aparecida - FANAP, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Antônio José Resende.

APARECIDA DE GOIÂNIA – GO
2020/2

Gomes, Ana Caroliny de Souza

G633a O instituto da guarda compartilhada e a efetivação do melhor interesse do menor / Ana Caroliny de Souza Gomes. – Aparecida de Goiânia-GO, 2020.

viii,27 f. : il ; 29 cm

Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Nossa Senhora Aparecida - UniFANAP, Campus Bela Morada, Aparecida de Goiânia, 2020.

Orientador: Profº. Drº. Antonio Jose Rezende.

1. Poder Familiar. 2. Guarda Compartilhada. 3. Criança e Adolescente. I. Título. II. Centro Universitário Nossa Senhora Aparecida.

CDU 347.625



FANAP
A Faculdade

Faculdade Nossa Senhora Aparecida

www.fanap.br 1 (62) 3277-1000

AGRADECIMENTOS

Esta foi uma grande e importante jornada. E primeiramente agradeço a Deus por ter me dado forças e coragem para prosseguir nesta longa caminhada. Ele que nos momentos mais difíceis, me guiou no caminho certo e que, por diversas vezes me levantou.

Agradeço muito à minha família, que com grande sacrifício, me apoiaram nos momentos de dificuldades, angústias e lágrimas, para que mesmo nas ocasiões mais complicadas eu pudesse continuar a pelejar.

Também agradeço ao meu orientador, que com grande paciência, compreensão e dedicação, me deram orientações e apoio para conseguir este grande objetivo da minha vida.

Agradeço a todos os professores da faculdade UniFanap, que conheci e me deram apoio, conhecimentos e me ajudaram para chegar até aqui.

Em finalmente, agradeço a todas as pessoas, que diretamente ou indiretamente, como os amigos e conhecidos, ajudaram-me a conseguir esta “VITÓRIA”.

Obrigados a todos.

“Não temos dúvida de que a guarda compartilhada é o melhor modelo de custódia filial, na perspectiva do princípio maior da dignidade da pessoa humana.”

Pablo Stolze Gagliano.

RESUMO

Este artigo tem como finalidade em pesquisar os principais tipos de Guardas existentes no Código Civil brasileiro, analisa principalmente a Guarda Compartilhada, nos seus aspectos positivos e negativos, e para o melhor interesse da criança e adolescente. E verifica as mudanças trazidas pela Lei nº 13.058/2014 sobre o tema, como o poder família, a alienação parental e seus impactos no instituto da Guarda Compartilhada. Com o fim do casamento deve ser aplicada a guarda que corresponde ao melhor interesse da criança ou adolescente. E que possa permitir, à criança, um melhor desenvolvimento social, moral, físico e educacional. Para que ela tenha uma convivência pacífica e saudável, tanto com o pai, quanto para a mãe. E no ordenamento jurídico brasileiro, a melhor guarda visando o melhor interesse da criança ou adolescente, é a guarda compartilhada, descrito na Lei nº 11.698/2008.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda Compartilhada. Criança e adolescente.

ABSTRACT

This article aims to research the main types of Guards existing in the Brazilian Civil Code, analyzes mainly the Shared Guard, in its positive and negative aspects, and for the best interest of children and adolescents. And it verifies the changes brought by Law 13.058 / 2014 on the subject, such as family power, parental alienation and its impacts on the Shared Guard Institute. With the end of the marriage, the custody that corresponds to the best interest of the child or adolescent must be applied. And that can allow the child better social, moral, physical and educational development. So that she has a peaceful and healthy coexistence, both with her father and mother. And in the Brazilian legal system, the best custody aiming at the best interest of the child or adolescent, is the shared custody, described in Law nº 11.698 / 2008.

Keywords: Family power. Shared custody. Child and teenager.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA E DA GUARDA DOS FILHOS MENORES.....	9
1.1 Aspectos históricos da família e da guarda.....	9
1.2 Conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro.....	11
2 – DO PODER FAMILIAR.....	14
3 – TIPOS DE GUARDA.....	20
3.1 A Guarda Alternada.....	21
3.2 Aninhamento.....	22
3.3 A guarda unilateral.....	22
3.4 A guarda compartilhada.....	24
4 – DA GUARDA COMPARTILHADA.....	25
5 – DA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	36

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem se transformado muito, nestes últimos anos, neste mundo globalizado. E a família também acompanhou estas mudanças. Não tem apenas a família tradicional, mas tem ainda, outros tipos de família, como a família informal, monoparental, anaparental, unipessoal e outros tipos de família. Sendo a família uma instituição muito importante, constituindo-se como à base da sociedade, o seu significado vem mudando durante o tempo, lugar e contexto histórico, de acordo com os costumes e cultura, de cada sociedade.

A família não é apenas o casamento de um homem e uma mulher, e os filhos concebidos desta união. Tem a família em que, a pessoa que não foi casada, mas tem filhos. Tem um homem que se casou com outro homem, ou mulher que casou com outra mulher, e cria filhos. Uma família, em que a criança foi criada pela mãe e o padrasto. Pessoas que foram criadas com outros membros da família, criada com os tios ou as avós. E crianças, que vivem com pais que trocaram de sexo, por algum motivo. E a família ainda continua evoluindo na sociedade moderna. E como fica a guarda dessa criança ou adolescente, na dissolução desta família moderna.

Diante dessa evolução da família, surgiu uma necessidade pela criação de um modelo de guarda, que mantivesse uma relação mais afetiva entre os pais e os filhos, após a dissolução do casal, visando o melhor interesse da criança. Este artigo vai se ocupar do instituto da Guarda Compartilhada, conforme descrito no Código Civil brasileiro de 2002, na Constituição Federal de 1988 e diversas outras doutrinas. Vai analisar a Guarda Compartilhada como instituto, que visam, o melhor interesse da Criança e Adolescente, e a questão da alienação parental, como distúrbio psicológico da criança.

Após a separação judicial do casal, como o divórcio, o Código Civil vai se ocupar um capítulo, chamado de a Proteção da Pessoa dos Filhos, constante nos artigos 1583 a 1590, do Código Civil, vai se ocupar do instituto da Guarda Compartilhada e da Guarda Unilateral, visando o melhor interesse da criança ou adolescente.

É direito da criança, em que os pais mantenham as suas responsabilidades e contato afetivo com os filhos, após a dissolução do casal. Mesmo que os pais não se conversem mais, eles têm de se adequar, nesta nova situação criada pela separação, para o bem estar de seus próprios filhos.

1. CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA E DA GUARDA DOS FILHOS MENORES..

1.1 Aspectos históricos da família e da guarda

A finalidade da guarda é a proteção da pessoa e dos bens dessa pessoa, e em especial, a assistência das pessoas mais vulneráveis, ou seja, das crianças e dos adolescentes. Para isso tem o instituto do poder familiar, que é um conjunto de leis e normas, que impõem direitos e deveres, conferidas aos pais, para dar-lhes uma boa base, direito e orientação, para direcionar a educação, a criação e a proteção dos seus filhos. Este poder familiar nasce de eras muitas antigas, nasce nas bases das civilizações ocidentais, como nas famílias da antiga Roma.

Quem tinha a guarda na família antiga era o chefe de família, no caso, o pai. Ele que prestava e direcionava o culto aos antepassados. Ele que era o guardião de toda a família. Dessa maneira a guarda, nas sociedades antigas, nasce nos seios da religião.

A religião foi o princípio da constituição da família antiga. Em cada casa tinha um altar, no qual a família reunida prestava culto aos antepassados. O pai era o responsável por este culto. E fora da casa, havia os túmulos, onde repousam os antepassados da família. Mesmo na morte, não pode separar a família. A família continuaria unida para sempre. Diz Fustel de Coulanges:

Fora de casa, bem perto, no campo vizinho, há um túmulo. É a segunda morada da família. Lá repousam em comum várias gerações de antepassados; a morte não os separou. Nessa segunda existência permanecem juntos, e continuam a formar a família indissolúvel. Entre a parte viva e a parte morta da família não há senão distância que separa a casa do túmulo. Em determinados dias, indicados segundo a

religião doméstica de cada um, os vivos reúnem ao pé dos antepassados, oferecendo-lhes presentes e frutos, ou queimam em sua honra as carnes de uma vítima. Em troca destas ofertas pedem-lhes proteção, chamam-nos de deuses, e pedem para que tornem campos férteis, a casa próspera e os corações virtuosos COULANGES (1961, p. 30).

A família antiga seria mais uma associação religiosa, do que uma associação civil. Os direitos à herança são regulamentados, não pelo nascimento, mas pelo direito de participação do culto da família. A religião deu as regras para a constituição da família (COULANGES, 1961).

A religião estabeleceu o casamento. Mas a direção do culto familiar era passada de homem para homem. A mulher apenas participava do culto familiar. A filha assistia aos atos religiosos do pai, e depois de casada, do marido. O casamento era obrigatório, pois tinha como finalidade, não o prazer, mas unir o casal a um culto doméstico, sob a direção do *pater familias*.

Em Roma antiga, a família era bem mais extensa que hoje, pois mesmo que os filhos casassem, seriam ainda parte da família. A família era constituída pelo chefe de família, no caso o pai. Constituída pela mãe, filhos, parentes que moram na casa e pelos escravos. Todos pertencem ao senhor chefe de família. Este poder era chamado de *pátria potestas*, que pertencia ao pai, o chefe, com poder total sobre todos os membros da família, inclusive poder de decidir sobre a vida ou morte, de cada membro da família. Conforme ALEGRANSI:

Preliminarmente, é importante ressaltar que, em Roma Clássica, família pode ser entendida como o complexo de pessoas submetidas à *pátria potestas* de um chefe, que é o *paterfamilias*. A *pátria potestas* não se extingue pelo casamento dos filhos que, tenham idade que tiverem, sejam casados ou não, continuam a pertencer à família do chefe. ALEGRANSI (2006, p. 4).

O *pater familias*, o pai de família, exercia grande poder sobre seus descendentes. Poder que já era baseado nas Leis das Doze Tábuas (450 a. C.), onde o pai poderia matar o seu próprio filho recém nascido, poderia abandoná-lo se quisesse, poderia vendê-lo, podia casá-los sem o consentimento dos filhos ou poderia até desfazer o matrimônio realizado. O chefe de família, de cunho patriarcal, tinha todo direito de fazer conforme seus interesses (ALEGRANSI, 2006).

A mulher do chefe familiar, nunca poderia ter este poder, pois é exclusivo do pai, e deve também se sujeitar ao poder familiar do pai. A mulher dependia de seu pai, quando nova, e depois dependia de seu marido, quando casada. Sempre subordinada ao chefe de família.

Assim todos os descendentes são subordinados ao chefe de família, até quando da sua morte. E quando morria deixava um testamento, conforme sua vontade, poderia deixar seus bens para quem queria. Mesmo em prejuízo de seus descendentes (ALEGRANSI, 2006).

A guarda nesta época antiga, de acordo com a legislação romana, era da escolha do chefe de família, no caso o pai. Ele que poderia escolher, numa dissolução de casamento, quem ficaria com a criança, e como seria criada, independentemente do motivo da separação do casal. Ele tinha todo o direito sobre os filhos. Este costume, antigo e patriarcal sobre os filhos durou muitas eras. Os filhos e a mulher não tinham praticamente nenhum direito.

1.2 Conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro

A base da sociedade brasileira é a família. Sendo que o conceito de família, não é mais aquela da família tradicional, formada com o pai, mãe e filhos. O conceito de família sofreu modificações, de acordo com o desenvolvimento dinâmico da sociedade.

Na Constituição Federal de 1988, não tem descrito um conceito de família, mas um princípio. A família é a base da sociedade, formado pelo casamento e pela união estável, conforme o artigo 226, da CF. E a união estável passa a ser reconhecida com os mesmos direitos como entidade familiar.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Dessa maneira, a família poderá ser a união de pai, mãe e filhos, ou ainda, pai e filhos, mãe e filhos, como também união homo afetivas, com ou sem filhos. O importante é que a família é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

No Código Civil brasileiro, no seu artigo 1.723, não apresenta também o conceito de família, mas somente o reconhecimento do instituto da união estável.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sendo que a união estável, entre homem e mulher, ou mulher com mulher, ou homem com homem, é também constituída como sendo uma família.

Na Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, no seu artigo 5º, inciso II, descreve o conceito de uma família. Família é uma comunidade formada por indivíduos, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Este conceito acompanhou a evolução da sociedade brasileira, onde pode haver a união de diversas pessoas, e constituir uma família. Assim, o conceito de família tem uma grande abrangência, e que poderá alcançar diversos direitos constitucionais, que protegem a unidade familiar.

Dessa maneira, conforme a Lei nº 8.069/1990 – ECA – Estatuto da Criança e Adolescente, pode existir a família natural e a família extensa.

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009, Vigência)

Família natural sendo aquela formada por pais e seus descendentes, e a família extensa, formada pelos pais, filhos e outros parentes próximos. E ainda o ECA, descreve outro tipo de família, que é a família substituta.

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.

A família substituta é quando a criança ou adolescente é encaminhada para a adoção, guarda ou tutela. Geralmente acontece quando a criança perde os pais, por diversos motivos, como a morte dos pais no trânsito. A criança não tem onde ficar, e o juiz acabam de conceder a sua guarda para outra pessoa, geralmente alguém da família extensiva.

Sendo que a guarda prevista no Código Civil é diferente com a guarda existente no ECA, pois a guarda do Código Civil ocorre no caso de separação dos pais da crianças, e a guarda do ECA, é prevista no caso de morte dos pais, perda do poder familiar ou abandono dos menores pelos pais, por diversos motivos, e acabam perdendo o poder familiar.

2. DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar é um conjunto de direitos e deveres dado aos pais, referente à pessoa e aos bens dos filhos. O poder familiar se inicia desde o nascimento dos filhos e perdura durante toda a sua menoridade. São os pais que devem defender a pessoa dos filhos, e administrar e proteger os seus bens, até

eles atingirem a maioridade. São os direitos e deveres legais e morais, que devem ser exercidos inclusive em face de terceiras pessoas. Para NERY JUNIOR:

Exercício do poder familiar. O novo Código Civil nos traz a idéia de poder familiar e imputa aos pais, conjuntamente, o dever de exercê-lo velando e zelando pelos filhos. O exercício do poder familiar inclui a administração dos bens dos filhos menores, que se dá na forma do CC1689. NERY JUNIOR (2017, p. 2.154).

Este poder familiar é instituído no interesse da família, como um todo, ou seja, para o bem tanto dos pais, quanto dos filhos. A família protegida é uma família saudável, e é uma obrigação tanto do pai, quanto da mãe. Descreve GLAGLIANO:

Por isso, mais importante do que o aperfeiçoamento lingüístico, é a real percepção, imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos, enquanto menores. Em conclusão, podemos conceituar o poder familiar como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes (GAGLIANO, 2017, p. 1.273)

Antigamente o Código Civil brasileiro, de 1916, tinha a expressão “*pátrio poder*”, que instituía que o poder familiar era exercido apenas pela pessoa do marido, e não pela mãe. Era privativo de o pai exercer o pátrio poder, sendo a mãe, apenas uma pessoa submissa e auxiliar do marido, conforme artigo 233, do antigo Código Civil, de 2016:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:
I - a representação legal da família;
II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial;
III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família;
IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal;
V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

É uma interpretação de cunho patriarcal e antigo, onde o pai era o chefe de família e tinha todos os poderes sobre ela. Ele que tinha o dever e o

direito de cuidar da família. A mãe ficava em casa e tinha uma importância secundária.

Mas o Código Civil de 2002 corrigiu esta injustiça, colocando a expressão “poder familiar”, em substituição a “pátrio poder”. Onde o poder familiar é exercido por ambos os pais, de formas iguais, conforme os artigos 1630 e 1631, do Código Civil de 2002:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

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.

Tanto o pai e a mãe são iguais em direitos e deveres dentro de uma família. Nenhum deles tem poder acima do outro. Há uma relação de igualdade entre os pais, conforme descrito no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Segundo ainda GAGLIANO:

Vale ainda observar, na perspectiva constitucional do princípio da isonomia, não haver superioridade ou prevalência do homem, em detrimento da mulher, não importando, também, o estado civil de que exerce a autoridade parental. E, segundo o mesmo dispositivo, divergindo aos pais quanto ao exercício do poder familiar, e assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo, à luz da regra maior da inafastabilidade da jurisdição (GAGLIANO, 2017, p. 1.274).

Os pais, nas decisões da família, têm de chegarem a um comum acordo, para o melhor interesse da família, e principalmente para o melhor interesse da criança. E na falta de um dos pais, seja de maneira permanente ou provisória, o outro exerce o poder familiar sozinho e decide o que é bom para a família. É o que profere os artigos 1689 e 1690, do Código Civil de 2002:

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;
II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Quando se casam, os cônjuges assumem direito e deveres, em face um ao outro, e também em face dos filhos que vierem com o casamento. O poder familiar nasce então do casamento e perdura durante todo o matrimônio. No casamento eles se aceitam um ao outro e criam obrigações e direitos. E nestas obrigações, eles têm o dever de educar, proteger e sustentar os filhos, como diz o artigo 1634, I e IX, 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);
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Mesmo com o término do casamento, os pais têm de continuar a dar assistência mútua aos filhos. Os poder familiar em relação aos filhos permanecem, pois o poder familiar não pode ser renunciado, transferido ou alienado, o pai e a mãe sempre têm esse poder, enquanto os filhos serem menores. Ele é imprescritível. Descreve NERY JUNIOR:

O pátrio poder, por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por ser tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia NERY JUNIOR (2017, p. 2156).

Mesmo numa relação, onde não houve um casamento, mas o casal teve filhos, o poder familiar nasce e permanece. Até se tiver um contrato em que negue a um dos pais o poder familiar, ela é considerada nula, pois nada altera a

responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores. Diz o artigo 1632, do Código Civil:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Mas pode se perder o poder familiar. É muito comum um dos cônjuges se descuidarem e não preocupar-se com a família, nascendo assim o término do casamento. E quando não se dá sustento, educação e proteção aos filhos, podem acarretar a perda ou suspensão do poder familiar. De acordo com NERY JUNIOR:

Essa falha do cônjuge, em face, também dos filhos, pode lhe acarretar duplo apenamento: pode ser causa, como já dissemos de desfazimento do casamento (porque se constitui em descumprimento de obrigação assumida por um para com o outro com o casamento) e pode ser causa de perda ou suspensão do poder familiar. A perda do poder familiar decorre do descumprimento de obrigações devidas aos filhos menores e é uma das mais graves penas civis de nosso ordenamento jurídico NERY JUNIOR (2017, p. 2155). .

A perda do poder familiar pode se dar também, por motivos naturais, devido a morte dos pais ou dos filhos, ou quando os filhos atingirem à maioridade. Como descreve o artigo 1635, do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5^o, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Mas mesmo se um dos pais falecerem, ou tiver o poder familiar suspenso ou destituído, em casos excepcionais, o outro cônjuge detém o direito de exercício exclusivo da guarda do filho menor, tendo preferência inclusive frente os avós, conforme julgado do Tribunal de Justiça do RS:

“Família, Guarda e visitação. Genitor que, após o falecimento da companheira, detém o direito de exercício exclusivo da guarda do filho comum. Art. 1.631 do CC e 21 do ECA. Alteração da guarda aos avós maternos. Impossibilidade. Genitor que detém condições de educar e criar o filho. Visitação aos avós maternos que deve ser garantida. Parágrafo único do art. 1.589, do CC” (TJRS, 7ª Câm. Civ. AP. Civ. 70042331223/RS).

O poder familiar pode ser ainda suspenso, se os pais ou um dos pais, abusar de sua autoridade, ou quando tiver algum motivo judicial que exija a suspensão, como sentença penal irrecorrível, conforme artigo 1637, do Código Civil:

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

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

Mas o poder familiar pode infelizmente ser perdido também, por decisão judicial, se os pais ou um dos pais, faltarem ou excederem nos seus direitos e deveres com relação aos filhos.

No entanto, pode ocorrer que, em virtude de comportamentos (culposos ou dolosos) graves, o juiz, por decisão fundamentada, no bojo de procedimentos em que se garanta o contraditório, determine a destituição do poder familiar (GAGLIANO, 2017, p. 1.277).

São os casos de maus tratos, abusos, abandonos, violências e má criação ou educação, conforme está escrito no artigo 1638, do Código Civil:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I - castigar imoderadamente o filho;
 II - deixar o filho em abandono;
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
 V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
 Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

Não pode os filhos ser colocados em situação de riscos, por meio de negligência dos pais, principalmente referente aos cuidados com a saúde, higiene e alimentação. Comprovada que um dos pais não exerceu a sua função parental de forma adequada, ausentando-se com o bem estar dos filhos, pode ser autorizado à perda do poder familiar. É o que diz a decisão do TJMG:

Presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Criança em situação de risco. Recurso a que se nega provimento *in espécie*. É sabido que o exercício dos direitos inerentes ao poder familiar dos pais traz insito também os deveres de criação e sustento da prole, de forma a proporcionar aos filhos vida digna e saudável, tanto sob aspecto físico quanto ao psíquico. Constatada que sob a guarda dos pais biológicos a integridade física-psíquica da criança se encontra em evidente situação de risco, deve ser mantida a medida liminar concedida, a qual suspendeu-lhes o poder familiar concedendo a guarda provisória à tia materna da criança para que seja preservado o interesse maior do infante (TJMG, 7ª Câm. Civ., Ag 0868145-87.2013.813.0000-Uberlândia, rel. Des. Belizário de Lacerda, j. 4.2.2014, v. u., DJe 10.2.2014).

Dessa maneira, o instituto do poder familiar é um direito, mas também é um dever, dever dos pais em relação aos filhos. Pois os filhos menores carecem de especial proteção. O direito e dever, da criação e proteção dos filhos, são um direito constitucional, baseado principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana.

3. TIPOS DE GUARDA

É direito fundamental que a criança tenha uma família. E a criança tem o direito de permanecer na sua família biológica, salvo em casos especiais, onde ela terá uma família substituta.

O Código Civil trata da guarda, como instituto da autoridade parental exercida pelos pais, após a dissolução do casamento ou união estável, e o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, trata da guarda, como medida de colocação em família substituta, das crianças em situação de risco social. Diz LIBERATI (2011, p. 34):

Os arts. 1630 e 1631, do CC localizam a guarda como derivação do poder familiar, na constância ou na ruptura da sociedade conjugal ou da união estável, exercida sobre os filhos menores, ou da responsabilidade civil dos pais por danos decorrentes da prática de atos ilícitos praticados por seus filhos menores (CC, art. 931, I).

O Código Civil não trata da guarda de crianças e adolescentes que estão em situação de risco pessoal e social, definida no art. 98, do ECA. LIBERATI (2011, p. 34).

De acordo com o Código Civil brasileiro, o casamento pode-se terminar, por exemplo, através da morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. No Brasil, infelizmente, existem uma grande quantidade de divórcios acontecendo. O casamento forma uma família, e a família é a base de uma sociedade próspera. Mas o divórcio dissolve esta família, formando uma família menos estruturada, pois os deveres da família separada, geralmente recaem, nas mãos de apenas um dos cônjuges. Deixando a vida familiar mais difícil, principalmente para os filhos, que passam a viver o desgosto do chamado “vida de pais separados”.

Na separação, os pais podem escolher o tipo de guarda em relação aos filhos. Existem atualmente quatro tipos de guarda, ou seja, a guarda unilateral, alternada, aninhamento e a guarda compartilhada.

3.1 A Guarda Alternada

É um tipo de guarda, onde a criança passa um tempo morando com a mãe e outro tempo morando com o pai. Fazem-se um revezamento com a

criança. A criança teria então duas moradas. Uma vida dupla, ora com a mãe, ora com o pai.

Geralmente não é uma boa modalidade de guarda. Pois, a criança precisa de um referencial, que lhe dá segurança e felicidade. A alternância de morada, não gera uma continuidade de vida. Quando começa a criar raízes num lugar, logo tem de ir morar em outro lugar. A criança tem de fazer raízes na sua morada. Pertencer a um lugar determinado. Fazer amigos, conhecer o lugar e falar aqui é o meu lugar. Morando em dois lugares, dá uma impressão que ela não tem raízes fixas, gerando instabilidades. A criança parece um viajante. Como diz GAGLIANO (2017):

Guarda alternada – modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas; de 1º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade de guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos; (GAGLIANO, 2017, p. 1.280).

Este tipo de guarda geraria um grande esforço da criança para adequação, pois quando se têm duas moradas, é de difícil se acostumar, gerando confusões mentais na criança. Diz TARTUCE (2014):

Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua malinha ou mochila para ir à outra casa. É altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna (TARTUCE, 2014, p. 1224).

A Lei nº 11.698/2008 deu nova redação aos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil, em que pode ser adotada a modalidade de guarda que melhor atende o princípio do melhor interesse da criança, aplicável a todo modelo de família. Por isso a guarda alternada e unilateral é menos utilizada, em detrimento da guarda compartilhada.

3.2 Aninhamento

É um tipo de guarda pouco comum no Brasil. Nesta modalidade, a criança permanece numa casa, e os pais vão morar com ela, revezando-se. Os pais são separados e vive cada um na sua própria casa. Mas a criança vive no mesmo lar, e recebe as visitas dos pais alternadamente. Conforme GAGLIANO (2017):

Aninhamento – espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram GAGLIANO (2017, p. 1.280).

No Brasil diante das dificuldades econômicas, a maioria da população não consegue nem ter uma única casa própria, como conseguirá ter três casas para a guarda aninhamento. Aqui no Brasil este tipo de modalidade de guarda é praticamente inexistente.

3.3 A guarda unilateral

É um tipo de guarda, onde a criança vai morar com um dos cônjuges, pois este cônjuge tem a guarda exclusiva. O outro cônjuge tem apenas o direito de visitas. Descreve GAGLIANO (2017, p. 1.280):

Guarda unilateral ou exclusiva – é a modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio de seu guardião (GAGLIANO, 2017, p. 1.280).

A guarda unilateral está descrita na legislação brasileira, no artigo 1583, do Código Civil de 2002, onde a guarda é atribuída a apenas um dos genitores:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º), por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Essa era a forma de guarda mais comum no Brasil, mas privava o menor da convivência contínua com um dos pais, gerando situação de abandono de um dos genitores, é ruim para a criança ou adolescente, e que foi modificado pela nova Lei nº 11.698/2008. É uma guarda que pode ser concedida em últimos casos, como conta GAGLIANO:

Claro está, todavia, que o deferimento dessa guarda unilateral só será possível depois de esgotada a tentativa de implementação da guarda compartilhada. Num caso ou noutro, vale lembrar, o elemento “culpa” não é vetor determinante para o deferimento da guarda (GAGLIANO, 2017, p. 1.278).

A guarda unilateral, quando concedida, será atribuída ao genitor que terá melhores condições para exercê-la. Não é aquele pai ou mãe, que tem melhores condições financeiras, mas aquele que terá melhores condições de fornecer aos filhos, afeto, alimento, saúde, segurança e educação.

Vale dizer, se não há razão fundada no resguardo do interesse existencial da criança ou do adolescente, o cônjuge que apresenta melhores condições morais e psicológicas poderá deter a sua guarda, independentemente da aferição da culpa no fim da relação conjugal (GAGLIANO, 2017, p. 1.278).

É um tipo de guarda, que por muitas vezes, dá uma impressão que as responsabilidades totais recaem nos braços de apenas um dos cônjuges. E o outro cônjuge, que não detém a guarda, fica só supervisionando e mostrando os erros do outro. Mas ao outro pai também, que não tem a guarda, permanece a obrigação de verificar os interesses dos filhos e ajudar a pagar os alimentos (TARTUCE, 2014). É uma guarda muito utilizada antes no Brasil, mas a regra agora é a guarda compartilhada.

3.4 A guarda compartilhada

Na guarda compartilhada, embora a criança venha a morar na casa de um dos cônjuges, tanto o pai como a mãe tem a guarda da criança, a guarda é dos dois, é compartilhada. Conforme GAGLIANO (2017):

Guarda compartilhada ou conjunta – modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Neste tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são co-responsáveis pela condução da vida dos filhos. O próprio legislador a diferencia da modalidade unilateral: “Art. 1583, § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (GAGLIANO, 2017, p. 1.280).

A partir das Leis nº 11.698/2008 e Lei nº 13.0585/2014, a guarda compartilhada passou a ser o tipo de guarda preferível no sistema jurídico brasileiro, onde o juiz, caso não tenha consenso entre os pais, pode decretá-la, conforme diz o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil:

Art. 1584, § 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)

Mas os cônjuges são livres para decidirem acerca do tipo de guarda dos filhos menores e incapazes, irão escolher, após o término do casamento, não havendo razão para a determinação do juiz. A decisão da escolha da modalidade de guarda, pelo juiz, é somente em último caso, quando não há acordo. A guarda compartilhada será mais delineada no próximo capítulo.

4. DA GUARDA COMPARTILHADA

Após o divórcio do casal, principalmente quando se tem filhos, a separação é muito difícil. Pois os filhos ficarão com quem, com a mãe ou com o pai? Como ficaria a criação dos filhos e o direito de visitas?

A Lei nº 11.698/2008, e a Lei nº 13.058/2014, alteraram o Código Civil e que veio trazer a modalidade da guarda compartilhada, onde ambos os pais cuidam da criação dos filhos, mesmo após a separação. A separação dos pais não pode alterar a convivência dos pais para com os filhos. Ambos os pais tem de se fazerem presentes na vida das crianças. Para que estes tenham uma vida saudável, mesmo com o desfazimento da vida conjugal. De acordo com TARTUCE (2014):

Guarda compartilhada ou guarda conjunta: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais (TARTURCE, 2014, p. 1224).

A guarda compartilhada está descrito no Capítulo XI, Da Proteção da Pessoa dos Filhos, nos artigos 1.583 a 1.589, do Código Civil de 2002. E o conceito de guarda compartilhada está descrito no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, ou seja, é a guarda que é exercida conjuntamente, mesmo após a separação dos pais:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Antes era utilizada no Brasil, a guarda unilateral, mas agora se usa mais a guarda compartilhada, principalmente após a Lei nº 13.058/2014. E conforme Jornada CJP, Enunciado 335: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.

A guarda pode ser decidida por consenso pelos pais, na época da separação, mas não havendo um acordo entre eles, deverá ser decidido pelo juiz. Na separação do casal, o juiz após ouvir as partes e com a oitiva do Ministério Público, poderá decidir então, pela melhor forma de guarda das crianças. A guarda compartilhada é praticamente uma modalidade mais

escolhida, pois os filhos estarão em contato maior com ambos os pais, mas tem de ser observado o melhor interesse da criança ou adolescente. O juiz pode conceder a guarda à outra pessoa que tenha mais condições de criação e afinidade com a medida. Conforme NERY JUNIOR:

Havendo razões que revelem a inconveniência de os menores permanecerem sob a guarda dos pais, o Juiz pode deferi-la a outra pessoa que não aos separados. Deve-se atentar pra o que consta do ECA, 98, II. NERY JUNIOR (2017, p. 2089).

Visando o melhor interesse da criança, a guarda compartilhada pode ser concedida, ou não, mas para ser concedida, tem de ter condições familiares favoráveis para sua implementação, conforme este julgamento:

“Guarda compartilhada. Adolescente. Situação familiar não propícia ao implemento da medida. Deferimento de guarda única à avó materna. Direito de visitas da genitora. O melhor interesse da criança ou do adolescente prepondera na decisão sobre a guarda. O implemento da guarda compartilhada requer um ambiente familiar harmonioso e a convivência pacífica entre as partes que pretendem compartilhar a guarda do menor. O conjunto probatório dos autos revela que, lamentavelmente, não há qualquer comunicação, contato e muito menos consenso entre a autora (avó) e a ré (mãe) necessários ao estabelecimento da guarda compartilhada. Assim sendo, há que se instituir no caso concreto a tradicional modalidade da guarda única em favor da autora, legitimando-se a situação de fato. Também merece reparo o regime de visitação imposto na r. sentença, o qual passará a ser em fins de semana alternados e somente aos domingos, da 8 às 20 horas ou em qualquer outro dia da semana e horário que for acordado entre mãe e filho, medida necessária para que o adolescente restabeleça seu vínculo com a mãe até que atinja a maioridade civil. Precedente citado: TJRS, 70001021534/RS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 02.03.2005” (TJRJ, Acórdão 2007.001.35726, Capital, Rel. Des. Roberto de Souza Cortes, j. 27.11.2007, DORJ 14.02.2008, p. 312).

A guarda compartilhada é o melhor para o exercício do Poder Familiar, pois mesmo estando os pais separados, permitem que os filhos, após várias adequações, possam ser formados em um ideal psicológico de duplo referencial (MEDINA, 2018). Pois é normal que após a separação dos pais, haver um afastamento entre eles, mas não pode ter um distanciamento dos filhos, tem de ser observado o melhor interesse das crianças.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Mas às vezes acontece que um dos pais não quer a guarda da criança. Mas neste caso o cônjuge tem de se justificar, falando para o juiz, o porquê não quer a guarda. Dizer quais as dificuldades que a impedem de ter contato com os seus filhos. Os pais não podem deixar de ter contato e serem afetivos com os filhos. Diz o artigo 1.584, §§ 1º e 2º:

§ 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)

Mesmo havendo uma situação de briga entre o casal, é possível a concessão da guarda compartilhada, pois a vida dos filhos é independente dos da vida dos pais. Os filhos precisam continuar a sua vida. Eles precisam ainda ir ainda à escola, ao clube, ao médico, ao dentista, falar com os amigos e ter as suas diversões. Mas conforme GAGLIANO (2017):

Todavia, como já advertimos de edições anteriores, há casais que infelizmente, dividem apenas ódio e ressentimento, não partilhando uma única palavra entre si. Como, então, nessas situações, compartilhar a guarda de uma criança? O resultado disso poderá ser o agravamento do dano psicológico – e existencial – experimentado pelo menor, que já sofre pela desconstrução do seu núcleo familiar. Por isso, invocando os princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana, temos que uma interpretação conforme a Constituição conduz-nos à firme conclusão de que o juiz não está adstrito cegamente à imposição do compartilhamento quando verificar provável dano à esfera existência da criança ou do adolescente (GAGLIANO, 2017, p. 1.282).

Mesmo se os pais morarem em cidades diferentes, não impede o estabelecimento da guarda compartilhada dos filhos. Se um dos pais morar em cidades diferentes não atrapalha o desenvolvimento e a educação dos filhos.

Expõe MEDINA:

Não existe impossibilidade de fixação da guarda compartilhada em vista dos pais residirem em cidades distintas. A guarda compartilhada

não impede que a distância geográfica propicie a educação e desenvolvimento da criança e do adolescente com a tomada de decisão conjunta e harmônica MEDINA (2018, p. 1108).

Assim, a escolha da guarda envolve muitos fatores e que exijam uma justificção para tal. Assim é fundamental que para a decisão da escolha de tipo de guarda pelo juiz, principalmente em casos onde não há consenso entre os pais, seja balizada por estudos técnicos, formados, por uma equipe multidisciplinar, constituída por conselheiros tutelares, assistentes sociais e psicólogos. De acordo com MEDINA (2018, p. 1.109): “Aferir o ambiente físico em que residem os pais, entrevistar os vizinhos, avaliar psicologicamente a criança e o adolescente, são tarefas importantíssimas da equipe multidisciplinar”.

A criança pode até ter uma preferência de com quem quer ficar a guarda, mas ele não pode escolhe qual a guarda preferível. É uma escolha dos pais ou do juiz. Mas o juiz, dependendo do caso concreto e da idade, poderá ouvir a criança ou adolescente e ser levada em consideração os seus desejos. Pois é através do contato pessoal com as partes e estudos técnicos realizados, que o juiz deverá decidir com mais exatidão sobre a concessão da guarda.

Numa guarda compartilhada não dispensa que um dos pais, aquele que não mora junto com a criança, em fiscalizar a vida dos seus filhos. Ele tem direito e dever, de obter informações sobre o ambiente em que moram os filhos, conhecimento sobre a escola que estudam, do hospital e outros locais que freqüentam os filhos. Descreve o artigo 1.589, do Código Civil:

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)

As dificuldades dos pais quanto em obter às informações de seus filhos, em instituições, tem de serem informadas aos meios legais, como para o Conselho Tutelar, para serem tomadas as devidas providências. Descreve o artigo 1.584, § 6º, do Código Civil:

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

O pai que não tem contato com os filhos e não quer saber sobre a vida das crianças, pode ser acusada de abandono afetivo. A criança pode falar que não, mas ela sempre precisa do apoio e presença dos seus pais.

Até os avós tem direito de saber sobre a vida das crianças. Eles têm também vínculos afetivos com os netos. Não é por causa da separação dos pais, que os filhos fiquem longe dos familiares do casal. É um direito, que está descrito no artigo 1.589, parágrafo único do Código Civil:

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)

Dessa maneira, a guarda compartilhada foi criada para a proteção das crianças e adolescentes, é um instituto, onde os pais acompanham de forma mais efetiva, o desenvolvimento dos filhos. Com as transformações que acontecem na sociedade atual, como a inclusão da mulher no mercado de trabalho, a guarda compartilhada é a melhor escolha, pois ambos os pais participam efetivamente da vida dos filhos.

A guarda compartilhada pode ser analisada e concedida pelo juiz, através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade do homem e mulher, e o melhor interesse da criança ou adolescente.

5. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Após a separação dos pais, os filhos têm o direito de ter uma boa convivência e de continuar um bom relacionamento com eles.

Mas numa relação de conflitos entre os ex-conjugues, pode aparecer, infelizmente, uma situação de alienação parental, praticado por um dos pais. De acordo com GAGLIANO:

A expressão síndrome da alienação parental (SAP) foi cunhada por Richard Gardner, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da

Faculdade de Colúmbia, em Nova York, em 1985: “A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que se faz a “lavagem cerebral, programação doutrinária”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiras estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável”. Trata-se, como dito, de um distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor (GAGLIANO 2017, p. 1.284).

A alienação parental é toda prática de interferência na formação psicológica da criança e adolescente, que pode ser realizada tanto pelos pais, avós ou qualquer outra pessoa. O objetivo é prejudicar a relação da criança com um dos cônjuges. A alienação parental é causa de um ambiente familiar não saudável, e atrapalha o desenvolvimento da criança ou adolescente. Conforme artigo 3º, da Lei nº 12.318/2010:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A Lei nº 12.318/2010 – Lei de alienação parental, veio para coibir a alienação parental. Pois quando os pais se separam, às vezes numa situação de angústia, o ex-conjuge tenta romper os laços afetivos do outro ex-conjuge, com os filhos. É uma situação muito comum na sociedade atual.

Frequentemente, nas disputas de custódia, especialmente quando não existe a adoção consensual do sistema de guarda compartilhada, essa nefasta síndrome se faz presente, marcando um verdadeiro fosso de afastamento e frieza entre o filho, vítima da captação dolosa de vontade do alienador, e o seu outro genitor. Tais cicatrizes, se não cuidadas a tempo, poderão se tornar profundas e perenes (GAGLIANO, 2017, p. 1.284).

Geralmente um dos cônjuges macula a imagem do outro cônjuge para a criança, criando ódio e inimizades, procurando afastá-lo do convívio com os filhos, prejudicando inclusive as visitas. Diz o artigo 2º, da referida lei:

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.

São várias as condutas descritas como alienação parental, como dificultar o contato ou visitas com a criança ou adolescente, apresentar falsa denúncia contra o genitor, omissão nas informações da vida da criança ou como mudar de domicílio, sem necessidade. Conforme o artigo 2º, Parágrafo único, da lei da Alienação Parental:

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.

Caso um dos ex-cônjuges tenha sido alvo de alienação parental, ele pode mover uma ação processual, nas Varas de Família, para as medidas legais necessárias, para cessar tal conduta negativa. Pois a alienação parental prejudica em muito a convivência de um dos pais com os filhos. Podendo inclusive romper os laços afetivos entre eles. Nessa situação, o juiz, após

intervenção do Ministério Público, pode tomar algumas medidas judiciais cabíveis. Diz o artigo 4º e 5º, da referida Lei:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Se for comprovada a ação de alienação parental (com meros indícios do ato de alienação parental), realizada por um dos pais, o juiz pode tomar várias sanções, para que isto não ocorra mais. Como a ampliação de visitas do ex-conjuge com os filhos, multa e até mesmo motivar a alteração da guarda. Como descreve os artigos 6º e 7º, da Lei de Alienação Parental:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade

civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Estas medidas visam a inibir a prática de alienação parental, mas tudo dentro processo legal, do princípio da ampla defesa e do contraditório, conforme fala GAGLIANO:

Existe, pois uma gradação sancionatória que parte de uma medida mais branda – advertência -, podendo culminar com uma imposição muito mais grave – suspensão do poder familiar -, garantindo-se, em qualquer circunstancia, o contraditório e a ampla defesa, sob pena de flagrante nulidade processual (GAGLIANO, 2017 p. 1.287).

Se de quem tem a guarda, fizer uso da alienação parental, para impedir uma boa convivência do outro conjugue, com os filhos, é uma causa que pode fazer alteração da guarda. Pois é direito das crianças e adolescentes, de ter preservado a sua integridade física, psicológica e sua dignidade humana.

E a guarda compartilhada é um instituto que se faz melhor para evitar a alienação parental, pois a criança tem um contato maior com os pais, e ambos os pais tem direitos e deveres para com a criança, conferidos pelo poder parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Guarda Compartilhada é o melhor instituto de colocação dos filhos menores, quando da separação dos pais, pois visa o melhor interesse da criança ou adolescente. Este tipo de guarda visa um melhor desenvolvimento social, moral, psicológico e afetivo da criança.

A família brasileira, base da sociedade, passou por transformações na nova sociedade moderna. Não mais existe somente a família tradicional, mas novos tipos de família aparecem como a família informal, monoparental, anaparental e unipessoal. A família pode ser constituída por diversos indivíduos, em que mantém afinidades entre si. Pode ser a família formada por pai e filhos, mãe e filhos, ou filhos e avós.

Tem a família tradicional, formada pelo casamento com o pai, mãe e filhos, mas tem ainda a família formada através da união estável entre duas pessoas, podendo ser tanto homem com mulher, ou através da união homoafetiva. A união estável é constituída por uma união de pessoas, que possui convivência pública, estável e duradoura, tendo os mesmos direitos de uma família constituída através do casamento.

A família pode ser entendida como uma família natural ou extensiva. Natural quando a família é formada pelo pai, mãe e filhos, e extensiva quando formada por pai, mãe e filhos e por outros parentes incluídos.

E ainda, a família pode ser formada pela família substituta, através da guarda, tutela e adoção. Quando da morte dos pais, perda do poder familiar ou abandono dos menores pelos pais. O importante é que a instituição da família possa ter como base, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O conceito de família está descrito na Lei Maria da Penha, no seu artigo 5º, II, onde a família é formada por indivíduos que sejam aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade e por vontade expressa. Este conceito atende a instituição da família em todas as diversas formas da sociedade, sem discriminação e preconceitos.

Mas quando a família se dissolve, é importante fazer a colocação da criança numa nova família. O ECA – Estatuto da Criança e Adolescente, trata da colocação da criança numa família substituta, e o Código Civil trata da colocação da criança, devido a uma dissolução do casamento dos pais.

Numa separação do casal a criança pode ser colocada numa guarda unilateral ou na guarda compartilhada. A guarda unilateral é quando a criança ou adolescente fica com a guarda com apenas um dos pais, e a guarda compartilhada, os dois genitores ficam com a guarda da criança.

Visando o melhor interesse da criança, o melhor instituto, é a guarda compartilhada, onde o pai e a mãe, trabalham em prol dos filhos. Pois ambos os pais cuidam dos interesses da criança ou adolescente. Na guarda unilateral, apenas um dos pais, labuta pela criança. Mas com a guarda compartilhada, a criança tem a oportunidade de conviver com ambos os pais, e estes, poderão ter como objetivo o bom desenvolvimento social, moral e psicológico da criança.

A responsabilidade na guarda compartilhada é conjunta, tanto do pai como da mãe, os dois tem direitos e deveres para com a criança. Mesmo que a criança viva em apenas um teto. Mas ambos os pais cuidaram da criança trazendo todas as oportunidades de seu crescimento.

Sendo assim a guarda compartilhada deve ser entendida, escolhida e incentivada pelos pais, familiares e juízes, pois visa o melhor interesse da criança, evitando inclusive muitas formas de alienação parental.

REFERÊNCIAS

ALEGRANSI, Débora. **O instituto do poder familiar no direito brasileiro e a responsabilidade civil dos pais.** (2006) Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Debora%20Alegransi.pdf> Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069/90.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Jornadas de Direito Civil - Enunciados - CJF.** Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf> Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.698/2008.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010. Alienação Parental.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em 30 de Novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.058/2014.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em 30 de Novembro de 2020.

CARBONARA. **Silvana Maria. Guarda dos filhos da família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CHIAPPIN, Laís Cagol. **A guarda compartilhada como medida mitigadora de alienação parental.** Disponível em <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4661/TCC%20La%C3%ADs%20Cagol%20Chiappin.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 30 de Novembro de 2020.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** São Paulo: Editora das Américas S.A, 1961. Disponível em <https://latim.paginas.ufsc.br/files/2012/06/A-Cidade-Antiga-Fustel-de-Coulanges.pdf> Acesso em 30 de Novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias.** 9 ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da criança e do adolescente**. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LIRA, Ariana Rocha da Silva. **Guarda compartilhada: uma possível solução para a alienação parental**. Disponível em <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/guarda-compartilhada-uma-possivel-solucao-para-alienacao-parental.htm> Acesso em 30 de Novembro de 2020.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 6 ed. São Paulo: 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código Civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forence, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: MÉTODO, 2014.