

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

RENATA SUSIANY BARBOSA DE OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA: Uma análise acerca do exercício parental em face
do poder familiar**

Campina Grande – PB

2015

RENATA SUSIANY BARBOSA DE OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA: Uma análise acerca do exercício parental em face
do poder familiar**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientadora: Professora MSc. Alcione
Vieira Pordeus

Campina Grande – PB

2015

RENATA SUSIANY BARBOSA DE OLIVEIRA

**GUARDA COMPARTILHADA: Uma análise acerca do exercício parental em face
do poder familiar**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professora MSc. Alcione Vieira Pordeus
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Professor Orientador)

Professora MSc. Alana Lima de Oliveira
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1ª Examinadora)

Professora Esp. Vyrna Lopes Torres de Farias Bem
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2ª Examinadora)

Dedico este trabalho a Deus, autor da minha vida que, mesmo não merecendo, me deu a oportunidade de iniciar esse curso e forças para concluí-lo. Tenho certeza que sem Ele eu não estaria escrevendo essas palavras, porque Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas; E também as pessoas que direta ou indiretamente me apoiaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois eu nada seria sem a fé que tenho Nele.

Aos meus pais, irmãos e tias pelo imenso carinho e apoio nessa etapa vivida.

Ao meu marido, Jonas, por todo o incentivo e motivação que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Ao meu filho, Miguel, por me ensinar o verdadeiro significado de amor incondicional.

A Professora Alcione Vieira Pordeus, pelo auxílio e conhecimentos transmitidos na elaboração deste trabalho.

E a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

“ Que os vossos esforços desafiem
as impossibilidades, lembrai-vos de
que as grandes coisas do homem
foram conquistadas do que parecia
impossível. ”

Charles Chaplin

RESUMO

As diversas mudanças sociais redesenham os contornos das relações familiares. Sendo assim, como consequência, inúmeras preocupações passam a existir quanto ao bem-estar do menor, que não pode passar despercebido no Direito de Famílias. Exemplo disso é o trabalho que envolve a tutela na guarda dos menores. Os processos de ruptura parental que, com a redistribuição dos papéis familiares, torna o modelo supostamente tradicional que a guarda é conferida a parte materna enquanto a visita à paterna, é bastante debatida entre doutrinadores que, dentre outras premissas, destacam que se a constituição federal diz que homens e mulheres são iguais perante a lei, não pode apenas a mãe ter prioridade quanto a guarda do menor, mas aos dois devem ser dadas as obrigações fundamentais de criar, educar, prover e manter a prole. O presente trabalho objetiva uma análise das perspectivas da guarda compartilhada, sua fundamentação legal e consequências psicológicas e sociais para as famílias nos casos de desajustes familiares, em especial ao dano causado ao menor, considerando também os casos de inaplicabilidade. O trabalho constitui uma reflexão a partir do estudo da guarda compartilhada com consequências do rompimento do casal e discorre acerca de críticas e dos argumentos contrários e favoráveis ao modelo da referida modalidade de guarda. Verifica-se ainda o instituto de maneira específica com intuito de evidenciar seus principais aspectos e expectativas diante da sociedade. A pesquisa possui embasamento bibliográfico voltado em estudos doutrinários, legislação específica e entendimentos dos tribunais pátrios. Concluindo, assim, que a guarda compartilhada veio para resguardar o direito de viver bem em família, reafirmando na condição da lei que o exercício do poder parental possibilita a continuidade dos elos familiares em benefícios dos filhos.

Palavras-chave: Direito de Famílias. Guarda Compartilhada. Poder Familiar.

ABSTRACT

The various social reshaped the contours of family relationships. Thus, as a consequence, many concerns now exist on the lower well-being, which can not go unnoticed in Family Law. An example is the work that involves the protection the custody of the children. parental break processes that with the redistribution of family roles, makes the supposedly traditional model that custody is given the maternal side as the visit to the father, is much debated among scholars that, among other assumptions, point out that the federal constitution She says that men and women are equal before the law, not only can the mother be given priority as custody of the child, but the two should be given the basic obligations to create, educate, provide and maintain the offspring. This work aims at an analysis of the prospects for shared custody, their legal basis and psychological and social consequences for families in cases of family maladjustment, particularly the damage caused to the minor, also considering the cases of inapplicability. The work is a reflection from the study of shared custody with the couple's breakup consequences and talks about critical and opposed and in favor of the model of said guard mode arguments. It also notes the institute specifically aiming to highlight its main aspects and expectations to society. Research has bibliographic foundation focused on doctrinal studies, specific laws and understandings of patriotic courts. In conclusion, therefore, that joint custody came to protect the right to live well in the family, reaffirming the condition of the law that the exercise of parental authority enables the continuity of family ties in benefits children.

Keywords: Family Law. Shared Custody. Family Power.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art. – Artigo

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DJU – Diário de Justiça da União

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PODER FAMILIAR E A ORIGEM DA GUARDA	13
1.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E SEUS PRINCÍPIOS	13
1.2 PÁTRIO PODER E PODER FAMILIAR	15
1.3 DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL	18
1.4 A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	19
1.5 REQUISITOS PARA A DETERMINAÇÃO DA GUARDA.....	21
2 GUARDA COMPARTILHADA E OUTRAS MODALIDADES DE GUARDA	23
2.1 GUARDA UNILATERAL	24
2.2 GUARDA ALTERNADA.....	25
2.3 GUARDA COMPARTILHADA.....	26
2.4 DIFERENÇAS ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA.....	27
2.5 GUARDA NIDAL OU ANINHAMENTO	28
2.6 A GUARDA COMPARTILHADA PREVISTA NA LEI	28
3 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FUNÇÃO DO PODER PARENTAL	33
3.1 GUARDA COMPARTILHADA E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Com as repaginadas e alterações sociais nos papéis da família, a união conjugal vem sendo colocada à prova, pois de acordo com especialistas em demografia, a tendência é que o número de divórcios e separações continue a crescer no Brasil nos próximos anos.

Isso demonstra que os divorciados deverão se entender bem mais nas separações para favorecer o bem-estar dos filhos. Assim, como consequência, surgem inúmeras preocupações quanto ao conforto do menor, que não pode passar despercebido pelo Direito de Famílias.

O modelo tradicional ainda vivenciado pela sociedade na atualidade demonstra que a guarda na maioria dos casos é de competência materna e a visita cabe a pai, contudo tal situação é criticada por muitos doutrinados que, entre outras premissas, destacam que se a Constituição Federal diz que homens e mulheres são iguais perante a lei, não deve a mãe ter prioridade sob a guarda do menor, e ainda que, se decorrido o fim da união conjugal, caberá análise à necessidade para ser decidido com quem ficará a guarda dos menores.

Atualmente, geralmente prevalece a formação da família monoparental, onde apenas um dos genitores exerce o poder parental que já possuía, ficando o outro genitor como auxiliar, responsável, por muitas das vezes, pelo dever de manter a prole.

Portando, deve-se atentar que a preocupação em reconhecer tal interpretação restritiva da família que a lei alude ficou ultrapassada, chegando ao ponto de já ser considerada contrária ao preceito constitucional (artigo 226, §5º da Constituição Federal) que confirma a igualdade dos direitos e dos deveres conferidos aos homens e mulheres na sociedade conjugal.

É importante saber que apesar de ter sido timidamente aplicada em nossa legislação a guarda compartilhada possui caráter primordial, uma vez que os filhos devem ser a principal razão da união entre o homem e a mulher. E que mesmo diante da dissolução do casal, nenhuma das partes deveria se eximir da responsabilidade a que lhe cabem.

Busca-se ainda verificar as questões referentes a pós-separação, bem como o reconhecimento das mudanças ocorridas na sociedade no que diz respeito ao Direito

da Família, sob o enfoque da isonomia constitucional entre o homem e a mulher, no tocante a modalidade de guarda compartilhada. Apresentando modelos de guardas, descrevendo suas diferenças e, de modo mais detalhado, diferenciado a guarda compartilhada da guarda unilateral, onde não ocorre para tal a falta ou impedimento do outro, evidenciando que a guarda, principalmente a unilateral que consiste em um modelo supostamente tradicional de guarda, onde a mãe possui a tutela e as visitas cabem ao pai, o que pode acarretar potenciais prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social.

O trabalho parte da premissa de que a instituição da guarda surge do rompimento do casal e discorre até as críticas e argumentos contrários ao modelo de guarda compartilhada e seu campo bibliográfico.

Ficando estabelecido no artigo 277 da carta magna vigente, contudo, que apesar da regra, poderá ser o exercício de caráter exclusivo para apenas um dos genitores se ocorrer a falta ou impedimento do outro.

Justifica-se então que o enfoque principal desse estudo buscou comprovar que a guarda compartilhada veio para resguardar o direito de viver bem em família, reafirmando na condição da lei que o exercício do poder parental possibilita a continuidade dos elos familiares em benefícios dos filhos.

1 PODER FAMILIAR E A ORIGEM DA GUARDA

1.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E SEUS PRINCÍPIOS

A família é considerada como a mais antiga unidade social que o ser humano conhece, onde, historicamente, ainda que anteriormente a organização do homem em comunidades, já existia um grupo de pessoas interligadas a partir de um ancestral comum ou pelo matrimônio.

Com o desenvolvimento do território e da população as entidades familiares passaram a se unir, formando os primeiros grupos sociais compostos de grupos descendentes. Assim, os laços das famílias, constituídas basicamente nas relações de parentesco sanguíneo, originaram as primeiras sociedades humanas organizadas.

A expressão *família* surge a partir de uma dessas organizações. O termo advém da expressão latina *famulus*, que significa “escravo doméstico”.

A instituição do casamento era dividida em *confarreatio*, o casamento de caráter religioso, restrito à classe patricia, caracterizado por uma cerimônia de oferta de pão aos deuses; *coemptio*, reservada à plebe, celebrado mediante a venda fictícia, do pai para o marido, do poder sobre a mulher; e o *usus*, em que o marido adquiria a mulher pela posse, isto é, vida em comum no ínterim de um ano.

Os pressupostos para o casamento romano eram a coabitação e o chamado *affectio maritalis*, este último consistente na manifestação expressa dos nubentes de viverem como marido e mulher. Ao findar qualquer um desses pressupostos, extinguiu-se o casamento, valorizando-se o afeto entre os cônjuges.

Não obstante a importância do afeto na relação matrimonial, o modelo romano de família mantinha a estrutura de poder despótico, “concentrados sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho”. O poder do patriarca era dividido em *pater familias*, o chefe da *família natural*, o qual exercia seu poder sobre os seus descendentes não emancipados, sua esposa e com as mulheres casadas com seus descendentes.

A *família natural* foi adaptada pela Igreja Católica, que transformou o casamento em instituição sacralizada e indissolúvel, e única formadora da família cristã, formada pela união entre duas pessoas de diferentes sexos, unidas através de

um ato solene, e por seus descendentes diretos, a qual ultrapassou milênios e predomina até os dias atuais.

Destaca-se dentro do modelo canônico de família a importância destinada ao sexo, sendo que a relação carnal entre os nubentes se tornou requisito de validade para a convalidação da união. Esta condição estabelecida pelo direito eclesiástico é fruto da indissociação entre o matrimônio e a procriação, função primordial da união e que poderia ocorrer após o sacramento do casamento.

Ademais, independentemente da existência ou não de afeto entre os cônjuges, o Direito Canônico estabelece que a união decorrente do casamento é “indissolúvel, isto é, não se pode dissolver por vontade dos cônjuges, exceto pela morte”, nos termos do cânon 1056, ao contrário do que vigorava no Direito Romano.

Assim, como se procurou demonstrar brevemente, a evolução da família, em especial dentro das sociedades ocidentais, baseou-se em seu princípio na consanguinidade entre seus membros, isto é, na origem comum de seus membros, formando-se grandes grupos familiares originários de um único patriarca. Gradualmente, essa estrutura foi substituída por núcleos familiares menores, formados a partir da união entre homens e mulheres mediante um ato solene, chamado casamento, que foi consolidado e sacralizado pela Igreja Católica, a qual dominou a cultura e a sociedade das nações europeias ocidentais por mais de um milênio.

Esse modelo de estrutura familiar nuclear persiste, sendo reconhecida pela maioria das legislações ocidentais vigentes o casamento tanto como ato jurídico formal, quanto como sacramento religioso, como por exemplo no Brasil, nação formada com fundamento em preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana.

Todavia, importa frisar que o casamento vem perdendo espaço nas mais recentes doutrinas e jurisprudência, bem como pela própria legislação, por um fator muito mais preciso e condizente à realidade: o afeto.

No Brasil os princípios norteadores do direito de família são constituídos da seguinte maneira:

- a) princípio da razão do matrimônio;
- b) princípio da afetividade e função social da família: fundamento basilar do casamento e da vida conjugal. Consiste no afeto entre os companheiros e a necessidade de comunhão de vida;

- c) princípio da igualdade jurídica dos companheiros: isonomia nas decisões, direitos e deveres do casal;
- d) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos: não há distinção entre os filhos, sendo proibido qualquer registro discriminatório;
- e) princípio do pluralismo familiar: consiste no reconhecimento da família matrimonial e das entidades familiares;
- f) princípio da consagração do poder familiar: substitui o pátrio poder, estabelecendo obrigações e direito conjuntos de ambos os pais sobre os filhos menores;
- g) princípio da liberdade: liberdade de escolha do tipo de família e do regime de bens, por exemplo;
- h) princípio da dignidade humana: garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar;
- i) princípio da solidariedade familiar: afetiva, psicológica e patrimonial;
- j) princípio do maior interesse da criança e do adolescente: proteção integral da criança e do adolescente, consagrado na Convenção Internacional de Haia.

1.2 PÁTRIO PODER E PODER FAMILIAR

Através de buscas históricas da civilização humana para observar justificativas para as relações de pais e filhos, é possível perceber que nos primórdios a religião exercia o poder maior sobre a família, cabendo ao pai o papel de chefe supremo da religião doméstica, caracterizando-o assim a autoridade sacerdotal do lar, responsável pela conservação dos costumes e por manter as tradições e cultos. Era ele o detentor de toda a responsabilidade religiosa.

Em Roma, na época do *pater familias*, o poder que o pai exercia sobre o filho era semelhante ao poder de propriedade. Era conferido ao pai poder incondicional.

As relações entre os membros da família eram baseadas na desigualdade, havia uma relação de poder do *pater familias* sobre os demais indivíduos do círculo familiar, daí a concepção da família “hierarquizada”, onde mulher e filhos eram tidos

como absolutamente incapazes, ou seja, eram considerados inaptos para reger as suas próprias relações jurídicas.

O Código Civil de 1916 seguiu essa linha de pensamento patriarcal como modelo para elaborar regras aplicáveis ao Direito de Famílias. Conforme descreve Ana Carolina Silveira Akel (2009):

O pátrio poder, denominação utilizada pela legislação civil de 1916, evidenciava de forma clara a importância conferida a figura paterna, que predominava na época da sua elaboração e início da sua vigência (1916/1917). Nesse período, o marido, ou pai, era considerado o chefe da sociedade conjugal, em decorrência do que representava legalmente à família, ou seja, tinha o poder de determinar o domicílio conjugal e de administrar os bens particulares da mulher, dentre outras regalias. (AKEL, 2009, p. 7).

Assim, uma peculiaridade que marcou o referido Código de 1916 foi a hierarquia patriarcal, ficando nitidamente claro no artigo 380, aludindo que “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

O referido artigo do mencionado código torna evidente a condição da mulher em uma categoria inferior ao homem. Mesmo após a revolução industrial e os movimentos de emancipação e liberação social da mulher, o patriarcado, perdendo expressão a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 substituída pela igualdade e pela cogestão, ainda perdurou no Brasil resquícios de desigualdades presentes nas relações familiares.

Contudo com o advento da CF/88 que em seu artigo 5º, I, determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, exercendo assim os mesmos deveres e tendo os mesmos direitos referentes à sociedade conjugal, inegavelmente foram traçados novos destinos para a família brasileira. Em especial atenção ao que dispõe o art. 226 da CF/88 e seus incisos:

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

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

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

§3º Para efeito de proteção do estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar conversão em casamento.

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

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

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano casso expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

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

§8º O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988).

Reforçando a ideia da isonomia entre homem e mulher, após dois anos da Constituição Federal, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando o código de menores (Lei n.º 697/79), dispondo sobre o poder familiar, ainda denominado de pátrio poder, dispondo em seu artigo 21:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condição pelo pai e pela mãe, na forma do 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. (BRASIL, 1990).

Contudo, já revelando um posicionamento a respeito da autoridade para a proteção surgiu uma nova nomenclatura, da expressão pátrio poder para pátrio dever. E outros a exemplo de poder parental ou poder-dever.

E assim por também remeter a ideia da superioridade da figura paterna sobre os filhos, o termo pátrio poder surgido na versão original do Código Civil de 1916 foi alterado para poder familiar, atribuído pelo CC/02, buscando evidenciar a igualdade de sexos, não só para sociedade em geral, mas para a sociedade conjugal, ficando clara a expressão, o exercício simultâneo dos pais e o conjunto de encargo legal nas responsabilidades impostas pelo estado sobre os menores.

Podemos ainda destacar outros fatores que contribuíram para a transformação do poder dos pais em relação aos filhos: o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62 onde se confirma que a mulher pode exercer, como colaboradora e juntamente com seu marido, o pátrio poder, estreitando a desigualdade entre pai e mãe, além de atribuir a mulher sua emancipação, o que lhe confere a *sui jûris*.

1.3 DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Mesmo sabendo que há preocupação em garantir à família uma certa atenção especial e ainda de ter consciência sobre a importância de oferecer aos filhos um lar completo, o número de rompimentos da sociedade conjugal aumenta a cada dia que se passa.

A partir do momento que o conflito se torna insolúvel na esfera familiar, dá-se então início ao divórcio na esfera judicial. Contudo, apesar dos conflitos e litígios, os pais devem conservar seus papéis de guardiões, como forma de preservar o bem-estar da prole.

Pelo sistema tradicional de guarda entende-se que, após a ruptura, os papéis dos genitores são redistribuídos e os filhos que antes conviviam com os pais sob um regime igualitário, passam a viver sob um regime dividido. O genitor detentor da guarda passa a exercer o poder familiar em sua totalidade, definindo todos os aspectos da vida do menor, administrando a pensão alimentícia. Ao não detentor cabe apenas o papel de fiscalizar, pagar pensão e visitar o filho.

Dessa forma, percebe-se na prática que quem possui o pleno exercício da autoridade parental é o guardião, o outro apenas conserva os potenciais mantimentos como forma de atuação.

A família é prejudicada devido a separação ou divórcio, pois a estrutura familiar que antes era normal passa a ser influenciada, em regra, por diversos fatores, tais como brigas e desentendimentos que acabam por prejudicar os filhos, influenciado no seu jeito de encarar a situação.

O mais importante na hora da ruptura conjugal é a questão da guarda, pois vai muito além da dor que os pais possam sentir pelo término da relação, levando mais adiante da discussão sobre a culpa e partilha dos bens. Os pais devem se afastar de todos esses problemas para decidirem de maneira coerente sobre a guarda dos filhos, pois como afirma Ana Carolina Silveira Akel (2009):

Embora, com o desligamento do casal, a autoridade parental não se extinga, seu exercício conjunto pelos pais sofre alterações práticas, pois normalmente, os menores são confiados à guarda de um dos genitores, isto

é, a desunião não acarreta a perda do poder familiar ao cônjuge que não detém a guarda, porém, dificulta que este a exercite de forma plena, restando-lhe o direito de visitas e a função de prestar alimentos. (AKEL, 2009, p. 58).

Vale salientar, para compreensão deste estudo, que o poder familiar é indisponível e inalienável, sendo inadmitido no direito brasileiro a transferência dos seus titulares para terceiros, seja em caráter gratuito ou oneroso. Além de indivisível, exceto nos casos de pais separados, onde são divididas as responsabilidades.

Normalmente o juiz, com apoio de profissionais da psicologia, decide sobre o modelo de guarda mais adequado para ser aplicado buscando o melhor interesse do menor, e isso muitas vezes se torna complicado, pois em alguns casos os casais passam a usar os filhos como objetos de seus conflitos, colaborando para que o filho passe a não respeitar a autoridade parental do genitor com quem não convive.

A própria justiça espera que a separação seja bem-sucedida, visto que até poucos anos atrás, nos processos judiciais que decidiam a quem cabia a guarda das crianças ou como seria dividido o patrimônio, era conferido aos juízes o poder de definir o culpado pelo fim do casamento para poder submetê-lo as exigências do parceiro. A tendência hoje não é apontar culpados mas incentivar o casal a chegar a um consenso sobre a partilha dos bens e a guarda dos filhos.

Portanto, é relevante que destacar e justificar aqui como se dá a ruptura da sociedade conjugal que, como observação inicial, não deve ser confundida com vínculo matrimonial ou conjugal. O Código Civil vigente dispõe em seu art. 1.571, que a dissolução da sociedade conjugal pode ocorrer várias formas.

1.4 A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro existem duas situações distintas que possuem disciplina jurídica diferente. A primeira é a guarda da criança ou do adolescente decorrente de separação de fato ou de direito dos seus pais; e a segunda é a guarda do menor de que se trata o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em ambos os casos o conceito de guarda é o mesmo, onde, de acordo com Silvio Paulo Brabo Rodrigues (1997), na pg. 21 de sua obra: “Manual de Guarda no Direito da Criança e do Adolescente”, onde afirma que a “guarda é o poder-dever de

manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”.

Vale mencionar ainda a afirmação de Jorge Shiguemitsu (2009, p.198), que define guarda como direito-dever que cabe aos pais, ou a quem de direito, de prover as necessidades vitais de alimentação, vestuário, higiene, moradia, assistência médica e odontológica, educação e lazer de seus filhos, ou daqueles que se encontram sob a sua proteção.

Não há de se confundir guarda com o poder familiar, muito embora ressaltamos a guarda seja elemento constitutivo do poder familiar, exercida por ambos os pais aos filhos menores durante a união estável, ou apenas por um deles, em virtude da ruptura da sociedade conjugal ou união estável.

Na dissolução da sociedade conjugal, poderá surgir três soluções em relação a definição da guarda. São elas:

- a) O casal, por intermédio de um acordo amigável, dispõe sobre a guarda dos seus filhos;
- b) A decisão é tomada em juízo, no caso de separação litigiosa ou em procedimento próprio de pedido de guarda;
- c) Por último, dependendo das circunstâncias, os filhos poderão ser colocados sob a guarda de parentes, também por decisão judicial.

Quando há um acordo, no caso da separação amigável ou consensual, um genitor delega ao outro a guarda dos filhos e a ele será conferido o direito de visitas. Essa é uma faculdade dos pais expressada pelo artigo 9º da Lei do Divórcio. Os pais podem decidir sobre o que é mais conveniente em todos os aspectos.

A decisão de ficar sob a guarda da mãe ou do pai após a separação, contudo, se for contrária a vontade e interesse do menor, o juiz poderá recusar a homologação do pedido da separação de acordo com o artigo 34 da Lei do Divórcio. É evidente que essa interferência judicial, no caso de separação consensual, só será exercida em casos excepcionais.

Em qualquer hipótese a decisão judicial que dispõe sobre a guarda não transita em julgado, ou seja, poderá ser modificada a qualquer tempo desde que o interessado nessa modificação possua motivos supervenientes que desaconselham a manutenção do menor sob a guarda do genitor que a detém.

São indisponíveis todo e qualquer direito ou interesse afetos à criança ou adolescente. Legitima-se o Estado (por intermédio de seu órgão incumbido de tal defesa, o Ministério Público, auxiliado por outros órgãos, como os conselhos de direitos tutelares) a exercer intensa fiscalização do cumprimento dos deveres pelos detentores da guarda, inclusive pugnando pela sua destituição, se for o caso.

O que prevalece sempre, tanto no tocante à guarda como à visita dos filhos é o interesse e o bem-estar do menor. Para confirmar tal entendimento o Supremo Tribunal Federal proferiu um acórdão que diz o seguinte: “Em relação à guarda dos filhos, na ruptura da sociedade conjugal, atento ao sistema legal, o que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe.” (STF, DJU, 20.12.87, p. 4406).

Assim, quanto a situação da guarda no caso de dissolução da sociedade conjugal, perante a Constituição da República, como desfecho lógico do que se expôs, compreende-se que a norma maior protege e assegura, com absoluta prioridade os interesses da criança e do adolescente, pois no atual momento não se pode restringir-se a definição da guarda como a definição dos direitos e deveres que os pais possuem em relação aos filhos decorrentes da autoridade parental, mas sim a consideração de que o princípio da supremacia do interesse da criança e do adolescente deve sempre prevalecer.

1.5 REQUISITOS PARA A DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Com a separação os pais não terão mais um regime igualitário, bipartindo as funções parentais e fazendo com que as decisões a sejam tomadas unilateralmente. Por isso surge a questão que deve ser prioridade no que diz respeito à guarda dos filhos, que é quanto a melhor capacidade entre os genitores para deter os filhos e o modelo mais adequado para ser aplicado.

Nos casos de dissolução da sociedade conjugal dada pela via consensual, a guarda dos filhos será regulada por acordo entre os pais, sujeito à homologação do juiz, que também poderá dispor de modo contrário, caso este acordo entre os pais não preserve o interesse dos filhos.

Inexistindo acordo, o Juiz deverá optar pela guarda compartilhada, aprovada com a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, salvo se um dos genitores não quiser a guarda do menor. Pois o interesse do menor deve prevalecer sobre os demais interesses. É claro que deve ser respeitado o direito dos pais, mas este não pode colidir com o interesse do menor.

Deve-se sempre priorizar a não separação dos irmãos. É desaconselhável que se divida os irmãos entre os pais. Seria muito pior ao menor ter, além da separação de seus pais, a desunião com seus irmãos. A pretensão é de atingir o mínimo possível o menor, e uma divisão com seu irmão certamente lhe traria um sentimento maior de perda.

Tendo os irmãos grande diferença de idade, esse critério é um pouco afastado. Mas em todo caso, sempre que possível, fazer possível manter a união dos irmãos. Se não for cabível, indica-se um amplo e geral regime de visitas.

Diferentemente do que ocorre na guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação civil não trouxe norma expressa prevendo a ouvida dos menores no caso de separação e divórcio. Na prática, os juízes ouvem os menores, não exigindo que os filhos escolham, mas somente ouvindo o que estes têm a dizer.

Eduardo de Oliveira Leite, apresenta com clareza o tema da seguinte forma:

Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento (maturidade) da criança, nada impeça sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem. (LEITE, 1997, p. 206).

Como já exposto, é princípio básico para se atribuir à guarda de filhos o melhor interesse do menor, mas este não dispensa a análise de outros princípios, dentre eles o do comportamento dos pais.

Segundo Waldyr Grisard Filho (2000):

Na atribuição da guarda, atento o Estado ao vetor do artigo 227 da CF, pais e filhos devem ser considerados em suas necessidades, direitos e limitações. É preciso que a decisão judicial considere os sujeitos ativo e passivo do instituto considerado em sua globalidade, objetivando a solução mais justa e que priorize o prevalente interesse da prole. (FILHO, 2000, p. 70).

2 GUARDA COMPARTILHADA E OUTRAS MODALIDADES DE GUARDA

No dia 13 de junho do ano de 2008 foi sancionado o Projeto de Lei 6.350-E, aprovado pelo Congresso Nacional, que se tornou a lei 11.698/2008, cujo objetivo era modificar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para introduzir na legislação brasileira a guarda compartilhada, posteriormente eis que surge a Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, dando significado sobre a expressão “guarda compartilhada” e alterando os referidos artigos e ainda os artigos 1.585 e 1.634 do mesmo Código.

É importante destacar que anterior à aprovação da lei, a guarda compartilhada já era dotada, contudo, de forma muito tímida, pois a regra de modo geral era a guarda unilateral, tendo a modalidade da guarda compartilhada caráter excepcional, devendo ser comprovado no auto que o maior benéfico para menor era a guarda compartilhada.

Com a redação da lei alterada, a regra é de que, *juris tantum*, seja adotada a guarda compartilhada, em vista da necessidade de convivência e do compartilhamento do filho com pai e mãe.

Assim a regra geral será sempre a concessão da guarda compartilhada. Valendo a guarda unilateral em caráter de exceção, devendo ser comprovada nos autos como a melhor alternativa para o menor, pois o sentido da guarda compartilhada consiste em garantir o princípio constitucional da convivência integral e absoluta em família, estando em acordo com os princípios regulamentares do ECA.

Contudo, importa mencionar aqui como extremamente necessária, em casos envolvendo questões relacionadas à guarda compartilhada e o respectivo regime de permanência com cada um dos genitores, a mediação que ensinará os pais a pensarem na função de cada um deles e a necessidade de manutenção de posicionamento similar. Ainda que esse modelo de consenso seja pouco tratado na nossa jurisprudência.

Com a separação dos pais a guarda dos filhos menores podia atender até três modelos: o da guarda única, o da guarda alternada e o da guarda compartilhada. Apesar da nova redação do artigo 1.583, ter especificado que em caso de rompimento da sociedade conjugal, o modelo de guarda a ser aplicado será unilateral ou a guarda compartilhada. Priorizando esses dois modelos de convivência, vale conceituar também a guarda alternada e ainda a nidificação ou aninhamento (modelo muito pouco usado em nossa sociedade).

2.1 GUARDA UNILATERAL

Vigente durante longas décadas, foi por muito tempo a modalidade de guarda mais utilizada pelo judiciário, era ela a guarda estabelecida como única. Nesse modelo, a guarda dos filhos pequenos ou adolescentes cabia, de maneira geral a figura da mãe, tanto é que na maioria dos casos o pai ficava com a obrigação de se comportar como uma espécie de visitante dos filhos, quase sempre nos finais de semana, ou ainda ficar com o papel único de provedor das necessidades materiais.

Entre outras, uma das desvantagens é que esse modelo de guarda acaba gerando uma hierarquia entre os pais. Como demonstra com clareza Ana Maria Milano Silva (2008, p. 122):

[...] na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre enfraquecimento de seus poderes paternos. Vale dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não-guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há, efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos genitores. (SILVA, 2008, p. 122).

Ao contrário do que se pensa, o poder familiar realmente não se extingue após a separação. Ambos os genitores continuam possuindo poderes sobre os filhos menores, porém acontece que esse poder é enfraquecido pelo modelo de guarda única, visto que ele tende a afastar o genitor não-guardião da convivência com a prole na medida que a visitação entre pai/mãe e filho e tornam escassas, com eventuais e superficiais contatos. Muito se observa crianças sofrendo com a separação repentina de um dos seus genitores.

Após o fim da sociedade conjugal que, analisada pela jurisprudência e estabelecidas às regras impostas pelo genitor guardião (normalmente pela mãe), percebe-se que o pai, no dia da visita, ao comunicar que estava perto da casa em que o filho morava, por exemplo, a mãe, se valendo da autorização do juiz, permitia que a criança, acompanhada de alguém, fosse até o portão e, não raras vezes, o pai

podendo, durante um dia determinado ficar com seu filho, não sendo concedido de maneira alguma ao genitor não-guardião prolongar esta convivência, mesmo que a criança tivesse intensa crise de choro na despedida.

Acerca desse exemplo anteriormente mencionado Waldyr Grisard Filho (2000) frisa que:

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas. (FILHO, 2000, p. 88).

Alguns juristas afirmam que muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecidas, acabam se desinteressando pelos filhos e abandonam a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe.

A realidade nos mostra que a visita desaparece ao longo do tempo, em comprovada desvantagem para os filhos, que assim vão perdendo o elo familiar que os une pela falta de convivência diária ou mais efetiva, levando muitos genitores que não detêm a guarda a acreditar que a única forma de conseguirem lidar com o sentimento da perda é se afastarem dos filhos, causando, com essa atitude prejuízos para o menor. Desta feita, os filhos vão perdendo a ligação com um dos genitores, pela falta de convivência e afetividade.

2.2 GUARDA ALTERNADA

Na guarda alternada, tal como o nome indica como ocorre a atribuição da guarda física e jurídica a cada um dos genitores, alternadamente, ou seja, revezando os filhos entre as moradias da mãe e do pai durante períodos preestabelecidos.

Este modelo garante que será dividida a guarda por períodos de tempo alternadamente, podendo a alternância ser de semanas, meses ou até anos. Normalmente de forma igual entre ambos os pais.

O genitor guardião, enquanto permanecer com o filho, terá de forma exclusiva a totalidade de deveres que integram o poder familiar. Enquanto um dos pais exercer

a guarda, ao outro cabe o direito de visita. Depois do término do período convencionado, invertem-se os papéis, sendo que a troca de guardião não depende de medida judicial, ao final de cada período o menor deixa a casa do genitor que estava exercendo a guarda e passa para o genitor que até então estava com o direito de visita e assim sucessivamente.

Contudo, a guarda alternada vem sendo severamente criticada devido ao possível prejuízo na construção de um sentimento de identidade da criança, uma vez que uma residência fixa desempenha um importante papel para o seu desenvolvimento. O que é confirmado por psicólogos, assistentes sociais e ainda pela jurisprudência e doutrina sob o fundamento que a alternância de lares pode causar instabilidade para o menor, dependendo da sua idade e das circunstâncias presentes.

Na visão dos especialistas, os malefícios da guarda alternada são claros, visto que prejudicam a formação dos filhos ante a supressão de referências básicas sobre sua moradia, hábitos alimentares, valores, padrões, formação da personalidade etc., o que compromete sua estabilidade emocional e física. Além de se contrapor a continuidade do lar, devido à constante mudança de residência.

Para Waldyr Grisard Filho (2000) a guarda alternada gera problemas no plano emocional da criança e também no plano jurídico, sendo as desvantagens desse modelo, o grande número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana.

Dessa forma, por ser inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e à forma formação da personalidade, principalmente quando se trata de crianças pequenas, é que a guarda alternada tem encontrado poucos adeptos e sido pouco utilizada junto ao direito brasileiro, nos mesmos moldes do direito estrangeiro. Com isso, outros modelos se apresentam com mais vantagens para a criança. Dentre eles a guarda compartilhada.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada mesmo antes de ser definida como prioridade por lei já era adotada por alguns juízes em nosso país, tendo em vista o melhor interesse para o menor.

Tal modelo de guarda convencionada que o pai e a mãe, dividam a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilhem as obrigações pelas decisões relativas ao filho menor.

A fixação da guarda compartilhada nunca representou a divisão, ao meio, do tempo dos filhos, mas sim uma ferramenta para assegurar aos filhos menores a possibilidade de mínimo sofrimento possível diante da separação de seus pais, uma vez que permanecerão unidas a figura materna e paterna, não se rompendo os laços afetivos estabelecidos com a prole.

2.4 DIFERENÇAS ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA

Muitas pessoas confundem esses dois tipos de guarda e devido a essa confusão de conceitos acabam por criticar o modelo da guarda compartilhada, apenas por não saberem as diferenças básicas entre ambas. Cumpre então denotar algumas diferenças entre guarda compartilhada e alternada.

A guarda alternada pressupõe uma divisão igualitária de tempo em que a criança passará com cada genitor, diferentemente da guarda compartilhada em que não há essa divisão de tempo. Na primeira, há alternância de lares e da guarda dos filhos, já a segunda não implica necessariamente nessa alternância de domicílios e a guarda não se altera, já que ambos são responsáveis pela guarda do menor, ao contrário da alternada. Em suma, diferentemente da guarda alternada, na guarda compartilhada não há alternância de residências, pois como visto, impediria que a criança criasse uma referência que lhe serviria de modelo de conduta e de caráter. Ao contrário, na guarda compartilhada se define a residência de um dos pais, ou seja, o menor mora efetivamente com um dos genitores, mas está com o outro genitor mais vezes e em melhores condições, estabelecendo o compartilhamento de responsabilidades.

Outro modelo existente, mas raramente utilizado no direito é o da nidadação ou aninhamento.

2.5 GUARDA NIDAL OU ANINHAMENTO

É uma outra maneira de alternância da guarda que consiste na ideia de que o filho reside e permanece em uma só casa e com as mesmas rotinas, e os pais que alternam suas vidas na casa para atender e conviver com os filhos. Ou seja, pai e mãe teriam que ter seus respectivos lares para quando não estivessem residindo com o filho.

O elevado custo ocasionado nessa modalidade de guarda torna inviável a aceitação do método, pois as despesas e custos serão correspondentes a de três lares, fazendo com que esse modelo ainda seja pouco utilizado no Brasil.

Mesmo a doutrina não denotando grandes ensinamentos sobre tal tipo de guarda, se pode verificar que pouco se tem usado este tipo de guarda nos tribunais brasileiros.

2.6 A GUARDA COMPARTILHADA PREVISTA NA LEI

Após sancionado o Projeto de Lei 6.350-E de 2002, aprovado pelo Congresso Nacional, e que se tornou a Lei 11.698/2008, foi modificado os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, determinando apenas duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. Contudo, há de mencionar ainda a existência da Lei 13.058 de 2014 que alterou os mesmos artigos, deixando-os da seguinte maneira, conforme demonstrativo entre as antigas e a nova redação do artigo 1.583 do Código Civil.

a) Redação antiga do artigo 1.583 da Lei 10.406 de 2002:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. (BRASIL, 2002).

b) Redação do artigo 1.583 na Lei 11.698 de 2008:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só genitor ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilidade 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 A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores.

- I – Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – Saúde e segurança;
- III – Educação.

§3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (BRASIL, 2008).

c) Atual redação do artigo 1.583, conforme a Lei 13.058 de 2014:

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

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

§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).

- I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- II - saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
- II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- III - educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
- III - (revogado). (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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2014).

Fica claro que o referido artigo busca privilegiar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo que a guarda seja entregue ao pai, a mãe ou a um terceiro, contanto que haja como finalidade atender o melhor interesse do menor.

Configura intenção deste estudo compartilhar o entendimento de que esse modelo de guarda unilateral está superado, haja vista que ele permite uma separação e um divórcio entre pais e filhos, motivos pelo qual deve ser utilizado somente nos casos em que o diálogo entre ex-marido e ex-mulher for possível, deixando especificado no parágrafo 5º que a guarda unilateral obriga pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Destaca-se que o procedimento para se obter a guarda, seja unilateral ou compartilhada, está descrito no artigo 1.584 do Código Civil.

A seguir a comparação das redações antigas e a nova do ora tratado dispositivo:

a) Antiga redação do artigo 1.584 na Lei 10.406/02:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz definirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e revelação de afinidade na lei específica. (BRASIL, 2002).

b) Redação do artigo 1.584 na Lei 11.698/08:

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

I – Requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

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

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe, o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2º Quando não houver acordo entre mãe e pai quanto a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do ministério público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de

prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá à guarda à pessoa que revele compatibilidade com natureza da medida, considerando, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2008).

c) Atual redação do artigo 1.584 da Lei 13.058/14:

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

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

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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

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

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

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

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

Vale salientar aqui a afirmação do parágrafo 2º quando estabelece que a guarda compartilhada deverá ser aplicada sempre que não houver acordo entre mãe

e pai que estiverem aptos para exercer o poder familiar, exceto se um dos genitores declarar que não possui interesse.

Pelas leituras realizadas para este estudo, importa relatar a procedência no entendimento de alguns juízes, advogados e doutrinadores, quando acreditam que a guarda compartilhada não pode ser imposta pelo magistrado, pois ela pode ir contra o princípio de boa convivência, dando espaço para que aumente as mágoas, as disputas e discórdias, tendo no filho a ponte de recados entre os genitores, não contribuindo para que esse modelo de guarda crie espaço de segurança e equilíbrio emocional e afetivo.

Não há dúvidas de que o modelo da guarda compartilhada é o melhor, porém, em certas situações pode ser o pior para todos, principalmente para as crianças e adolescentes. Pois, conforme entendimento de alguns magistrados fazem crer que para a guarda compartilhada dar certo, é necessário que exista diálogo entre ex-marido e ex-mulher, assim, nos casos que não são possíveis a princípio, é indicado a utilização da técnica de mediação, objetivando auxiliar as partes a manterem um canal aberto de diálogo, em virtude do interesse dos filhos.

É indicado ainda no parágrafo 3º que o magistrado para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, pois é preciso considerar que nem o Juiz de Direito, nem o Promotor de Justiça possuem conhecimentos técnicos que lhes permitam verificar o que é melhor para questões familiares que envolvam o relacionamento entre as pessoas.

É válido ressaltar que a convivência com o pai e a mãe é de grande importância para o menor, haja vista a harmonia dos papéis de seus genitores.

3 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FUNÇÃO DO PODER PARENTAL

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) aponta que em 89,2% nos números de divórcios concedidos no Brasil em 2006, a responsabilidade com a guarda dos filhos menores ficaram a encargo das mães. Assim, resta comprovada a necessidade de buscar a quebra desse paradigma, vez que as crianças e adolescentes necessitam da figura de ambos os genitores envolvidos na sua criação, sendo conferido a cada um o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

Desta forma a guarda compartilhada veio à tona para preencher os déficits dos outros modelos de guarda, principalmente a unilateral, onde há o tradicional sistema de visitas do pai e a mãe é quem toma todas as decisões sobre a vida da criança.

Tal sistema privilegia a mãe na grande maioria dos casos, gerando relevantes prejuízos, tanto de ordem emocional quanto social, aos filhos. Analisando o disposto no parágrafo 2º do artigo 1.584 do Código Civil, que coloca em destaque a aplicação da guarda compartilhada e levando em consideração as relações familiares caso a caso, este modelo de guarda garante regras para o exercício ajustado do poder parental, uma vez que na guarda compartilhada os genitores continuam exercendo em comum a guarda, dividindo a responsabilidade legal sobre os filhos e compartilhando as obrigações pelas decisões importantes do menor.

Quando apenas um dos genitores mantém a guarda sobre os menores ou adolescentes os prejuízos se refletem naquele a quem é dada apenas o direito de visitação, cuja falta de contato mais íntimo com os filhos leva consequentemente a um enfraquecimento dos laços amorosos, tornando-o um mero genitor, privando-o do contato diário das responsabilidades e méritos dos filhos.

Em tempos que a mulher não possui mais a exclusividade na criação dos filhos, e em que se ganha consciência da importância da função paterna, a aplicabilidade da guarda compartilhada e a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Novo Código Civil, buscam atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que apesar do divórcio ou da separação não se extingue as relações entre o casal parental, se estendendo os laços de convivência em função dos filhos.

Não que a guarda compartilhada vá impedir o mau uso do poder, mas sem dúvida, deixa menos margem às manipulações, e se as houver, ficam mais evidentes. Pois, sendo a família o primeiro pilar no desenvolvimento e crescimento da criança, é indiscutível que se mantenham os vínculos familiares, sendo esta o “porto seguro” que visa assegurar a criança, o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal.

A guarda compartilhada busca equilibrar os direitos e deveres parentais e permitir que ambos os genitores participem ativamente da educação e criação do menor. Nessa modalidade os pais conjuntamente e consensualmente decidem as questões sobre educação, lazer saúde e tudo que seja referente aos filhos. Assim, o que seria em outros modelos de guarda um não-guardião deixa de ser um espectador dos acontecimentos da vida dos filhos para ser protagonista e responsável. Com efeito, ambos os genitores serão guardiões e terão o poder-dever de cuidar dos interesses e necessidades da prole.

Waldyr Grisard Filho (2000) disserta sobre a importância do instituto da guarda dizendo:

A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psicologicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo ao mesmo tempo, proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação às pessoas dos filhos. (FILHO, 2000, p. 61).

A guarda compartilhada permite que os filhos continuem convivendo continuamente com os pais que continuam tomando decisões conjuntas, compartilhando tristezas e alegrias, promovendo um modo de viver salutar para o menor ou adolescente e diminuindo os rancores e as diferenças causadas pela ruptura da sociedade conjugal.

A guarda comum entre os genitores facilita a responsabilidade cotidiana destes que passa a ser dividida entre eles dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos, garantindo que as duas figuras, pai e mãe, mantenham um contato permanente, equilibrado, frequente e responsável com seus filhos, evitando tanto a exclusão quanto a omissão daquele que não está com a guarda naquele momento.

Além disso, qualifica a aptidão de cada um dos pais e os equipara quanto ao tempo livre para a organização de sua vida pessoal e profissional. Também estimula maior entendimento entre os pais, possibilitando a convivência igualitária da criança com qualquer deles, promovendo desta maneira a inclusão e participação nas famílias, evitando o fenômeno do pai como um mero provedor da pensão alimentícia, favorecendo a comunicação entre todos os membros da família.

Este modelo propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e certeza de que não foram descuidados após a separação. Para que o exercício da guarda compartilhada possa funcionar importa que os pais revelem capacidade de cooperação e de educar em conjunto o filho menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, já que o sucesso desse modelo de guarda pressupõe o afeto como valor jurídico, estimulando entre os genitores uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito.

3.1 GUARDA COMPARTILHADA E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Com a aplicação da guarda compartilhada as vantagens se mostram óbvias no sentido de garantir que os maiores beneficiados sejam os filhos menores. A jurisprudência revela cautela na fixação da guarda compartilhada quando almeja intrigas e falta de harmonia entre os genitores, contudo, essa ressalva não impede que o juiz faça a opção pela guarda compartilhada, garantida no parágrafo 2º do artigo 1.584 do Código Civil, prevendo que se não houver consenso entre os pais acerca da guarda dos filhos, deverá ser aplicada a guarda compartilhada sempre que possível, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja obter a guarda do menor.

Vale lembrar um possível ponto negativo na aplicação da guarda compartilhada nos casos de separação litigiosa, onde os ex-companheiros não possuem boa relação, não cooperam, guardam mágoas e ressentimentos do outro, não objetivando o melhor interesse do menor, de modo que os conflitos interfiram no bom desenvolvimento do menor e nas decisões dos pais.

Existem outras restrições quanto à adoção da guarda compartilhada e se refere à violência doméstica que seja comprovada ou que se tenha indícios significativos de

que um dos genitores praticou qualquer ato de violência contra o outro ou contra um dos filhos.

Outro ponto a ser analisado diz respeito a possibilidade de a guarda compartilhada criar uma expectativa, para os filhos, de reconciliação entre os genitores, que talvez venha ser impossível. Eduardo de Oliveira Leite, em contraposição a essa crítica, discorre com o seguinte entendimento:

Não é a guarda conjunta que cria a ilusão da não destruição da família (perigosa, porque contrária à realidade), mas a ausência de uma postura clara, objetivamente assumida pelos genitores. (LEITE, 1997, p. 288).

Em contrário às ressalvas feitas à guarda compartilhada temos os aspectos positivos que a doutrina traz como relevantes a sua determinação. O primeiro é o direito que toda criança tem de conviver com ambos os genitores, direito este estabelecido em convenções nacionais e internacionais e códigos elaborados a partir de tais. Há ainda que se falar na condição de o menor não ficar privado da convivência com o grupo social e familiar de cada um dos genitores.

Comprova-se ainda que as funções do pai e da mãe se complementam, não havendo nesse modelo uma hierarquia entre eles. Assegurando aos menores a diminuição contínua dos sentimentos de rejeição. Confirmando a isonomia prevista na Constituição Federal de 1988, ou seja, a prática do princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Logo ambos possuem o direito de conviver com o filho menor e se responsabilizarem igualmente pelas atribuições da guarda, além do direito de convivência contínua que é fundamental para a construção da identidade social das crianças.

Fica claro que as vantagens da guarda compartilhada podem ser relacionadas tanto a partir do ponto de vista dos filhos, quanto dos pais. Pois, sob a ótica dos filhos a vantagem está expressa no direito de convivência, ou seja, a guarda compartilhada incidiria como diminuidora das dificuldades que as crianças normalmente enfrentam em se adequarem as novas rotinas e novos relacionamentos após a separação se seus pais.

Waldyr Grisard Filho confirma tal entendimento da seguinte maneira:

[...] além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o

conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos mesmos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos, significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. (FILHO, 2002, p.175).

Estudos revelam que a guarda compartilhada oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas, pessoal, profissional, social e psicológica. As estatísticas comprovam que somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto 45% delas, do grupo da guarda compartilhada, constituem novas uniões. Não deixando de reafirmar a igualdade almejada pela Constituição Federal.

Não se pode deixar de mencionar que a guarda compartilhada não deve ser imposta como uma solução para todos os casos, mas que pode ser a opção mais justa para que cada vez mais os pais busquem esta modalidade de guarda, pois como já foi demonstrado, uma das finalidades da guarda compartilhada é garantir eficácia ao poder familiar, comprovando que mesmo com a separação do casal o poder familiar não seja retirado dos pais.

Sabe-se que a presença do pai e da mãe é essencial para que a criança cresça saudável e equilibrada, porém, nem sempre os genitores são maduros o suficiente para entenderem isto e desta forma acabam não preservando o bem-estar dos filhos após a separação.

Como visto, são várias as vantagens que a guarda conjunta possibilita, tanto para os genitores, quanto para os filhos. Portanto, é necessário que as barreiras que criam divisões entre os pais em relação à criação e educação, em decorrência da separação, sejam superadas, de modo que os filhos tenham um desenvolvimento seguro e saudável para se tornarem cidadãos úteis e necessários para a sociedade em que vivem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido ao desenvolvimento e os estudos efetuados para este trabalho muito se falou acerca de famílias e de como esta tem mudado de perfil, onde grande parte dessas mutações consistem reflexos das imposições sociais em virtude do grande avanço da tecnologia e da globalização.

Apesar de estarem sendo desenvolvidos novos conceitos de família, como por exemplo a família monoparental, o que se observa mesmo é o reconhecimento da importância dos papéis exercidos pela figura do pai e da mãe na formação psicossocial e emocional do filho. Visto que esses papéis ficaram evidenciados através da nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, que passou a garantir a possibilidade de, após a separação do casal, os filhos continuarem sob a guarda e proteção conjunta dos pais.

Sabe-se que afeto não pode ser garantido nos critérios da legislação e jurisprudência, mas a garantia da convivência e da participação efetiva sobre as decisões importantes que incidem sobre o menor, promove o fortalecimento dos laços emocionais.

Ainda que com um dos genitores já não tão próximo, continua o exercício das mesmas funções junto aos filhos, da mesma forma como ocorria antes da separação. A obrigação de pai e mãe não se acaba na separação conjugal. Homem e mulher passam a trilhar caminhos diferentes, mas cruzados pelos filhos.

Não é uma alteração na lei que vai garantir o quadro da família feliz. Muitos menores que vivem em orfanatos conseguem se consagrar adultos responsáveis e equilibrados, mesmo fora da vida em família, contudo a psicologia já mostra hoje que estes procuram se espelhar em pessoas a eles ligadas emocionalmente e que possam servir de modelo dos papéis exercidos pelos genitores. Tais ciências também comprovam que a trajetória a ser percorrida por esses menores poderá ser bem mais difícil.

Fica assim justificado o enfoque principal desse estudo que buscou comprovar que a guarda compartilhada veio para resguardar o direito de viver bem em família, reafirmando na condição da lei que o exercício do poder parental possibilita a continuidade dos elos familiares em benefícios dos filhos.

De modo geral a família que residia junta em um mesmo lar, após o rompimento conjugal, passa por uma reestruturação que pode deixar sequelas emocionais no amadurecimento dos filhos. Nem sempre no processo de separação dos vínculos conjugais os pais conseguem reorganizar suas vidas de modo a demonstrar equilíbrio nas funções que exerciam durante o casamento.

Observou-se ainda que em alguns casos a relação pode acabar para um dos cônjuges e para outro não. A desunião dos pais sempre será para os filhos uma ferida aberta no conceito de família, e a cicatrização se dará na medida em que as arestas e os conflitos entre homem e mulher forem sendo resolvidos.

Portanto, vale dizer que a guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos na família que foi desunida pela separação, sendo que seu principal objetivo nada mais é do que dar continuidade a autoridade dos pais, assim como era no casamento.

Os desejos de ambos os genitores devem ser no sentido de compartilhar a criação e a educação do filho e de manterem adequada comunicação, pois essa convivência propicia o desenvolvimento com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo as relações e a construção da identidade pessoal.

O que esse modelo de guarda busca é permitir que os pais continuem a agir como tais, dividindo responsabilidades, participando da vida da criança, que pode ser ameaçado no modelo de guarda única em que um possui a guarda e o outro apenas direito a visita.

Portanto, devendo a guarda compartilhada ser vista como uma possibilidade que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência e da responsabilidade pela prole.

Muito se discute hoje sobre o desenvolvimento emocional saudável da criança, a ponto da lei recentemente se preocupar em manter filhos longes e ausentes dos conflitos desencadeados por uma separação litigiosa.

Tais conflitos muitas vezes são estendidos até os menores, colocando esses como espiões da vida do pai ou da mãe, motivando as crianças a se contraporem a um dos seus genitores através de chantagens, não por vontade própria, mas por induzimento por parte da mãe ou pai, e as vezes até pela família de um dos lados ou dos dois lados.

Esse comportamento desenvolve um efeito bem conhecido dos juristas, citado durante o decorrer dos estudos como a alienação parental, que pode comprometer o desenvolvimento dos filhos, vítimas de uma família rompida pela separação.

A guarda única pode alimentar neste momento o desequilíbrio entre as decisões de pais e de mãe, garantindo à um dos genitores mais direitos sobre o filho que o outro.

Assim, a garantia da extensão do poder parental concedido a ambos os genitores é uma nova forma de enxergar a guarda de forma que ela possa ser compreendida como espécie de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal, como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

Destarte, como único meio de assegurar a igualdade entre os pais na condição dos filhos menores após o fim do casamento ou da união é que a guarda compartilhada demonstra sua efetividade. Fazendo, assim, um corte no instituto da guarda única, com o intuito de proporcionar aos pais e filhos uma convivência estreita e íntima, estabelecendo a possibilidade da presença de ambos os genitores na tomada de decisões acerca do futuro dos filhos, respeitando os princípios consagrados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2009.
- BRASIL. **Código Civil**. Brasília, Senado Federal, 2002.
- BRASIL. **Código Civil**. Brasília, Senado Federal, 1916.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Decreto Lei nº 11.698 de 2008**. Brasília, Senado Federal, 2008.
- BRASIL. **Decreto Lei nº 13.058 de 2014**. Brasília, Senado Federal, 2014.
- BRASIL. **Decreto Lei nº 3.200 de 1941**. Brasília, Senado Federal, 1941.
- BRASIL. **Decreto Lei nº 8.069 de 1990**. Brasília, Senado Federal, 1990.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**: Quem Melhor para Decidir? São Paulo: Pai Legal, 2002.
- FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- IBGE. Diretoria de Pesquisas. **Coordenação de População e Indicadores Sociais**. Estimativas da população residente, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2ª edição. Leme: J. H. Mizuno, 2008.