

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

THAIANNY VITURINI MOITINHO SACCONI

**GUARDA COMPARTILHADA: APLICAÇÃO NO DIREITO
BRASILEIRO E BENEFÍCIOS GERAIS**

SÃO MATEUS-ES
2015

THAIANNY VITURINI MOITINHO SACCONI

**GUARDA COMPARTILHADA: APLICAÇÃO NO DIREITO
BRASILEIRO E BENEFÍCIOS GERAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

**SÃO MATEUS-ES
2015**

THAIANNY VITURINI MOITINHO SACCONI

**GUARDA COMPARTILHADA: APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E
BENEFÍCIOS GERAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de ___ de 20__.

BANCA EXAMINADORA

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

A minha família, ao meu esposo, que com muito carinho e apoio nunca mediram esforços para que eu chegasse até aqui, em especial ao meu pai que hoje já não se encontra entre nós.

Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que de alguma forma doaram um pouco de si para que a conclusão deste trabalho se tornasse possível.

“Se ager contra a justiça e eu te deixo agir,
então a injustiça é minha.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

Este trabalho pretende investigar o direito de guarda, especialmente a guarda compartilhada. A relevância do estudo encontra-se no fato de que o Direito de Família passa ultimamente por uma etapa jurídica de abastada influência constitucional, sobretudo no que tange à manutenção da convivência familiar e ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, estes princípios contidos no artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, bem como na Lei n. 11.698/2008 que determina o instituto da guarda compartilhada. Em termos de conclusão acredita-se que ao se acrescentar à guarda compartilhada há um melhor atendimento aos princípios ora descritos, pois os filhos de pais separados poderão se beneficiar e ter mais presentes ambos os genitores, atendendo assim a melhoria da convivência familiar e ao melhor interesse da criança e do adolescente. Portanto, tal instituto é uma evolução no Direito de Família brasileiro. A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito. Família. Guarda Compartilhada. Genitores.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the rights of custody, especially shared custody. The relevance of this study lies in the fact that family law passes lately by a legal step of wealthy constitutional influence, especially with regard to the maintenance of family life and service in the best interests of children and adolescents, these principles contained in Article 227, caput, of the 1988 Federal Constitution and in Law no. 11,698 / 2008, which determines the institute of joint custody. To conclude it is believed that to be added to the shared custody for a better service to principles described herein, for the children of divorce will benefit and be more present both parents, thus meeting the improvement of family life and the best interests of the child and adolescent. Therefore, such an institute is an evolution in the Brazilian Family Law. The methodology is the literature.

Key-words: Right. Family. Shared custody. Parents.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O TEMA	15
2	O INSTITUTO DA GUARDA	20
2.1	DEFINIÇÃO.....	20
2.2	MODALIDADES DE GUARDA	25
2.2.1	Guarda unilateral.....	25
2.2.2	Guarda compartilhada.....	26
2.2.3	Aninhamento ou nidção.....	27
2.2.4	Guarda alternada.....	27
3	DA TRANSIÇÃO DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....	30
4	EVOLUÇÃO DESTE INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	
	BRASILEIRO	33
4.1	A GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO	
	CONSENSUAL	33
4.2	A GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO	
	LITIGIOSO.....	33
4.3	A GUARDA NA UNIÃO ESTÁVEL E NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO	
	ESTÁVEL.....	35
5	DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 11.698/2008.32.....	36
5.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	36
6	APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO.....	39
7	CONSEQUÊNCIAS DO SURGIMENTO DESTE NOVO INSTITUTO....	41

8	AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	44
9	GUARDA COMPARTILHADA <i>VERSUS</i> GUARDA UNILATERAL	47
	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Esta monografia destina-se ao estudo da guarda compartilhada, positivada no ordenamento jurídico por força da Lei 11.698/2008. Esse instituto visa efetivar o princípio de igualdade entre genitores, no que se refere aos direitos e obrigações com os filhos, configurando o poder familiar e impedindo o tratamento desigual, com a clara intenção de garantir ao menor a proteção e o desenvolvimento moral e psicológico.

A criança, em virtude da sua fragilidade e vulnerabilidade, tem proteção especial como preconiza aos artigos da Lei 11.698/2008, de modo a estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro as prerrogativas para construir um novo modelo de responsabilidade parenteral, auxiliando dessa maneira, na construção da personalidade e da dignidade das crianças, que estão participando da dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo conjugal.

Os atributos do poder familiar, em relação aos filhos, englobam sua guarda, educação e correição. Assim sendo, os filhos devem conviver na família, com estreita ligação com seus pais e estes devem conservá-los juntos de si. Essa condução é estipulada pela construção adequada dos comportamentos, da conduta, do prover a fixação de residência e domicílio, velar pela segurança e saúde, prover o seu futuro, a partir de todos os valores e preparação do menor para exercício da cidadania.

Nesse contexto, é que se estabelece a convivência familiar, a qual possibilita à criança exercer vínculos sentimentais que aprimoram o afeto e o amor que todo ser humano necessita para a se integrar socialmente. Diante dessa visão, o vínculo familiar é fundamental à condição humana, pois o que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim vital.

Então, diante dessas constatações é que o presente trabalho pretende esboçar os nortes de uma pesquisa futura, visando assim, expor os fundamentos teóricos e operacionais, para desenvolver análise jurídica acerca da necessidade da criança estar com ambos os pais, mesmo após a separação.

Salienta-se, previamente, que a separação conjugal é um assunto delicado, que geralmente afasta um dos genitores do convívio dos filhos. Esse fato, na maioria dos casos envolve disputas, mágoas, desrespeito e conflitos que prejudicam a saúde

física, mental e psicológica dos filhos, de maneira, a conduzi-los a rupturas na relação pais e filhos, que dificilmente serão solucionados a curto e médio prazos.

Em decorrência disso, surgiu a necessidade de se adotar um instituto capaz de amenizar os conflitos causados pela separação. Assim, a guarda compartilhada vem à tona para diminuir os sofrimentos dos envolvidos, e em especial dos filhos, que manterão a relação contínua com os pais, assegurando o direito de desfrutar do seu dia a dia.

Além disso, a guarda compartilhada atribui, de forma equilibrada, o exercício do poder familiar a ambos os genitores, evitando o distanciamento de um deles, prevalecendo o melhor interesse da criança, já que os filhos continuarão a conviver com os pais. Entretanto, a guarda compartilhada, para obter sucesso, exige dos pais separados um elevado grau de amadurecimento.

Assim, deste ponto em diante, pretende-se analisar o instituto da guarda compartilhada pressupondo a aceitação, de ambas as partes (dos cônjuges), sobre o atendimento às necessidades dos filhos, visando expor o posicionamento doutrinário e legal vigente, de modo a contribuir para uma reflexão mais atualizada sobre o tema, esclarecendo os benefícios trazidos pela guarda compartilhada, principalmente no que concerne ao interesse das crianças envolvidas.

O tema delimita-se em “Guarda Compartilhada: aplicação na legislação brasileira e os benefícios trazidos à família, diretamente, e à sociedade, de forma indireta.”

Em virtude das mudanças sociais que levam os casais a separações, surge a necessidade de se adotar um instituto jurídico capaz de atenuar os conflitos ocasionados pela desunião, visando preservar as relações de afeto anteriores à separação, conservando os laços afetivos, de modo a garantir uma convivência digna e civilizada em benefício do bem estar da criança.

Ao serem decididas questões referentes à guarda, é necessário observar e privilegiar o interesse da criança. Entre os diversos princípios que interessam diretamente ao Direito de Família, o do interesse do menor possui relevância, e sua preponderância perante aos demais se faz necessária.

Então, diante dessas observações, pretende-se responder à seguinte problemática: de que maneira o Direito brasileiro e suas autoridades tem legislado acerca da Guarda compartilhada como um direito de conviver em família?

O objetivo Geral consiste em analisar o posicionamento doutrinário e as legislações vigentes sobre a guarda compartilhada, visando o benefício das crianças envolvidas, enquanto os objetivos específicos são: a) Expor a conservação os vínculos efetivos (essenciais) entres os pais e filhos, após a separação; b) elencar os efeitos jurídicos e psicológicos que a compartilhada gera na vida da criança; c) esclarecer quais as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada; d) expor a diferença de guarda compartilhada e alternada.

O tema justifica-se principalmente porque compartilhar as crianças tem suas vantagens, mas para que isso seja viável, é necessário que os genitores, após a separação ou mesmo durante o processo que origina tal atitude, entendam que a separação é apenas entre eles e não com os filhos.

Quando na dissolução do vínculo conjugal e na definição da guarda for escolhido este modelo, a criança passa por duas perdas: a primeira refere-se à unidade familiar, que ora se transforma, e a segunda é quanto à companhia contínua de um dos pais, que passará a ter direito apenas à visita. Este modelo garante ao detentor o direito à convivência diária com os filhos, limitando o outro genitor a um papel secundário.

A guarda compartilhada envolve questões jurídicas e sociais na vida da criança, que após a ruptura conjugal, depende de acordo coerente entre os genitores, mas, na maioria das vezes em virtude de suas desavenças pessoais não chegam a nenhum acordo, e com isso, acabam por afastar um dos genitores. Entretanto, a falta de acordo não impede ao magistrado a prerrogativa de resolver quem será o guardião, possibilitando sempre que possível garantir a criança o direito de convivência com ambos os genitores.

Dessa maneira, a guarda compartilhada exige dos pais separados uma responsabilização conjunta nas decisões relacionadas aos filhos, o que exige um bom relacionamento, pois a criança precisa manter o vínculo parental, não podendo ser prejudicado com as desavenças entre os mesmos.

O tema abordado torna-se relevante para sociedade, pois no modelo da Guarda compartilhada, os pais têm a faculdade de deliberar conjuntamente sobre todos os aspectos físicos e psíquicos dos filhos; porém, por ser um instituto relativamente novo, sem grande efetividade no Brasil, traz consigo inúmeras dificuldades, principalmente

quanto a sua compreensão, benefícios e aplicabilidade, sendo muitas vezes confundida com a alternada.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade.

Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social.

Visa-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sociopsíquica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha. E entender, de que maneira pode o juiz entender e impetrar a guarda compartilhada.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA

A família, segundo Machado (apud Oliveira, 2003), apesar de ter sofrido grande modificação na sua estrutura, ainda é a célula básica da sociedade, ponto de partida a possibilitar o desenvolvimento das outras relações sociais. É importante além de rever o conceito de família apresentar as transformações da sociedade que levaram a esse novo enfoque do direito de família.

O pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de construir-se uma família, principiando a liberdade de afeto (OLIVEIRA, 2003).

A partir da segunda metade do século XX, está-se vivendo um importante processo de transformação, determinado, entre outros fatores, pela quebra da ideologia patriarcal, impulsionada pela revolução feminista.

O casamento, segundo expressa o artigo 1.565 do CC/2002 não é somente uma união entre homem e mulher para o matrimônio, mas é de suma importância considerar que se trata de uma relação mútua, tornando-os consortes companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Em relação aos deveres de ambos os cônjuges, o artigo 1.566 do referido dispositivo legal apresenta os seguintes:

Art. 1.566 – São deveres de ambos os cônjuges:
I – fidelidade recíproca;
II – vida em comum, no domicílio conjugal;
III – mútua assistência;
IV – sustento, guarda e educação filhos;
V – respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

Então, há casos em que essa reciprocidade no ambiente familiar não acontece como prescreve a lei. São diversas as razões, entre elas enumera-se a traição, e a consequência, em uma relação é a dissolução do matrimônio.

Pereira (2001, p. 49) considera essa facilidade de rompimento como sendo mais difícil pelo fato de não existir normas jurídicas que definam essa forma de vida em seus vários aspectos.

Cavalcanti (2004, p. 214) analisa o artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro da seguinte maneira:

[...] diferentemente do que dispõe a legislação brasileira sobre as relações matrimoniais, o legislador não previu expressamente a fidelidade e

a coabitação para a união estável, ao contrário, previu o respeito e a consideração recíproca, que são nitidamente elementos morais e intrínsecos de um relacionamento familiar que a lei transformou em obrigação legal.

Assim, defende-se nesse trabalho a tese de que durante e após o casamento, não somente a fidelidade é dever demonstrativo de união matrimonial, mas também a responsabilidade devida dos pais em relação aos filhos.

Quintas (2010, p. 17) relata que “[...] quando não estiverem mais juntos encerrarão os papéis de marido e mulher ou companheiros em relação um ao outro, porém os papéis de pai e mãe continuam a existir”.

A guarda de filhos envolve deveres como proteção, cuidado, vigilância, os quais envolvem sentimentos de afeto que os pais devem ter com os filhos. No campo jurídico a guarda é atribuída aos pais, seja por força de lei ou decisão judicial, para manter a proteção dos filhos.

O instituto guarda é um elemento do poder familiar, como já mencionado, sendo exercido por ambos os pais, tendo como obrigação a responsabilidade material, educacional e social em relação aos filhos, e também o direito de tê-lo em sua companhia e o dever de proporcionar todos os meios necessários para sua subsistência.

Para entender a importância da conservação do poder familiar, Maria Helena Diniz o conceitua como:

[...] 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 (DINIZ, 1998, p..514).

Para Nader (2002, p. 134), “o poder familiar se estrutura em princípios e regras que visam à efetiva proteção dos filhos, permitindo-lhes o pleno desenvolvimento de suas potencialidades físicas, mentais culturais, afetivas.”

Os conceitos acima mencionados dispõem que a guarda é uma atribuição do poder familiar, garantindo aos filhos proteção integral, e igualdade de condições na relação dos genitores, afastando qualquer forma de discriminações. De acordo com

tais previsões legais, o poder familiar não deverá ser alterado com a ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

Nesse diapasão, obtempera Maria Manoela Quintas:

Não pode a desunião do casal, ou apenas o fato de os pais nunca terem vivido juntos, interferir no poder familiar, pois se tratam de relações diversas e independentes, a do casal e a deste com seus filhos. Nem mesmo o fato de contrair novas núpcias poderá abalar o poder familiar dos pais (QUINTAS, 2010, p. 19).

Conforme dispõe o art. 1.632 do Código Civil, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos. O dispositivo acima se harmoniza com o art. 1.579, ao declarar que o direito e deveres não modificarão com o divórcio, e o parágrafo único do citado, bem com os artigos. 1.588 e 1.636, do Código Civil, que discorrem que os genitores que contraírem novas núpcias não perderão a titularidade do poder familiar.

Com a entrada em vigor da Lei 11.698, de junho de 2008, o instituto guarda compartilhada passou a ser regulamentada pelo ordenamento jurídico, alterando os art. 1.583 e 1.584 do Código Civil, regulando o modelo de guarda dos pais que não vivam sob o mesmo teto, mas, continuam exercer conjuntamente as responsabilidades sobre os filhos.

A diferença da guarda unilateral e da guarda compartilhada está no caso desse segundo instituto citado, o qual visa estabelecer a igualdade entre o pai e a mãe, consagrada na Constituição Federal, diminuir a distância entre os genitores, objetivando elevar ao máximo a efetivação do poder familiar, referentes aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos a garantia assistencial, assegurando assim à criança um desenvolvimento saudável e efetivo.

O instituto em apreço assevera maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, possibilitando uma participação constante nas decisões relacionadas aos filhos.

Preleciona Waldyr Grisard Filho (2008, p. 99): “[...] é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”.

Assim, o compartilhamento, para ser bem sucedido, pressupõe diálogo entre os pais que vivem separados, obrigando-os a exercer as atribuições que lhes são próprias, torna-se necessário a conservação dos filhos em sua companhia e guarda. Dessa forma, criação e educação requerem dos pais acompanhamento diário, o que possibilita o conhecimento de suas necessidades.

Na guarda compartilhada a residência da criança será fixa, sendo um genitor guardião e o outro não guardião, ou seja, a guarda física será atribuída a apenas um dos genitores, o que determina a residência da criança, porém ambos terão a guarda jurídica. Assim, a criança manterá uma residência fixa, mas, o exercício de todos os direitos e deveres inerentes ao poder familiar será compartilhado.

Neste viés, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

Deste modo, o exercício materno e paterno dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar será compartilhado, permitindo à criança o convívio assíduo com ambos. A convivência familiar com ambos os pais reduz os danos que enfrentam em se adequarem às novas rotinas e aos novos relacionamentos após a separação de seus genitores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente contempla a igualdade conjugal e co-responsabilidade parental, obedecendo aos preceitos constitucionais, quanto à preocupação do melhor interesse da criança.

Dispõe o art. 1º “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, indicando no art. 4º que é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos expressamente mencionados os referentes à convivência familiar, demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio das crianças com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de

desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psíquica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

É, pois, dever jurídico comum dos pais, encargo que a lei lhes atribui, decidirem sobre a vida e o patrimônio de seus filhos, tanto durante como após a separação, cabendo ao juiz cobrar-lhes o exercício do múnus desta forma, compartilhadamente. Eis aí o fundamento normativo da guarda compartilhada no novo Código Civil.

2.1 DEFINIÇÃO

A sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, de acordo com o artigo 1.571 do Código Civil. Já o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Quando ocorre a dissolução do casamento pelo divórcio, os pais continuam a deter o poder familiar, pois este não depende do seu estado civil, não se alterando as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito que cabe aos pais de terem os filhos em sua companhia; apenas se altera o exercício do poder familiar quando se atribuir a guarda a um dos genitores, ficando o outro com o direito de visitas, ou, ainda, poderá se decidir pela guarda alternada ou pela guarda compartilhada.

Com a ruptura do casamento, a titularidade do poder familiar permanece inalterada, ocorrendo o fracionamento de seu exercício, em razão da impossibilidade fática do exercício conjunto, no que se refere à guarda material do filho.

A dissolução do casamento não altera os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, de acordo com o artigo 1.579 do Código Civil, que assim dispõe: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. (BRASIL, 2002)

Quando os pais se separam ou se divorciam, não perdem seus direitos, perdendo somente o direito de tê-los em sua companhia, se não ficarem com a guarda, conforme disciplina o artigo 1.632 do Código Civil: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” (BRASIL, 2002)

Assim, no caso de ruptura do casamento ou da união estável, diante da impossibilidade do exercício conjunto, haverá a divisão do exercício do poder familiar entre o pai e mãe. A maneira como parte deste exercício é atribuída a cada genitor pode variar de acordo com a vontade dos pais. Eles vão decidir o modelo de guarda consensualmente, ou, se não for possível, será estabelecido judicialmente, quando poderá haver disputa pela guarda.

O legislador civilista de 2002 perdeu a oportunidade de inserir no artigo 1.632, ao lado da separação judicial, do divórcio e da dissolução da união estável, também a nulidade e a anulação do casamento, como hipóteses de não alteração das relações entre pais e filhos.

Após a dissolução do casamento, o exercício do poder familiar continuará a ser de ambos os pais, pois o sistema jurídico optou pelo modelo do exercício conjunto em igualdade de condições nas decisões relativas aos filhos, mesmo que apenas um detenha a guarda.

Os pais têm de praticar vários atos conjuntamente, como autorização para casar, emancipação, nomeação de tutor, autorização para viajar para o exterior, autorização para adoção, entre outros.

O exercício do poder familiar durante o casamento também se dá de maneira conjunta, na grande maioria das sociedades contemporâneas.

No caso de dissolução do casamento ou da união estável, diante da impossibilidade do exercício conjunto, há a divisão do exercício do poder familiar entre o pai e mãe. Pode ser adotada a forma da guarda consensualmente pelo pai e mãe, ou ser ela estabelecida judicialmente, em caso de disputa parental pelo direito de exercício da guarda.

Partindo desse entendimento, ao analisar as possíveis leis que regulam o direito de família encontram-se os respectivos artigos que implicitamente possibilitam o deferimento da guarda compartilhada nas hipóteses de separação quando não há a existência de litígio.

Inicialmente, o Código Civil contempla a guarda em seu artigo 1.634, inciso II, ao indicá-la como elemento do poder familiar.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
[...]
II - tê-los em sua companhia e guarda; (BRASIL, 2002)

Assim sendo, a guarda constitui um dos elementos inerentes ao seu exercício, por meio da qual cabe aos pais terem os filhos em sua companhia, para reger seu comportamento e ocupar-se de seus cuidados pessoais.

Trata-se de um direito-dever atribuído aos pais, de custódia, de proteção, responsabilizando-se por seu bem-estar e pelos danos que eventualmente causarem a terceiros.

Durante a união do casal, seja no casamento, seja na união estável, o exercício da autoridade parental é comum. Tanto o pai como a mãe são detentores da autoridade parental, e conseqüentemente, da guarda também.

Assim, pode-se dizer que em tais circunstâncias, há presunção do compartilhamento do exercício da autoridade parental, bem como da guarda.

No entanto, havendo a ruptura do casal, tanto o exercício da autoridade parental, como o da guarda, são alterados, pois a guarda sofre uma cisão, passando a ser exercida de maneira desmembrada. Conseqüentemente há um distanciamento natural do genitor não-guardião, o que vem a enfraquecer o próprio exercício da autoridade parental na prática, embora a sua titularidade permaneça intacta.

Apesar de ser abordada na Lei do Divórcio, a regulamentação do instituto da guarda de filhos de pais separados é principalmente tarefa do Código Civil, em cujo corpo está disciplinada, para alguns, de maneira incidental, ao tratar da separação e do divórcio.

Já para Maria Berenice Dias, a figura da guarda sequer foi regulamentada no Código, havendo apenas diretrizes para a sua fixação em caso de separação dos pais (DIAS, 2005, p. 396).

A disciplina da guarda dos filhos de pais separados encontra-se sistematizada no Código Civil em diversos dispositivos, em sua maioria reunidos no Livro IV, capítulo XI, sob a denominação Da Proteção da Pessoa dos Filhos (BRASIL, 2002).

Há a possibilidade para que os próprios pais que se separaram ou se divorciaram por mútuo consentimento, possam decidir acerca da modalidade de guarda que desejam adotar, cuja escolha deve pautar-se necessariamente pela verificação do melhor interesse da criança. Havendo consenso quanto ao regime de guarda e de visitas escolhido, o acordo será homologado em juízo, porém desde que preservados acima de tudo os interesses dos menores.

Com um sistema de separação e divórcio essencialmente baseado na culpa dos cônjuges, a atribuição de guarda no passado nem sempre se dava em observância ao próprio interesse do menor, deixando-o muitas vezes à mercê de um

pai ou mãe inapto para o seu exercício, por não reunir as condições adequadas para tanto.

Assim, a guarda é gênero daquela exercida de forma compartilhada, surge de um valor maior protegido, que é o bem estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado, e sustentado, para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional, e entendimento social, de forma a compreender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna.

Neste sentido, a guarda é, pois, a um só tempo, direito e dever, que na constância da união conjugal deve ser exercida de forma igualitária por ambos os genitores, se confundindo até mesmo com o próprio poder familiar.

A guarda, neste aspecto, tanto pode ser proteção como a custódia que é devida aos filhos por seus pais.

Ao conceituar guarda, Maria Helena Diniz, assinala que:

Constitui um direito, ou melhor, um poder, porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores (DINIZ, 2005).

Para Waldyr Grisard Filho (2008, p. 125), “a guarda não se define por si mesma, senão por meio dos elementos que a asseguram”.

Conclui-se que a guarda é um dever dos pais para com os filhos, devendo aqueles dar amor, moradia, subsistência, educação, formação moral e social, e estarem presentes na medida do possível para o melhor desenvolvimento pessoal, familiar e social dos filhos, visando sempre o melhor interesse dos menores.

Para Silvio Rodrigues:

"Em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores". [...]“ Dentro da vida familiar o cuidado com a criança e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, pois as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do por vir.” (RODRIGUES, 2003, p. 58)

A proteção, como prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.

Porém, cabe ressaltar, a escolha pela guarda compartilhada pressupõe na maioria dos casos, a intenção clara de se manter uma convivência satisfatória dos filhos com ambos os genitores e não apenas o direito de tomar decisões conjuntamente.

Devido a esse fato, faz-se importante destacar também, que convivência é muito diferente de meras visitas, onde a criança não consegue viver com seu genitor momentos da vida cotidiana, tão importantes para sua formação.

Essa nova situação jurídica em que ambos os pais, mesmo separados, conservam o direito, a convivência e a responsabilidade sobre os filhos, vem tentar amenizar os traumas e prejuízos emocionais causados pelo afastamento de um dos cônjuges do meio familiar.

E dentro desta óptica, a guarda compartilhada para fins práticos, não poderá ser dividida entre legal ou Jurídica e material ou física uma vez que tal divisão incorreria no risco de inviabilizar os benefícios trazidos por este novo instituto de guarda.

Portanto, pode-se chegar à conclusão de que o melhor conceito para a guarda compartilhada é o de ser uma situação jurídica onde ambos os pais, após um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física, tendo como obrigação estarem sempre próximos, possuírem mesmos valores e determinarem que o arranjo de alternância de lares, quando for necessário, para que não quebrem a continuidade das relações parentais.

2.2 MODALIDADES DE GUARDA

No decorrer da sociedade conjugal o exercício da guarda é feito conjuntamente pelos genitores, não havendo dissenso quanto a isto. É quando acontece a dissolução da sociedade conjugal, que surge à necessidade da escolha de uma das modalidades de guarda.

Neste contexto, é importante conhecermos cada uma das espécies de guardas previstas em nosso sistema jurídico.

Nesse sentido, a doutrina convencionalmente classifica a guarda em guarda unilateral, alternada, por aninhamento, e a compartilhada ou conjunta, apresentadas a seguir.

2.1.1 Guarda unilateral

Compreende-se por guarda unilateral, aquela atribuída a um só dos genitores ou a quem o substitua, o detentor da guarda fica com a responsabilidade exclusiva de decidir sobre a vida da criança, restando ao outro apenas supervisionar tais atribuições. Nesse sentido, verificamos que na guarda unilateral, a guarda é atribuída a um dos pais, restando ao outro tão somente o direito de visita.

Corroborando ao exposto, preleciona Flávio Tartuce e José Fernando Simão, na “guarda unilateral uma pessoa tem a guarda enquanto que a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas”. (TARTUCE, SIMÃO, 2012, p.207).

O Código Civil, em seu art. 1.583, § 2º disciplina que será fixada a guarda unilateral em favor daquele que demonstre melhores condições para exercê-la, objetivando com este critério observar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Cumprido esclarecer que, embora a guarda fique estabelecida em favor de um dos pais, caberá ao outro supervisionar o interesse dos filhos, é o que se extrai da redação do §3º do art. 1.583, Código Civil. Assim, a guarda unilateral obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses do filho.

Ao tratar do tema, Maria Berenice Dias expõe, “a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia da visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia- isso porque

é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras”. (DIAS, 2013, p. 458-9).

Desse modo, contemplamos que esse modelo de guarda apresenta como ponto negativo o fato de privar o filho da convivência diária de um de seus genitores. Em virtude disto, é que à guarda compartilhada frente a unilateral apresenta-se mais acertada.

2.1.2 Guarda alternada

Na guarda alternada, a guarda é atribuída a um e a outro dos genitores, ocorrendo uma alternância da guarda conforme o período em que o menor mora com cada um dos pais.

Nas lições de Maria Helena Diniz, a guarda alternada é aquela “deferida a ambos os genitores, ficando o filho ora sob a custódia da mãe, com ela residindo, ora sob a do pai, passando a viver com ele”. (DINIZ, 2010, p. 296).

Por outro lado, define Flávio Tartuce e José Fernando Simão a guarda alternada como sendo aquela que “o filho permanece um tempo com o pai e um tempo a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe”. (TARTUCE, SIMÃO, 2012, p. 207).

Nesse sentido, a guarda alternada se caracteriza pela possibilidade de cada um dos genitores obterem a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana ou qualquer outro período acordado. Durante esse período, o responsável pela guarda (cônjuge guardião) detém de forma exclusiva os “poderes” e “deveres” com relação à criança, sendo que no término do período, os papéis se invertem.

Desta formada, contemplamos que ela se manifesta a partir de uma fragmentação da vida do menor em períodos, ficando, por exemplo, 15 dias com a sua genitora e outros 15 dias com seu genitor, seguindo a sequência da alternância. Desse modo, enquanto estiver na moradia da mãe a guarda a esta pertence, cabendo ao outro a supervisão, por outro lado, quando estiver com o pai, a este cabe a guarda.

Insta salientar que esse modelo de guarda não tem sido visto com bons olhos pelo nosso sistema jurídico, que entende que esse convívio simultâneo alternado, poderia ocasionar abalo nas raízes de relacionamentos dos filhos.

2.1.3 Aninhamento ou nidação

O Aninhamento ou Nidação é um modelo de guarda, no qual os pais se mudam para a casa do filho em períodos alternados de tempo. Ao contrário do que acontece no molde de guarda alternada, aqui são os pais que mudam de tempos em tempos para a casa onde vivem os filhos.

Nesse sentido, conceitua Waldyr Grisard Filho, “no aninhamento ou nidação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo”. (GRISARD FILHO, 2009, p. 91).

No que tange as críticas deste modelo, verificamos que assim como na guarda alternada, este provoca ao menor os mesmos sentimentos de insegurança e de descontinuidade familiar.

2.1.4 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, por sua vez, é aquela em que se atribui responsabilidade conjunta do exercício de direitos e obrigações para ambos os genitores, que já não vivem sob o mesmo teto sobre seus filhos.

Neste modelo de guarda, os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os pais, que continuam a tomar as importantes decisões na criação de seus filhos conjuntamente, buscando-se assemelhar o tanto quanto possível as relações pré e pós-separação, ainda que o menor fique sob a guarda física de apenas um dos pais.

Nesta perspectiva, o art. 1583, §1º, do Código Civil, conceitua a guarda compartilhada como sendo “a responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Para melhor compreensão do tema, vejamos o conceito de guarda compartilhada, trazido por Luiz Felipe Lyrio Peres (2005, p. 98):

[...] uma situação jurídica em que ambos os pais, após uma separação judicial, um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física tendo como obrigação domiciliarem próximos, possuírem mesmos valores e determinarem que o arranjo de alternância de lares não seja longo, para não quebrarem a continuidade das relações parentais.

Denota-se que nesta espécie de guarda, os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem estar, educação e criação. Assim, verifica-se neste modelo de guarda a possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais, que exercem ao mesmo tempo a guarda. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade para tomar decisões relevantes quanto ao bem estar de seus filhos.

Nesse sentido, contemplamos que diferentemente do que propõe a guarda unilateral, na compartilhada o genitor que não tem a guarda física do filho não se restringe a supervisionar sua educação, pois, neste modelo ambos os pais participarão de forma efetiva das decisões referentes a vida dos filhos, sejam elas relacionadas à sua educação, religião, cuidados com a saúde, formas de lazer, estudos, entre outros pontos.

Atualmente, o Ordenamento Jurídico tem preferido a adoção da referida espécie de guarda, por entender que esta atende melhor ao interesse da criança ou do adolescente, que tem através da adoção deste modelo de guarda preservado os laços de convivência com ambos os pais, garantindo a continuação dos laços familiares, dentre outros aspectos positivos.

Sobre o referido modelo de guarda, trataremos mais a frente detalhadamente, haja vista tratar-se do objeto de nosso estudo.

Diante do exposto, não devemos confundir as referidas modalidades de guarda previstas em nosso Ordenamento Jurídico. Por outro lado, devemos nos preocupar sempre com a fixação do modelo de guarda que atenda ao melhor interesse do menor.

3 DA TRANSIÇÃO DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

O poder familiar foi inserido no novo Código Civil como substituto do pátrio poder do Código Civil de 1916. Encontra-se disciplinado nos artigos 1.630 a 1.638, mas não define o instituto, dispondo no artigo 1.630: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

O Código Civil de 2002 trata do poder familiar, consoante os contornos constitucionais, principalmente com base na igualdade entre homem e mulher, delegando aos pais a responsabilidade pela administração do núcleo familiar. Nesse sentido, segundo Arnaldo Rizzardo (2002, p. 88), é importante observar que:

“(...) atualmente, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não mais são vistos como uma esperança de auxílio aos pais. O poder familiar não é mais o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei. Nesse sentido, entende-se o poder de família como conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação a pessoa destes e seus bens”.

É o poder de família caracterizado pelo sistema de direitos e deveres, limitado pelas normas jurídicas que permeiam a relação entre pais e filhos na qualidade de crianças ou adolescentes não emancipados ou não sujeitos a outra restrição familiar legal ou judicial.

O instituto visa, também, propiciar legitimamente a forma como devem ser cumpridos os ditames impostos pela legislação para formação da pessoa em desenvolvimento com dignidade social e humana na entidade familiar e na sociedade, conforme preceitua a Constituição Federal.

Sílvio de Salvo Venosa pondera (2004, p. 226):

“Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida do Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos”.

Para Denise Damo Comel (2003, p. 64), a estrutura básica da lei pretendeu receber durante a sua tramitação, como não poderia deixar de ser, grande influência da nova ordem constitucional. Em especial no que tange ao direito de família, foi muito expressivo o número de emendas oferecidas, tendo em vista a necessidade de

adequar o texto à Constituição. Deve-se considerar que durante a sua longa tramitação, das 332 emendas aprovadas no Senado Federal, 138 diziam respeito a disposições sobre Direito de Família, representando 42% do total das emendas.

A autora enfatiza que:

“O poder familiar, então, vem disciplinado em um capítulo inteiro – Do Poder Familiar, do Subtítulo II – Das Relações de Parentesco, e também, em um Título próprio, donde se tem que o legislador separou a matéria em seus dois aspectos principais – pessoal e patrimonial. A propósito, no Código Civil de 1916 a matéria estava disposta em apenas um Capítulo – Do Pátrio Poder, do Título V – Das Relações de Parentesco, do Livro I – Do Direito de Família. A segmentação do livro de Direito de Família em duas seções, observa a autora nas palavras de Eduardo da Silva é critério que leva em conta que nas relações de família existe um vínculo de natureza moral, jurisdicalizado apenas parcialmente, e outro vínculo de natureza patrimonial, uma relação econômica, sem a qual seria impossível a manutenção do status de família”. (COMEL, 2003, p. 68)

É certo que o poder familiar, em especial, não regula de modo satisfatório a atribuição do desempenho dos pais em igualdade de condições, a problemática do exercício conjunto, dentre outros, repetindo, ainda normas do Código Civil de 1916, que já não tem sentido ou aplicabilidade em face das disposições constitucionais referentes à filiação.

De toda forma, resta enfatizar que o direito positivo não oferece uma definição do poder familiar, posto que o Código Civil de 2002 nos mesmos termos do Código Civil de 1916, apenas regulamentou os aspectos específicos do instituto. Ficando, então, a cargo da doutrina a definição do poder familiar referido anteriormente.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 112), o Código de 2002 recepcionando os princípios constitucionais, desvencilhou-se da idéia predominante de chefia da família atribuída ao marido, pois se antigamente a “patria potestas” era conferida a este, o poder familiar, hoje, é exercido por ambos os pais conjuntamente e, entre um e outro, são distribuídas, harmonicamente, as atribuições concernentes à guarda, à educação, à orientação, à assistência aos filhos “in potestate”, bem como à administração de seus bens.

No mais, a estrutura do instituto permaneceu. Incluiu-se ao texto antigo a perda do poder familiar por decisão judicial (artigo 1.638). Além disso, transferiu toda Seção III do Código de 1916, relativa aos bens dos filhos, para o Título II, Subtítulo II, denominado “Do usufruto e da administração dos bens de filhos menores.

Em suma, o poder de família não mais se caracteriza pelo poder paternal, mas pela função conjunta de poder-dever exercido por ambos progenitores, como reza a Constituição Federal de 1988.

4 EVOLUÇÃO DESTE INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO CONSENSUAL

O primeiro artigo a dar respaldo a implantação da guarda compartilhada em caso de separação consensual é o art. 9º da Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio:

Art. 9 - No caso de dissolução de sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

O artigo transcrito acima é bem claro ao expor que será considerado aquilo que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, não restando nenhuma dúvida que em se tratando de uma separação judicial consensual, um divórcio consensual ou uma dissolução de união estável consensual, o magistrado deverá sempre obedecer ao que os cônjuges decidirem, porém, é importante que esse acordo referente à guarda dos filhos esteja sempre em consonância com o interesse do menor, sob pena de não ter sua validade consolidada.

4.2 A GUARDA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO LITIGIOSO

Em se tratando de separação conjugal litigiosa, aonde há a disputa pela guarda dos filhos, ou seja, onde não existe um consenso entre os genitores, mostra-se clara a necessidade de se buscar outras alternativas que viabilizem um bom convívio dos filhos com os pais.

O caminho que se mostra eficaz nestes casos, é o da concessão da guarda compartilhada pelo juiz de forma coercitiva, onde o julgador tem como prioridade assegurar aquilo que for mais benéfico ao menor, na busca do melhor interesse deste, preservando sua integridade física e mental.

A possibilidade da concessão de forma coercitiva da guarda compartilhada em situações litigiosas se mostra visível no ordenamento, quando observados os artigos 13 da Lei 6.515/77 e o 1.586 do atual Código Civil Brasileiro, que importa dizer traz em seu bojo, as mesmas palavras e intenção do referido art. 13, como se percebe:

Art. 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles com os pais.

Art. 1586 - Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles para com os pais.

No que se refere a guarda, os artigos supracitados têm o poder de destituir qualquer outro referente à matéria, o que possibilita ao magistrado em detrimento do caso concreto, decidir no sentido daquilo que propicie de uma forma geral o bem estar da criança.

Por outro lado, existem doutrinadores, como Maria Helena Diniz (2009, p. 22) e Gustavo Tependino (2006, p. 93), entendendo que a sentença judicial não pode impor à parte o exercício de um direito subjetivo. Seria, na verdade, atribuir um dever, que, no caso da guarda compartilhada, antes da edição da Lei 11.698/2008 conflitava com o princípio constitucional do artigo 5º, inciso II da Constituição da República que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Isto porque, não possuía respaldo legal expresso, o que a partir de 13 de junho de 2008 não pode mais ser alegado, pois houve a modificação do Código Civil de 2002 no sentido de instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

Nota-se, que o argumento mais relevante a indicar a inviabilidade da guarda compartilhada em tais situações decorre da própria discórdia entre os pais; nestes casos, a alternância temporal da posse dos filhos pode implicar em atitudes atentatórias à saúde psicológica e emocional dos mesmos, onde os filhos certamente seriam utilizados como instrumentos de agressão entre ambos, numa guerra de nervos tão intensa que certamente prejudicaria o desenvolvimento emocional da própria criança.

4.3 A GUARDA NA UNIÃO ESTÁVEL E NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

O reconhecimento da união estável pela Constituição de 1988, pelo artigo 226, § 3º, criou um novo modelo de família, a entidade familiar. O atual Código Civil regula a matéria nos artigos 1.723 e seguintes.

O art. 1.724 prevê entre os direitos e deveres dos companheiros, o de guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Porém, não regulamentou expressamente sobre o destino dos filhos nos casos de ruptura, recomendando-se que se aplique por analogia o mesmo critério da dissolução da sociedade conjugal.

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

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (BRASIL, 2002)

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A guarda compartilhada aparece pela primeira vez na segunda metade do século XX na Inglaterra. As mudanças sociológicas que começaram a ocorrer por volta de 1960, propiciaram o surgimento de novas fórmulas capazes de assegurar aos pais desunidos o pleno exercício da parentalidade, rompendo com o tradicional deferimento da chamada guarda mono parental, que na grande maioria das vezes favorecia a figura materna.

Tal instituto aos poucos foi ganhando repercussão na Europa, e aproximadamente no ano de 1976 foi profundamente assimilada pelo direito francês, com a mesma intenção da guarda compartilhada criada no direito inglês; ou seja, dirimir os prejuízos que a guarda única provoca para os cônjuges e seus filhos, embora, tenha o direito francês optado por adotar o modelo da guarda compartilhada jurídica apenas.

Esse novo modelo de guarda, após ganhar respaldo na Europa, chegou ao Canadá, aonde possui a mesma visão do direito francês.

Após o Canadá, o instituto chega aos Estados Unidos da América (EUA), onde foi adotado apenas no modelo jurídico. Porém, aos poucos se percebeu que esse sistema não satisfazia totalmente os genitores que não detinham a guarda material, visto que eles não possuíam um período mais significativo ao lado de seus filhos. Foi a partir desse momento que o modelo da chamada guarda compartilhada física ou material passou a vigorar no país.

Sem dúvida alguma, os Estados Unidos é onde o instituto da guarda compartilhada teve e tem até hoje seu melhor desenvolvimento, conseqüência da grande aceitação por parte da população.

No Brasil, tal instituto vem sendo examinado, mas, infelizmente, em nosso país, ainda adota-se a tradicional tendência de conceder a guarda a um dos genitores, onde geralmente a preferência é dada a mãe, restando ao pai os direitos de visitas com intervalos de quinze dias, nos moldes de finais de semanas alternados, favorecendo paulatinamente o afastamento do pai na relação com o filho, com grandes desvantagens para ambos, principalmente à criança.

Porém, já é possível perceber uma tendência a solucionar estes problemas, uma vez que, tramitam no Congresso Nacional três projetos de lei que visam autorizar a guarda compartilhada, além do pioneirismo de alguns julgadores que incentivam e concedem este tipo de guarda.

A guarda compartilhada vem disposta na Lei n. 11.698/2008 que altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, assim dispondo:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

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

§ 4º (VETADO).”

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

- I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
- II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

§ 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 guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (BRASIL, 2002)

O Direito de Família passa atualmente por uma fase jurídica de rica influência constitucional, com especial atenção à preservação da convivência familiar e ao

atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, ambos princípios extraídos do artigo 227, caput, da Constituição Federal.

Com o advento da Carta Maior, a família é reconhecida como base da sociedade, o que lhe confere pleno amparo constitucional, igualmente alcançado pela criança e pelo adolescente.

Ao mesmo tempo, a dinâmica e a constante evolução que marcam as relações familiares demandam a adequação dos institutos do Direito de Família, de maneira a tornar eficaz a proteção que lhe é conferida constitucionalmente.

Nessa nova esteira de valores, impulsionada pelo macro princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se analisar o instituto da guarda compartilhada sob a ótica de seus fundamentos constitucionais, dos quais se destaca, em especial, os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Esse novo modelo de guarda opõe-se às decisões de guarda monoparental, ou seja, aquela concedida a um dos genitores apenas, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais. A guarda compartilhada ao contrário das demais é aquela em que o interesse do menor é determinante para sua atribuição, uma vez que, esta busca amenizar os efeitos negativos de uma separação judicial ou de fato.

Outra característica importante deste tipo de guarda é o de possuir aspectos que a diferencia quanto a sua forma de exercício.

A primeira forma é conhecida como legal ou jurídica, diz respeito apenas quanto à responsabilidade dos pais, onde ambos respondem pelos filhos e têm o direito de tomar decisões importantes em conjunto, buscando sempre o melhor interesse para o menor, independente do sistema de visitas obedecido pelo genitor que não tem a "posse" da criança.

A segunda maneira de se exercer a guarda compartilhada é dividir não o direito legal sobre a criança, mas aliado a isso, compartilhar a companhia do filho, de forma a descaracterizar a denominação de visita por parte de um dos cônjuges.

Essa forma de exercício da guarda é denominada guarda compartilhada física ou material, pois, visa tornar comum aos dois genitores a convivência com a criança.

Na doutrina brasileira, Caio Mário Pereira (2002) é um autor que desde o princípio entendeu que, o que realmente importa nas decisões sobre guarda de filhos menores é o superior interesse destes, preponderantemente sobre eventuais direitos que se arroguem os pais, entendimento este que encontra amparo jurisprudencial.

Em exemplo, como bem coloca Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 165) a respeito de guarda: "O que lhe serve de inspiração é o interesse dos filhos, sobre quaisquer outras ponderações de natureza pessoal ou sentimental dos pais."

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, para que uma ação possa ser decidida no seu mérito, é necessário que o autor preencha três requisitos, sob pena de ser carecedor da ação: legitimidade de ser parte, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Contudo, como máxima autorizadora da implantação do instituto da guarda compartilhada no Brasil, tem-se por irrefutável os dizeres do artigo 229 da Constituição da República que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. E a partir da edição da Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008 o Código Civil também

abarcas esta possibilidade, resolvendo quaisquer conflitos existentes entre a existência de norma e a justiça. (BRASIL, 2008)

Nota-se que, mesmo após a dissolução conjugal, ambos continuam responsáveis pelos filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar.

O Estatuto da Criança e do adolescente confirma o preceito maior ao incumbir aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

7 CONSEQUÊNCIAS DO SURGIMENTO DESTE NOVO INSTITUTO

A guarda compartilhada, garante aos filhos do casal separado, o direito de ter ambos os pais de forma contínua em suas vidas, pois, após a ruptura da vida em

comum do casal, mantém o exercício da autoridade parental, reservando a cada um dos genitores o direito de participar das decisões importantes de seus filhos.

O jurista Waldyr Grisard Filho (2008, p. 118) posiciona-se no sentido de que a guarda compartilhada possibilita manter intacta a vida cotidiana dos "filhos do divórcio", dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir que os filhos optem por um deles.

A guarda compartilhada busca a continuidade das relações entre pais e filhos, a fim de preservar o interesse maior da criança, zelando pelo seu bem-estar, reduzindo assim, a possibilidade do surgimento de problemas psicológicos e de adaptação social decorrentes da ruptura familiar e do constante conflito que a acompanha.

Ainda, em relação à guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho (2008, p. 118) menciona o seguinte: "eleva os padrões éticos dos pais. quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar".

O instituto da guarda compartilhada condiz perfeitamente com a realidade dos dias atuais, em que grande parte das mulheres, muitas delas exercendo a maternidade, estão inseridas no mercado de trabalho, coisa que não existia antes, e que por isso, sentem necessidade de conciliar a vida profissional com a maternal, oportunidade que se vislumbra mais facilmente quando há o compartilhamento da guarda.

Por outro lado, visa o instituto da guarda compartilhada igualmente a assegurar o direito do pai, que geralmente é o genitor que não detém a guarda, de desfrutar da convivência do filho e de educá-lo, transmitindo-lhe os cuidados e a afetividade e perpetuando sua herança cultural e familiar.

Ainda, na visão da Psicologia, o divórcio dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos. Com efeito, o compartilhamento da guarda visa, precipuamente, amenizar tais perdas, beneficiando a criança à medida que ambos os pais estão igualmente envolvidos em sua criação e educação. Diante disso, pode-se perceber claramente a importância da utilização dos conhecimentos trazidos por outras fontes ou ciência, como a Psicologia.

Contudo, o que a guarda compartilhada almeja é, principalmente, assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade.

Busca diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Para que se possa alcançar os benefícios que o instituto da guarda compartilhada pressupõe, faz-se necessário antes analisar o caso concreto, viabilizando sua aplicação, já que em determinadas situações tal modelo de guarda pode não atender ao melhor interesse do menor.

Poder-se-ia citar como exemplo da inviabilidade da aplicação do modelo compartilhado de guarda, a hipótese de um dos cônjuges apresentar algum distúrbio ou vício, que possa colocar em risco a saúde ou a vida do filho.

Neste caso, o modelo de guarda que melhor se adequaria à situação, seria o da guarda exclusiva, exercida pelo genitor que tivesse melhores condições de fornecer ao filho um ambiente favorável para seu crescimento e desenvolvimento.

Para alguns, a implantação da guarda compartilhada onde existe conflito constante entre os ex-cônjuges não é a saída mais correta. Esse argumento encontra respaldo no fato de que, em situações como essas, as probabilidades da criança ser usada como objeto de agressão de ambas as partes são muito grandes.

A ocorrência de tal situação acarreta prejuízos irreparáveis a pessoa dos filhos, onde os próprios pais contribuem para isso, travando verdadeiras guerras de nervos. Porém, há quem defenda a aplicação da guarda compartilhada mesmo em situações onde existem litígios, pois, utilizando-se de métodos como o de mediação familiar, é possível obter os resultados pretendidos.

Ainda, ao se analisar o Código Civil Brasileiro, encontra-se as causas de extinção e suspensão do poder familiar, que são aqueles onde o pai ou a mãe castiga imoderadamente o filho, deixa-o em abandono, pratica contrários à moral e aos bons costumes, ou, ainda, quando for condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Nesses casos, não se poderá falar em exercício conjunto nem exclusivo da autoridade parental, pois, aquele genitor que, por ato judicial, estiver sofrido a perda ou a suspensão do poder familiar, não poderá da mesma forma obter a guarda de seus filhos.

8 AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Na decisão sobre a guarda dos filhos após o fim do casamento, o ideal seria um acordo entre os pais que buscasse a máxima aproximação entre pais e filhos. O acordo evitaria conflitos, disputas dolorosas e demonstra a boa vontade dos pais para com a prole, priorizando o interesse no bem-estar destes. Assim, evitaríamos que o magistrado que é alheio ao convívio familiar do casal, impusesse uma decisão judicial.

Não há dúvidas de que a grande vantagem trazida pela guarda compartilhada é convivência dos filhos com ambos os pais. No modelo compartilhada ambos os genitores ficam com a guarda jurídica, exercendo igualmente os direitos e deveres para com os filhos, assim o cotidiano das crianças permanece inalterado na medida do possível. Pois, haverá uma continuidade do relacionamento amoroso entre pais e filhos sem que estes tenham que optar entre a mãe ou o pai. E caso haja o falecimento de um dos genitores a criança não terá que se readaptar ao não-guardião, já que convive com ambos os pais.

Quando não há um consenso entre os pais sobre a guarda, o processo judicial se prolonga trazendo desgaste principalmente para os filhos que não sabem com quem irão ficar. Além disso, a criança pode se sentir culpada quando sabe que esta sendo disputada pelos pais.

Segundo Quintas:

A opção da guarda compartilhada evita que os pais tenham de discutir quem apresenta melhores condições, evitando agressões e ataques desnecessários, utilizados apenas para garantir que não se perderá a guarda do filho. Os pais fazem tudo para não perder seus filhos e, se demonstrar a incapacidade do outro é uma forma de fazer valer esse convívio, é óbvio que os pais irão se agredir mutuamente, utilizando-se das armas possíveis para desmoralizar o outro, tornando-se inimigos, quando na verdade poderiam cooperar na criação dos filhos, o que facilitaria a possibilidade de organizar melhor seu tempo livre e sua atividade profissional. Diminui os conflitos e as mágoas. (2012, p.89)

No entendimento de Grisard Filho (2010) o genitor que não detém a guarda é um forte candidato à evasão da paternidade, ausentando-se do convívio com os filhos.

Sabe-se que no Brasil a mulher ainda é grande detentora da guarda unilateral, com a guarda compartilhada elas teriam mais liberdade para competir no mercado de trabalho, concluir os estudos, iniciar um novo relacionamento, enfim continuar a sua vida.

Assim como os outros modelos de guarda de filhos a guarda compartilhada também apresenta suas desvantagens, pois o que é bom para uma família pode não ser vantajoso para outra.

Quintas (2012) visualiza três problemas que podem afetar a guarda compartilhada, são os seguintes: Pais não cooperativos; o pai que não assume a guarda do filho e a alternância de residências.

Para que a guarda compartilhada seja exercida de modo vitorioso, tem que haver cooperação entre os pais. Ninguém termina um relacionamento por estar feliz, então o término do casamento ou união é sempre palco de conflitos e mágoas, porém o ex-casal precisa entender que eles continuam sendo pais de uma criança que precisa de cuidados.

O problema surge quando um dos pais ou ambos os pais buscam atingir o outro maltratando o próprio filho, nesse momento a guarda compartilhada se torna insustentável, muitas vezes por maldade ou mesmo imaturidade dos pais.

Quanto ao pai que não assume a guarda do filho, é uma questão cultural muito presente na nossa sociedade. É aquele homem que acredita que a responsabilidade pelo cuidado do filho é exclusividade da mulher. E a ele quando muito cabe o pagamento de uma pensão alimentícia, inviabilizando os propósitos da guarda compartilhada.

A alternância de residências é uma faceta e não um fundamento da guarda compartilhada. Assim, essa alternância pode ser efetivada ou não dependendo da necessidade e sempre respeitando o melhor interesse da criança.

Podem ainda, de acordo com Quintas (2012) surgir problemas após a instituição da guarda compartilhada. Dentre os mais comuns estão: as novas núpcias dos pais; mudança de ponto de vista dos pais; mudança de residência dos pais.

Com as novas núpcias de um dos pais, uma terceira pessoa é inserida na relação, o maior problema seria a adaptação da criança com o novo parceiro, já que em alguns momentos será impossível manter essa pessoa afastada de determinadas decisões da vida do filho. Reza o artigo 1588 do Código Civil que “o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”.

Em relação à mudança de ponto de vista dos pais, se as diferenças forem irreconciliáveis, deve-se apelar para o artigo 1631 do atual Código Civil, que diz o

seguinte: “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Na visão de Quintas (2012) a mudança de residência não deve obstar o estabelecimento ou a continuidade da guarda compartilhada. A distância só afetará o compartilhamento da guarda em relação à alternância de residências.

Vejamos o entendimento de Grisard Filho sobre os comportamentos que tornam a guarda compartilhada desvantajosa:

Pais em conflito constante, não Cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. (2009, p.225)

Mudanças ao longo da vida sempre existirão independentemente do modelo de guarda adotado. É impossível prever que tipo de mudança ocorrerá no futuro. Porém deve-se contar com o bom senso dos pais e dos magistrados para decidir se é melhor mudar ou continuar com a guarda compartilhada.

9 GUARDA COMPARTILHADA *VERSUS* GUARDA UNILATERAL

A guarda compartilhada surgiu como um contraponto à guarda unilateral, em que o genitor guardião estreita os laços com o filho em detrimento do não-guardião. Tradicionalmente no Brasil após a separação dos pais os filhos ficam com as mães.

Pois, ainda está muito arraigada na nossa cultura a ideia de que a mulher estaria mais bem preparada para os afazeres domésticos e para o trato dos filhos.

O compartilhamento da guarda trás um equilíbrio para a relação, já que os pais participam efetivamente das decisões da vida do filho de modo igualitário.

Sabe-se que a guarda unilateral é o modelo de guarda que ainda predomina nos Tribunais brasileiros, e isso é compreensível, porque durante muitos anos na nossa sociedade prevaleceu o entendimento de que o modelo unilateral evitaria conflitos entre os pais e conseqüentemente os filhos sofreriam menos. Porém, mesmo nesse tipo de guarda, os pais continuam a ter um contato mesmo que seja mínimo, e os conflitos continuam ainda que em menor grau.

Na guarda unilateral o genitor não-guardião tem direito de visita, dever de fiscalização e dever de dar alimentos ao filho. O direito de visita estava regulamentado no artigo 381 do Código Civil de 1916 e atualmente apresenta-se artigo 1632 do Código de Civil de 2002. Nota-se a preocupação com não afastamento de pais e filhos após o fim do relacionamento dos pais.

De modo algum o direito de visita é absoluto, em determinadas circunstâncias ele pode ser suprimido. Por exemplo, pode-se citar os casos de pai ou mãe abusadores, de moral duvidosa.

É claro que há casos em que a guarda unilateral tem que ser aplicada, como quando há morte de um dos pais, nos caso de extinção, suspensão ou destituição do poder familiar. O que deve ser combatido é a aplicação da guarda unilateral sem nenhuma justificativa. O § 2º do artigo 1584 do Código Civil de 2002, trás em sua redação a expressão “sempre que possível” para a aplicação da guarda compartilhada. Assim entendemos que a aplicação da guarda unilateral só deve ocorrer em situações extremas.

Deve-se decretar a guarda unilateral nos caso de ausência de um dos pais, conforme prevê o artigo 6º do Código Civil de 2002 presume-se a morte quanto aos ausentes.

Sobre o assunto Comel (2003, p.198) diz o seguinte, Com efeito, a ausência designa a circunstância de alguém se haver afastado de seu domicílio habitual sem deixar notícias de paradeiro ou representante para lhe administrar os bens e interesses, o que gera a incerteza quanto à existência da pessoa. Para administrar os bens do ausente ser-lhe-á nomeado um curador, mas ele não poderá investir-se,

evidentemente, em qualquer hipótese, no poder familiar de que era titular o ausente, dada sua característica de intransmissibilidade. Assim, solução outra não poderia haver, visto que o domicílio do filho é o do pai e, se neste ele não está, impossibilita o exercício efetivo.

A guarda exclusiva decretada a bel prazer dos pais só por que é modo mais confortável para ambos é prejudicial a todos os envolvidos, assim corroboramos com a seguinte argumentação de Quintas:

O não-guardião tem sua relação com os filhos consideravelmente afetada, é privado do seu direito de participar ativamente do desenvolvimento de seus filhos, apresentando-se para eles como um mero “recreador” de fim de semana de fim de semana, alguém inapto a tomar decisões sobre suas vidas. A guarda exclusiva transforma o não-guardião em mero provedor, visitador sazonal e o pouco contato vão progressivamente afastando-a dos filhos. (2010, p.43)

Ainda segundo Quintas (2012), o genitor guardião tem que assumir responsabilidades e tomar decisões importantes sobre a vida do filho sozinho sob a fiscalização do outro. Mas, o poder familiar é um múnus dos pais, porque o filho pertence aos dois.

Desse modo, o pai ou a mãe que não detém a guarda não pode ser um mero visitador dos filhos. Para que isso não ocorra, existe o dever de fiscalização. Com ele quem não detém a guarda, verifica e discute sobre as decisões mais importantes da vida do filho.

Grisard Filho (2010), diz que o dever de fiscalização é uma forma de o genitor não-guardião exercer indiretamente a sua responsabilidade parental. Para ele, tal responsabilidade fica adormecida e só desperta quando o guardião não cumpre suas funções corretamente para com o filho. Então, sempre que houver o exercício incorreto do múnus, o genitor que não detém a guarda pode acionar o judiciário para corrigir as falhas que o outro comete.

Assim, pode-se dizer que através do dever de fiscalização é que se controlam as ações de quem possui a guarda. Quem não ficou com a guarda tem o direito de saber como está a saúde do filho, que tipo de educação a criança está recebendo.

Outra obrigação dos pais para com os filhos menores é o dever de alimentos, que está previsto no inciso IV do artigo 1566, do Código Civil de 2002, dizendo: São deveres de ambos os cônjuges dar sustento, guarda e educação dos filhos. Na

constância do casamento essa é uma obrigação corriqueira dos pais que devem suportar todas as necessidades básicas dos filhos, como educação, saúde, moradia e alimentos.

Porém, quando há o rompimento da união, o dever de alimentos se transforma em pensão alimentar para o genitor não guardião. Essa obrigação deve ser suficiente para cobrir as necessidades básicas do filho, mas não poder levar o provedor ao estado de penúria.

Segundo Grisard Filho (2010), “o princípio da presunção da culpa vigora quanto aos pais que estejam na titularidade do poder familiar e no exercício da guarda”. Enquanto os pais permanecem unidos e levando uma vida em comum com os filhos, eles respondem solidariamente pelos atos praticados pelos filhos menores. Porém, com o fim da união, se ficar estabelecida a guarda unilateral extingue-se a solidariedade. E a responsabilidade civil recai totalmente sobre o genitor guardião, porque ele tem o dever de educar e vigiar o filho que esta sob sua guarda.

Entretanto se ficar provado que houve força maior, caso fortuito e culpa de terceiros fica excluída a culpa do genitor guardião.

CONCLUSÃO

Como se percebe no decorrer do trabalho, a questão do compartilhamento da guarda constitui uma opção aos pais que não desejam o distanciamento dos filhos, após a ruptura da relação conjugal do casal.

Por outro lado, esse novo modelo mostra-se eficaz para amenizar os efeitos negativos da ruptura do casal, principalmente com relação aos filhos, que na maioria das vezes não possui estrutura psicológica para suportar um distanciamento repentino de um dos genitores.

Neste contexto, a guarda compartilhada busca propiciar a convivência dos filhos em estreita relação com o pai e com a mãe, havendo uma co-participação em igualdade de direitos e obrigações, equilibrando os papéis parentais e, acima de tudo, visando o bem estar dos filhos menores.

São patentes os benefícios que podem ser obtidos com esse novo modelo de guarda, todavia, existem muitas dúvidas quanto ao seu funcionamento na prática. Quanto à aplicação da guarda compartilhada nota-se que esta mesmo antes da edição da Lei n. 11.698/2008 já era plenamente plausível, haja vista a hermenêutica permitir, ante a Constituição e aos Códigos Civil e Processual Civil, estabelecer, como exercício jurisdicional, uma obrigação familiar derivada deste recente e brilhante instituto de direito de família.

Atualmente, não há mais que se discutir se há ou não permissão hermenêutica, tendo em vista que o art. 1.583 determina que “a guarda será unilateral ou compartilhada”, Lei n. 11.698/2008, regularizando sua aplicabilidade. (BRASIL, 2008)

Nota-se, porém que é importante que isso ocorra, para que os direitos e deveres oriundos dessa nova situação possam ser resguardados.

Na prática a guarda compartilhada não é comum no Brasil, o que acarreta o surgimento de várias dúvidas sobre o seu funcionamento. Tanto é verdade, que, algumas pessoas somente enxergam a possibilidade de guarda compartilhada jurídica, mas não na forma material.

Entende-se que, aceitar que a guarda compartilhada exista apenas na sua forma jurídica, seria dizer não aos benefícios que ela pode trazer às famílias que se encontram desfragmentadas, pois, a essência desse modelo de guarda é o estreitamento dos laços parentais após a ruptura conjugal e não apenas permitir que se tomem decisões conjuntamente à distância, que é o que propõe a guarda compartilhada na sua forma jurídica apenas.

Outra dúvida bastante frequente é quanto 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, acredita-se 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.

A preparação das famílias que necessitem de esclarecimentos seria realizada por um importante método que pode se tornar muito útil para a implantação da guarda compartilhada, que é a mediação familiar.

Contudo, conclui-se que é importante a introdução desses novos institutos, como a guarda compartilhada no ordenamento jurídico, pois, mostram-se compatíveis às necessidades da sociedade atual, porém, é necessário que seja de uma forma planejada e bem elaborada, para que venha a melhorar e não a prejudicar ainda mais a relação pais e filhos.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui Código Civil.

BRASIL. **Lei 11.698, de 13 de junho de 2008**. Dispõe sobre guarda compartilhada

BRASIL. **Lei Nº 11.698, de 13 De Junho De 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

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

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. 3.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.3.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de família. Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugalidade.** Passo Fundo: UPF, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: Uma espécie de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 12. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** 5ªed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Civil: Curso de Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MOURA, Mário Aguiar. **Guarda do filho menor.** In: AJURIS, Porto Alegre, 1980

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito privado.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Aide, 2002

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27. cd. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

SCHWARTZ, Gustavo Bassini. **Argumentos Favoráveis a Guarda Compartilhada**.

Disponível em:

www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=5555 - acesso em 12 de set. 2015.

TARTUCE, SIMIÃO. Flávio. José Fernando. **Direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: ed. Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil - constitucional**. In. _____ Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VELOSO, Zeno. **Direito sucessório dos companheiros. Direito de Família e o novo Código Civil**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004.