



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

THAÍS SOUTO MAIOR DE LYRA PESSOA

GUARDA COMPARTILHADA E SEUS BENEFÍCIOS NO DIREITO BRASILEIRO

Recife
2017



THAÍS SOUTO MAIOR DE LYRA PESSOA

**GUARDA COMPARTILHADA E SEUS
BENEFÍCIOS NO DIREITO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada por Thaís Souto
Maior de Lyra Pessoa, matrícula 081.680.144-
48, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito, sob a
orientação do professor Daniel Meira.**

Recife
2017



DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus que me guiou até aqui, o maior advogado que há; Aos meus pais e todos familiares pela força e incentivo diários.



AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pelo privilégio na conclusão deste sonho, ao exímio corpo docente da Faculdade de Direito do Recife, funcionários, diretores, os meus familiares e todos os amigos conquistados ao longo desta trajetória.

RESUMO

Este presente trabalho visa apresentar todos os aspectos inerentes à instituição da guarda compartilhada no direito. Inicia-se este trajeto partindo do que se entende por poder familiar, o poder exercido dentro das instituições familiares e que designa toda a relação de direitos e deveres neste âmbito. Prosseguindo na pesquisa, parte-se para o que seria a guarda propriamente dita, suas origens, conceitos, até alcançarmos o ápice do referido trabalho ao apresentar a guarda compartilhada. Analisa seus antecedentes históricos, a evolução do instituto no direito comparado e seu surgimento no ordenamento jurídico pátrio. Verifica as transformações ocorridas na sociedade contemporânea, em especial no conceito de família. Aborda os aspectos intrínsecos de tal guarda sua aplicação, viabilidade e consideração de que, sem dúvidas, deve ser considerada um tipo de guarda aplicável e cabível no direito atual, servindo como garantia de igualdade entre os pais na condução da educação, convívio e participação ativa na vida de seus filhos, frente aos constantes rompimentos das relações conjugais.

Palavras – Chave: Poder Familiar. O instituto da Guarda. Guarda Compartilhada.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. PÁTRIO PODER.....	09
1.1. Origem.....	09
1.2. O pátrio poder no Brasil.....	09
2. A GUARDA NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	15
2.1. Conceito.....	15
2.2. Aspectos históricos.....	18
2.3. Aplicação na separação consensual e litigiosa.....	19
2.4. A busca pelo melhor interesse do menor.....	21
2.5. Modalidades de guarda.....	22
2.5.1. Unilateral.....	22
2.5.2. Alternada.....	23
2.5.3. Aninhamento.....	25
2.5.4. Compartilhada.....	25
3. O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	27
3.1. Aspectos introdutórios.....	28
3.2. Guarda compartilhada no mundo.....	29
3.3. Guarda compartilhada no Brasil.....	29
3.4. Aplicação e a divisão doutrinária.....	33
3.5. Lei sobre guarda compartilhada aprovada no senado.....	39
3.6. Prestação de alimentos.....	41
3.7. Aspectos psicológicos.....	42
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O cuidado, a proteção física e psíquica da criança e do adolescente, bem como a responsabilidade pelo desenvolvimento saudável destes são aspectos que se relacionam de forma direta com os genitores, os quais na constância do casamento dividem e se comprometem mutuamente e de forma solidária para este propósito. O maior impasse surge com o advento da dissolução do casamento ou da união estável, uma vez que com a separação dos pais a questão a ser solucionada é com quem vai ficar o filho, ou seja, quem vai deter a guarda do menor.

Essa é uma questão complexa no direito de família, pois com a separação vêm inúmeros fatores que corroboram para um quadro de sofrimento com o afastamento familiar, apresentando uma realidade de conflito, mágoa, desrespeito mútuo e disputa, ficando cada vez mais evidenciada a descontinuidade dos laços afetivos com um dos pais, que cada vez mais disputarão a posse do filho, trazendo consideráveis prejuízos emocionais a todos os membros da família.

O pátrio poder, melhor chamado poder familiar é inerente à condição de genitores e vem a garantir aos filhos o devido tratamento para uma condição digna de existência e desenvolvimento. Ele inicialmente se subordinava aos interesses paternos, onde o pai era a autoridade maior do lar, devendo a mulher apenas obedecê-lo. Com o passar do tempo, esse poder familiar foi ganhando aspecto mais democrático no que se refere à igualdade entre homens e mulheres, especialmente no direito de família. A partir daí as relações após a ruptura do casamento passaram a se inverter, surgindo a crescente tradição prática e legal de favorecer a mãe nos casos de guarda dos filhos menores, por entenderem que a figura materna seria a mais indicada para os cuidados dos filhos e do lar.

Partindo deste ponto, se tem que a guarda é a obrigação atribuída a determinado indivíduo por lei ou decisão judicial, para que este mantenha sob sua autoridade e proteção outra pessoa, visando sua manutenção, ensino, tratamento ou custódia. Ela contempla várias modalidades, como a alternada, aninhamento e a unilateral sendo muito utilizada no direito brasileiro, e que, muitas vezes, beneficia mais a mãe. Caso em que o filho fica sob a guarda de um único genitor, o que revele

melhores condições para cuidar do menor, cabendo ao outro a visitação, prestação de alimentos e a fiscalização das decisões tomadas na vida do filho.

Neste contexto, na busca de novas soluções para essa realidade é que surge o instituto da guarda compartilhada, com a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. O instituto consiste na 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 em comum. Mesmo que possa ser vista como uma maior intervenção do Estado na família, a norma busca alinhar-se aos princípios constitucionais da proteção integral ao menor, do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, protegendo, assim, os direitos fundamentais da criança e do adolescente e dos demais integrantes do núcleo da família.

Este trabalho, portanto, fala dos muitos aspectos que envolvem a guarda compartilhada, sob vários ângulos distintos e mostrando ou consolidando o entendimento de que esta é a melhor opção frente aos outros tipos de guarda para se tratar de maneira menos traumática os conflitos da dissolução conjugal e que venha desta forma a minimizar os impactos negativos desta realidade sobre a vida dos filhos e de toda a família.

1. PÁTRIO PODER/ PODER FAMILIAR

1.1. ORIGEM

O Pátrio poder é um termo advindo do remoto direito romano - *pater potestas* - tratando-se de direito absoluto e ilimitado, conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. Enfatizava a importância que havia na figura do chefe da família, a qual era considerada a célula-base da sociedade romana e em que se alicerçava toda a organização política do Estado. Toda família tinha o seu Patriarca que exercia todo tipo de função, sendo os outros membros todos submissos a este. Portanto, nos primórdios dessa civilização, a família constituía uma entidade extremamente rigorosa, baseada na figura paterna e no autoritarismo.

No Direito Romano, os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao 'pater familias' a autoridade suprema do grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre o filho. (PEREIRA, 2009, p. 237).

A influência romana no tratamento e disciplina do instituto do pátrio poder foi incorporado na nossa legislação através do Direito Português, quando este vigeu em nosso país. Mesmo após a independência política permaneceu vigorando em território brasileiro as leis e decretos promulgados pelos reis portugueses, pela simples razão de que não havia leis genuinamente brasileiras que ordenassem a vida da população, da jovem nação recém-independente.

1.2. O PÁTRIO PODER NO BRASIL

No Brasil, o código civil de 1916 adotou a expressão do "Pátrio Poder", na qual designava um poder-dever dos pais sobre os filhos, de forma que prevalecia ainda a autoridade paterna sobre a materna, postulando no artigo 380 da sua redação original que: "Durante o casamento exerce o pátrio poder o marido como chefe da família, e na falta ou impedimento seu, a mulher." Naquela época, a discriminação contra a mulher evidenciava-se de tal forma que, ao casar-se novamente por morte do marido, perdia o pátrio poder dos filhos e só o recuperava se voltasse à condição de viúva. Havia também aqui a previsão dos genitores sofrerem sanção pelo

descumprimento de seus deveres em relação aos filhos. Tal denominação para a expressão adotada subsistiu por muitos anos.

Apenas com o Estatuto da mulher Casada (Lei 4.121/62) é que foi assegurado o Pátrio Poder para ambos os pais, mas sendo exercido pelo marido com a colaboração da mulher, e havendo conflitos, prevalecia a vontade do pai, podendo a mulher recorrer à justiça.

Mais tarde a Constituição federal veio tratar de forma isonômica o homem e a mulher, garantindo a ambos direitos e deveres iguais relativos à sociedade conjugal, o que se dispõe no artigo 226, parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”.

Na legislação Civil, com a instauração do seu novo código instituído pela Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o termo “Pátrio poder” foi substituído por “Poder Familiar”, mostrando ser injustificada a preponderância paterna no âmbito familiar.

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil 2002. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, no interesse de sua realização como pessoa em formação. (LÔBO, 2006, p.63).

Nas palavras de Sílvio Rodrigues: “[...] pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra ‘pátrio’ do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família como o nome sugere”. (2012, pág. 127).

“De objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou a modificação do conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais”. (VIEIRA, 2009, p.82)

Para a doutrina a melhor expressão seria autoridade parental, por melhor retratar a consagração do Princípio da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes, vistas como prioritárias na garantia da efetivação dos seus direitos.

Com relação ao Poder Familiar, o artigo 21 do Estatuto da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/90) vem a garantir a total titularidade dos menores aos direitos humanos, bem como a prioridade dos seus interesses, rezando que:

Art. 21- O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovou em 20 de novembro de 1989 na Assembleia Geral das Nações Unidas, a adoção da “Doutrina da Proteção Integral” em relação a esse grupo de pessoas. Essa “Doutrina” ou “Princípio da Proteção Integral” implica em reconhecer que as crianças e os adolescentes, em situação irregular ou não, merecem proteção especial e todos os direitos a eles inerentes devem ser observados com prioridade. Tal princípio abraçado pelo Estatuto da criança e do adolescente tem como fundamento que estes sejam sujeitos de direito, deixando, pois, de serem objetos passivos para se tornarem titulares de direitos, tratando-se de destinatários de absoluta prioridade e, sobretudo, o devido respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ademais, o caput do artigo 227 da Constituição de 1988, o qual também incorporou a doutrina da proteção integral, atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de cuidar precípua e incondicionalmente das crianças e adolescentes.

Art. 227- 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2009, p.60), conceitua o poder familiar: “É o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não

emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.

Conceitua Sílvio de Salvo Venosa (2009, p.365), “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens”.

Para Maria Helena Diniz (2010, p.447), o Poder Familiar é:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Esse poder, atribuído simultaneamente e igual aos pais, e em algumas exceções a um deles, na falta do outro, é exercido para o proveito, proteção e interesse da prole, surge de uma necessidade natural, vez que todas as pessoas, durante sua infância, necessitam de alguém que as defenda, eduque, ampare, guarde, crie e zele por seus interesses, administrando seus bens e sua pessoa.

As obrigações que advém deste poder são personalíssimas, em que todos os filhos menores de dezoito anos estão sujeitos, com o objetivo de proteger a eles e aos seus bens. Este poder engloba um conjunto de normas sobre a competência dos genitores da prole, sendo estipulados no artigo 1634 do Código civil:

Art. 1634 – (...)

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

No entanto, segundo entendimento de Maria Berenice Dias (2009), do extenso rol do citado artigo não consta, talvez, o que seja o mais importante, qual seja dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Na questão patrimonial, é dever dos pais administrar os bens dos filhos na defesa dos interesses do menor, é o que expõe o artigo 1689 da lei civil:

Art. 1689 – O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I – são usufrutuários dos bens dos filhos;

II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

No entanto, o próprio código civil limita esse poder administrativo dos pais, não podendo, segundo seu artigo 1.691, alienar, hipotecar, ou gravar de ônus real dos imóveis dos filhos menores, nem contrair obrigações em nome deles que ultrapassem os valores da simples administração, exceto por necessidade ou evidente interesse da prole, havendo para isso a necessidade de autorização judicial.

No que concerne a esta responsabilidade, bem como a todas inerentes aos Pais, o Estado pode interferir na relação familiar, com vistas a proteger os direitos do menor. Alega ser prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de intervir no convívio da família, uma vez que é interesse estatal assegurar os direitos daqueles que constituem a realidade da sociedade futura.

Sílvio Rodrigues (2004, p. 363) diz:

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar.

No Estatuto da criança e do adolescente para a ação de perda ou suspensão do poder familiar, são competentes o Ministério Público ou “quem tenha legítimo interesse”. Está prevista a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado à pessoa idônea, é o que

estabelece o seu art. 157. A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163).

O Poder Familiar possui características essenciais (Ishida, Valter, p.239): “[...] sendo irrenunciável, não podendo aos pais abrir mão dele; indisponível; inalienável; não podendo ser transferido pelos pais; imprescritível; e é incompatível com a tutela”.

A lei é estruturada em função privada, de direito subjetivo e em posição de poder e, é irrenunciável, pois os genitores não podem renunciar o fato da titularidade de pais, bem como inalienável, sendo indisponível a transferência de pais para outrem a títulos gratuitos ou até onerosos, ressalva em caso de delegação prevista em lei. É imprescritível, não prescreve pelo fato de não exercer as funções de genitor, a perda se compreende nos casos observados em lei. É incompatível com a tutela, não se nomeia um tutor se os pais provem de possibilidade de exercer o pátrio poder. (BERNARDI, 2009, p.275)

Sílvio de Salvo Venosa (2009, p.354) fala sobre a questão da proteção, salientando que “o exercício do Poder Familiar pressupõe o poder do pai e da mãe em relação aos filhos, sendo que estes possuem o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família”.

Depreende-se daí a grande relação do desempenho das funções paternas com o exercício do Poder Familiar, de maneira tal que é baseado neste poder a determinação da guarda do menor em favor dos pais, uma vez que esta é dever inerente daquele. “Além de ser de ínfima importância destacar que a unidade da família não se confunde com a convivência do casal, tratando-se de uma relação que se perpetua independente do relacionamento dos pais”. (Venosa, 2009, p.357).

Para Dias (2010, p. 76): “Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade”.

Ainda que o genitor venha a constituir nova família, mesmo assim, não perde o poder familiar, visto que o novo casamento ou união não prevê nenhum tipo de transferência de tal poder, e a lei 1.636 do código civil assegura também a não interferência do novo cônjuge ou companheiro. Dessa forma, o poder familiar é direito e dever dos genitores para com seus filhos, sendo do âmbito das relações maternal/paternal e não se relacionando com as questões matrimônios desfeitas.

2. A GUARDA NO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1. CONCEITO

A guarda, de forma genérica, pode ser conceituada como sendo uma palavra que exprime a obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confinadas, bem como zelando e protegendo pessoas que estão sob sua direção. Destarte, pode-se afirmar que a Guarda é o instituto através do qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre pessoa menor de dezoito anos ou incapaz, dispensando-lhe todos os cuidados próprios da sua condição, além de ministrar-lhe assistência material, educacional, espiritual e moral.

Em outro sentido, é a palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo. (LEITE, 2011).

Vitor Frederico Kumpel (2010, p.79) assim a define:

A “guarda” pode ser interpretada de uma forma genérica para expressar um direito-dever de incumbência, dos pais ou apenas um deles, de exercê-la em favor de seus filhos – ou seja, instituto intimamente ligado ao poder familiar. É uma regularização da posse de fato.

No âmbito jurídico significa a obrigação atribuída a determinado indivíduo por lei ou decisão judicial, para que este mantenha sob sua autoridade e proteção outra pessoa, visando sua manutenção, ensino, tratamento ou custódia. Conceito este que surge no sentido de proteger, preservar, cuidar da educação, sustento, zelar pela integridade física e mental para que se atenda ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana contemplado na Constituição Federal, artigo 1º, inciso III. (De Plácido e Silva, 2009).

O Estatuto da criança e do adolescente no seu artigo 33, parágrafo 1º dispõe que: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”.

Dessa forma, a guarda sugere o conjunto de deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais em relação às pessoas e bens dos filhos. Refere-se a um valor maior que envolve proteção, preservação da sua integridade física e moral. É dever dos pais guardar seus filhos e acompanhar o seu crescimento e desenvolvimento, proporcionando afeto, amor, e condições dignas de desenvolvimento, observando sempre o seu bem-estar.

De acordo com o 6º Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança: “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 responsabilidades dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material [...]”.

A Guarda, por muitos anos, foi relacionada diretamente aos efeitos do poder familiar, como sendo essência, tendo o titular deste, quase que um absoluto poder de guarda. No entanto, por volta de 1950 esse conceito foi sendo mais abrandado, relacionando-se agora a melhor atender o interesse do menor em questão, devendo sua concessão ter este fim, e não se basear estritamente no poder, portanto, a guarda seria natureza desse poder familiar e não sua essência (Ribeiro, 2007).

“A jurisprudência dominante tem afirmado que ‘a guarda não é a essência, mas tão somente da natureza do pátrio poder’, hoje, poder familiar”. (RT, 554/209, 575/134; RJTJESP, 109/280, 121/277; RDTJRJ, 1/79; RTJ 56/53).

“Assim, a guarda é atributo do poder familiar, mas não se exaure nele nem com ele se confunde. Daí se conclui que a guarda pode existir sem o poder familiar, assim como esse poder pode ser exercido sem a guarda”. (Romeira, 2009, p.2)

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu Princípio 2º, estabelece que:

A criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

A guarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos os pais, sendo estes de proteção, de companhia dos filhos. Por se tratar de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes. (LAUX; RONDI, 2003)

A guarda é a um só tempo, direito e dever. Conforme ensinamento de Sílvio Rodrigues: “A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho”.

Silvana Carbonera (2000, p.47) define guarda como:

Um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Na constância do casamento e da União estável o poder familiar e a guarda são exercidos por ambos os pais, é o que dispõe o artigo 5º da Constituição Federal. Na falta de um deles, o sobrevivente assumirá sozinho tal papel. Se a criança não foi registrada em nome do pai, a mãe exerce o poder familiar sozinha. A figura do tutor, no caso, somente aparecerá com a morte da mãe ou com a perda do poder familiar determinado pelo juiz, em vista de algum motivo relevante.

O maior impasse surge quando se dá a separação, o divórcio, ou a dissolução da união estável, uma vez que nestes casos haverá o rompimento de um dos elementos do Poder Familiar que é o direito de Guarda. Diante disso, deixa de existir o domicílio familiar uno, passando a existir duas moradias, ocasionando, na maioria dos casos concretos, a definição da custódia dos filhos para apenas um dos genitores, ou excepcionalmente na repartição dessa guarda.

“Com a desunião dos pais, surge à problemática da guarda dos filhos, sendo que ou haverá um acordo entre os genitores ou a determinação da guarda será via judicial.” (Leite, 2010, p.184).

É válido salientar que acima de quaisquer decisões, a determinação judicial não extingue, ou limita o poder familiar, que continua a ser obrigação de ambos os pais, no caso de separação, como vincula o artigo 1632, dizendo que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução de união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

“O importante é lembrar que a separação judicial ou divórcio dos pais não altera em nada a questão do poder familiar, o que se estabelece neste caso é a guarda da criança.” (Santos, 2009, p.33).

2.2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Historicamente, na última década do século XIX, com a dissolução da união marital, o destino dos filhos foi preconizado no Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, em seu art. 90 estabelecendo que através da sentença do divórcio, seriam entregues os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente, determinando a cota que o culpado prestaria para a educação dos filhos, demonstrando o evidente critério punitivo utilizado na época. Ratificando essa concepção, a Lei do Divórcio igualmente privilegia o cônjuge inocente. No entanto, de forma mais branda, dizendo que em casos graves, podia ser facultada ao juiz a decisão. Se ambos os pais fossem culpados, os filhos podiam ficar com a mãe caso não houvesse prejuízo moral a estes (Dias, 2010).

Essas regras banalizavam o aspecto mais importante de toda essa relação: o direito da criança. Com o Código Civil de 1916, houve distinção entre os casos de dissolução amigável e judicial da sociedade conjugal. Ele preconizou que na dissolução amigável deveria ser acatada a posição que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, no seu artigo 325. Já na dissolução judicial, o que seria observado era a existência ou não de culpa de algum dos genitores ou de ambos, além de considerar a idade e o sexo dos filhos. Funcionava da seguinte maneira: os filhos ficariam com o cônjuge inocente; se ambos culpados ficariam com as mães as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, sendo entregue a guarda do pai após completar essa idade; E caso houvesse motivo grave o juiz poderia dispor de

maneira diversa (artigo 326). Aqui fica clara a preferência pela mulher para ser a guardiã dos filhos nos casos de separação conjugal, fundamentando-se na ideia de que o homem era despreparado para desempenhar as funções de maternagem. (Dias, 2009).

Com o advento da Lei do Divórcio (n.6.515/77) foram revogados os dispositivos que previam a guarda dos filhos do Código civil de 1916, visto que tratavam o assunto de formas contraditórias, subsistindo apenas o art. 329 que disciplinava a possibilidade da mãe ter em sua guarda os filhos do casamento anterior, só cabendo decisão diversa se o juiz percebesse que ela ou o padrasto não se comportavam de maneira conveniente. (SAMPAIO, 2010).

2.3. APLICAÇÃO NA SEPARAÇÃO CONSENSUAL E LITIGIOSA

A separação pode ser consensual ou litigiosa, bem como o divórcio. Quando consensual os próprios cônjuges fixam um acordo que deverá ser homologado pelo juiz depois de analisar se este corresponde de fato à proteção dos interesses do menor. Aqui se baseando na Lei do Divórcio, artigo 9º “os filhos permanecerão com o genitor livremente escolhido, considerando a lei, serem os pais os melhores juízes para deliberarem sobre o destino dos próprios filhos. Em princípio, pode o juiz regular, a teor do artigo 13, IV, a guarda de forma diversa, tendo em conta o melhor interesse do menor”.

“Dessa maneira, se por determinadas circunstâncias, o juiz entender que deve alterar a guarda, ele pode determinar outro progenitor ou até mesmo terceiro, sendo sempre passível de revisão”. (Sílvio Rodrigues, 2009, p.348).

Quando ocorre de forma litigiosa, e havendo a disputa pela guarda, esta fica a discricionariedade do juiz que sempre deverá observar o melhor interesse do menor.

Seja qual forma de separação judicial ou divórcio, a guarda dos filhos menores será sempre observada e fiscalizada pelo Estado.

As decisões de guarda não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, daí poder-se afirmar serem passíveis de reexame, através de ação própria. É bom ressaltar que em matéria de direito de família, principalmente no que tange à guarda e o direito de visitação não existe caducidade ou ineficácia da liminar concedida quando não proposta a ação principal no prazo estipulado.

O código civil em seu artigo 1.584, reza que:

Art. 1.584 - A guarda [...]; I – requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles em ação autônoma de separação, divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar (Acrescentada pela Lei 011.698/2008); I – 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.

Fala também, no seu artigo 1.579 que:

Art. 1.579 – o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único – O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Em qualquer hipótese, separação litigiosa e consensual, divórcio direto (consensual e litigioso), anulação ou nulidade de casamento, desfazimento de união estável, a regra maior a ser observada, na regulamentação da guarda, deverá ser aquela em que prevaleça o interesse do menor, de forma que as outras dantes mencionadas sucumbem diante desta.

Como o fim do instituto visa à proteção integral da criança e do adolescente, o interesse destes deverá ser levado em conta, sempre que possível, através da oitiva deles. (ECA, art. 28, § 1º).

Como se percebe por tudo exposto até o momento, para definição da matéria da guarda dos filhos na separação dos pais, muito se conta com a Jurisprudência e a Doutrina para o dever de estabelecer soluções que atendam de fato e de direito aos interesses dos menores, privilegiando a manutenção dos laços que os vinculam a seus pais.

No entender de Waldyr Grisard Filho (2009, p.321):

“Ao legislador cabe à busca de meio para garantir a simetria adequada, o equilíbrio no estabelecimento entre os direitos e as obrigações de cada genitor, visando o superior interesse do filho, que ao final, é quem sofre as maiores mudanças com a ruptura do casal, atingindo diretamente sua vida, modificando a estrutura de sua família,

alterando a organização de um de seus subsistemas, o seja, o parental”.

2.4. A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A questão de maior complexidade está centrada em saber no que consiste “o interesse do menor” dada a ausência de regras objetivas para tanto.

Eduardo de Oliveira Leite (2010, p.62), afirma que algumas tendências jurisprudenciais assinalam para pontos que convergem para se determinar o interesse do menor, como:

O desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social constituem pontos de referência do "interesse" do menor. Outros juízes levam em consideração a pessoa da criança, como a idade (as crianças em tenra idade são quase sempre deixadas com a mãe), o sexo (as filhas são confiadas à mãe, enquanto os filhos permanecem com o pai), a irmandade (procurando-se, sempre que possível, não separar irmãos), o apego ou a indiferença que a criança manifesta a um de seus pais, ou a estabilidade da criança.

O Edgard de Moura Bittencourt (2010, p.122) enfatiza que “o interesse da criança é questão de puro fato: ao juiz cabe aplicar o Direito, flexível certamente, mas que impõe uns tantos limites de constrangimento”.

Deste modo, o interesse do menor é o parâmetro para medir, avaliar e vigiar o exercício do poder parental, sem que se questione o direito dos pais. Enquanto unida à família, o interesse do menor é ser educado pelos pais, mas ocorrendo abuso destes no exercício da autoridade, o interesse do menor servirá de base para a correção destes desvios. Se houver ruptura da família, também será o interesse do menor a base de apreciação do judiciário, ao fixar a guarda, e por consequente o exercício das prerrogativas da autoridade parental por um dos genitores, ou até por nenhum deles, caso não mereçam a confiança do juiz e do órgão do Ministério Público.

Salienta-se ainda que não apenas a lei garante (artigo 1632 do Código Civil), mas também a jurisprudência que aquele que não é guardião também tem o direito de participar da direção da educação do filho, devendo ser buscada sempre a forma que melhor assegurar o superior interesse da criança, em função do seu desenvolvimento físico, mental, emocional e, também, social. A conveniência do genitor em conviver com o filho tem seu limite bem demarcado pelo interesse da

criança, de modo que não pode causar transtornos na rotina do infante, embora deva ser incentivada por ambos os genitores. A presença diária dos pais, sempre que possível, é elemento importante para o desenvolvimento saudável da criança, não se podendo esquecer que os deveres dos genitores não se alteram com o final do casamento. Neste sentido, uma firme corrente mundial, tendo a própria Convenção Internacional de Direitos da Criança, acolhida pelo Brasil, reafirmado este propósito de proteção integral e prioritária, sempre visando ao bem-estar e segurança das crianças e adolescentes, independente de formalismos processuais, regulamentações de normas constitucionais ou qualquer outro entrave burocrático ou legal.

2.5. MODALIDADES DE GUARDA

O instituto da guarda, na sua prática pode ser exercitado de várias maneiras, as modalidades de guarda mais utilizadas ou conhecidas no direito brasileiro são a guarda Unilateral, a Alternada, o Aninhamento e a guarda Compartilhada.

Frisa Silva Milane (2006, p.61): “É preciso diferenciar os modelos de guarda, para se evitar confusões na deliberação daquele que será o mais adequado num determinado e específico caso de família, que terá de se adaptar ao processo de transformação devido à desunião do casal”.

2.5.1. Unilateral

Nesta modalidade, a guarda é atribuída a um só genitor, aquele que segundo o código civil, artigo 1583, § 2º que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente, tenha aptidão para propiciar ao filho afeto, saúde, segurança e educação, sendo que o outro segue um regime de visitação e prestação de alimento, bem como o direito de supervisionar as decisões tomadas, e, se necessário pode buscar ajuda do poder judiciário para resolver questões para melhor interesse do menor.

Como observa Orlando Gomes (2010, p.77), a quem é atribuída a guarda: “Tem o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas

as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizador das deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.”

A guarda unilateral é exercida por apenas um dos genitores, satisfazendo apenas a um dos pais (artigo 1584, parágrafo 1º do Código Civil). Na maioria dos casos a guarda do filho era atribuída à mãe que detinha a guarda física, pelo convívio diário com o filho e também a guarda jurídica, restando ao pai o direito de visita e vigilância. Este sempre foi o modelo mais comum e mais utilizado no Brasil, no entanto, mesmo tão difundida, com o passar do tempo ela foi sendo bastante criticada dada a concepção de igualdade entre os genitores e, principalmente, o melhor interesse da criança, podendo a guarda inclusive ser deferida a terceiro.

O questionamento se dá no que se refere ao afastamento entre os filhos e o genitor que não detém a guarda, pois a criança passa a não ter a presença todos os dias e com o distanciamento, acaba perdendo a familiaridade, e acima de tudo, a afinidade, provocando um possível bloqueio emocional e afetivo. Tal carência de convívio e intimidade acaba gerando um distanciamento entre pais e filhos, podendo ocasionar um rompimento dos laços de afetividade entre ambos.

Segundo Grisard Filho (2009, p. 174):

A sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema, levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando aos pais, que se viram negligenciados pela sociedade a se afastarem do convívio com os filhos.

Neste sentido, leciona Welter (2008) que, a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Observa-se, no entanto, que a atual legislação permite aos genitores optar pela escolha da modalidade de guarda, cabendo-lhes definir qual o modelo que irá melhor atender às necessidades afetivas do menor, ocasionando menos prejuízos às relações familiares.

2.5.2. Alternada

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deterem a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo, um ano, um mês, uma semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período os papéis se invertem. (AMARAL, 2010, p.168)

Jorge Augusto Pais de Amaral (2011, p.27) caracteriza a guarda alternada da seguinte forma:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se.

É um tipo de guarda em que se tem a atribuição da guarda física e legal alternadamente a cada um dos pais, de forma que ao passo que a um está o período de guarda, ao outro só cabe o direito de visita, se transferindo as posições conforme os períodos estabelecidos, independentemente de manifestação judicial.

O benefício deste modelo de guarda é a possibilidade de permitir aos filhos e a ambos os pais uma relação mais estreita. O ônus se verifica pelo alto grau de repetidas separações e reaproximações, as várias mudanças e uma instabilidade da vida cotidiana do filho, o que pode acarretar uma menor instabilidade emocional e psíquica. (Waldyr Grisard, 2009)

Esta se contrapõe a continuidade do lar, de forma que a criança terá que conviver com duas referências de educação, moral, vida emocional, religião, amizades, entre outros.

Dessa forma, essa modalidade é dificilmente concedida, sendo determinada quando acordada pelos pais, uma vez que devido a esses aspectos negativos o legislador entendeu que seria inconveniente a aplicação deste tipo de guarda.

Tal expressão de guarda não se confunde com a compartilhada, visto que a primeira se caracteriza por dividir o tempo do menor entre os pais, quando o filho passa um período com um e depois com o outro, o que prejudica na sua formação. A

segunda limita-se a dividir as responsabilidades entre ambos, partilhando a criação, educação, decisões sobre todos os assuntos relacionados com os filhos.

Eis o pensamento de Maria Berenice Dias, a respeito: “[...] não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais concentra-se no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança [...].”

2.5.3. Aninhamento

A guarda por aninhamento ou nidação é um caso raro, onde os pais se mudam para a casa do filho em periodicidade alternada, aqui o filho reside e permanece em uma só casa e com as mesmas rotinas.

Este arranjo é criticado pelo doutrinador Rolf Hanssen Madaleno (2004, p.84), por não ser viável no plano prático, afirmando que “... seria extremamente dificultoso aos pais adotarem duas residências por ano... ficando, também, os filhos inseguros em sua programação...”.

Difere da alternada, pois na alternada os pais não se mudam para a mesma casa de tempos em tempos, mas são os filhos que alternam sua moradia entre as casas de seus genitores. Este modelo também é pouco recomendável, visto que configura uma situação que se mostra como irreal, por isso pouco utilizada, além de trazer a mesma descontinuidade familiar que a guarda citada anteriormente.

Desta forma, surgiu, dentre essas modalidades de exercício da guarda, um novo modelo de responsabilidade parental denominado guarda conjunta ou compartilhada, buscando sanar as deficiências apresentadas pelas outras modalidades existentes. Objetivo maior foi com vistas a proporcionar aos menores as vantagens que decorrem do exercício da autoridade parental por ambos os genitores, de modo que ambos os pais detivessem a guarda jurídica dos menores, de modo contínuo, a fim de contribuir para o desenvolvimento da formação, como ocorre com a guarda compartilhada, na qual, os pais participam de maneira igual no processo da formação da prole, sem que haja restrição ao exercício da autoridade parental.

2.5.4. Compartilhada

É a modalidade de guarda onde os filhos de pais separados permanecem sobre a responsabilidade de ambos os genitores, que têm a possibilidade de em conjunto, tomar decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação e criação. Privilegia desta forma, a continuidade do exercício comum da autoridade parental.

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores refere-se à possibilidade dos filhos serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única. (NICK, Disponível em <http://www.apase.org.br>. acessado em agosto de 2014).

Segundo o art. 1.583, § 1º, do Código Civil Brasileiro, a guarda compartilhada é “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”.

Este tipo de guarda não traz a desresponsabilização do genitor que não está com a guarda física em qualquer momento da vida do menor, uma vez que não existe, obrigatoriamente, um acerto em relação à moradia fixa ou períodos em que os menores permanecerão em companhia de um ou de outro, de maneira que ambos os pais são responsáveis juntos e continuamente pelos seus filhos.

Segundo Rolf Madaleno (2010), na guarda compartilhada ou conjunta, os pais conservam mutuamente o direito de custódia e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados sua posse. A noção de guarda conjunta esta ligada à ideia da cogestão da autoridade parental.

“A introdução da guarda compartilhada busca acima de tudo, o desejo de permanecer uma família unida, oferecendo ao menor um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em sua vida”. (GRISARD, 2009, p.175)

Dessa forma, o compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar e sua real continuidade, ainda que com o advento da dissolução da união dos pais.

3. O INTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Na Constância do casamento ou união estável o que se verifica dos pais para com os filhos é a Responsabilidade Civil Solidária, porém quando se rompe o laço conjugal, a solidariedade dessa responsabilidade civil cessa, tendo-a apenas aquele que detém a guarda, quando esta for única. No entanto, no caso de guarda compartilhada a ruptura conjugal não será modificada, havendo a solidariedade da responsabilidade civil aos dois genitores, já que o quadro não se alterou. (MILANO, 2009. p.122)

Nessa expressão da guarda, os pais dividem a responsabilidade sobre os filhos ao mesmo tempo em que compartilham decisões importantes da vida destes, evitando sobrecarregar apenas um dos genitores e minimizando o impacto da dissolução matrimonial na vida das crianças.

Para Rizzardo (2010, p.78): “os pais, por exercerem o poder familiar, respondem pelos atos prejudiciais praticados pelos filhos”. Ele acrescenta dizendo que se deve observar isto sob o ponto de vista da responsabilidade dos pais para com seus filhos (deveres da paternidade ou situações de abuso do poder familiar, por exemplo), mas também daquela decorrente de atos dos filhos em relação a terceiros quando na sua guarda (no que se refere à vigilância e educação aos filhos).

A guarda compartilhada surgiu tendo como principal objetivo suprir as deficiências das outras espécies de guarda, em especial a unilateral. Isso porque foi através desta modalidade de guarda que se permitiu uma relação de igualdade entre os pais na educação e condução da vida dos filhos.

“Com a opção da guarda compartilhada, os guardiões serão ambos os cônjuges, não existindo mais nenhum privilégio, uma vez que para fazer isso um cônjuge terá que ter a permissão do outro, senão quebrará a igualdade de direitos e deveres que eles possuem”. (CANEZIN 2009, p.15)

Antes da sua real admissibilidade, ela gerou muitas controvérsias jurisprudenciais. Isso fica bem perceptível se observar o levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, atinente ao registro civil do ano de 2009, 87,6% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos concedida às mulheres. É usual no País o entendimento de que as mães sejam

responsáveis prioritárias pelos filhos. Na pesquisa foi apurado que a adoção da guarda compartilhada correspondia a apenas 4,7% das separações (BRASIL, 2010).

3.1. GUARDA COMPARTILHADA NO MUNDO

No direito estrangeiro a guarda compartilhada já é utilizada há bom tempo, levando-se em conta as novidades e vantagens trazidas pelo seu instituto frente às outras modalidades de guarda.

Teve início na Inglaterra na década de sessenta, onde existiram as primeiras decisões no sentido de ambos os pais serem conjuntamente responsáveis pelo sadio desenvolvimento da prole, distribuindo igualmente entre os genitores as responsabilidades sobre os filhos.

No código civil Frances a inovação foi trazida pela Lei Malhuret, de 1977, que, após ouvir os filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (a guarda) de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. No entanto, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o magistrado, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda (LEITE, 1997).

Em Portugal, inicialmente só havia a codificação do regime de guarda única. No entanto, com o advento da lei nº 84 de 1995 foi alterado parte do código civil português estabelecendo que os pais podem acordar sobre o exercício em comum do poder parental, decidindo as questões relativas à prole em condições idênticas as que vigoravam na constância do matrimônio, refletindo aqui já um breve conceito de guarda compartilhada.

No art. 154 do Código Civil Espanhol de 2002, os pais são cotitulares do exercício do poder familiar, cabendo-lhes a faculdade de ter os filhos menores em sua companhia. A Constituição espanhola proclama de forma clara a igualdade jurídica plena dos cônjuges, da qual segue numerosas consequências, dentre elas a guarda conjunta do pai e da mãe. (COMEL, 2003).

A difusão desta guarda se deu em vários países da Europa, chegando às Américas através, por exemplo, do Canadá, Argentina e especialmente dos Estados Unidos, país que mais se aplicou a este estudo e a sua utilização, com uma aplicação

cada vez mais uniforme da guarda compartilhada na maioria dos estados nacionais. (GRISARD FILHO, 2002)

3.2. GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

No Brasil, nas normas que antecederam o atual Código Civil Brasileiro a mulher possuía prevalência para eventual escolha do exercício da guarda. Toma-se como exemplo a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que, em seu art. 10, § 1º, determinava que se ambos os genitores dessem ensejo à separação judicial, a guarda dos filhos ficaria com a mãe. Tal regra acerca da prevalência materna tinha sua adequação no começo do século passado, tendo por base o fato de que era, unicamente, a mulher quem se dedicava aos filhos e aos afazeres do lar.

No Código Civil de 2002, percebe-se a evolução no dispositivo que se refere ao deferimento da guarda ao cônjuge que apresentar melhores condições de assumi-la, ficando com isso, afastada a antiga imposição de que será sempre da mãe tal responsabilidade. (MASSAFERA, 2011)

Mesmo a sociedade passando por profunda transformação, principalmente pela inserção da mulher, e mãe, no mercado de trabalho, restava imutável a desigual situação entre genitores no momento da desconstituição do lar e seus direitos em relação aos filhos frutos dessa união. No entanto, com o passar do tempo, foi havendo a adesão dos ideais que já se consolidavam no mundo. Seguindo os caminhos das legislações alienígenas mais avançadas e dos diplomas internacionais, o direito brasileiro também elegeu o melhor interesse do menor como forma preponderante para amenizar os impactos na formação da criança provocados pelos conflitos na dissolução familiar.

Tal realidade, então, foi tendo sua situação modificada, aparecendo como marco o texto da Constituição Federal de 1988, que proporcionou o estabelecimento da igualdade entre o homem e a mulher no seu artigo 5º, e no seu artigo 226, parágrafo 5º estatuinto a igualdade de direitos e deveres entre os sexos, referentes agora à sociedade conjugal, com base nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, nos termos do parágrafo 7º do mesmo artigo.

Dessa forma fica bem claro que os dispositivos arcaicos que tratavam da preferência materna na guarda dos filhos, não foram recepcionados no texto constitucional vigente.

No mesmo seguimento tem-se o Estatuto da criança e do adolescente (ECA), Lei 8.069/90, que trata de muitas garantias aos menores, entre elas a de ser criado e educado no seio da família, previsto no seu artigo 19. Ideologia que se completa com a do artigo 227 da constituição federal que trata como dever da família, Estado e sociedade garantir os direitos fundamentais aos menores, bem como o direito da convivência familiar, sendo, portanto, favorável à instituição da guarda compartilhada.

Pode-se afirmar, portanto, que a constituição federal brasileira assegura perfeita simetria entre os direitos e deveres dos cônjuges, especialmente no que se refere ao poder familiar. Esta assegura também o reconhecimento de que a criança tem o direito de conviver com ambos os pais, mesmo que separados, além de afirmar que a convivência dos pais não se constitui em requisito essencial para o exercício do poder parental, do qual a guarda é parte integrante, torna-se forçoso concluir que a guarda conjunta encontra guarida no nosso sistema jurídico. (GESSE, 2001).

Entende-se, dessa maneira, que fora qualquer lei que ainda viesse a estatuir a guarda compartilhada, esta já era utilizada pelo magistrado de forma discricionária de acordo com todo esse embasamento de princípios e valores adotados no ordenamento jurídico nacional. Além de estar estabelecido na lei de introdução ao código civil, no seu artigo 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que a ela se dirige e às exigências do bem comum.”. Bem como estabelecido na Lei do divórcio, artigo 13 que autoriza o juiz a decidir diversamente a situação dos filhos com seus pais, se por caso grave ou a bem dos filhos, das regulamentações dos artigos anteriores. Cabe, portanto, uma interpretação extensiva, de forma mais flexível e dinâmica.

Quanto à ausência da norma específica, ressalva Barreto (2010, p.88):

[...] há uma característica na legislação que tem importantes implicações sobre a guarda de menores: é o Pátrio Poder, agora com o novo Código Civil, chamado Poder Familiar. Ele é exercido igualmente pelo pai e pela mãe (se capazes), e a separação (judicial ou de fato) ou o divórcio não interferem neste atributo.

Fica evidente que ainda mesmo sem lei específica, os dispositivos normativos vigentes já expressavam a possibilidade de utilização deste instituto no ordenamento pátrio, com o legislador contemplando cada vez mais a guarda compartilhada como instrumento legal hábil para melhoria dos relacionamentos entre pais separados e seus filhos.

No Brasil, foi regulamentada em agosto de 2008 a Lei 11.698 na qual, ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores, compartilhando todas as atividades importantes relativas à vida do menor como: educação, criação, afeto, cuidado, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, embora vivam em lares separados.

A Lei n.º 11.698, introduz modificação em dispositivos do Código Civil de 2002 que, cuidando da proteção da pessoa dos filhos, indicava que se deveria, por ocasião da extinção do vínculo entre os cônjuges, respeitar o que houvessem acordado sobre a guarda dos filhos e, na falta de pactuação nesse sentido, atribuí-la a quem revelasse melhores condições para exercê-la. Essa decretação do compartilhamento da guarda agora pode dar-se pelo juiz, em atenção ao melhor interesse dos filhos, e não mais apenas em razão do desejo de ambos os pais. Dita modificação passou a admitir, de forma expressa, duas distintas modalidades de guarda, a guarda unilateral e à guarda compartilhada. No entanto, frisa-se mais uma vez que antes mesmo da edição da norma em referência, já se vinha fazendo referência na doutrina e na jurisprudência à guarda compartilhada, até porque tal dispositivo que se regulamenta no plano legal não constitui novidade no direito alienígena.

Com a nova lei foram alterados os artigos 1.583 e 1.584 do código civil que passaram a ter nova redação. O artigo 1.583 prevê que “a guarda poderá ser única 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”.

Conforme o art. 1584, I e II a guarda unilateral ou compartilhada pode se requerida pelos pais quando houver um consenso, ou será decretada pelo juiz observando as necessidades específicas do filho.

Na nova redação do artigo 1.584 do código civil parágrafo 4º encontra-se o estabelecimento de sanções por imotivado descumprimento de cláusula da guarda, para aqueles que descumprirem o exercício regular da guarda estabelecida. Sobre a modificação dessa guarda ela apenas devera ser alterada segundo o precípuo interesse da infante e mediante comprovação de fatos relevantes que desmereçam a atuação do guardião.

Antes da lei 11.698/2008, havendo dissolução da sociedade conjugal, a regra era a aplicação da guarda unilateral, bem diferente da atual redação do artigo 1584, § 2º, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Neste mesmo passo, deve o juiz explicar na audiência de conciliação, para os genitores, o significado da guarda compartilhada, reforçando assim, a ideia de sua aplicação.

A razão de a lei ter alterado o código civil foi sinal de significativo avanço jurídico e do instituto da guarda, e de aperfeiçoamento da legislação para que se desse a legítima atualização ao direito de família brasileiro. Essa regulamentação foi um importante passo para a humanização e democratização da guarda jurídica de crianças e adolescentes no Brasil.

BARRUFFINI (2008, p.30) afirma que:

A lei n. 11.698/08 veio regulamentar o instituto que, já há algum tempo, fazia parte do cenário jurídico nacional, com alguma aceitação pelos Tribunais brasileiros. Entretanto, reconhece-se que ainda havia acentuada resistência de juízes e de alguns tribunais na sua implementação. Tratando-se de um tema sensível (guarda de filhos) e sendo a lei lacunosa, predominava a insegurança, motivando a não aplicação da guarda compartilhada.

As profundas alterações sociais e familiares que aconteceram no século XX provocaram em todas as legislações, substanciais mudanças nessa matéria.

Segundo Lopes (2009) na necessidade de garantir ao menor uma melhor qualidade de suas relações com seus dois pais, os juristas, psicólogos, sociólogos buscaram nova fórmula de comunicação entre esses sujeitos, que exalta o exercício compartilhado da autoridade parental e considera o menor como sujeito de direitos civis, humanos e sociais.

Tais mudanças surgiram com o escopo de uma mais efetiva proteção aos interesses dos menores, tendo passado a terem voz nos processos, deixando de

serem sujeitos passivos na relação com os genitores em razão da importância que terão para a consolidação dos direitos para as gerações futuras. O seu grande objetivo é proporcionar maior tempo de relacionamento dos filhos com os pais após a dissolução do vínculo conjugal, o que permite desenvolver um maior laço afetivo entre estes.

A guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única, ou seja, é a divisão da guarda jurídica. (COUTO, 2007).

De acordo com Canezin (2010, p. 15), a guarda conjunta comporta o aspecto material e os aspectos jurídicos:

“A parte material traduz-se na coabitação das crianças com cada um dos seus progenitores, alternadamente, durante certo período de tempo que não tem que ser rigorosamente igual para ambos. Juridicamente, ambos os pais exercem simultaneamente todos os poderes-deveres relativos à pessoa do filho. Esse modelo de guarda propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que estes não foram negligenciados após a separação”.

3.4. APLICAÇÃO E A DIVISÃO DOUTRINÁRIA

Na separação dos genitores pode ocorrer um conflito contínuo entre os pais, tornando difícil e bem questionável no direito brasileiro o estabelecimento da guarda compartilhada. Isto se deve ao fato de que em um relacionamento com mágoas e ressentimentos, provavelmente haverá desavenças sobre o consenso dos genitores para decisões importantes da vida dos filhos e do seu desenvolvimento saudável, de modo que possa vir a prejudicá-lo.

Ressalta-se que para Grisard (2009, p.177):

Em casos de pais que vivem em conflitos constantes, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos que agem em paralelo, que contaminam o tipo de educação dado aos seus filhos, nesses casos, o arranjo da guarda compartilhada pode ser muito lesivo aos menores. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e

deferir-lá ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Muitos pesquisadores se referem ao conflito parental como sendo uma das possíveis contraindicações ao estabelecimento da guarda compartilhada, destacando a manutenção do contato entre os membros do ex-casal, requerido nestes tipos de guarda. Afirmam que em certos casos pode provocar a continuidade do conflito entre os pais, prejudicando as crianças, provocando, ao invés de solucionar um problema, acabar gerando outros ainda maiores.

A maior parte da doutrina reconhece que a necessidade do acordo entre os pais para a aplicação da guarda conjunta atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como observa Rolf Hanssen Madaleno (2010, p. 144):

A guarda compartilhada não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. Deve ser tida como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora, tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental, empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole.

Quando não há o consenso entre os pais surge à importância da aplicação do instituto da Mediação, uma vez que os pais buscarão uma solução acerca da guarda dos menores, com o intuito de se chegar à guarda compartilhada, sempre buscando o melhor interesse do menor.

Corroborando com esse posicionamento, Paulo Luiz Neto Lobo (2009, p.92) assim dispõe:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho (...).

Ao recorrer à mediação, possibilita às partes envolvidas uma possível superação das fortes emoções acometidas pelo traumático processo de separação, dando lugar à racionalidade e chegando possivelmente a um entendimento convergente.

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a possibilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Uma maior cooperação dos pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos.

Desta maneira, segundo essa concepção, para uma efetivação concreta do instituto da guarda compartilhada, o casal deve priorizar o bem-estar dos filhos e não se ater apenas ao conflito existente entre si. O que deve prevalecer com o advento da separação é um comportamento pacífico, pois isso se torna um parâmetro para o consentimento judicial, sendo que se necessário, a guarda poderá ser alterada a pedido das partes, sejam os pais, os filhos e até mesmo de ofício pelo juiz.

O inciso I do artigo 1.584, parágrafo 1º do Código Civil dispõe sobre a guarda compartilhada que pode ser: “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”. Cabe ao Juiz nos casos de separação consensual recusar ou homologar o acordo se identificar que não se trata do melhor interesse do menor o que foi acordado entre os pais.

No entanto, a LEI Nº 11.698, de 2008. Art. 1.583 diz: A guarda será unilateral ou compartilhada. [...]. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à 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 a guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

O juiz deverá observar a relação em que vivem os pais para o estabelecimento da guarda, devendo estimular os mesmos a optarem pela compartilhada.

Dessa forma, o código civil brasileiro determina que quando não houver acordo entre os pais na questão da guarda dos filhos, seja aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Para que se estabeleçam quais as atribuições de cada um dos ex-cônjuges e o tempo de convivência com a prole, o juiz poderá buscar subsídio para sua decisão em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

Para o deferimento desta guarda compartilhada surge o procedimento denominado Mediação, onde se faz uma espécie de triagem com o casal, verificando se as duas partes preenchem o mínimo de condições de arcar com a divisão de responsabilidades, podendo alertá-los e conduzi-los a outra decisão, sempre para que os filhos envolvidos não sejam prejudicados (MASSAFERA, 2011).

A mediação consiste na livre autodeterminação dos conflitantes e é uma forma alternativa (em relação ao poder judiciário) de resolução de conflitos, assim como a conciliação, a arbitragem e a negociação.

O recurso da mediação está inserido na regra do § 3º do art. 1.584 do Código Civil. É fundamental que o mediador seja parte integrante dessa equipe interdisciplinar, com o fim de que possa ser restabelecido o equilíbrio das emoções, muitas vezes perdido face ao momento do desenlace conjugal.

Frisa Levi (2009, p.144) que: “pelo fato de que na mediação a solução para o conflito é construída pelos próprios litigantes, com uma maior responsabilidade dos envolvidos, e não imposta a eles pelo Estado, existe uma maior possibilidade de que as decisões tomadas se sustentem de forma mais efetiva”.

Assim, o instituto possui o escopo de tutelar não somente o direito do filho à convivência assídua com ambos os pais, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual completo, além da manutenção da referência materno-paterna no dia a dia, mas também o direito dos genitores de desfrutar da convivência real do filho, permanecendo os laços afetivos e familiares (OSORIO, 2009).

Para outra doutrina existente no direito acerca da discussão sobre a aplicação da guarda compartilhada, esta deve ser utilizada mesmo havendo conflitos entre os pais após a dissolução conjugal.

Há os doutrinadores que defendem a imposição dos juízes quanto à aplicação da guarda conjunta quando não há acordo, eis que acreditam na convicção colhida em elementos suficientes durante a instrução processual capazes de atender ao melhor interesse do casal e de seus filhos.

Assim dispõe Eduardo de Oliveira Leite (2010, p.156):

(...) os juízes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusarem sem justo motivo.
(...) tendência atual, tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição da guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar,

mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas, tenham sido levantadas no transcorrer do processo.

Partindo do que seja a essência do compartilhamento da guarda dos filhos após a ruptura conjugal ou da união estável, Waldyr Grisard Filho (2000, p.29) salienta:

O desejo de ambos os pais de compartilharem a criação e a educação dos filhos e o desses de manterem adequada comunicação com ambos os pais, de forma contínua e simultânea, motivou o surgimento deste novo modelo de guarda e responsabilidade parental: a guarda compartilhada.

Fica evidente que a guarda compartilhada tem o objetivo de privilegiar o melhor interesse da criança, já que a responsabilidade parental tem impacto decisivo no desenvolvimento social, emocional e afetivo do menor. A natureza do poder familiar tem como embasamento, como já dito, no respeito aos princípios da dignidade humana, da liberdade de exercício das funções de pai e mãe e do melhor interesse dos filhos, assim como nos deveres inerentes à condição de pais, elencados pelo artigo 227 da CF/88.

Portanto, grande parte da jurisprudência e da doutrina e inclusive estudiosos de outras áreas, como psicólogos entendem que mesmo em situações de conflitos entre os pais, como numa separação litigiosa, o melhor caminho a ser adotado, ainda será a guarda compartilhada, uma vez que o interesse do menor se sobrepuja ao dos pais.

Sob esta ótica, Suzana Borges Viegas de Lima (2008, p.41) reforça o entendimento de que “o juiz poderá arbitrar a adoção da guarda compartilhada, mesmo diante de situações envolvendo determinado grau de disputa, desde que a sua recomendação seja em benefício único e exclusivo dos filhos”.

O psicanalista Evandro Luiz Silva manifesta-se no sentido de que:

Se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra “visita” já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado “mais importante”, já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro.

Logo, conclui o psicanalista, mesmo em litígio, a guarda compartilhada, em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos:

Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc. (Disponível em: <<http://www.apase.org.br/>>. Acesso em 10 de ago de 2014).

Observa-se, portanto, que as opiniões são divergentes sobre a aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio. Para alguns profissionais do direito tal instituto só deve ser aplicado em separação consensual, pois existe a harmonia e diálogo entre os pais, permitindo o desenvolvimento do menor de forma adequada. Corrente doutrinária divergente, de outro lado, entende que o fato de haver litígio não inviabiliza a guarda compartilhada porque a criança precisa ter contato com ambos independentes do tipo de guarda.

Destarte, nota-se que com o passar do tempo, começa a se solidificar um novo entendimento nos Tribunais Brasileiros:

“Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos”. (TJRJ, Processo 0001352-19.2004.8.19.0011)

O fato é que ao ser exigida uma boa relação entre os ex-cônjuges para a aplicação da guarda compartilhada, unifica-se o que é do âmbito da conjugalidade ao da parentalidade, situações que hodiernamente se entende devem ser dissociadas após a separação do casal. A questão conjugal pode até ser quebrada, no entanto, a parental jamais, devendo ser assegurada por ambos os genitores com continuidade até a idade adulta dos filhos. (Torres, apud Brito e Gonçalves, 2009)

Nos dias atuais o que se recomenda é que, quando a guarda seja determinada, o foco não esteja nos vínculos mantidos pelo ex-casal, mas sim nas relações entre pais e filhos, como recomenda a Convenção dos Direitos da Criança, desde 1989.

De modo geral, é certo que na opinião dos cientistas jurídicos, a guarda compartilhada contempla muitas vantagens como o direito de convivência de ambos

os genitores, a possibilidade de um desenvolvimento social e psicológico, o que é primordial para que as crianças cresçam num ambiente familiar de forma saudável, além do que as mães, ou em casos muito específicos os pais, não serão sobrecarregada (o)s com a responsabilidade da guarda unitária que sempre vigorou.

Neste sentido, Waldyr Grisard Filho observa que a guarda compartilhada apresenta vantagens não só aos filhos, como também aos pais:

[...] 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. 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, formam novas uniões. Não deixa a citada guarda de reafirmar a igualdade parental desejada pela Constituição Federal 88. (Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1649448949>. Acesso em: 13 de ago de 2014)

Esta é uma alternativa eficaz, na medida em que todos da família estão sendo beneficiados com o novo modelo, não havendo sobrecarga em nenhum dos pais e evitando desgastes entre ambos, respeitando a convivência e continuidade familiar.

Esse debate está muito próximo de ser visto sob um novo enfoque, isto porque foi aprovado recentemente pelo senado projeto que visa declarar a guarda compartilhada como obrigatória, especialmente nos casos em que não houver consenso, como pode ser visto mais detalhadamente no tópico a seguir.

3.5. LEI QUE TORNA A GUARDA COMPARTILHADA UMA REGRA

Em dezembro de 2014, foi sancionada a Lei nº 13.058 que torna a guarda compartilhada uma regra, até mesmo nos casos de discordância entre os pais do menor de idade.

A lei determina que, em caso de desacordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho, se os dois estiverem aptos para exercer o poder familiar, o juiz deverá

aplicar a guarda compartilhada. A única exceção será quando um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor.

Tal proposta vem a destacar a necessidade da divisão equilibrada do tempo de convivência dos filhos com a mãe e com o pai, o que possibilita a supervisão compartilhada dos interesses da criança.

Segundo a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a guarda compartilhada era uma opção do casal. Com a nova lei, que acrescenta novos aspectos e determinações, o que era uma possibilidade, passa a ser uma regra, que só pode ser alterada em casos muito especiais.

Com a alteração na lei, não existe mais um único responsável pela criança após a separação. Na guarda compartilhada, ambos os pais têm os mesmos direitos e deveres para com o filho, e isso deve ser levado em conta em diversos momentos da vida da prole.

Dessa forma, a lei veio a alterar dispositivos do código civil que antes determinavam que a guarda unilateral deva ser concedida ao genitor que se revele com “melhores condições” para exercê-la. O novo texto afirma que “será aplicada a guarda compartilhada”, desde que ambos estejam aptos a exercer o poder familiar e queiram exercer a guarda, portanto, a regra deve valer desde que ambos estejam em condições de exercer o poder familiar, excluindo-se destes o pai ou a mãe que declarar que não deseja a guarda.

Segundo a redação da Lei nº 13.058, de 2014:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

II – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A guarda conjunta deve ser exercida na casa considerada “base de moradia” dos filhos, ou naquela que “melhor atender aos interesses” das crianças, conforme o art. 1583, parágrafo III, da Lei. Ou seja, a criança terá uma residência fixa, que deve ser decidida durante o processo, e o responsável que não possuir a guarda física do filho poderá exercer o direito de convivência. A frequência de visitas pode ser definida pelos pais, sem a necessidade de uma audiência judicial. As medidas visam proteger a criança e permitir que os pais, mesmo após o divórcio, possam exercer seus direitos e deveres com mais liberdade, de maneira compartilhada. Além disso, ambos os pais devem dar ou negar o consentimento para os filhos viajarem ao exterior ou mudar de residência para outro município.

Mesmo que o divórcio seja litigioso, a lei da guarda compartilhada não sofre nenhuma alteração. Segundo a regra, se os pais estiverem enfrentando algum tipo de discordância, devem apenas obedecer ao que for determinado pelo juiz durante o processo de separação. O que diz a lei:

Art. 1.584, parágrafo 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.

Antigamente, a guarda compartilhada, nos casos em que não houver acordo entre pai e mãe, não é obrigatória. De acordo com o Código Civil, quando essa situação ocorrer, o regime será aplicado “sempre que possível” pelo juiz de família, de maneira que esta seja um instrumento mais eficiente e necessário justamente nos casos de desacordo, para que a criança não seja prejudicada com o afastamento de um dos genitores.

3.6. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Ponto importante é que com relação a alimentos a situação não muda, pois a guarda compartilhada não impede a sua fixação. O dever de sustento é obrigação natural dos pais de educar e prover a subsistência dos filhos, tanto moral como materialmente, dando-lhes casa, comida, vestuário, entre outros, cessando com a maioridade ou emancipação.

Artigo 22 do Estatuto da criança e do adolescente diz: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir, e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p.406):

A fundamentação dos alimentos encontra-se no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, parentalidade socioafetiva, entre outras.

No entanto, os genitores podem ter condições econômicas diferentes, podendo ser a obrigação exigida judicialmente. O artigo 1.568 do código civil determina que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos do trabalho para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”. Entende-se, portanto, que aquele que tem necessidade terá ajuda do outro cônjuge dentro de suas possibilidades, não importando qual o modelo de guarda adotado.

Grisard Filho (2009, p.191) fala que “o dever de sustento depois de instituída a guarda compartilhada, deve ser prestado pelos pais, de forma igualitária, porquanto, ambos são titulares dos deveres em relação aos filhos menores”.

Tem-se, portanto, que a guarda compartilhada reflete uma troca de papéis entre o homem e a mulher, ao aumentar a disponibilidade para com os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia e melhora o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na criação e educação de seus filhos.

3.7. ASPESCTOS PSICOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

O enfoque dado ao tema pelo Estatuto da criança e do adolescente foi muito feliz ao fazê-lo de forma multidisciplinar, consultando profissionais de várias áreas para se debruçar sobre a família, o que permite um debate mais enriquecido sobre a matéria.

Vários estudos apontam a dissolução da família após uma separação dos pais como um fator que desencadeia inúmeros sintomas nos filhos. Uma pesquisa feita com 144 crianças e adolescentes que foram enviados a fazer tratamento e avaliação por conta da separação dos seus pais, mostra que os três problemas mais comuns apresentados foram: 63% destes com problemas psicológicos subjetivos (ansiedade, mal humor, tristeza, fobias e depressão); 56% com notas escolares baixas ou bem abaixo da sua habilidade; 43% apresentando agressividade para com os pais. (LOHR, R.; MENDELL, A.; RIEMER, B. - "Clinical Observations on Interferences of Early Father Absence in the Achievement of Femininity", Clin Social Work J., vol. 17, # 4, Winter 1989.)

Demonstra aqui que um contínuo desenvolvimento com ambos os genitores, sem remeter apenas um como principal e o outro como papel secundário, parece ser imprescindível na prevenção de um sentimento de perda na criança, com reflexos para toda a vida.

Como Freud (1915) ensina, as pessoas se despem de suas aquisições civilizatórias nos momentos de conflitos, chegando perto dos selvagens por perderam sua capacidade de contenção dos impulsos, prontos a praticar atos que nunca imaginariam. De forma evidente, as crianças são altamente vulneráveis a esses comportamentos dos pais, por isso a necessidade de se restabelecer na mente deles a capacidade de pensar, onde as emoções possam ser contidas no sentido de não levar mais a turbulências emocionais destrutivas.

Para a Teoria Psicanalítica o tempo em que a criança convive com os pais propicia a ela uma relação mais concreta e realista com eles. Dessa forma, o menor que tem pouco contato com o genitor irá se relacionar com este mais de forma fantasiosa, sem que o contato real auxilie a regular esse "mundo fantasmático". Assim sintetiza Freud (1924) que a criança que tem mais contato com seu genitor terá mais "feedbacks" realísticos que lhe permita contrapor a realidade e fantasia, dentro de sua capacidade para fazer o teste da realidade.

Os filhos de casamentos desfeitos são apontados como um grupo em que é maior a predisposição a alteração de comportamentos, desajustes escolares, falta de autoestima, entre outros problemas, isso porque é evidente que o litígio entre os cônjuges afeta a criança, bem como a mudança de estrutura de vida decorrente de uma separação.

Grisard Filho (2009, p.177) comenta que na separação: “todos os personagens envolvidos experimentam uma transição dolorosa. Cônjuges que não são capazes de vencer suas dificuldades. Filhos que reagem com raiva, medo, depressão ou culpa.”.

Sobre as questões de conflitos após separação conjugal, com tratamentos hostis entre os pais, podem ser causas de grandes prejuízos ao desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos. O escritor Augusto Jorge Cury, em sua obra, *Inteligência Multifocal*, aborda sobre a questão:

A cada vez que a criança vê extenuar o seu ídolo, (pai ou mãe) é como se uma parte dela se findasse para nunca mais retornar, como se o seu "eu"

fosse tão frágil, que a sua vontade de viver chega ao ponto de comprometimento. Em que pese todos os adjetivos negativos reais do pai não detentor da guarda, para a criança, seu pai, ou sua mãe é um forte seguimento seu, não há como cindir, trata-se de um ser amalgamado, duas almas num só seguimento. Portanto, as palavras pejorativas ditas e impregnadas na alma da criança, vinda daquele que detém sua guarda, podem produzir efeitos mediatos, ou imediatos. Estes podem, por vezes, se exteriorizar como perda de apetite, ou o inverso, sono perturbado, choro inconsistente, desinteresse pela escola, práticas diferenciadas pela busca incessante de satisfação como a necessidade de acariciar o próprio corpo, principalmente, a área genital, dislexia, distúrbios da fala, incapacidade, irritabilidade, déficit de concentração, desmotivação, incapacidade de administração dos focos de tensão, enfim todo um quadro em que a psiquiatria infantil aborda como sendo uma das mais comprometedoras das patologias. (CURY, 2009, p. 232).

É por tudo exposto e tendo esses aspectos em vista, é que a guarda conjunta é frequentemente associada a melhores escores de avaliação dos filhos do divórcio. Sua implantação deve ser sempre tentada seja em termos de estímulo para uma maior convivência com os filhos, seja em termos de os filhos terem uma divisão mais igualitária do tempo com cada genitor, seja no sentido de compartilhar as decisões relativas às crianças. Esse compartilhamento visa amenizar os efeitos dessa dissolução conjugal, trazendo benefícios para todos os envolvidos, especialmente para a própria criança.

A ciência vem demonstrando que o desenvolvimento psicoemocional das crianças que desfrutam da guarda compartilhada é de grau mais elevado, sendo até mais pacientes. As mães que compartilham da guarda são mais satisfeitas de modo

geral, enquanto os pais são menos pressionados pelas responsabilidades de criar os filhos, do que aqueles detentores da guarda única. (SILVA, MILANO. 2010. p.145).

Um instrumento valioso no que se refere à adaptação às nossas normas e engloba de uma forma que contempla mais outras áreas de estudo que não só a jurídica propriamente dita, como a psíquica e a da assistência social, entre outras, está a Mediação, já citada neste trabalho. Esta, por sua vez, possibilita um maior intercâmbio de ideias, maior discussão dos pontos de conflito, e a elaboração da nova estrutura de vida a ser construída. Forma bastante auxiliadora no que se refere à decisão do juiz, visando acima de tudo o melhor interesse da criança, buscando de forma conciliadora o entendimento em torno de certos assuntos, de modo que venha a minorar o impacto dos conflitos na prole e nos próprios genitores.

O que se verifica, muitas vezes, é que o enfoque de determinados especialistas se centra em questões como a pensão alimentícia, a divisão de bens do casal, etc. Enquanto outros se preocupam mais com as regras de visitação, o grau de entendimento entre os ex-cônjuges e o bem-estar emocional dos filhos. É como se pudesse vislumbrar uma divisão entre os práticos e os subjetivistas, onde cada qual deixa de lado aspectos fundamentais da questão. Na realidade, o lado prático ou material é fortemente influenciado pelas questões emocionais e vice-versa. O profissional dessa área deve sempre saber é que essas questões se influenciam e se completam mutuamente, demandando um olhar atento que seja capaz de captar as nuances de cada caso e trabalhá-las adequadamente.

Nas últimas décadas esta matéria se evoluiu de forma surpreendente, no entanto ainda há muito que ser feito especialmente no que se refere ao enfoque multidisciplinar, que se cada vez mais contemplado, apesar de suas dificuldades operacionais, poderá auxiliar bastante para alcançar o que seria o melhor interesse da criança e dos seus pais, abraçando, dessa forma, inúmeros profissionais, especialmente os que tratam da saúde mental que possibilitariam uma grandiosa contribuição para o tema.

Como enuncia o sociólogo francês Edgar Morin: “precisamos aprender a perceber a complexidade daquilo que estudamos, através da capacidade de religar aquilo que está isolado ao seu contexto: quanto mais elementos se conhecem desse



contexto, maior a compreensão da complexidade do fenômeno”. (in MORIN, E. - “Edgar Morin”, entrevista ao Jornal O Globo, 2º Caderno, Rio de Janeiro, 10 out 96.)

O sociólogo aqui advoga sobre a necessidade de se ligar varias ciências com o objetivo de atingir uma visão mais abrangente dos fenômenos estudados e que se quer conhecer a fundo. Se a possibilidade de implantar um sistema de entendimento verdadeiramente interdisciplinar aos casais separados pudesse ser mais efetivamente contemplada, haveria também, dessa forma, um programa de prevenção primária de distúrbios mentais e psicossomáticos da maior importância e relevância.

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho, suas pesquisas e estudos pode-se concluir que o assunto da guarda dos filhos de pais separados no direito de família é um tema que requer cautela e cuidados na sua aplicação, uma vez que trata das relações familiares, os impactos que a dissolução conjugal traz para os filhos menores, bem como para todos os membros da família.

O objetivo foi trazer a tona os questionamentos, observações acerca do tema da guarda, possibilitando aprofundar os conhecimentos de como se dá o funcionamento deste instituto no direito brasileiro e alienígena, para apresentar como maneira mais adequada e que vem se consolidando fortemente a cada dia, o uso da guarda compartilhada como modalidade de guarda que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente na separação dos genitores.

Um dos debates acerca do assunto é no que concerne à possibilidade do compartilhamento da guarda em situações onde exista litígio, pois nestes casos, há o receio dos pais usarem o filho como um instrumento de agressão entre ambos, o que seria extremamente prejudicial à saúde psíquica do menor. Todavia, defende-se aqui que a situação litigiosa pode deixar de ser um empecilho à aplicação da guarda compartilhada se antes as famílias tiverem uma preparação que vise proporcionar uma melhor compreensão do instituto e de seus benefícios, proporcionando dessa forma uma maior aceitação. E caso não venham a ter esse consenso nem entendimento sobre essa decisão, da mesma forma ela se mostra eficaz, pois vai contemplar ambos os genitores, não beneficiando apenas um com a guarda unilateral do menor, privando o outro de manter e exercer a continuidade do lar e estreitamento das relações paternas.

Esta conclusão a que se chegou, baseou-se no fato de que o compartilhamento da guarda é o modelo que melhor se encaixa nos princípios constitucionais de igualdade entre o homem e a mulher, no qual ambos têm o dever, mas principalmente o direito de usufruir da convivência constante dos filhos, participando ativamente da vida deles, assim como do princípio da paternidade responsável e da proteção familiar, permitindo aos dois genitores serem iguais e



solidariamente responsáveis pelas tomadas de decisão acerca dos interesses de seus filhos.

Tal modalidade de guarda ainda não é tão tradicional no direito brasileiro, no entanto o seu uso vem sendo cada vez mais aceito e abraçado, se firmando nos tribunais frente à realidade das famílias e à medida que os pais vão se conscientizando da importância de preservar o relacionamento que mantinham com os filhos antes do divórcio, o que significa priorizar o bem-estar de sua prole e o seu próprio bem-estar de contar com a mesma convivência que detinha antes da separação. A conjugalidade se desfez, a parentalidade jamais.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente. **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 11.698/2008**. Altera os arts. 1583 e 1584, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2014.

CURY, Augusto Jorge. **Inteligência Multifocal**. São Paulo: Cutrix, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 8.

Código Civil Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. (Parte Especial)

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção de Direito Civil, v. 4)



BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a Guarda Compartilhada.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em 03 ago.2014.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Aspectos da guarda compartilhada no código civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Cristóvão, v. 5, n. 18, p. 287-299, abr./jun. 2004.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial.** São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº. 11.698/08. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Guarda compartilhada.** Aula. Disponível em: <www.cursofmb.com.br/.../download.php?...guarda%20compartilhada...>. Acesso em: 27.ago.2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 27.ago.2014.

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

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda dos filhos.** São Paulo: universitária de direito, 1984.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito brasileiro: direito de família.** VI. São Paulo. Saraiva, 2005.



BRITO, Leila Maria Torraca de. *Guarda compartilhada*: um passaporte para a convivência familiar. In: *Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Org. Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

Declaração Universal dos Direitos da Criança - Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em 30 de ago. 2014.