

FACULDADE DE JUSSARA
POLLIANA CARLA TAVARES SOUSA

GUARDA COMPARTILHADA: Quais são os seus efeitos no Brasil e quais as vantagens da nova Lei Nº 13.058/2014.

POLLIANA CARLA TAVARES SOUSA

GUARDA COMPARTILHADA: Quais são os seus efeitos no Brasil e quais as vantagens da nova Lei Nº 13.058/2014.

Monografia apresentada na ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Me. Marcela Iossi Nogueira.

Jussara
2015

POLLIANA CARLA TAVARES SOUSA

GUARDA COMPARTILHADA: Quais são os seus efeitos no Brasil e quais as vantagens da nova Lei Nº 13.058/2014.

Monografia apresentada na ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Me. Marcela Iossi Nogueira.

Data da aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Me. Marcela Iossi Nogueira
Orientador

Professor Titulação Nome completo
Membro da Banca

Professor Titulação Nome completo
Membro da Banca

Dedico esta monografia aos meus pais,
José Carlos de Sousa e Cleuzeni Tavares
da Silva.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, minha inspiração de vida, por esta grande conquista, por ter me dado saúde, força e sabedoria em todos os momentos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Agradeço meu pai José Carlos de Souza que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu e que para mim foi muito importante; a minha mãe Cleuzeni Tavares da Silva heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Obrigada meus irmãos Leonardo Guilherme Tavares de Sousa e Ricardo Wisley Tavares de Sousa que também me fortaleceram e esteve sempre comigo!

Ao meu noivo Noé Ferreira Filho que de uma maneira especial me apoiou em todos os momentos obrigada!

Aos meus tios, tias e avós pela contribuição valiosa.

Meus agradecimentos aos amigos da sala. Em especial quero agradecer a Sara Cristina Afonso Damasceno, Rosangela Ferreira Cardoso, Mayara das Graças e S. C. Paludo, Fernanda Machado, Mônica de Melo Tavares, que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza. Também quero agradecer em especial a Juliana Maussara Kenes Marques, Nathália Marques Leal Peres, Clênia Estevã de Melo Nascimento e Adriana Varanda de Carvalho que foi um presente de Deus na minha vida nos últimos dois anos.

A minha professora e orientadora Marcela Iossi Nogueira que sem medir esforços me orientou, sendo uma excelente profissional só tenho a agradecer.

Aos demais professores que estiveram presentes nesses cinco anos de faculdade. A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo apresentar quais são as modalidades de guarda existentes no Brasil; além disso será explanado qual modalidade visa o melhor interesse da criança e qual na realidade não deixa caminho para a alienação parental. Foram utilizadas doutrinas bem quistas, e leis como a da Síndrome da Alienação Parental nº 12.318; a lei da guarda unilateral; a Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), e a mais recente lei da guarda compartilhada a lei nº 13.058 de 2014. A metodologia utilizada na pesquisa do presente trabalho foi a bibliográfica, através de doutrinas e de legislação pertinente ao assunto. Será utilizado método científico dedutivo. A análise se dará pelo meio qualitativo, que se realiza por meio de pesquisa documental, sendo escolhidos os documentos que se mostrarem mais relevantes à natureza do estudo. Será preterida a leitura de autores renomados, bem quistos, no intuito de se fazer uma pesquisa renomada, buscando suporte na fundamentação textual do trabalho. Será apresentada a nova modalidade de guarda compartilhada, bem como demonstrada que esta modalidade, de fato, visa o melhor interesse da criança e que ela possibilita que o convívio familiar continue mesmo sendo de pais separados.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Modalidades de guarda. Melhor interesse da criança.

ABSTRACT

This study aims to present that existing custody arrangements are in Brazil, and will be explained mode which seeks the best interests of the child, which really leaves no way to parental alienation. Well conquests doctrines were used, and laws such as the Parental Alienation Syndrome No. 12318, the law of unilateral guard, the 1988 Federal Constitution, Civil Code / 2002, the Statute of Children and Adolescents (ECA / 90), and the latest law of joint custody No. 13,058 / 2014. The survey form used for this study is literature, through doctrines and relevant to the subject legislation. It will be used deductive scientific method. The analysis shall be conducted by qualitative means, which takes place by means of desk research, being chosen the documents that prove most relevant to the nature of the study. Always seeking the reading of renowned authors and cysts in order to make a good research that will support the textual basis of the work, with main objective to introduce the new type of joint custody, as well as demonstrate this fact modality aims at best interests of the child and that it enables the family life continues even as of divorced parents.

Keywords: Shared Guard. Custody arrangements. The child's best interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2. O PROCESSO HISTÓRICO DO PODER FAMILIAR.....	10
2.1 DOS DIREITOS DOS FILHOS	15
2.2 DOS DIREITOS DOS PAIS	17
2.3 CAUSAS QUE PODEM LEVAR A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR	19
2.4 CAUSAS QUE PODEM LEVAR A EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	20
2.4.1 A Tutela	21
2.4.1.1 Testamentária.....	21
2.4.1.2 Legítima	21
2.4.1.3 Dativa	22
2.4.2 Da Curatela	22
3 AS MODALIDADES DAS GUARDAS NO BRASIL.....	24
3.1 UM BREVE RELATO DAS MODALIDADES DAS GUARDAS EXISTENTES NO BRASIL.....	24
3.1.1 Guarda alternada	24
3.1.2 Guarda unilateral.....	25
3.1.3 Nidação ou aninhamento.....	26
3.1.4 Guarda compartilhada.....	26
4. MODALIDADES DE GUARDA	28
4.1 AS MODALIDADES DE GUARDA NOS ESTADOS UNIDOS.....	28
4.2 MODALIDADES MAIS APLICADAS NO BRASIL	31
4.2.1 Conceitos da guarda compartilhada.....	31
4.2.2. Guarda compartilhada no Brasil.....	33

5 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	34
6. MODALIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA, VISANDO O MELHOR INTERESSE DO MENOR.	38
6.1 QUANDO SE APLICA A GUARDA COMPARTILHADA	39
6.2 DA PENSÃO ALIMENTÍCIA NA MODALIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	40
6.3 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	40
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de um assunto muito importante, que é a respeito da guarda dos filhos após a separação de um casal de um casamento ou de uma união estável. Como é de fato, não é uma situação tão agradável de tratar, principalmente se ainda existir sentimentos de alguma parte, porém, o que deve ser observado é o bem-estar da criança, o que será melhor para ela. Assim, este é o primeiro ponto a se analisar, pois o convívio do pai e da mãe para com o filho devem ser resguardados, objetivando o melhor desenvolvimento da criança.

O trabalho também tratará das modalidades de guarda existentes no Brasil, que atualmente são quatro: a guarda unilateral; guarda compartilhada ou alternada; a guarda alternada e apresentar a nova modalidade de guarda que é a compartilhada. Esta modalidade de guarda compartilhada traz para a criança a continuação da convivência familiar, bem como não permitir que seja impregnada a alienação parental, pois ambos os pais terão direitos e deveres iguais sobre os interesses do filho. Tal modalidade de guarda traz equilíbrio para ambas as partes, dando a possibilidade de uma convivência familiar equilibrada.

Este trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo trata do conceito do poder familiar desde os tempos romanos que era o “pátrio poder”, até os dias atuais. O poder familiar será abordado sobre o direito dos filhos e dos pais e finalizado explicando sobre as causas que levam a extinção ou suspensão do poder familiar. No segundo capítulo serão explanadas as modalidades de guarda existentes no Brasil, todas conceituadas por doutrinadores renomados, e serão apresentadas as modalidades existentes nos Estados Unidos, conceituando cada modalidade vigente nesse país.

O foco central deste trabalho será a modalidade compartilhada, por se tratar de uma guarda que visa o melhor interesse da criança, e que é uma possibilidade para acabar com a alienação parental, que pode aparecer quando se trata de guarda. Neste capítulo será apresentada também a Síndrome da Alienação Parental (SAP), deixando claro que a guarda compartilhada pode acabar com a SAP.

O terceiro capítulo continuará apresentando a Lei nº 13.058/2014 que trata da guarda compartilhada. Tal apresentação será bem detalhada, mostrando suas vantagens, como de uma modalidade que visa o bem-estar da criança por não distanciar a presença dos pais para com o filho. Assim, faz-se relevante deixar de lado o pensamento de posse que as demais guardas oferecem.

2. O PROCESSO HISTÓRICO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é conceituado como algo muito importante, pois estão sujeitos a este os filhos enquanto menores aos pais. Esse poder é de exercício tanto do pai quanto da mãe

O Poder de Família é instituído no interesse dos filhos e da família, e não em proveito dos pais. É, portanto, inabdicável, adversativo com a transação, e indelegável, não sendo permitido aos pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem, pois o poder familiar é múnus público, e o Estado é quem fixa as normas para o seu exercício (FRIGATO, 2011).

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, Poder Familiar é:

O direito de família é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social [...]. (GONÇALVES, 2009, p. 1).

O poder familiar remonta do direito romano, onde o homem, enquanto chefe da casa deveria liderar a instituição familiar, e a mulher e os filhos deveriam ser submissos a todos os comandos do mesmo. O patrimônio, assim como as decisões e responsabilidades, era em sua integralidade da figura paterna.

Wald e Fonseca definem a família no direito romano:

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a pátria *potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política ou jurisdiccional. Inicialmente, havia um patrimônio só, que pertencia à família, embora administrado pelo *pater*. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*. A família era uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos (WALD; FONSECA, 2013, p. 33).

A importância do poder de família precede de outros ramos do Direito, revelando-nos casos onde o núcleo familiar restava objetificado pelo pai, chefe da família. Neste sentido, Grasiela Nogueira retoma:

O Poder de família é um dos ramos mais antigos do direito e visava o exclusivo interesse do chefe da família. Teve sua origem na Roma Antiga, onde a lei permitia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida de seu filho, inclusive dispor de sua mulher quando entendesse conveniente, pois sobre eles, existia o poder de venda ou de morte (NOGUEIRA, 2014, pág. 42).

O pai tinha o poder de conduzir a vida tanto da esposa como dos filhos. O poder familiar com o tempo veio tendo importantíssimas modificações; de acordo com o trecho supracitado, o pai era quem ditava as regras, independentes da situação, mas com o passar do tempo os filhos passaram a ganhar direitos e "já tinham sua independência a partir da hora que os mesmos se casavam ou quando partiam para entrar no serviço militar ou na área religiosa". (VENOSA, 2009, p. 15-16).

Wald e Fonseca descrevem as duas espécies de parentesco que existiam em Roma, e com a evolução, qual delas permaneceu:

Existiam em Roma duas espécies de parentesco: a agnação e a cognação. A agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com *manus* era cognada, mas não agnada do seu irmão o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a pátria potesta. (WALD; FONSECA, 2013, p. 34.).

O pai tinha total controle sobre a casa, onde a esposa e os filhos deviam obedecer às ordens ditadas por ele. Porém, com a evolução da família romana foi dada autonomia tanto para a mulher como para os filhos.

Carlos Roberto Gonçalves cita, com suas palavras, como era a organização da família no direito romano:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direitos de vida e morte (*ius vitae AC necis*). Podia, deste modo, vendê-los, impor-lhes castigo e penas corporais e até mesmo tirar-lhe a vida. A mulher era totalmente subordinada autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido [...]. Com o tempo a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, sendo que as necessidades militares estimularam a criação de *Patrimônio* independente para filhos. Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando-se maior autonomia a mulher e aos filhos [...]. (GONÇALVES, 2009, p. 15).

Ao se casar, a mulher cessava em oferecer cultos aos seus antepassados e só poderia oferecer cultos para os antepassados da família do esposo, era uma regra na época. Para os romanos, a ideia de casamento era muito diferente do que aquela que existe nos dias atuais. A afeição era essencial para o casal e devia ser constante. A convivência devia ser muito harmoniosa por ambas as partes, pois a ausência da afeição na relação era um motivo para a dissolução do casamento.

De acordo com Venosa (2009, p.4) os canonistas já não aceitavam estas atitudes, pois para eles o casamento feito perante Deus não podia ter fim. Durante a Idade Média, as famílias seguiam exclusivamente ao direito canônico, mesmo as normas romanas sendo muito influentes em relação ao pátrio poder, podia ser observado que estava crescendo a influência de origem germânica.

Para que houvesse igualdade no lar, tanto para o homem como para a mulher, foi necessário o movimento feminista, para que assim, tal direito fosse aplicado na sociedade. A mulher quis ter seu espaço na sociedade e com esses movimentos foi aos poucos sendo aceita na coletividade, tendo seus direitos resguardados, porém cabe ressaltar que esta luta até hoje se estende.

Segundo Maria Berenice Dias:

A conotação machista do vocábulo *pátrio poder* é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar. A emancipação da mulher e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Como se lembra Paulo Lôbo, as vicissitudes por que passou a família repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o *pátrio poder* e o poder marital. (DIAS, 2013, pág. 434).

No Brasil foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para que a mulher casada deixasse de ser considerada relativamente incapaz. Na Lei nº4.121, de 27 de agosto de 1962 vigora o Estatuto da Mulher Casada, e em os artigos referem-se a quais os direitos que as mesmas tinham.

Conforme dispõe a Lei em seu artigo 240: "A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta".

A mesma lei acima citada, em seus artigos 233 e 246, determina quais os direitos do marido e os direitos da esposa sobre o lar.

Artigo 233 O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (Art. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer à mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

Artigo 248. A mulher casada pode livremente:

I - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393);

II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1);

III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285;

IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Parágrafo. Único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato;

V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua livres da administração do marido, não sendo imóveis;

VI - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem;

VII - Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei. (BRASIL, 1962).

Como podem ser notados, os direitos eram bem diferentes. Foram necessários vinte e seis anos de luta, ainda perdura aos dias atuais, para que a mulher pudesse ir adquirindo novos direitos para promover a igualdade de direitos e deveres sobre a família. Somente com a Constituição Federativa do Brasil de 1988, findou o antigo pátrio poder e ao poder marital. "O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função familiar ou em dever familiar" (DIAS, 2013, p. 435).

Recentemente com grandes transformações na história, na cultura e no social, o direito de família começou a ter novos direcionamentos e novas ideias que se parecem mais com a nossa realidade. Com o pensamento que o homem não é necessariamente o dono da casa em que ambos, o homem e mulher, têm os mesmos direitos, como para tomar decisões sobre a vida dos filhos. Renata Malta Vilas-Bôas aduz:

O conteúdo de o *pátrio poder*, com o advento do código civil de 1916, sofreu um abrandamento na relação entre os pais e filhos. O instituto ressurgiu, assim, como um complexo de direitos que são conferidos aos pais sobre a pessoa e bens de seus filhos (VILAS-BÔAS, 2015, p. 40-41).

O Código Civil de 1916 regulava que a família era constituída unicamente pelo casamento. A partir de uma nova linha de pensamento, a família sócio-afetiva está sendo resguardada com jurisprudências e com doutrinas.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 227, adotou novas formas de valores sobre a pessoa, com mais privilégios e mais dignidade, podendo ser considerado uma revolução no direito de família:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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 (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal e o novo Código Civil de 2002 estabelecem que os pais, sem distinção, são titulares do Poder Familiar. Sendo assim o casal detém das mesmas responsabilidades no ato de educar, no lazer e na saúde, dentre outros.

A partir da necessidade de mudanças, inovações foram trazidas com a aprovação do Código Civil de 2002, o qual possui como fundamento, fazer com que os pais tenham uma nova responsabilidade solidária, deixando o velho costume da era na antiguidade, onde só o homem detinha o poder de decisões. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves, argumenta que:

Frisa-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família advinda da Constituição Federal de 1988 e do Código civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre o interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a eles inerentes; [...]. (GONÇALVES, 2009, p. 19).

O Decreto Lei 9.701 de 1946 definia sobre a guarda de filhos no desquite judicial, se no caso estes não fossem entregues aos pais, mas sim a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge, assegurando ao outro o direito de visita aos filhos.

A guarda surge nas relações de famílias quando há dissolução do casamento. Por tal motivo, o Estado cria leis, objetivando a proteção da pessoa do filho, já que na maioria dos rompimentos conjugais surgem problemas entre os cônjuges, onde passa a existir o instituto jurídico da alienação parental. Nesse sentido, Maria Berenice Dias narra que:

Flagrada a presença da alienação parental, mister a responsabilização do alienador, pois este tipo de comportamento e uma forma de abuso pode ensejar ou a reversão da guarda ou a destituição do poder familiar. Trata-se de postura que põe em risco a saúde emocional do filho, porquanto ocasiona severa crise de lealdade e enorme sentimento de culpa, o que certamente irá afetar seu sadio desenvolvimento mental. (DIAS, 2010, p. 1-2).

A guarda é um atributo do poder familiar, que é tanto o direito quanto o dever exercido por ambos os genitores em igualdade de condições, não se sobrecarregando com o advento da ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

Maria Berenice Dias relata que:

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face no interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho (DIAS, 2013, p. 435).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não regula a guarda que decorre da separação dos pais, e sim, aquela onde esteja visíveis o estado de abandono, a orfandade, a omissão ou abuso dos pais.

Conforme o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Maria Berenice Dias (2013, p. 435) aduz: “Acompanhando a evolução das relações familiares, o (ECA) mudou substancialmente o instituto”. Assim, deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direito em relação a eles.

2.1 DOS DIREITOS DOS FILHOS

Desde cedo, a criança cresce aprendendo o que pode e o que não pode fazer, o que tem direito e o que não tem direito. Conforme é disposto no artigo 227 da Constituição Federal do Brasil:

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 (BRASIL, 1988).

Conforme trecho supracitado, toda criança dever ter um cuidado especial, pois se trata de uma pessoa que precisa de boa formação de caráter. Os direitos inerentes às crianças devem ser resguardados pela família, e assegurados pela sociedade e pelo Estado.

O Artigo 7º do Estatuto da Criança e do adolescente também dispõe que: "A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência" (BRASIL, 1990).

Toda criança, de fato, precisa se sentir amada e cuidada, mas não é em todos os casos que isso acontece; infelizmente o que se vê são crianças que imploram para ter atenção de seu pai ou de sua mãe. Se a criança não for educada em sua casa, o mundo está com as portas abertas para oferecer coisas que levarão a criança à perdição.

Conforme citado acima no artigo 277 da constituição Federal de 1988, o direito da criança deve ser resguardado, como por exemplo: possuir vida saudável, ir à escola, ter seu momento de lazer, ser educada da forma correta; esse sim é o papel tanto da mãe como do pai, andar lado a lado do seu filho. Faz-se necessário uma atenção especial para a criança, pois para ela tudo é novidade e para que ela cresça saudável, nada melhor do que se sentir segura e se possível ter a presença de ambos os pais no seu dia-a-dia.

Uma música feita pelo programa Fundcuca que se chama Direito da criança, tem como fundamento mostrar como uma criança deve ser ensinada, como ela espera ser vista na sociedade. Uma das estrofes diz: "Criança tem que ter direito; tem que ter respeito; ter educação; criança é a garantia do nosso dia amanhã" (FUNDCUCA, 2009).

A Fundcuca é uma fundação que visa o crescimento de crianças evitando que elas possam ser vítimas de trabalho infantil, dando a oportunidade de ter seu momento de criança saudável. Nesse espaço são realizadas oficinas de música e de arte, entres outras atividades, tudo para que a criança possa de fato ter um aprendizado no seu nível de maturidade.

É disposto nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e

facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (ECA/90).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

2.2 DOS DIREITOS DOS PAIS

Tanto o homem como a mulher, quando se tem um filho, detêm a obrigação de cuidar do filho, dar a educação necessária para a prole, resguardando seus direitos. Para isso o Estado já orienta como devem ser estes cuidados e mostra a eles quais são esses direitos para que seja aplicados da maneira correta.

O artigo 1.634 e seus incisos do Código Civil orientam aos pais quais são seus deveres sobre a criação dos filhos:

Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Persiste na legislação e na doutrina, com relação à aceitação do castigo moderado, a possibilidade de ser físico ou psíquico ou até mesmo da privação de situação de prazer, e é vedado o castigo imoderado como era praticado no antigo pátrio poder. Mas como é disposto na Constituição Federal, no artigo 227, a criança deve ser resguardada de qualquer abuso, dever ter uma vida saudável com sua família, tendo seus direitos protegidos. Como pode ser visto é de suma importância que tanto a criança como o adolescente tenham uma criação bem formada, pois é o futuro da sociedade, e hoje o que podemos ver são pais e mães só interessado em crescer profissionalmente, esquecendo muitas vezes, de suas responsabilidades no lar.

Para ser considerado poder familiar, este deve ser exercido por um pai e uma mãe. Ambos devem ter direitos e deveres iguais, como ressalta Maria Berenice Dias:

O poder familiar é exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe na forma da legislação civil (ECA 21). A referência à lei civil é mera superfetação. Ainda que o estatuto menorista ressalte os deveres dos pais, o Código Civil limita-se em afirmar que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. O filho não reconhecido pelo pai fica sob a autoridade da mãe. Regra, aliás, de todo inútil, pois, desconhecido o pai, é evidente que ele não pode concorrer no exercício do poder familiar. Se a mãe também for desconhecida, o Código Civil coloca o infante sob a autoridade de um tutor. O ECA é mais abrangente, admitindo a colocação em família substituta mediante guarda, tutela ou adoção (DIAS, 2013, p. 438).

O que pode acontecer é que a criança nasça sem presença do pai ou da mãe biológica, por motivos como o que o genitor não se interessa em criar a criança, pelo divórcio, mas ressalta-se, que a relação do poder familiar seja encerrado por isso. Maria Berenice Dias argumenta no sentido que, uma vez dissolvido o relacionamento do casal, isso possa interferir no poder familiar com relação aos filhos. A prole continuará sendo sustentada por ambos, independentemente com quem a criança esteja; será indispensável à falta de auxílio para com a prole, pois mesmo não estando com a guarda à parte, terá que cumprir com as obrigações ao filho, impostas.

Dias continua argumentando que:

O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiro. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécies de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos. Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (DIAS, 2013, p. 438).

Com o divórcio, o casal terá que decidir com quem ficará a criança. Como na maioria das vezes dessa decisão é litigiosa, já que nem sempre umas das partes apela e não aceita a decisão, sendo necessário ir para o judiciário onde perante o juiz, será analisada a situação ouvindo ambas as partes interessadas e podendo ser até dividida a guarda da criança se houver interesse e para o melhor desenvolver da criança será decidido perante a autoridade. Será feita uma pesquisa, a pedido do juiz, para saber como é a situação dos pais para detectar se ambos terão condições suficientes para cuidar dos filhos. O judiciário poderá apresentar três modalidades de guarda para os pais em litígio, pois a partir da hora que estão separados, o que tem que ser preservado é o bem estar da criança, pois a prole não tem culpa da relação ter chegado ao fim. O bem estar da criança é algo que deve estar resguardado, independente dos

pais ansiarem estar perto ou não; faz-se importante, para a criança, crescer junto de ambos, pois é necessário tanto o carinho o paterno, além do respeito de ambos na presença da criança.

O nosso ordenamento jurídico possui quatro espécies de guarda, a saber: na guarda unilateral, onde um dos genitores a detêm ou outra pessoa autorizada pelo Juiz; nidação ou aninhamento onde são os pais que visitam a casa do filho, pois a criança reside em um abrigo; a guarda alternada, que como o nome sugere, será alternada entre os genitores, depois de decorrido o lapso temporal fixado na decisão judicial; e, a guarda compartilhada, como a mais recente modalidade de guarda, disciplinada pela Lei nº 13.058/2014, que será exercida por ambos os pais, visando o bem-estar da criança. O juiz irá indicar qual modalidade de guarda será mais eficaz para a situação aprazada.

2.3 CAUSAS QUE PODEM LEVAR A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 155, apresenta que são legitimados para iniciar uma ação de perda ou suspensão do poder familiar o Ministério Público ou “quem tenha legítimo interesse”. As regras procedimentais do Estatuto da Criança e do Adolescente permanecerão, pois o novo Código não trata diretamente com a incompatibilidade.

O artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, aduz:

Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvindo o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (BRASIL, 1990).

Note que no parecer há a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado à pessoa idônea.

A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor como dispõe o artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em seu Parágrafo único: “A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente” (BRASIL, 1990).

Da mesma forma que os pais têm direito ao poder familiar, ambos podem perder o direito, conforme descreve o artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Aos pais

incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse deste, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”, ou seja, não sendo cumpridos todos os requisitos necessários, poderá levar a suspensão ou a extinção do poder familiar.

O artigo 1.637 do Código Civil dispõe que:

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 à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha (BRASIL,2002).

Cabe aos pais o dever de cuidar dos filhos. Trata-se de uma responsabilidade que deve ser respeitada, pois se houver abuso de autoridade dos deveres a eles impostos pode ser um dos motivos de suspensão do poder familiar. O magistrado entende que o descumprimento de tal obrigação afeta diretamente à criança ou adolescente.

Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Sendo assim o poder familiar tem por finalidade a proteção dos filhos mediante a prática de condutas para uma normalidade familiar, sendo que a falta de recursos materiais não se enquadra enquanto motivo suficiente para a suspensão do poder familiar.

2.4 CAUSAS QUE PODEM LEVAR A EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção, que é caracterizada como medida mais grave do que a medida anterior, ocorre nas hipóteses que se encontra no artigo 1.635, I a V do Código Civil:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do artigo 5º, § único do Código Civil
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL, 2002).

O pai ou a mãe podem perder o poder familiar pela decretação de ato judicial, caso cometa tais atos, como descreve o artigo 1.638 do Código civil:

- 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 (BRASIL, 2002).

Quando os pais perdem o poder familiar, será fixada a tutela ou curatela para que a criança não fique abandonada.

2.4.1 A Tutela

Um menor que não tenha pais ou que o mesmo não exerça mais o poder familiar, deve ser colocado sob tutela. O artigo 1.728 afirma que, os filhos menores são postos em tutela quando: " I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar" (BRASIL, 2002).

Carlos Roberto Gonçalves (2009) conceitua tutela dizendo que: "Tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter assistencial".

O artigo 1.728 afirma que os filhos menores são postos em tutela quando" I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar".São três as espécies de tutela: a testamentária, legítima e dativa.

2.4.1.1 Testamentária

Somente os pais têm o poder de decidir o tutor para a espécie testamentária e deve haver um acordo entre eles, ou seja, decisão em conjunto. Com o falta de um dos genitores, será acatada a decisão pelo genitor vivo. Carlos Roberto Gonçalves afirma que: "Só podem nomear tutor para os filhos os pais que, ao tempo de sua morte, e não quando da elaboração do testamento, detinham o poder familiar".

2.4.1.2 Legítima

É chamada de tutela legítima aquela que é direcionada aos parentes consanguíneos do menor. O artigo 1.731 do Código Civil dispõe quais são os parentes aptos a serem nomeados.

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor (BRASIL, 2002).

A referida tutela é aplicada quando não houver nomeação por testamento ou outro documento autêntico

2.4.1.3 Dativa

A tutela dativa é aplicada quando não foi apresentado tutor testamentário e tem a possibilidade de nomeação de parente consanguíneo do menor, sendo ele inidôneo. Sendo assim o juiz tem como dever nomear uma família estranha, mas idônea e que resida na mesma cidade do menor.

O artigo 1.732 do Código Civil trata desse assunto e aponta que:

O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário (BRASIL, 2002).

Então a tutela possui três finalidades importantíssimas, que é o cuidado para com a criança; a administração dos bens da mesma; e a legitimidade de representação na vida civil e nos atos e negócios de interesse da criança.

2.4.2 da Curatela

A curatela é aplicada nos moldes do artigo 1.767 do Código Civil que diz:

Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

V - os pródigos.

Art. 1.768. A interdição deve ser promovida: (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência) (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - pelos pais ou tutores;

II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;

III - pelo Ministério Público.

IV - (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (BRASIL, 2002).

A curatela é aplicada a uma pessoa capaz, para que possa administrar tanto os bens quanto a pessoa em si incapaz, sendo semelhante à tutela, pois tem um caráter assistencial que é a proteção de pessoas incapazes.

Carlos Roberto Gonçalves salienta que:

Apesar da semelhança, os dois institutos não se confundem. Podem ser apontadas as seguintes diferenças: a) a tutela é destinada a menores de 18 anos de idade, enquanto a curatela é deferida, em regra, a maiores; b) a tutela pode ser testamentária, com nomeação do tutor pelos pais; a curatela é sempre deferida pelo juiz; c) a tutela abrange a pessoa e os bens do menor (*auctoritas e gestio*), enquanto a curatela pode compreender somente a administração dos bens do incapaz, como no caso dos prodígios; d) os poderes do curador são mais restritos do que os do tutor (GONÇALVES, 2009, p. 626).

A curatela possui cinco características. Ainda segundo Gonçalves (2009), seus fins são assistenciais; tem caráter eminentemente publicista; tem também caráter supletivo da capacidade; é temporária, perdurando somente enquanto a causa da incapacidade se mantiver (cessada a causa, levanta-se a interdição); e a sua decretação requer certeza absoluta da incapacidade.

A curatela pode ser revogada a qualquer tempo se foi observada que o curador nomeado não está atendendo todos os requisitos que deve seguir para com o incapaz.

3 AS MODALIDADES DAS GUARDAS NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro existem 4 (quatro) modalidades de guarda: a guarda alternada, onde será alternada as visitas da criança; a guarda unilateral, no qual apenas um dos genitores detém a guarda física; aninhamento ou nidação, em que os genitores vão a casa onde a criança reside e, por fim, a guarda compartilhada, onde ambos os genitores detém da guarda e da tomada de decisões que interessa ao filho. Sendo assim os genitores poderão analisar a situação tanto econômica como sentimental e escolher qual guarda será a mais viável para a prole. Se ambos os pais desejarem ter a guarda da criança e for uma separação litigiosa, havendo necessidade, deverá ser levada a juízo, para que o mesmo possa decidir o melhor, sempre visando o bem-estar da criança.

3.1 UM BREVE RELATO DAS MODALIDADES DAS GUARDAS EXISTENTES NO BRASIL

Para melhor entender o tema proposto, Andréa Guedes Martins Bastos de Moura define guarda como: “é um termo que exprime a ideia de zelo, cuidado, amparo, segurança, proteção; uma obrigação que os pais devem ter com os filhos. A guarda vem evoluindo ao longo do tempo, mas ainda não consegue acompanhar a evolução dos fatos” (MOURA, 2015, p. 37).

Como é de fato, com o fim de um relacionamento surge a necessidade da escolha da guarda, ou seja, dissensão da família, sendo analisado então, como diz a regra, a melhor modalidade de guarda que irá atender o melhor interesse da criança/adolescente. Dessa forma, será feita a análise para ver qual guarda será mais precisa para o caso. O magistrado pode seguir quatro rumos na sua decisão, as quais serão detalhadas nas próximas páginas do presente trabalho.

3.1.1 Guarda alternada

A Guarda alternada é uma modalidade que proporciona, tantos aos genitores como ao filho, uma aproximação maior. Pelo denominação *alternada*, já pode imaginar que a guarda

será de tempo alternado, ficando à responsabilidade dos genitores escolher o tempo que o filho passará com cada um. É relevante ressaltar que somente a guarda será alternada, pois a responsabilidade de decidir sobre assuntos relacionados ao filho pertence apenas a um genitor.

Observa-se que o genitor detentor do direito, ficará sempre em busca de informações sobre a criança, se esta sendo bem tratada, dentre outras coisas, e isso acaba gerando brigas entre os pais. Esta modalidade de guarda não traz consigo a igualdade para ambos os genitores, ou seja, não visa o melhor interesse da criança.

Observa-se que a criança terá a presença de ambos os genitores em momentos alternados, mas possibilita a alienação parental.

Segundo Simone Roberta Santos afirma em seu documentário:

Guarda alternada por sua vez, é a modalidade possibilita aos pais passarem maior parte do tempo possível com seus filhos. É caracterizada pelo exercício da guarda, alternadamente, com período de tempo predeterminado, podendo ser: anual, semestral, mensal ou mesmo dia a dia (SANTOS, 2008).

Por mais que a criança tenha a companhia de seus genitores em tempos alternados, esta modalidade de guarda não permite a igualdade para os dois pais. No fim das contas poderá trazer prejuízo para a criança, pois se o genitor que detém da guarda fixa tiver alguma rixa com o ex- parceiro, no momento que a criança chegar da alternância da guarda lhe questionará a respeito da estadia e do tratamento, fazendo com que a criança se sinta pressionada com a situação. Isso pode gerar um desconforto para com a criança, que ainda não possui o discernimento da situação, o que futuramente pode suscitar conflitos internos.

Arlene Mara de Sousa Dias conceitua a guarda alternada como:

Como efeito, a guarda alternada, como a própria designação indica, caracteriza-se pelo exercício exclusivo alternado da guarda, segundo um período de tempo predeterminado, que tanto pode ser anual, semestral ou mensal, findo o qual os papéis dos guardiões se invertam, alternadamente (DIAS, 2015, p. 35).

3.1.2 Guarda unilateral

Esta modalidade trata de um tipo de guarda que somente um genitor a deterá, ficando responsável pela educação, saúde e outros, como estão elencados no artigo 277 da Constituição Federal. O outro genitor ficará na ressalva se realmente o filho está sendo bem cuidado.

Está descrito no artigo 1.583 do Código Civil nos parágrafos §1º e §5º reformado pela Lei 13.058/2014:

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º). [...]

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (BRASIL, 2002).

Como dispõem o artigo acima, nota-se que nesta modalidade de guarda pode, de fato, ocorrer à alienação parental, pois só um dos genitores irá deter da guarda ficando o outro só na observação da realização do que foi decidido em lei, como se está sendo cumprido e na pensão. Também não dá a possibilidade da criança ter a convivência de ambos os pais no seu dia a dia, e sim só no momento de visita, não visando o melhor interesse da criança.

3.1.3 Nidação ou aninhamento

É uma modalidade que não é o filho que visita a casa dos pais, e sim fica por conta dos genitores visitarem em tempos determinados revezando-se como determinado na guarda.

A associação de Pais e Mães Separados (APASE) é um movimento que foi criado para defender os direitos de pais que querem ter a guarda do filho, mesmo sendo separados. Eles defendem a ideia que mesmo não sendo mais casado, podem ter a guarda do filho.

A Dra. Sofia Miranda Rabelo (s/a) é uma das defensoras dessa associação e discorre sobre esta modalidade de guarda: “O Aninhamento ou nidação é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal, por isso pouco utilizada”.

Como é possível então perceber, se trata de uma guarda que pode se considerar rara em nossa sociedade.

3.1.4 Guarda compartilhada

Como podemos observar a guarda compartilhada era regulamentada junto com a guarda unilateral, em vigor com a Lei nº 13.058/14, passando o tema a ser regido individualmente, em 23/12/2014, com o intuito de que tanto o pai como a mãe tenham direitos e deveres iguais em relação aos filhos. A guarda compartilhada é uma modalidade recente no ordenamento Brasileiro, em tese, advinda da Lei nº 11.698/08 que editou os artigos 1583 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002).

Nessa modalidade, um dos genitores pode manter a guarda física do filho, só que ambos os genitores irão partilhar proporcionalmente sua guarda jurídica, que é tanto no sentido financeiro, como no bem-estar da criança. Esta modalidade não sobrecarrega para ninguém o cuidar do filho, tudo será dividido. Ambos os genitores poderão ter a guarda da prole, pois com esta modalidade os genitores têm o direito de participar diretamente do crescimento da prole, decidindo em conjunto todos os aspectos como a educação, religião, lazer, entre outros.

Para João Roberto Fargetti a guarda compartilhada visa o melhor interesse da criança dizendo que,

Com a guarda compartilhada compete a ambos os pais qualquer que seja sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. O tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (FARGETTI, 2015, p. 24).

Nesta modalidade, pode ser observado que visa o melhor interesse do menor, pois possui mais pontos positivos que negativos, visto que mesmo tendo à separação dos pais a criança irá continuar tendo o vínculo tanto do pai como da mãe, onde ambos terão responsabilidades e direitos iguais em relação ao filho menor.

Na maioria das vezes por dar certo, o Brasil acabou introduzindo algumas modalidades de guarda a um exemplo dos Estados Unidos, que criaram modalidades dessa guarda. Isso acabou dando certo, servindo como exemplo para ser colocado em prática. (FREITAS, 2013. p. 100).

4 - MODALIDADES DE GUARDA

4.1 AS MODALIDADES DE GUARDA NOS ESTADOS UNIDOS

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos da América não existe ao certo uma regra definida para aplicar modalidades de guarda; primeiramente é feito um estudo com casal onde será analisado inicialmente o que será melhor para a prole, conforme aponta Freitas (2013, p. 100).

Como falado acima, quando se refere à guarda, sempre é visado o interesse da criança, pois é sempre a parte mais frágil da situação. A seguir serão apresentadas as modalidades de guardas que são aplicadas nos Estados Unidos.

Cabral e Cangussu discorrem sobre o tema e expõem 12 modalidades de guarda nos Estados Unidos a saber,

No que se refere à guarda de criança nos Estados Unidos, as modalidades de guarda existentes no direito norte-americano são: A) **guarda alternada (*Alternating custody*)**: é a modalidade de guarda na qual a prole ira passar um tempo prolongado com um dos genitores e, assim vise versa a prole ira passar a mesma quantidade de tempo com o outro genitor. No período em que a criança estiver com o pai, este detém a autoridade exclusiva sobre a prole isso ira acontecer do mesmo jeito com a mãe quando a prole estiver com a mãe ela terá a autoridade exclusiva da criança, um exemplo: o filho passa um mês sob a responsabilidade do pai na cidade em que ele reside. Posteriormente passa outro mês com a mãe na cidade que ela reside. B) **guarda conjunta ou compartilhada (*Joint Custod*)**: é a modalidade em que tanto o pai quanto a mãe ira ter a guarda da criança, ambos terá a guarda (*legal custody*) ou a (*physical custody*) guarda física. C) **guarda exclusiva (*Sole Custody*)**: é a modalidade de guarda que somente um dos genitores terá a guarda legal ou física de uma criança. A guarda exclusiva (*sole custody*) ira acarretar somente a um dos genitores todos os direitos legais, ou seja, direitos, deveres e poderes, incluindo o direito de decidir tudo referente à vida da criança. A guarda exclusiva a criança reside somente com um genitor, ao outro genitor será dado o direito de visita. Foram ampliados na maioria dos estados norte-americanos alguns privilégios para o pai que não ganhava a guarda da criança o acesso legal a informações a saúde da criança em casos de emergências é um deles (CABRAL; CANGUSSU, 2012, s/p, grifo do autor).

No trecho supracitado foram apresentadas as três modalidades de guarda, e pode-se ver que a guarda exclusiva é pouco usada aqui no Brasil, pois não visa o melhor interesse da criança. Trata-se de uma modalidade de guarda que abre brechas para a alienação parental.

Já a guarda alternada e a guarda conjunta ou compartilhada possui aplicação mais frequente, pois ambos os pais irão deter da guarda dos filhos.

Cabral e Cangussu continuam discorrendo sobre as modalidades de guarda:

D) **guarda dividida (*Split Custody*)**: é a modalidade de guarda pela qual um dos pais tem a guarda de um filho, enquanto o outro genitor tem a guarda total sobre o outro filho. Por exemplo, a mãe fica com a guarda de um filho e o pai fica com a guarda de outro filho. A crítica que se faz a essa modalidade de guarda é que ocorre a separação dos irmãos. E) **guarda de terceiro (*Third-party Custody*)**: é a modalidade de guarda em que os filhos não ficam com um dos pais e são colocados sob a guarda de uma terceira pessoa como, por exemplo, um tio ou um avô .F) **guarda legal (*Legal Custody*)**: refere-se a guarda que dá direito ao genitor de tomar decisões importantes sobre a saúde, educação e bem-estar da criança. Por exemplo: é o poder de definir qual colégio a criança vai estudar, ou qual religião será adotada pela criança. A guarda legal pode ser: a. **guarda legal exclusiva (*Sole Legal Custody*)**: somente um dos pais detém a autoridade exclusiva de tomar decisões importantes sobre a criança. b. **guarda legal compartilhada (*Joint Legal Custody*)**: ambos os pais detém autoridade para tomar decisões importantes sobre a vida da criança (CABRAL; CANGUSSU, 2012, s/p, grifo do autor).

Pode-se analisar, nestas modalidades de guarda, que a modalidade dividida se dá quando existem dois filhos; essa modalidade acarreta uma crítica, pois ela separa os irmãos, não visando o melhor interesse do menor.

A guarda de terceiro é quando os filhos têm como guardião um parente, por exemplo um tio como citado acima. Esta modalidade é aplicada no momento que os genitores não são aptos a deter da guarda ou por motivos de falecimento.

Já a guarda legal se divide em duas espécies, onde pode ser legal exclusiva, possibilitando a tomada de decisão somente a um genitor. Esta modalidade também é passível à ocorrência da alienação parental, sendo prejudicial à criança.

Na guarda legal compartilhada, ambos os genitores detém o poder de decisão sobre os interesses da criança.

Por fim, Cabral e Cangussu dispõem sobre as últimas modalidade de guarda:

G) **guarda física (*Physical Custody*)**: está relacionada com as condições de vida da criança no seu dia-a-dia. É o local em que a criança vive a maior parte do tempo. a. **guarda física exclusiva (*Sole Physical Custody*)**: a criança vive exclusivamente com um dos pais, geralmente, a mãe. b. **guarda física compartilhada (*Joint Physical Custody, Shared Custody, Shared Parenting ou Dual Residence*)**: é a modalidade de guarda pela qual os filhos vivem por um período prolongado de tempo com um dos pais, e, em seguida, para uma quantidade similar de tempo com o outro progenitor. É diferente da guarda alternada, pois aqui ambos os pais detém a autoridade sobre os filhos, enquanto na guarda alternada apenas um dos pais detém a autoridade exclusiva sobre o filho. c. **Guarda do ninho de pássaro ou Teoria do Ninho do pássaro (*Bird's Nest Custody ou Bird-Nesting Theory*)**: é a modalidade de guarda, na qual os pais vão e voltam da residência em que seus filhos residem,

colocando o ônus da movimentação e da mudança de residência para os pais, ao invés dos filhos. Ou seja, os pais orbitam a casa dos filhos (CABRAL; CANGUSSU, 2012, s/p, grifo do autor).

A guarda Física se divide em duas espécies. Na guarda física exclusiva, a guarda é deixada só a um dos genitores e na modalidade física compartilhada ambos os genitores detém da guarda do filho em tempo iguais e ambos também detém o poder de decisão sobre a vida do filho.

A modalidade guarda do ninho de pássaro é quando os pais que visitam a residência onde a criança reside; percebe-se portanto, que os pais não detém da guarda física do filho e sim somente o direito à visita.

Como visto acima os Estados Unidos também possuem várias modalidades de guarda para atender a todos os casos quando for necessário.

Com um olhar mais atento para a modalidade compartilhada, pois afinal é uma modalidade que visa o melhor para a criança, nos Estados Unidos além da guarda ser compartilhada é aplicada a “compartilhada alternada”, Douglas Phillips Freitas nos diz que:

Implica no exercício concomitante não apenas do poder familiar, das decisões de importância para a vida da criança (debatida de maneira igualitária entre o pai e a mãe), como de sua guarda física, que livremente, na maturidade do relacionamento entre os pais, esta, em seu melhor convívio, terá acesso às residências e alternâncias entre elas (FREITAS, 2013, p. 100-101).

Na modalidade guarda compartilhada alternada aplicada nos Estados Unidos, a criança terá como residência a casa de ambos os guardiões, deixando de lado aquele pensamento de visita, e será trabalhada com a criança a aceitação de dois lares. Ela deve se sentir à vontade e juntamente com os demais familiares.

Euclides de Souza comenta em seu artigo sobre a guarda nos Estados Unidos, e podemos ver o quanto a guarda compartilhada é uma modalidade que visa o melhor para a criança, demonstrando a semelhança entre o Brasil e os Estados Unidos.

Bem, a semelhança entre os dois países termina por aí. No Brasil é comum ter conhecimento de juízes, curadores, advogados, psicólogos e psicanalistas que *nunca* ouviram falar (ou então são veementemente contra) a guarda compartilhada Legal e/ou a guarda Compartilhada Física, enquanto nos U.S.A. as leis criadas para proteger as crianças, garantem a elas o direito de conviver com ambos os pais através do entendimento de que é este instituto é o melhor para elas. A guarda conjunta nos U.S.A. é tão séria, que em muitos estados, as Varas de família não concedendo a guarda compartilhada, o magistrado tem de fundamentar a sentença, com evidências claras e convincentes de que a Guarda Compartilhada foi negada, especificamente, por ser ela nociva à criança no caso específico, de outra forma, a pedido, poderá ser reformada pelo tribunal. A Guarda Compartilhada é aceita 30

estados americanos. Esses estados, de acordo com a publicação americana, interpretam o melhor interesse da criança [...] (SOUZA, 2002, s/p).

4.2 MODALIDADES MAIS APLICADAS NO BRASIL

A modalidade compartilhada se tornou regra no Brasil a partir da promulgada da lei nº 13.058/2014. A partir daí só será aplicada a guarda unilateral por motivos excepcionais, assim como as demais modalidades de guarda. Não é que a modalidade compartilhada será aplicada de qualquer forma, mas sim que será analisado o caso concreto. Esta modalidade fornece a ambos os pais o poder/dever sobre o filho, sendo muito bem pensada para que a criança possa ter o apoio e o convívio com ambos, em tempos iguais.

4.2.1 Conceitos da guarda compartilhada

A guarda com a modalidade compartilhada requer de ambos os pais uma atenção redobrada, pois não é um simples compartilhamento de algo e sim a presença do filho, o que requer um olhar mais atencioso para que não gere transtorno em sua vida emocional. É uma modalidade que visa o melhor interesse da criança, tanto o pai como a mãe terão tempo em igual para cuidar do filho.

Carlos Roberto Gonçalves em sua obra *Direito Civil Brasileiro* (2009), salienta:

[...] Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contra indicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato com ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos (GONÇALVES, 2009, p. 268).

A Lei da guarda compartilhada era instituída com a guarda unilateral, que é a lei nº 11.698/08. Com a nova lei da guarda compartilhada vigorada na lei nº 13.058 de 23/12/2014, ficou mais clara esta modalidade; tendo agora o judiciário como a opção mais viável a ser aplicada nos casos de separação, principalmente em litígio. Se ambos os genitores não entrarem em concordância e sendo analisado que ambos os pais tem condições de deter da guarda, será sentenciada a guarda compartilhada

Alguns doutrinadores confirmam que essa é uma modalidade de guarda que tem os olhos voltados para o bem estar da criança.

Kátia Boulos discorre sobre o assunto guarda compartilhada, com o seguinte pensamento:

Participar, compartilhar, partilhar, compartilhar. Palavras que indicam uma ação. Em se tratando da guarda de filhos, diretamente envolvidos estão os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Assim sendo, o compartilhamento da guarda não pode ser reduzido à sinonímia dos dicionários, enquanto meras palavras esvaziadas de intenções reais, ou servir de “panos de fundo” para tendenciosas negociações por parte daquele que, sob o manto de supostas intenções conciliatórias, objetivam alcançar compensações pessoais ou exclusivamente materiais. Mas do que ação, o compartilhamento da guarda exige doação. Amor incondicional. Reciprocidade. Desprendimento. Corresponsabilidade no exercício da autoridade parental, sedimentada em valores morais, éticos e sociais. Nesse cenário, por certo, não cabem as disputas passionais e os conflitos típicos daqueles que vivem sob o signo de luto, seja pela dor do desenlace, seja pelo dissabor de uma união desfeita, mal resolvida e carregada de mágoas, deixando como legado um estado emocional abalado e constantemente propenso ao litígio (BOULOS, 2011, p. 64).

A guarda compartilhada é uma lei nova e muitos ainda não sabem como ela funciona, nem mesmo se pode visar o melhor interesse da criança. A guarda compartilhada foi criada com intuito de continuar o convívio que a criança tinha, enquanto junto com ambos os pais.

Ha alguns anos, as mães tinham mais interesse sobre a guarda do filho, hoje já não são só as mães, mas também os pais a buscarem seus direitos sobre a guarda, pois entendem que a criança necessita de ambas as companhias.

Douglas Phillips Freitas (2013, p. 98), conceitua a modalidade de guarda compartilhada dizendo que [...] Como a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Nota-se que a modalidade em tela tem como preferência manter a união entre pai e filhos, mesmo sendo separados, oferecendo o melhor desenvolvimento para a criança, pois a mesma terá a companhia de ambos os pais.

Antônio Donato Araújo discorre sobre o tema da seguinte forma:

[...] a modalidade de guarda compartilhada busca diminuir os efeitos negativos do rompimento do laço familiar, mantendo-se o vínculo de afetividade entre os genitores e o menor, assegurando a este um desenvolvimento saudável e equilibrado, considerando que o convívio familiar, afetivo e material é garantido como direito fundamental (ARAÚJO, 2015, p. 13).

4.2.2. Guarda compartilhada no Brasil

Essa nova modalidade de guarda veio para inovar o ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 13.058/2014, que vigora a guarda compartilhada tem o intuito de priorizar o interesse da criança quando uma convivência familiar é interrompida pela separação. Esta modalidade de guarda tem a finalidade primordial de resguardar o melhor interesse do menor e proporcionar a continuação de uma convivência familiar saudável entre pais e filhos.

Como já falado anteriormente, a guarda é aplicada quando, no fim de laço amoroso, existam filhos. É algo muito importante a se pensar e na maioria das vezes difícil de decidir; o ordenamento jurídico disponibiliza modalidades de guarda para que possa atender a todos que se encontrem nessa situação.

Neste capítulo fica claro que a guarda compartilhada é a melhor modalidade que visa o interesse da criança, pois ela possibilita que ambos os pais possam conviver em igualdade com a prole, não sobrecarregando para ninguém os gastos, e terão direitos e deveres iguais sobre as decisões que interessa a criança. Esta modalidade também além de visa o melhor interesse da criança também minimiza a alienação parental, pois como pode ser percebido já que ambos os pais poderão educar, ter a presença da criança em tempos iguais a criança não será alvo de alienação.

5 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA GUARDA

A Síndrome da Alienação parental, também conhecida como SAP, possui uma lei específica que é a nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Tem por competência instituir soluções para minimizar a alienação que sempre acontece nas separações.

Segundo Mota (2011), foi Richard Gardner em 1985 que aplicou o termo “SAP” e o conceituou. Ele observou que as crianças de pais separados tinham atitudes parecidas como um distúrbio, sendo assim caracterizada por estar sendo alienada pelo guardião.

Como cita Coutinho e Miranda (2014):

A agilidade das mudanças da sociedade, bem como a dessacralização do casamento; o surgimento das novas famílias; a união estável; o crescente índice numérico de divórcios, o liberalismo feminino e toda interveniência que produziram no Direito de Família, resultaram na intromissão doutrinária e jurisprudencial, que ampliaram as preposições de fixação do regime de guarda de filhos, sendo certo que a Guarda Compartilhada apresenta-se como uma das tais hipóteses, senão a melhor. (COUTINHO; MIRANDA, 2014).

Quando se refere à separação, já se pode imaginar que se trata de algo muito complexo, pois sempre uma das partes não aceita tão facilmente e se ainda existir afeto pelo outro, poderá ficar ainda pior.

Se caso esta pessoa for o detentor da guarda, o que pode acontecer é que ela poderá manipular a criança para que comece a odiar o outro genitor por causa da separação indesejada. Cada um tem um tempo para que seja cicatrizado tal acontecimento e em alguns casos isso não acontece. O que deve acontecer é que ambos os genitores tentem levar uma vida mais saudável possível, para que a criança não cresça com transtornos.

Andréia Guedes Martins Bastos de Moura discorre sobre a nova modalidade de guarda no sentido que:

As transições vindouras dessa separação trazem aflições, já que surgirão novas situações de adaptação à nova realidade. Questões como possível instabilidade econômica, a mudança no contato entre certos membros da família, a responsabilidade aumentada de quem detém a guarda dos filhos, o convívio com possíveis novos membros de uma nova união familiar são frequentes e não atormentam somente os pais, assombrando também os filhos dessa relação. De natureza interna, tais conflitos emocionais só se resolverão quando as pessoas envolvidas superarem a perda, através de seu luto e de suas estratégias que, em alguns casos, deve incluir a intervenção de um profissional. (MOURA, 2015, p. 29).

O presente assunto é muito sério, pois se trata de algo que influenciará crianças e o adolescente sem culpa alguma dos acontecimentos que aconteceram. Quando a ambas as partes interessa a guarda, é quando a parte que tem a guarda provisória se sente ferida e começa a manipular a criança, para que crie raiva do outro genitor.

Andréia Guedes Martins Bastos de Moura continua expondo seu pensamento sobre o fim de uma relação que exista filhos, e como isso pode gerar grandes prejuízos à prole:

Disputas litigiosas de guarda refletem sentimentos desvirtuados de um dos cônjuges ou até mesmo do casal que se revelam em situação desagradáveis exteriorizadas através da dor, sofrimento, frustração e inconformismo com o fracasso de uma relação idealizada que podem, inclusive, de acordo com a doutrina psicanalista, despertar características patológicas que podem vir a ser extremamente prejudiciais à estrutura psíquica dos filhos. Tal conflito entre os cônjuges torna-se uma disputa sobre quem é o melhor, deixando a cargo do judiciário dar a palavra final, decidir quem é o mais competente para cuidar da criança. Nessa disputa, na maioria das vezes, o bem-estar dos filhos é esquecido em detrimento da autoafirmação, passando até a acreditarem que é possível esperar que o filho possa prescindir dos cuidados, atenção e amor do outro. Nessas circunstâncias, os filhos passam a ser a arma para ferir o outro e o troféu para o vencedor da guarda que tem premiada e reconhecida a sua maior competência em relação ao perdedor. Logo, a disputa de guarda pode ser a maneira que o casal encontra para, sem conseguir passar pelo luto do fim da relação, dar continuidade a ela, mesmo que de maneira conflituosa; e esse sentimento impede, portanto, que priorizem o bem-estar do menor (MOURA, 2015, p. 31,32).

O genitor alienante usará de diversos modos que levarão a criança a sentir raiva do outro genitor; irá denegrir a imagem, e muitas vezes usará a criança como espiã do ex-cônjuge. É de suma importância a triangulação mãe-pai-filho para o melhor desenvolver da criança; é importante que ela cresça com ambos os pais, mesmo sendo separados. Para o alienador, a presença do outro cônjuge é prejudicial para a criança, e "é tal astuto que consegue manipular a criança de tal forma que consegue colocar inimizade entre o filho e o cônjuge alienado". (MOTTA, 2011, p. 109).

Como pode ser notada, a alienação parental é um caso muito preocupante, pois não se trata somente de uma lavagem cerebral. Isso vai mais além, a criança começa a desqualificar a imagem do genitor que está sendo ofendido.

Maria Antonieta Pisano Motta adverte que:

Quando um genitor tenta alienar, afastar o filho do outro, os sentimentos negativos, a dor engendrada na criança por tais iniciativas é tão forte e tão dificilmente elaborável pelo seu incipiente ego, que a criança tende a buscar como medida de proteção o afastamento psíquico, emocional de ambos os genitores, tanto do que é alienado como do que aliena. Tal consequência deixa a criança absolutamente sozinha para lidar com enormes conflitos e ansiedades gerados pela indução da Síndrome e pelo forte conflito que percebe viger entre as partes [...] As

dependências cognitivas e emocionais infantis podem ser exploradas pelos adultos especialmente quando o outro genitor tem seu acesso a eles impedido. O genitor indutor da SAP é o verdadeiro “agressor”, “abusador” dos filhos. O alienador, com frequência, não se dá conta, ou sim, dá-se conta, mas não se importa com o fato que ele próprio submete os filhos a várias situações vexatórias, potencialmente traumáticas e claramente abusivas (MOTTA, 2011, p. 111).

Além de a criança passar por tudo isso o genitor alienador induz a criança a fazer uma escolha entre ele ou o genitor alienado. Faz chantagem para que se alie ao genitor alienante, como não sendo atendida, sendo deixado pelo mesmo.

Coutinho e Miranda (2015) descrevem como se identifica a ocorrência de uma SAP.

Muitas vezes, com o fim da vida conjugal, principalmente quando isso gera batalhas judiciais muito intensas, não só devido ao divórcio, mas também em função da guarda do menor, o casal acaba desenvolvendo sentimentos negativos entre si. Um dos momentos em que mais aparecem patologias e desvio, tanto da dinâmica familiar como de seus membros, ocorre quando os vínculos de um casal se rompem pela dissolução da união ou pelo divórcio. Como se sabe, os rompimentos podem mobilizar emoções extremas e violentas, deteriorando relacionamentos e marcando a vida dos envolvidos como uma etapa muito dolorosa. Assim, do amor que nutriam e que ocasionou a união, só permanece a criança como lembrança do antigo relacionamento. No lugar daquele amor emerge abandono, rejeição, traição raiva, o que acaba desencadeando uma propensão vingativa muito grande. (COUTINHO; MIRANDA, 2015, s/p).

Como solução, para acabar com a SAP é necessário que ambos os genitores se comportem civilizadamente, pois é essencial que exista paz na relação pai e mãe para que a criança cresça saudável e sem traumas da separação.

No convívio, nas horas da troca de guarda, é importante que os pais tentem se respeitar da melhor forma possível. Uma convivência cheia de conflitos não faz bem para a criança que está se desenvolvendo, tanto fisicamente como emocionalmente. Para que haja harmonia nesta relação, deve existir respeito tanto dos genitores, como do filho. Alienar uma criança ou adolescente só irá trazer transtornos para sua vida, comprometendo o futuro de alguém indefeso.

Com criação da lei nº 13.058/2014 que vigora a guarda compartilhada, podem ser apresentados vários aspectos que de fato inibe com a SAP.

Com a convivência de só um genitor, a chance de ter SAP é maior, e com a modalidade compartilhada, os riscos diminuem drasticamente. Assim, pode ser visto porque a guarda compartilhada é atualmente a melhor opção para que seja acabada de vez com a SAP, pois com a modalidade compartilhada a presença paterna e materna será mais presente e por

ser de ambos os pais competência de decidir a respeito da criança, acabará de vez com o pensamento de posse, o que em outras guardas há a possibilidade.

6. MODALIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA, VISANDO O MELHOR INTERESSE DO MENOR.

Como discorrido anteriormente, a modalidade compartilhada veio para quebrar tabus no que refere à guarda, pois com esta modalidade, tanto o pai quanto a mãe tem o direito sobre a criação do filho e também os mesmos deveres, como oferecer sempre os direitos fundamentais que a criança precisa ter. O artigo 227 da constituição federal dispõe que:

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 (BRASIL, 1988).

Note que ambos os pais tem o dever, em especial, de cuidar de sua prole, olhando sempre para o seu bem-estar. Na escolha da guarda deve ser pensado nisso, o bem estar da criança.

A modalidade compartilhada não será aplicada se um dos genitores não possuir condições; será feita uma observação antes. Se existir interesse de ambos os pais de deter a guarda do filho, o judiciário apresentará a modalidade compartilhada, pois é uma guarda recente, mas que possibilita a continuidade dos laços de afetividade com ambos os pais.

Os direitos da criança em todo tempo devem ser resguardados, e por se tratar de pessoa indefesa, é necessário que ela se sinta confortável com a decisão, pois ainda não tem o discernimento maduro da situação. Antônio Donato Araújo menciona que:

Assim, a fixação da guarda, a fim de bem atender ao melhor interesse da criança e adolescente, deve levar em conta as condições materiais e morais dos pais, de acordo com cada caso concreto, ou seja, não será analisado apenas as condições financeiras de um ou outro genitor, como também seu estado emocional, psicológico e demais aspectos necessários para propiciar ao menor o carinho e afeto necessários para o seu desenvolvimento (ARAÚJO, 2015, p. 17).

Esta modalidade, de fato, resguarda o interesse da criança que deve vir em primeiro lugar. Os pais devem demonstrar a vontade de ter a guarda da criança e também ter condições, tanto emocional como financeira.

6.1 QUANDO SE APLICA A GUARDA COMPARTILHADA

Em qualquer tempo esta guarda poderá ser alterada, ou seja, se não for para ser benéfica ao menor não será aplicada. Não é em todos os casos que será aplicada a modalidade compartilhada; o judiciário irá analisar se ambos os genitores tem condições como falado acima, e se houver rejeição de um dos cônjuges sobre não ter a guarda, isso também será analisado, pois se já existe um desinteresse isso não é boa coisa.

Segundo Araújo (2015, p.15) os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil foram alterados e passaram a conter no texto principal o instituto da “guarda compartilhada”, tendo como modalidade adotada para garantir de fato a segurança do interesse do menor, quando for caso de separação litigiosa.

A maturidade dos pais é essencial na escolha da guarda para o filho. Deve-se sempre manter um relação agradável, pois o bem-estar da criança é o mais importante. Antônio Donato continua sua fala dizendo que,

É certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade, compreensão e maturidade por parte dos pais de entender o que é melhor para os filhos. E, para isso, não são necessárias leis, mas sim pais educados e conscientes, bem como conciliadores, membros do ministério Público e Juizes atentos com a sua realidade social. É relevante frisar que, para adotar esse modelo de guarda e para que ele produza todas as vantagens de sua aplicação, é necessário que haja total cooperação entre os pais, devendo estes acordar sempre em conjunto sobre as decisões a serem tomadas em relação à vida de seus filhos, não podendo haver divergências, sendo necessário, portanto, um certo grau de maturidade entre os ex-cônjuges (ARAÚJO, 2015, p. 21).

Não é que a guarda compartilhada se tornou regra a ser aplicada, nem que será imposta sem antes visar o melhor interesse do menor. Serão apresentadas abaixo as principais inovações pela lei, nas falas de João Roberto Fargetti:

Sendo ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar – será aplicada a guarda compartilhada, que passa a ser a regra; a guarda unilateral anteriormente estabelecida pode ser revista judicialmente; o pedido deve ser feito ao juiz, por meio de uma ação requerendo guarda compartilhada; a guarda deve ser exercida na cidade base da moradia dos filhos ou naquele que melhor atenda aos interesses da criança. Destarte, havendo impedimento temporário ao convívio, devido a distancia, os meios de comunicação ajudam a manter a aproximação. Não obstante, pode haver uma compensação durante períodos de férias escolares e feriados prolongados; guarda compartilhada presume-se na divisão da responsabilidade entre os pais; a fixação de pensão alimentícia poderá ocorrer caso não haja consenso, tudo a depender do caso concreto; pela novidade introduzida pela lei, verifica-se como obrigação e a supervisão dos interesses do filho por qualquer um dos pais, tendo em vista o exercício regular do poder familiar; outra inovação está na imposição de

multa diária a qualquer estabelecimento público ou privado que se negue a prestar informações sobre o filho a qualquer dos genitores. A multa pode variar de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais). (FARGETTI, 2015., p. 25).

6.2 DA PENSÃO ALIMENTÍCIA NA MODALIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Nesta modalidade de guarda, ambos os pais irão dividir as despesas que o filho tem no seu dia-a-dia como, por exemplo, escola, saúde, lazer e a pensão alimentícia, pois esta modalidade visa também a igualdade tanto do pai como da mãe. Para não sobrecarregar ninguém, as despesas serão fixadas para cada um, ou seja, o gasto feito enquanto a criança estiver sobre sua guarda, será por conta do guardião. Mas o genitor com mais condições financeiras, irá arcar com uma quantia mensal para ajudar financeiramente a criança.

Kátia Boulos discorre sobre o assunto dizendo que:

No compartilhamento da guarda, a idéia não é executar o inadimplente, mas adimplir a obrigação, que a ambos igualmente compete. Consagrada a possibilidade de estabelecerem esses pais, por acordo, a forma como se dará esse cumprimento, concorrerá cada genitor para o atendimento das necessidades de seus filhos, pertinentes à alimentação, saúde, moradia, educação, esporte, lazer e outros, na medida de suas possibilidades em numerário de espécie (BOULOS, 2011, p. 90).

Ficarão fixados então, quais são as obrigações de cada genitor enquanto estiver com a criança. Com isso, nenhum dos progenitores ficará sobrecarregado com as despesas que a criança tiver.

6.3 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Tal modalidade de guarda possibilita que mesmo com os pais separados, o filho ainda possa ter a convivência de ambos em igual tempo, para que prossiga com os laços de afetividade entre pais e filhos.

Com esta modalidade, não mais existe aquele pensamento de posse do filho. Se ambos têm a guarda, este pensamento não mais existe, sendo eliminada a disputa entre os pais e até familiares que, infelizmente, colocam o filho o centro das brigas.

O filho então deixa de ser tratado como objeto e passa a ser respeitado como filho. Assim, com seus direitos resguardados, a criança terá um desenvolvimento mais saudável e feliz.

A criança nesta modalidade de guarda irá entender que ambos os pais são seu ponto de apoio e ambos fazem sua função parental, não deixando acontecer de um genitor ser o principal e o outro secundário. Isso irá proporcionar uma relação harmoniosa entre os entes da família.

Uma outra vantagem marcante da modalidade compartilhada é que, de fato, inibe a alienação parental, já que ambos os pais irão ser participativos no dia-a-dia dos filhos, ambos tendo a mesma igualdade de decidir tudo que se relaciona ao filho, possibilidade que as outras modalidades de guarda não permitem.

CONCLUSÃO

O trabalho em tela teve o intuito de apresentar a cada leitor as modalidades de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico, deixando claro que para cada caso existe uma modalidade de guarda.

Também foi frisado que a nova lei da guarda compartilhada, a Lei nº 13.058/2014, possibilita aos pais a guarda conjunta do filho, bem como ao filho ter a companhia de seus pais em tempos iguais, para que assim continue a convivência familiar mesmo tendo os pais separados. Nessa modalidade são divididas para cada genitor as despesas que o filho tem e é fixado o tempo que cada um terá com a criança em sua casa.

Esta modalidade de guarda também acaba com a alienação parental que as demais guardas possibilitam, pois nas outras modalidades por se dar a guarda só para um genitor, faz-se uma brecha para tal ato, o que é prejudicial para a criança indefesa.

Foi discorrido também que é essencial que a convivência dos genitores seja a mais agradável possível, deixando de lado o motivo que os fez separar. Esta modalidade será apresentada a juízo e mesmo que se ambas as partes não acordarem com tal decisão, vendo o juiz que ambos são aptos a ter a guarda, será explicado que tal modalidade irá ser a melhor opção, por se tratar não só da guarda ser compartilhada e sim do cuidado, da educação que cada um pode oferecer para a criança, além do carinho que ambos podem dar, o que somente é possível no dia-a-dia. Assim, mesmo estando separados, exercerão o papel de pai e mãe que cada um deve ter.

Foram apresentadas as modalidades de guarda nos Estados Unidos, de onde veio a expiração para vigorar tal modalidade aqui no Brasil, pois tal modalidade está sendo bem aceita na sociedade e foi uma forma que o legislador achou de distribuir os deveres para os genitores de uma maneira lícita, fazendo com que ambos venham a exercer suas obrigações sobre o filho em igualdade e com equilíbrio, não sobrecarregando para ninguém.

Este também é o intuito aqui no Brasil, oferecer aos pais separados a possibilidade de educar seu filho detendo da guarda compartilhada e sendo esta com direitos em igualdade, fazendo com que ambos possam representar a figura de ser o pai e de ser a mãe na vida do filho. Visto que no decorrer do trabalho foram citados doutrinadores, tais estudiosos confirmam que a presença dos pais ajuda no desenvolvimento do filho.

A vantagem dessa nova modalidade é que se faz de grande valia, pois assim, não será por uma separação, por exemplo, que uma criança se distancie de um dos genitores; para que isso não aconteça, a guarda compartilhada é a opção para o melhor interesse do menor, visando à continuidade da convivência familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Antônio Donato. Guarda Compartilhada. **Revista Síntese**, 2015.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/artigo/Detalhe.asp?seq_revista=294>.

Acesso em: 03 nov. 2015.

BRASIL: Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em

>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

BRASIL: Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>.

Acesso em: 14 set. 2015

BRASIL: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências:

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

BRASIL: Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 08 de out. 2015.

BRASIL: Lei 12.318 de 2010. Dispõe sobre a Alienação Parental. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 08 de out. 2015.

BRASIL: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Dispõe sobre a Guarda Unilateral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BUOLOS, Kátia. Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões. **Da Guarda “Com-Parte-Ilhada” à Guarda Compartilhada: Novos Rumos e Desafios**, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 64.

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Child custody: concessão de guarda nos EUA. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3298, 12 jul. 2012.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22197>>. Acesso em: 10 out. 2015

COUTINHO, Jéssica da Silveira; MIRANDA, André. A Guarda Compartilhada como Meio para Inibir a Síndrome da Alienação Parental. **Revista Universo**. Disponível em <[http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=1direitoconstrucao3&page=article&op=view&path\[\]=1388&path\[\]=1019](http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=1direitoconstrucao3&page=article&op=view&path[]=1388&path[]=1019)>. Acesso em: 10 out. 2015.

DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Revista Jurídica Consulex**, Considerações sobre a Obrigatoriedade da guarda compartilhada, ANO XIX, Nº 434, 2015.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias: Alienação parental e a perda do poder familiar**. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. Primeiros Reflexos da Guarda compartilhada. **Instituto Brasileiro de Direito da Família**, 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Douglas%20Phillips%20Freitas>>. Acesso em: 25 out. 2015.

FRIGATO, Elisa. Poder Familiar - Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão. **Revista online Direitonet**, 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>> acesso em 14 setembro 2015.

FUNDCUCA. **Fundação Centro Unificado de Capacitação e Arte**. Disponível em:<<http://fundcuca.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. revista e atualizada, São Paulo, 2009.

GONTIJO, Juliana; GONTIJO, Fernando. **Guarda dos filhos** – alternada, compartilhada ou unilateral? Advocacia e consultoria das famílias e sucessões. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/guarda-dos-filhos-%E2%80%93-alternada-compartilhada-ou-unilateral>>. Acesso em: 05 nov. 2015

NOGUEIRA, Grasiéla. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>. Acesso em: 16 out. 2015

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Família e Sucessões. A Síndrome da Alienação Parental. Aspectos Interdisciplinares na teoria e na prática. **Revista do Advogado**. ANO XXXI, Nº 112, 2011.

MOURA, Elizana Rodrigues de. Guarda Compartilhada: Uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. **JusBrasil online**. Disponível em: <<http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

MOURA, Andréia Guedes Martins Bastos De. Um olhar Sociológico sobre a disputa de guarda. **Revista Síntese**, 2015.

FARGETTI, João Roberto. Comentários sobre a Guarda Compartilhada e Sua Regulamentação pela Lei nº 13.058/2014. **Revista Síntese**, ANO XVI, Nº 91, 2015.

RABELO, Sofia Miranda. APASE - **Associação de Pais e Mães Separados**. Disponível em <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

SANTOS, Mayco Silva. Guarda compartilhada. **Revista JusNavigandi online**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30666/guarda-compartilhada>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

SOUZA, Euclides De. Legislação sobre a guarda conjunta nos U.S.A é coisa séria, e ganha terreno do Brasil. **APASE**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/82002-legislacao>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Direito das famílias: a figura da madrasta e sua importância para a criança ou adolescente. **Revista Conteúdo Jurídico online**, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32825>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 2009.

WALD, Arnoldo; FONSECA Priscila M. P. Corrêa Da. **Direito civil**. Direito de Família, 18ª edição reformada, Saraiva, 2013.