

**REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA**

GISELE LEAL VIEIRA TORRES

ANÁLISE DA GUARDA ALTERNADA E DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

CARATINGA – MG

2018

GISELE LEAL VIEIRA TORRES

ANÁLISE DA GUARDA ALTERNADA E DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Monografia apresentada à banca examinadora do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga- FIC, com exigência para aprovação na disciplina monografia Jurídica I, requisito parcial de obtenção de grau de Bacharel em Direito.

CARATINGA – MG

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Análise da guarda alternada e do melhor interesse do menor, elaborado pelo aluno Gisele Leal Vieira Torres foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 11 de Julho 2018

Júlia de Paula Uliano
Professor Orientador e Presidente da Banca
Júlia de Paula

Juliano Sepe Lima Costa
Professor Juliano Sepe Lima Costa

Pedro Henrique Tiola
Professor Pedro Henrique Tiola

Dedico este trabalho a Deus por me dar força e coragem durante toda essa longa caminhada.

Agradeço aos meus pais pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Aos meus filhos Pedro Henrique e Rayner Leal por me darem força para continuar caminhando.

A maior recompensa para o trabalho do homem
não é o que ele ganha com isso, mas o que ele
se torna com isso.

John Ruskin

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ONU – Organização das Nações Unidas

ONUBR – Nações Unidas no Brasil

RE – Recurso Extraordinário

RS – Rio Grande do Sul

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal propor uma análise sobre o princípio basilar do bem-estar do menor, analisando uma guarda que tem sido aplicada pelo judiciário brasileiro, no entanto não consta na atual legislação, a guarda alternada. Para isso, serão analisados os arts. 6º e 227 da Constituição Federal de 1988, para entender se deve ou não ser aplicada essa formalidade, que é apenas doutrinária e jurisprudencial. Considerando a garantia fundamental da preservação da higidez psíquica da criança, e de seu desenvolvimento, haverá um estudo se é aconselhável a ampliação das guardas previstas em nossa legislação, para incluir a Guarda Alternada. Para tanto, é necessário estudar as diferenças entre as guardas Unilateral, Compartilhada e Alternada, fazendo um estudo comparativo, dos aspectos positivos e negativos.

Palavras-chave: Guarda Alternada; Guarda Unilateral; Guarda Compartilhada; Melhor interesse do menor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I: O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR.....	11
1.1 O poder familiar e suas características.....	11
1.2 Da suspensão do poder familiar.....	13
1.3 Da extinção do poder familiar.....	14
1.4 O poder familiar diante da separação e divórcio dos pais.....	17
CAPÍTULO II: GUARDA UNILATERAL, GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA.....	20
2.1 Guarda.....	20
2.1.1 Guarda unilateral.....	21
2.1.2 Guarda compartilhada.....	22
2.1.3 Guarda alternada.....	24
2.2 Das indicações e contraindicações da guarda alternada.....	27
2.3 Da liberdade do juiz para decidir sobre a guarda conforme seu entendimento.....	28
CAPÍTULO III: O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	29
3.1 Considerações gerais sobre o princípio do melhor interesse do menor.....	29
3.2 O melhor interesse nas decisões de guarda.....	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

INTRODUÇÃO

Justifica-se a pesquisa, sob o tema “Guarda alternada e o melhor interesse do menor” por ser um tema pouco estudado e existir um problema jurídico relevante. O objetivo é analisar se a recentes decisões dos Tribunais, que favorecem a guarda alternada, confrontam com o princípio do melhor interesse do menor. Assim, levanta-se como problema, se deve ou não ser aplicada a guarda alternada, mesmo esta não compondo a atual legislação.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico. Em face do universo discutido, o trabalho revela-se interdisciplinar, pois aborda o Direito Constitucional, Direito Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como Marco Teórico da monografia em epígrafe, têm-se as ideias sustentadas pelo Relator Eládio Torret Rocha, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que assim manifesta pela inviabilidade da guarda alternada, diante do princípio da proteção integral dos interesses da criança, com o voto baseado no art. 227, caput da Constituição Federal de 1988 e art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Neste sentido, a presente monografia foi dividida em três capítulos distintos. O primeiro intitulado “O instituto do poder familiar”, que irá apresentar o poder familiar, seus direitos e deveres. O segundo capítulo, denominado “Guarda Unilateral, Guarda Compartilhada e Guarda Alternada”, que trabalha individualmente seus conceitos e requisitos. Por fim o terceiro capítulo, “O atendimento ao princípio do melhor interesse da criança”, que demonstrará o objetivo central, se a guarda alternada agride ou não de forma física e/ou psicologicamente o desenvolvimento do menor.

CAPÍTULO I – O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR

1.1 O poder familiar e suas características

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe grandes transformações no que se refere à família e ao Pátrio Poder, pois foi aclamada a plena igualdade de direito e deveres do homem e da mulher na vida como casal e como pais.

Com base em normas constitucionais, compreende-se que, atualmente, o pátrio poder é exercido tanto pela mulher quanto pelo homem, se tratando de igualdade de condições, detendo os mesmos direitos, contendo encargo sobre seus filhos até sua maioridade.

A Constituição da República de 1988 no seu art. 229 aduz que:

“Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”¹

Com a promulgação da CF/88, houve uma significativa alteração entre o poder familiar que não é mais exercido como direito absoluto do pai, mas sim como um canal de proteção do interesse do menor, a ser desempenhado pelo pai e pela mãe, em igualdade.

Para adequar esta igualdade, foi substituída a expressão pátrio poder por poder familiar.

A doutrinadora Maria Helena Diniz,

conceitua poder familiar como sendo um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor para emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impões, sendo em vista o interesse e proteção do filho.²

Ainda nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho define “o instituto como o poder cujos pais são titulares conjuntamente, e a esse poder estão submetidos os filhos, enquanto menores de idade.”³

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pode-se definir “poder familiar como um conjunto de direitos e deveres atinentes aos pais sobre seus filhos menores e incapazes.”⁴

¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p 5.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.447.

³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Família e Sucessões**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 208.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 593.

Sobre a responsabilidade do poder familiar dos pais sob o menor, a Constituição de 1988 traz com afinco a criança como prioridade absoluta, que sua proteção é dever da família e do Estado. Conforme art. 227 CF/88:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta, também, a igualdade de responsabilidades entre os pais sobre o exercício do poder familiar: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e ela mãe, nas formas que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”⁶

O poder familiar não será confiado a outras pessoas, compete exclusivamente aos pais. Esse poder-obrigação deverá ser aplicado a todos os filhos, sem distinção entre os de sangue ou os adotivos. Por isso, durante o tempo que os filhos forem menores ou incapazes, os pais têm o dever de proteger e cuidar, guardar, educar, e todos direitos essenciais ao filho.

Quanto às características do Poder Familiar, pode-se considerar como irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, além que decorre tanto da paternidade natural quanto da adoção.

Para Maria Helena Diniz, “o poder familiar constitui um múnus público, considerando o poder familiar como um direito-função e um poder-dever.”⁷

além do múnus público, a autora dá ao instituto outras cinco características, são elas: a irrenunciabilidade, tendo em vista os pais não poderem dispensar o seu exercício e da titularidade; a inalienabilidade, pois o poder familiar não poderá ser transferido a nenhuma outra pessoa; a imprescritibilidade, tendo em vista que não perdem os pais por deixar de exercê-lo; a incompatibilidade com a tutela, porque não se pode nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; e, por fim, afirma que o poder familiar ainda preserva uma relação de autoridade, pois existe um vínculo de subordinação entre pais e filhos.⁸

⁵ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p 5.

⁶ BRASIL, **Lei nº 8.069/1990**. Disponível em <http://www.febem.sp.gov.br/files/pdf/eca.pdf>. Acesso em 23 de março de 2018.

⁷ DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2006 p. 565.

⁸ DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2006 p. 566.

Ainda para Carlos Roberto Gonçalves, “o instituto constitui um múnus público, porque ao Estado, que fixa normas para seu exercício, interessa o seu bom desempenho”.⁹

1.2 Da suspensão do poder familiar

A suspensão do poder familiar é tida como uma alternativa para proteção do menor, o objetivo não é punir os pais, embora pareça, mas uma forma de preservar o melhor interesse do menor. É uma sanção sem intuito punitivo e que deve ser aplicada judicialmente.

Carlos Roberto Gonçalves aduz que,

a suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves, mencionadas no art. 1.637 do Código Civil, e que representam, no geral, infração genérica aos deveres paternos. É temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Desaparecendo a causa, pode o pai, ou a mãe, recuperar o poder familiar. É facultativa e pode referir-se unicamente a determinado filho.¹⁰

A suspensão não necessariamente será total, ela poderá compreender, caso o magistrado entenda cabível, todos os filhos ou apenas um deles, afastando algumas prerrogativas do poder familiar.

Via de regra, não há um tempo fixado para perdurar a suspensão, o objetivo é atender os interesses do menor, mas poderá determinar o tempo de duração da suspensão de acordo com o caso.

A possibilidade de suspensão está prevista no artigo 1.637 do Código Civil:

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.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 9ªed. Saraiva, 2012, p. 414.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas - Direito de Família**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.111

O Tribunal do Estado de Minas Gerais já decidiu acerca da suspensão do poder familiar:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - MENORES RECOLHIDOS EM ABRIGO HÁ MAIS DE DOIS ANOS - ECA, ART. 19, § 2º - INOBSERVÂNCIA - PERMANÊNCIA PREJUDICIAL AO SEU DESENVOLVIMENTO - AFASTAMENTO DA FAMÍLIA EXTENSA HÁ TRÊS ANOS - AMBIENTE FAMILIAR DA AVÓ MATERNA VULNERÁVEL - FAMILIARES COM HISTÓRICO DE ENVOLVIMENTO COM DROGAS... 1. Na definição da guarda, ainda que em caráter liminar, o julgador deve levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança, observando as peculiaridades do caso concreto. 2. Gravidade da situação em que se encontram os menores, institucionalizados há quase três anos, em desconformidade com o que determina do art. 19, § 2º, do ECA, restando demonstrado, ainda, que a permanência no abrigo tem sido prejudicial ao seu desenvolvimento. 3. Infantes afastados da família extensa há três anos, rompendo-se o contato com a avó materna, a qual, conquanto ciente da condição dos netos e do local onde se encontravam, somente esteve com eles por uma vez em todo este período.....verificar a referencia de ementa como é feita pois falta dados aqui no final.¹¹

Nesse julgado é possível reconhecer a preocupação do julgador ao princípio do melhor interesse da criança, ao analisar as particularidades do caso para formar seu entendimento.

A suspensão pode ser sempre revista, quando superados os fatores que a provocaram.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente lei nº 8069/90) assegura à criança e ao adolescente o direito a um desenvolvimento sadio e harmonioso, bem como o direito de serem criados e educados no seio de sua família, no entanto quando esses direitos são desrespeitados é preciso intervir através de sanções, como advertência, perda da guarda, suspensão ou destituição do poder familiar, dentre outras medidas elencadas no art. 129 do próprio ECA que também prevê as regras processuais para uma ação de suspensão.

A CF/88, trouxe uma maior preocupação e atenção aos interesses dos menores, demonstrando a proteção que o Estado Democrático de Direito proporciona ao âmbito familiar, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

1.3 Da extinção do poder familiar

Em termos práticos, a perda do poder familiar é uma sanção imposta por decisão judicial, enquanto a extinção geralmente ocorre pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade ou pela adoção.

¹¹JUSBRASIL. **A guarda e suspensão do poder familiar.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+E+SUSPENSAO+DO+PODER+FAMILIAR&p=6>. Acesso em 23 de março de 2018.

No Código Civil de 2002, em seu artigo 1.635, extrai-se:¹²

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

A morte de apenas um dos pais não extingue o poder familiar, desde que o sobrevivente seja capaz. Já com a morte do filho extingue-se o vínculo, não existindo mais uma entidade de poder familiar a exercer.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que,

a morte de um dos pais não extingue o poder familiar, tendo em vista que, se o outro genitor for capaz para o exercício, caberá a ele o dever de exercer em sua totalidade; havendo, entretanto, morte do filho, extingue-se o poder familiar. Quanto à morte do filho, extingue-se a relação jurídico-vinculativa, como o falecimento do vinculado.¹³

Outra causa de extinção do poder familiar é através da emancipação, na qual, em termos gerais, mesmo que o filho ainda não tenha atingido a idade mínima, a ele é dada a capacidade civil de gerir os próprios atos.

Para Caio Mário, o poder familiar está vinculado a essa incapacidade.

a emancipação é irrevogável por parte do cedente e, de outro lado, irrenunciável pelo querer do beneficiário, uma vez que obtida a antecipação da capacidade plena, cria-se uma situação jurídica por sua própria natureza irreatável, mais ainda, irreversível no sistema jurídico brasileiro, que somente a admite sem restrições.¹⁴

Com a maioridade o filho deixa de ser incapaz, não tem a necessidade da proteção dos pais, portanto, é uma das possibilidades elencadas para extinção do poder familiar.

Segundo Maria Helena Diniz,

[...] a maioridade confere ao protegido a “plenitude dos direitos civis”, terminando a dependência. Sendo assim, como o objetivo do poder familiar é a proteção dos filhos

¹² BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406 compilada. htm. Acesso em 23 de março de 2018.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed. rev. e atual por Tânia da Silva Pereira, 2013, página 497.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed. rev. e atual por Tânia da Silva Pereira, 2013, página 497.

pelos pais e ao adquirir a maioridade o filho não necessita mais dessa proteção, não há motivos para a existência do poder familiar após a maioridade.¹⁵

A adoção é outro caso de extinção do poder familiar, no entanto, o menor não fica fora do poder parental, pois ocorre uma transferência deste, ou seja, deixa de existir o poder familiar do lado biológico e nasce o poder familiar ao adotante.

O artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim expressa:

a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.¹⁶

Esta é a única hipótese em que os pais poderão abrir mão do poder familiar e transferi-lo a outrem, o filho adotado deverá ter os mesmos direitos dos filhos naturais, tendo em vista o princípio da igualdade entre os filhos.

O pensamento de Maria Berenice Dias reafirma que,

a morte de um dos pais faz concentrar, no sobrevivente, o poder familiar. A emancipação dá-se por concessão dos pais, mediante instrumento público, dispensando-se homologação judicial, se o filho contar com mais de 16 anos. A natureza da adoção, que imita a natureza e impõe o corte definitivo com o parentesco original, leva ao desaparecimento do poder familiar.¹⁷

A perda do poder familiar somente ocorre em hipóteses de extrema gravidade na infringência dos deveres inerentes aos pais, e estão expressamente arrolados no artigo 1.638 do Código Civil de 2002:

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.¹⁸

¹⁵ DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2006 p. 462.

¹⁶ BRASIL, **Lei nº 8.069/1990**. Disponível em <http://www.febem.sp.gov.br/files/pdf/eca.pdf>. Acesso em 23 de março de 2018.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo código civil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 188.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23 de março de 2018.

Portanto, para ocorrer a perda do poder familiar por ato judicial, requer gravidade dos atos paternos.

Na primeira hipótese, castigo imoderado, entendido como atitudes de correção dos pais que excedem o que a lei tolera, como castigos comedidos e sensatos. Estes castigos, geralmente são expressos com violência, e espancamentos, que deixam marcas físicas e psíquicas.

Outro motivo é o abandono, deixar o filho sem assistência moral e material, quando os pais, por exemplo, deixam de prestar alimentos, educação, assistência à saúde, também quando o menor convive em meio à delinquência, em ambientes de uso de consumo e tráfico de drogas.

Há casos em que algumas mães, muitas vezes solteiras, precisam sair para trabalhar e deixam seus filhos a sós em casa, por falta de um ente querido que possa auxiliar e cuidar das crianças. Nesses casos, no entanto, por mais que essa mãe precise trabalhar, essa atitude é considerada como situação de abandono e gera um grande risco de perda do poder familiar. Para que tal fato não ocorra, existem as creches municipais, com profissionais qualificados para cuidar dos filhos destas mães necessitadas.

É dentro dos lares que os filhos adquirem sua formação pessoal, aprendem conceitos de dignidade, respeito e moldam sua personalidade. Entretanto, é fato que estes menores são facilmente influenciáveis, por isso, é necessário estar no seio de uma família que se preocupe com sua formação, não ocorrendo atos contrários a moral e bom costume, que pode gerar a perda do poder familiar.

Infelizmente não é incomum que crianças e adolescentes passem por transtornos destas naturezas, o que além de trazer prejuízo para o crescimento saudável do menor, aduz com a perda do poder familiar nas hipóteses previstas.

1.4 O poder familiar diante da separação e divórcio dos pais

A CF/88 trouxe igualdade entre homens e mulheres diante da importância destes dentro da família e atribuiu-lhes direitos e deveres igualitários na criação dos filhos.

Esse poder familiar é inalienável, não podendo ser renunciado, delegado ou substabelecido, além de ser imprescritível. Durante o matrimônio ou união estável, estes o exercem em igualdade.

No entanto, se estes vierem a divergir, deverá ser aplicado o art. 1631 do Código Civil de 2002:

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

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.¹⁹

O rompimento do casal, independentemente da situação de desentendimento, deve sempre preservar a dignidade do menor, ou seja, o melhor interesse do menor deve prevalecer no conflito. Imprescindível se faz o amadurecimento dos pais, para não sobrecarregarem aos filhos, os fardos do relacionamento fracassado, pois é importante que o menor desfrute de uma convivência familiar harmoniosa.

Embora este emaranhado de emoções gere conflitos, os pais têm que se conscientizar que a separação não altera a relação entre pais e filhos, senão apenas ao direito de terem sua companhia em períodos maiores.

Art. 1.632, do Código Civil de 2002: “A separação judicial ou a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos...”²⁰

Para Carlos Roberto Gonçalves:

a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (CC, art. 1.632), assegurando-se ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro. O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente.²¹

Pode ocorrer um dos membros da família sentir-se prejudicado e tratar seu filho como instrumento de vingança contra o ex cônjuge, cometendo condutas de alienação parental.

A Lei 12.318/10, art. 2º, retrata a alienação parental da seguinte forma:

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

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23 de março de 2018.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23 de março de 2018.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas - Direito de Família**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 108-109.

vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.²²

De fato, a família, seja ela em qual modalidade for, é uma estrutura de extrema importância para o desenvolvimento sadio e uma base social.

O convívio familiar esta assegurado na CF/88 no art. 227, como um direito fundamental, comparado ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e liberdade. Esse convívio é fundamental para o desenvolvimento saudável do menor, seja físico ou psicologicamente.

É imperioso alertar que convivência e guarda, são artigos diferentes. A convivência é o tempo que casa genitor passa com seu filho, já a guarda compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar.

²² JUSBRASIL. **Alienação parental**. Disponível em: <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/413452132/alienacao-parental-e-crime>. Acesso em 23 de março de 2018.

CAPÍTULO II – GUARDA UNILATERAL, GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA

2.1 Guarda

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

A concessão da guarda do menor, geralmente define qual dos genitores terá uma maior responsabilidade e que terá uma maior convivência com o filho.

O conceito de guarda tem-se como primordial característica a obrigação de proteger, vigiar, zelar pelo bem do menor, conforme Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente: “Artigo 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhe ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”²³

Pois, com o rompimento do relacionamento conjugal, o pátrio poder pode ser exercido por ambos os pais, desde que estes tenham um bom relacionamento entre si, no intuito de diminuir os impactos na vida do menor causados pela dissolução matrimonial.

De forma geral, a guarda fica para um dos genitores e o outro fica vinculado ao direito de visitas e dever de prestar alimentos ao filho.

No entanto, havendo desacordo em opiniões, atitudes ou alienação parental, estes deverão recorrer ao poder judiciário para examinar a situação de fato, na intenção de preservar o melhor interesse do menor.

Além da guarda parental, há também, a guarda delegada, em que o Estado, através do Judiciário, Vara da Infância e da Juventude, entrega a guarda do menor a outra pessoa que não é o pai ou a mãe, para proteger o menor de situações negativas adquiridas de uma convivência problemática e desequilibrada com os genitores.

Atualmente existem duas modalidades de guarda na legislação Brasileira, a guarda Unilateral e a Compartilhada.

²³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

2.1.1 Guarda Unilateral

Guarda Unilateral prevista no Código Civil de 2002 em seu art. 1584 até recentemente a guarda mais comumente utilizada, considerada tradicional, onde um dos genitores possui a guarda da criança, enquanto o outro possui a regulamentação de visita e a obrigação do pagamento da pensão alimentícia.

Segundo o Código Civil de 2002, art. 1583:

a guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

§ 2º Na guarda compartilhada, 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 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.²⁴

Nesta modalidade de guarda, um dos genitores será o guardião dos filhos menores, enquanto o outro terá seu contato reduzido drasticamente em visitas de fins de semana.

A convivência entre o genitor visitante e seus filhos consiste em estipulação antecipada, algumas vezes decididas amigavelmente pelo casal, e outras, estipuladas pelo Judiciário.

Na prática, a guarda dos menores normalmente fica com a mãe, no entanto, ambos continuam com o dever de proteger e garantir o desenvolvimento sadio de seus filhos.

Apesar da guarda unilateral ter a previsão expressa em lei, geralmente esta advém de uma separação litigiosa e conflituosa, repleta de mágoas e retaliações, o que pode gerar alienação parental, momento em que, um dos genitores manipula o menor de forma a repudiar o outro genitor, causando inúmeros prejuízos psicológicos a prole.

A partir desse conhecimento, surgiram críticas a esta modalidade de guarda, geralmente porque alguns pais costumam não aceitar bem a separação, utilizando o direito de guarda para afligir o afeto da criança para com o outro genitor, aproveitando-se para influenciar negativamente a criança contra o genitor que apenas tem contato em dias específicos,

²⁴ BRASIL. Lei nº 10406/02. Disponível em: https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-civil-cc-art1583_6420.html. Acesso em 12 de abril de 2018.

levantando assim, a hipótese de uma nova modalidade, que prejudique de forma menos gravosa o desenvolvimento do menor, através desse abrupto rompimento familiar.

2.1.2 Guarda Compartilhada

O código civil sofreu modificações em 2014, nos arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, dispondo sobre o significado da Guarda Compartilhada e sua aplicação, quando foi promulgada a Lei nº 13058/14 que trata especificamente da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada está em grande ascensão, é tida pelos doutrinadores e juristas como a mais completa diante do princípio do melhor interesse do menor e pode ser definida pelos próprios pais ou pelo juiz.

Nesta modalidade de guarda existem muito benefícios, como, os menores terem um tempo maior de convívio com ambos os pais e não apenas um como ocorre na guarda unilateral, essa proximidade, gera menos abalos emocionais nos menores, com o rompimento do âmbito familiar, nessa guarda, geralmente os pais desfrutam da presença dos filhos de forma harmônica.

Na guarda compartilhada os pais dividem responsabilidades e despesas quanto à criação e educação dos filhos, isso significa que ambos têm os mesmos deveres e as mesmas obrigações e também oportunidade igual de convivência com eles.

Nas palavras da psicóloga Monica Xavier, “a guarda protege a criança de ser privada e de ter a sensação de que perdeu um dos pais.”²⁵

Ainda, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi:

a guarda compartilhada deve prevalecer mesmo quando entre os genitores não há boa comunicação, até porque, nas hipóteses em que os pais não se entendem, surge um terreno fértil para a prática de alienação parental.²⁶

²⁵ ALVES, Vânia. Psicóloga fala dos benefícios da lei da guarda compartilhada para os filhos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/470263-PSICOLOGA-FALA-DOS-BENEFICIOS-DA-LEI-DA-GUARDA-COMPARTILHADA-PARA-OS-FILHOS.html>. Acesso em 17 de abril de 2018.

²⁶ IBDFAM. Lei 13.058-2014: **Conheça as principais características da norma que regulamentou a guarda compartilhada no Brasil.** +character%C3%ADsticas+da+norma+que+regulamentou+a+guarda+compartilhada+no+Brasil%22. Acesso em 13 de abril de 2018.

Recentemente, o STJ, em REsp de nº 1.626.495-SP, em que a Ministra Nancy Andrighi foi relatora, consolidou o entendimento de que a guarda deve ser compartilhada, ainda que os progenitores não tenham diálogo favorável entre si.

Esta forma de guarda é importante para dar continuidade de afeto entre os genitores e seus filhos, mantendo uma participação ativa, é a atribuição da guarda jurídica do menor a ambos os pais, para que exerçam igualmente os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder.

O pai e a mãe separados entre si estão em igualdade, relativamente às responsabilidades na educação e formação dos filhos e ao direito de convívio com os menores. Da mesma forma, há que se dizer que o filho também tem o direito de usufruir do convívio com os pais.

A guarda compartilhada sendo aplicada atenderá o direito assegurado pela CF/88, que o menor tem direito de conviver em família e não morar com um e esporadicamente visitar o outro.

Para Maria Berenice Dias, “ A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que [o divórcio] sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”.²⁷

Maria Helena Diniz, diz:

cumpre-se assinalar o entendimento que conceitua Guarda Compartilhada como “[...] o exercício conjunto do poder familiar por pais que não vivem sob o mesmo teto. Ambos os genitores (divorciados) terão, portanto, responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres alusivos ao poder familiar dos filhos comuns.”²⁸

Ainda, na guarda compartilhada há a prestação de alimentos, sendo que:

a guarda compartilhada não dispensa, não faz desaparecer nem cessar a obrigação alimentar. Tal obrigação decorre do dever constitucional de assistência, criação e educação dos filhos menores de idade. A desunião dos pais põe termo aos deveres conjugais da coabitação, da fidelidade e do regime de bens, somente, não, porém aos deveres decorrentes do exercício do poder familiar.²⁹

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 436.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1115.

²⁹IBDFAM. **Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>. Acesso em 13 de abril de 2018.

“É equivocada a ideia de que a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos menores de idade, deixa de existir na guarda compartilhada, pois a responsabilidade parental não se esvazia. Por isso, não há dispensa ou exoneração da obrigação alimentar.”³⁰

A guarda compartilhada tem se mostrado melhor para o bem do menor envolvido, porque o menor mantém uma convivência saudável com ambos os pais.

2.1.3 Guarda Alternada

A guarda alternada consiste em ambos os genitores exercerem o poder familiar concomitantemente, distribuindo as responsabilidades e poderes parentais pelo período que detiver a posse da guarda, alternadamente.

Essa modalidade de guarda é uma criação doutrinária e jurisprudencial, já que não existe previsão da mesma no Código Civil de 2002 e nenhuma lei que regule a espécie.

Existem muitas críticas dessa modalidade de guarda, pois a criança fica sem uma rotina, tornando confusos certos referenciais importantes nas primeiras fases de formação.

de um lado, [na guarda compartilhada] há compartilhamento tanto da guarda jurídica quanto da material, de modo que as decisões que envolvam os filhos deverão ser tomadas de forma conjunta pelos genitores, mas também o tempo de convivência com a prole será dividido de forma equilibrada, o que, vale frisar, não significa divisão igualitária. De outro lado, na guarda alternada há uma alternância entre os genitores do exercício exclusivo da guarda jurídica e material, de modo que, enquanto a criança estiver em companhia de um dos genitores, a este caberá tomar as decisões de interesse dos filhos, dirigir-lhes a educação etc. Justamente por retirar a guarda jurídica (autoridade parental) de um dos genitores.³¹

Mesmo diante deste quadro, existem decisões favoráveis quanto a guarda alternada:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAÇÃO DE GUARDA. FILHO MENOR. **GUARDA ALTERNADA.** Não há elementos nos autos que demonstre que o infante esteja em risco quando na **guarda** paterna. Em sede de cognição sumária, a alteração de **guarda** deve, cuidadosamente, ser procedida e não apenas com base em alegações unilaterais. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70047937008, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 19/03/2012. Pub. 21/03/2012).³²

³⁰IBDFAM. **Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>. Acesso em 13 de abril de 2018.

³¹ IBDFAM. **Guarda Compartilhada X Guarda Alternada: saiba no que se diferem.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6327/Guarda+Compartilhada+X+Guarda+Alternada%3A+saiba+no+que+se+diferem>. Acesso em 13 de abril de 2018.

³² BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento nº 70047937008, Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 19/03/2012.**

No caso fatídico acima, o magistrado entendeu que a guarda paterna não oferecia risco ao menor, concedendo a guarda alternada aos genitores, mesmo diante das duras críticas quanto a essa modalidade de guarda, que por si só, já é prejudicial ao desenvolvimento psíquico da criança.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA ALTERNADA.** ALTERAÇÃO. Não há elementos nos autos que demonstre que os infantes estejam em risco quando na **guarda** paterna. Em sede de cognição sumária, a alteração de **guarda** deve, cuidadosamente, ser procedida e não apenas com base em alegações unilaterais. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70041556572, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011. Pub. 20/05/2012)³³

A base da decisão acima é muito parecida com a anterior. O magistrado entende que se não há riscos ao menor o pai possuir a guarda, então é cabível a guarda alternada, mais uma vez esquecendo que existem muito mais prejuízos abstratos a criança, do que apenas se preocupar se o pai é agressivo ou não, se vai alimentar ou não.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGULAÇÃO DE **GUARDA.** FILHO MENOR. **GUARDA ALTERNADA.** MANTIDA. Não há elementos nos autos que demonstrem que o infante esteja em risco quando na **guarda** paterna, e nem mesmo elementos que comprovem as alegações da autora. Necessidade de dilação probatória. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70063660559, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 23/02/2015, pub. 25/02/2015).³⁴

Nessa decisão ainda existe um agravante, o magistrado também se baseia se existe risco eminente à criança e fundamenta que mantém a guarda alternada já que não existem provas suficientes nos autos. Muito embora pareça certo, não houve uma análise minuciosa, se a guarda alternada seria a mais eficaz, se para o menor, era a melhor decisão a ser dada.

Existem inúmeros julgados positivos quanto a guarda alternada, mesmo com tamanha discussão quanto aos seus malefícios. É preciso notar quem estará protegendo o melhor interesse do menor, quem poderá oferecer melhores condições de ensino, e educação, bem como lhe ensinar os valores necessários para o correto desenvolvimento, noções de higiene e alimentação, direitos e obrigações que constituem a vida em família.

³³ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravado de instrumento** nº 70041556572, Oitava Câmara Cível, , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011.

³⁴ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravado de instrumento** nº 70063660559, Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 23/02/2015

Ainda que existam muitos julgados positivos a essa modalidade de guarda, entende-se ser este prejudicial por não verificar o melhor interesse do menor, sendo, portanto, jurisprudências minoritárias. Nesse sentido segue os julgados abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016).³⁵

Percebe-se neste agravo de instrumento, que a guarda alternada acarreta instabilidade psicológica na criança.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA E VISITAS. ALTERAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. CONVIVÊNCIA ALTERNADA. A estipulação da guarda alternada entre os genitores mostra-se inconveniente, notadamente no caso em que a criança conta apenas 3 anos de idade, podendo-lhe acarretar instabilidade emocional, pois submetida a cada semana a local diverso de residência. Assim, adequada a guarda compartilhada, com fixação da residência da criança na companhia materna e definição da convivência paterna. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70074081456, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Redator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14/09/2017).³⁶

Nesta apelação cível, o julgado traz o entendimento que a modalidade de guarda alternada acarreta instabilidade emocional no menor.

Nessa decisão ainda existe um agravante, o magistrado se baseia na hipótese de existir risco eminente à criança, como não vislumbra perigo, fundamenta sua decisão mantendo a guarda alternada.

Não houve uma análise minuciosa do histórico familiar, o juiz apenas se baseou nas alegações constantes nos autos.

³⁵ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento** nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016

³⁶ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível** nº 70074081456, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 14/09/2017.

O princípio do melhor interesse do menor, é um princípio com seu fundamento no desenvolvimento das crianças, que ainda estão em formação no aspecto físico, psíquico, intelectual, moral e até social.

Toda e qualquer modalidade de guarda dever atender ao bem da criança, assim Carbonera traduz:

o critério do melhor interesse da criança apresenta variedade de conteúdo, sendo consagrado como uma cláusula geral e como um princípio protetivo que deve se adequar a cada caso concreto. Para a sua real efetivação se faz necessária uma situação fática, na qual são avaliados os interesses morais e materiais da criança, respeitando a particularidade das partes envolvidas.³⁷

Diante de estudos é possível inferir que na guarda alternada a criança fica dividida entre duas casas, alternando os lares, sendo prejudicial ao desenvolvimento sadio, então porque ainda existem juristas com posições favoráveis?

2.2 Das indicações e contraindicações da guarda alternada

A guarda alternada é uma criação doutrinária e jurisprudencial, como já mencionado e a com a alternância de residências, o menor então, teria duas residências, permanecendo uma semana com cada um dos pais, a criança não tem rotina, além disso, é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação.

a alternatividade não oferece segurança e estabilidade à criança, provocando conflitos e perturbações psíquicas irremediáveis, e nem garante segurança jurídica, pois alternando-se a guarda de um genitor para o outro, periodicamente, o usufruto e a administração dos bens da criança e a responsabilidade civil por atos por ela praticados mudariam, sucessiva e periodicamente, de titular e que, por isso, e outras circunstâncias, os trabalhadores jurídicos e sociais condenam e desaconselham a prática da guarda alternada.³⁸

Mas ainda assim têm-se visto decisões favoráveis a esta modalidade de guarda, baseado nos pedidos dos pais, pensando em seu próprio bem-estar e não no menor que acaba de ter seu referencial familiar quebrado.

³⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 124.

³⁸ IBDFAM. **Guarda alternada ou Guarda Compartilhada?** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4966/Guarda+alternada+ou+guarda+compartilhada%3F>. Acesso em 13 de abril de 2018.

Nas decisões positivas perante a guarda alternada, geralmente os pais pediram e os magistrados, não viram litígio que ofendessem a formação dos menores, no mais, não há aspectos positivos para esta modalidade, nada que viesse a ter um ponto fatídico e claro que traria um bem maior para o menor.

2.3 Da liberdade do juiz para decidir sobre a guarda conforme seu entendimento

Trata-se do princípio do livre convencimento ou como no novo CPC nos diz, que o juiz deverá indicar as razões da formação de seu convencimento, ou seja, ele continua podendo julgar com base em sua opinião.

Mas o que levaria um magistrado decidir favoravelmente sobre a guarda alternada, quando existem um leque de situações negativas para este procedimento?

A base principal usada pelos magistrados nesse aspecto é o consenso entre os pais, um bom convívio, mas então porque não decidir pela guarda compartilhada que tem esse mesmo mecanismo, mais funcional e menos prejudicial para o menor.

não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente. Não resta dúvida, também, de que essa modalidade de guarda representa uma nova faceta do direito de visita, que poderá ficar dispensado quando se acorda pela guarda conjunta.³⁹

A guarda alternada não tem como objetivo o melhor interesse da criança, mas sim dos genitores.

Qual é o melhor interesse da criança? Será que o melhor interesse da criança é o mesmo dos pais?

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Volume 6: **Direito de Família**. 6a edição - São Paulo: 2004, p. 252.

CAPÍTULO III- O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

3.1 Considerações gerais sobre o princípio do melhor interesse do menor

Os princípios nascem diante da necessidade da sociedade com ponderação entre valores e interesse, tornando-se normas jurídicas impositivas, princípio da liberdade, princípio da igualdade, da legalidade, entre outros.

Dispõe Canotilho:

os princípios são normas jurídicas impositivas de uma ‘otimização’, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos ‘fáticos’ e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem ‘exigência de otimização’, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do ‘tudo ou nada’), consoante seu ‘peso’ e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.⁴⁰

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nasceu para garantir e preservar os direitos de quem se encontra em situação de fragilidade, que é o caso dos menores, como um instituto protetivo.

O direito da criança à proteção exige do seu guardião muita responsabilidade, amparando sua integridade física e psicológica, sua dignidade, necessidades básicas, assistência médica, entre muitos encargos gerados a quem tem a guarda de um menor.

Dispõe a Constituição Federal de 1988,

art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴¹

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almediana, 1998, p. 1034

⁴¹ BRASIL, Constituição(1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico,1988, p 7.

Essa preocupação acerca do melhor interesse da criança e do adolescente é extremamente necessária, é como uma base em construção, com o objetivo de redução da negligência familiar e maus tratos.

A importância da aplicação deste princípio se dá diante da necessidade de acolhimento àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, para que possam receber a devida proteção e desenvolvimento sadio.

A Lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente descreve os deveres para com o menor:

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.⁴²

O objetivo é zelar pela boa formação moral, social e psíquica da criança, na condição de pessoa em desenvolvimento.

veja-se que o melhor interesse da criança tem como premissa a afetividade na relação entre pai e filho e, para que a criança tenha um desenvolvimento pleno, a existência de afeto se torna imprescindível. Nesse contexto, a Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece que:

(...)Princípio 6. Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.⁴³

Quando se fala em proteger uma criança, se fala também em preservar a própria sociedade no presente e no futuro. Maus tratos deixam as crianças e também os adolescentes predispostos a diversas psicopatias, como problemas de socialização, transtorno de conduta, transtorno opositivo desafiador, entre demais.

⁴² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

⁴³ PERIPOLLI. Suzane Catarina. **O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366. Acesso em 26 de abril de 2018.

O site da ONUBR (Nações Unidas no Brasil), trouxe dados no ano de 2015, que existiam cerca de 150 milhões de crianças em situação de rua, sofrendo privações e violações de seus direitos, como dignidade, moradia, alimentação, cuidados, saúde.⁴⁴

“Essas crianças estão escapando da pobreza, de moradias inadequadas, famílias desestruturadas, violência doméstica, desalojamento, desastres naturais, conflitos e guerras. Elas tomam as ruas porque não há outro lugar para onde ir,”⁴⁵ diante de suas famílias completamente desestruturadas, em diversos exemplos, como mães solteiras, viciadas, abandonando sua responsabilidade com seus menores, deixando essas crianças sem perspectiva de vida.

É possível perceber, que nem os pais, a sociedade ou o Estado tem conseguido proteger de forma eficiente as crianças e adolescentes em situação de risco.

Por isso, o princípio do melhor interesse do menor é primordial, tanto para soluções em discussão pela guarda quanto para redução das situações críticas como abandono, negligência ou alienação parental, presentes na sociedade atual.

a chave para mudar as vidas das crianças em situação de rua é assegurar, onde for possível, sua participação no desenvolvimento em termos de direitos humanos baseados em programas e políticas que se relacionem com elas, assim como proporcionar moradias adequadas e acesso à educação”, disseram. “Crianças de rua são detentoras de direitos estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, e devem ser, portanto, reconhecidas, valorizadas e tratadas dessa forma.⁴⁶

É dever de todos prevenir qualquer tipo de violação aos direitos das crianças e adolescentes, que são a parte vulnerável da sociedade. Devem todos zelar pelo cuidado, com a educação, com a saúde, com um desenvolvimento sadio, seja ele físico e psicológico.

⁴⁴ ONUBR. Nações Unidas do Brasil. **Abandonas e descartadas: mais de 150 milhões de crianças vivem nas ruas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/abandonadas-e-descartadas-mais-de-150-milhoes-de-criancas-vivem-nas-ruas-alertam-especialistas-da-onu/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

⁴⁵ ONUBR. Nações Unidas do Brasil. **Abandonas e descartadas: mais de 150 milhões de crianças vivem nas ruas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/abandonadas-e-descartadas-mais-de-150-milhoes-de-criancas-vivem-nas-ruas-alertam-especialistas-da-onu/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

⁴⁶ ONUBR. Nações Unidas do Brasil. **Abandonas e descartadas: mais de 150 milhões de crianças vivem nas ruas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/abandonadas-e-descartadas-mais-de-150-milhoes-de-criancas-vivem-nas-ruas-alertam-especialistas-da-onu/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

3.2 O melhor interesse nas decisões de guarda

Atualmente, a era digital ou era tecnológica, revolucionou o papel das mulheres no mercado de trabalho, que disputam com qualidade toda e qualquer vaga de trabalho disponível, com qualquer pessoa do sexo masculino.

Essa ampliação de atividades e responsabilidades das mulheres trouxeram muitos benefícios e infelizmente também, malefícios. Antes, as mulheres eram donas de casa e mães, assíduas e dedicadas com foco exclusivo, atualmente, as mulheres têm funções múltiplas como mães, donas de casa e trabalhadoras externas.

A independência do sexo feminino permitiu que as mulheres, muitas vezes, não se submetessem as vontades e exigências de seus parceiros, ficando menos omissas às próprias necessidades em geral, sendo um dos motivos que gerou e gera em grande escala um número altíssimo de divórcios e disputa pela guarda dos filhos menores.

Uma reportagem no site da Veja, esclarece que “um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil”⁴⁷, o que é um número elevadíssimo, “um levantamento em 2016, elucida que houveram 1,1 milhão de matrimônios e 344.000 separações”⁴⁸.

Quando em uma disputa pela guarda, é imprescindível que para formalizar a decisão do juiz, seja aplicado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para análise fatídica, a fim de resguardar os direitos constitucionais do menor.

Principalmente, em uma separação contenciosa, onde os parceiros estejam em desacordos e com raiva, nesse momento o juiz precisa ser completamente imparcial e detalhista ao observar qual dos pais tem melhores condições de ter a guarda do menor, com responsabilidade para seu desenvolvimento hígido.

O princípio do melhor interesse do menor tem o objetivo de priorizar de maneira integral o direito a vida, a saúde, a educação, a dignidade e o respeito, a uma convivência familiar sadia.

O julgador deve interpretar a lei sob uma perspectiva adequada à Constituição Federal e as demais leis infraconstitucionais, reconhecendo a criança e o adolescente como seres em

⁴⁷ VEJA. **Um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

⁴⁸ VEJA. **Um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

desenvolvimento, que, embora vulneráveis, são titulares de direitos fundamentais, constitucionais, baseados nos princípios dos direitos humanos.

Nas palavras do Relator Eládio Torret Rocha, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina “Nos casos que envolvam a alteração da guarda, o magistrado deve proceder, mais do que o habitual, com extrema cautela, pois qualquer modificação na vida da criança - ser em desenvolvimento que é - pode implicar graves consequências.”⁴⁹

⁴⁹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo de Instrumento** nº AI: 443287 SC 2010.044328-7, Quarta Câmara de Direito Civil, Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 25/05/2011. Acesso em 13 de setembro de 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda alternada consiste em ambos os genitores exercerem o poder familiar concomitantemente, distribuindo as responsabilidades e poderes parentais pelo período que detiver a posse da guarda, alternadamente.

Essa modalidade de guarda, não existe na atual legislação, é uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Nessa guarda, a criança não tem rotina, tornando confusos certos referenciais importantes nas primeiras fases de formação, prejudicando seu desenvolvimento sadio.

Inclusive poucos são os tribunais que têm acatado o pedido de guarda alternada, muitos são os doutrinadores que tem criticado severamente este módulo de guarda, diante dos imensos prejuízos que podem causar as crianças, principalmente nas primeiras fases da vida.

O entendimento é que a guarda alternada compromete na formação da criança e na estabilidade cotidiana, sendo prejudicial à saúde e higidez psíquica, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial, como por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário.

A guarda é tanto direito quanto dever dos pais, devendo estes zelar para uma formação saudável.

A saúde mental, o bem-estar, o convívio familiar e tantas outras necessidades dos menores devem ser preservados, proteção emocional e psicológica.

Portanto, após toda exposição sobre as modalidades de guarda, conclui-se que a guarda alternada é a mais maléfica, não devendo ser decretada por nenhum magistrado, pois infringe o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo prejudicial ao desenvolvimento psíquico do menor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Vânia. **Psicóloga fala dos benefícios da lei da guarda compartilhada para os filhos.**

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/470263-PSICOLOGA-FALA-DOS-BENEFICIOS-DA-LEI-DA-GUARDA-COMPARTILHA-DA-PARA-OS-FILHOS.html>. Acesso em 17 de abril de 2018.

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

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.**

Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23 de março de 2018.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento nº 70047937008**, Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 19/03/2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento nº 70041556572**, Oitava Câmara Cível, , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento nº 70063660559**, Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 23/02/2015.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento nº 70067405993**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70074081456**, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 14/09/2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almediana, 1998.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Família e Sucessões**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo código civil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas - Direito de Família**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**, 9ªed. Saraiva, 2012.

IBDFAM. Lei 13.058-2014: **Conheça as principais características da norma que regulamentou a guarda compartilhada no Brasil.** +caracter%C3%ADsticas+da+norma+que+regulamentou+a+guarda+compartilhada+no+Brasil%22. Acesso em 13 de abril de 2018.

IBDFAM. **Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>. Acesso em 13 de abril de 2018.

IBDFAM. **Guarda Compartilhada X Guarda Alternada: saiba no que se diferem.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6327/Guarda+Compartilhada+X+Guarda+Alternada%3A+saiba+no+que+se+diferem>. Acesso em 13 de abril de 2018.

IBDFAM. **Guarda alternada ou Guarda Compartilhada?** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4966/Guarda+alternada+ou+guarda+compartilhada%3F>. Acesso em 13 de abril de 2018.

JUSBRASIL. **A guarda e suspensão do poder familiar.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+E+SUSPENSAO+DO+PODER+FAMILIAR&p=6>. Acesso em 23 de março de 2018.

JUSBRASIL. **Alienação parental.** Disponível em: <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/413452132/alienacao-parental-e-crime>. Acesso em 23 de março de 2018.

ONUBR. Nações Unidas do Brasil. **Abandonas e descartadas: mais de 150 milhões de crianças vivem nas ruas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/abandonadas-e-descartadas-mais-de-150-milhoes-de-criancas-vivem-nas-ruas-alertam-especialistas-da-onu/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed. rev. e atual por Tânia da Silva Pereira, 2013.

PERIPOLLI. Suzane Catarina. **O princípio do melhor interesse da criança como fundamento para o reconhecimento da paternidade socioafetiva.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14366. Acesso em 26 de abril de 2018.

VEJA. **Um a cada três casamentos termina em divórcio no Brasil.** Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/um-a-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio-no-brasil/>. Acesso em 27 de abril de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Volume 6: **Direito de Família.** 6a edição - São Paulo: 2004.