

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

NEUZILENE OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA:

a imposição de sua aplicabilidade nas demandas litigiosas

São Luís

2015

NEUZILENE OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA:

a imposição de sua aplicabilidade nas demandas litigiosas

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Maria Teresa Cabral Costa Oliveira

São Luís
2015

Oliveira, Neuzilene

Guarda compartilhada: a imposição de sua aplicabilidade nas demandas litigiosas / Neuzilene Oliveira. – São Luís, 2015.

81f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

Orientador: Prof^a Maria Teresa Cabral Costa Oliveira

1. Direito da família. 2. Guarda compartilhada. I. Título.

CDU 347.61

NEUZILENE OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA:

a imposição de sua aplicabilidade nas demandas litigiosas

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: //

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Maria Teresa Cabral Costa Oliveira (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)

Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)

Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo, porque sempre esteve ao meu lado, protegendo e mostrando-me o caminho.

A todos os meus familiares, em especial a minha mãe, pelo seu amor incondicional.

Aos meus pais por afinidade, José e Marise, aos quais devo a vida e a pessoa que me tornei.

Aos meus grandes amigos: Alex Diniz, Jeová dos Santos, Eline Tavares, Irislene Santos e Gilda Oliveira, que me honraram com sua amizade e com os quais pude compartilhar diversos momentos e situações da vida.

A todos os meus colegas de faculdade, amigos e companheiros, que tornaram a vida acadêmica divertida e prazerosa, dentro e fora da universidade.

Ao meu namorado, Dionatan Bená, pela sua tolerância e ajuda nos momentos mais difíceis.

A todos os professores da UFMA, com quem tive oportunidade de estudar e aprender sobre o direito e sobre a vida.

À minha orientadora, por ter disponibilizado seu tempo para orientar este trabalho. Pelas considerações, correções e também, pela confiança depositada no desenvolvimento do trabalho.

A todos que contribuíram de alguma forma com a produção desta monografia e o meu crescimento como pessoa.

“A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta”.

Ministra Nancy Andriahi

RESUMO

Este trabalho traz uma reflexão sobre o instituto da guarda compartilhada, com foco na sua aplicação compulsória em demandas litigiosas. A guarda compartilhada apresenta-se como o modelo mais adequado para manter a relação afetiva entre pais e filhos após uma dissolução conjugal, visto que, são muitos os efeitos negativos causados nas crianças e adolescentes devido a essa ruptura conjugal. O compartilhamento da guarda ajuda a manter a convivência cotidiana com ambos os genitores minimizando, assim, os impactos sofridos com a separação dos pais, auxiliando os mesmos no sentido de se evitar disputas desgastantes e prejudiciais a todos os envolvidos, em especial aos filhos. Esse modelo já vinha sendo adotado de forma espontânea pelos pais separados e pelos juízes quando houvesse consenso entre os genitores, mesmo antes de haver previsão legal de seu instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Este instituto apresenta inúmeras vantagens em relação às outras modalidades de guarda, principalmente por atender com mais eficiência ao princípio do melhor interesse do menor. E por ser da responsabilidade de toda sociedade, e não apenas dos pais, os direitos e deveres do menor, devem ser garantidos acima de todas as situações, sobretudo nas litigiosas. E para que a guarda compartilhada fosse efetivamente aplicada e os genitores pudessem exercer seus direitos e deveres de forma igualitária após a dissolução da relação, a legislação da guarda sofreu novas mudanças e introduziu a guarda compartilhada como regra geral, só podendo ser afastada quando os pais não forem considerados aptos para a guarda conjunta ou declararem expressamente sua rejeição. Por isso, para compreender os possíveis conflitos da guarda dos filhos e qual o melhor modelo que atende os interesses do menor, faz-se uma análise desde a evolução do poder familiar até a nova problemática do compartilhamento obrigatório da guarda dos filhos.

Palavras-Chave: Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse do Menor. Obrigatoriedade. Demanda Litigiosa.

ABSTRACT

This work brings a reflection about the Office of joint custody, with a focus on its application mandatory in contentious demands. Shared custody presents itself as the most appropriate model to keep the affective relationship between parents and children after a marital dissolution, since there are many negative effects in children and adolescents because of this marital breakdown. The guard helps to keep sharing the everyday living with both parents, thus minimizing the impacts suffered with the separation of the parents, assisting the same to avoid stressful and damaging disputes to all involved, particularly the children. This model had been adopted by separate parents spontaneously and by the judges when there was consensus among the parents, even before there was any legal provision of his Institute in the Brazilian legal system. This Institute offers numerous advantages over other methods of guard, primarily for answering more efficiently to the principle of the best interest of the minor. And be the responsibility of the whole society, not just the parents, the rights and duties of the minor, shall be guaranteed above all situations, especially in litigation. And for that joint custody were effectively applied and the parents could exercise their rights and duties as equally after the dissolution of the relationship, the legislation of the guard suffered new changes and introduced the joint as a general rule and can only be removed when the parents are not considered fit for joint custody or declare expressly your rejection. Therefore, to understand the possible conflicts of child custody and the best model that meets the interests of the minor, a analysis from the evolution of the family power until the new problem of compulsory sharing of child custody.

Keywords: Family Power. Joint Custody. Best interest of the minor. Obligation. Contentious Demand.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art../Arts.	Artigo/Artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MP	Ministério Público
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2.DO PODER FAMILIAR.....	12
2.1 Breve Histórico	12
2.2 Conceito	15
2.3 Direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar.....	16
2. 4 Motivos de Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar	20
3. DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA	25
3. 1 Considerações sobre Guarda	25
3. 2 Modalidades de guarda	27
3.2.2 Guarda Alternada ou partilhada	31
3.2.3 Guarda Dividida	32
3.2.4 Aninhamento ou nidação	33
3. 3 Da Guarda Compartilhada.....	34
3.3.1 Origem e evolução	34
3.3. 2 Conceito	39
3.3.3 Da legislação pertinente à matéria	41
3.3.3.1 A Lei nº 11.698/08.....	45
3.3.3.2 A Lei nº 13.059/14	47
4. DO COMPARTILHAMENTO IMPOSITIVO DA GUARDA	50
4. 1 Argumentos Favoráveis	50
4.2. Argumentos Contrários	55
4. 3 Litígios e a obrigatoriedade da guarda compartilhada.....	60
4.3.1 Equipe Interdisciplinar	72
5. CONCLUSÃO.....	74
REFERENCIAS	78

1. INTRODUÇÃO

Atualmente são frequentes as rupturas conjugais, porquanto a sociedade passou a aceitar com mais facilidade o rompimento entre casais. E, a partir deste contexto, é que emerge a problemática da guarda dos filhos.

Para se adequar às constantes transformações das relações familiares, o Direito de Família deve acompanhar essas mudanças para atender a evolução da sociedade. Uma dessas mudanças, muito importante, ocorreu no poder familiar que deixou de ser prioridade discricionária e absoluta do pai e passou a ser exercido também pela mãe, voltando-se, atualmente, para a proteção dos interesses menor.

E como forma de garantir uma participação igualitária entre os genitores na vida de seus filhos após a ruptura da relação conjugal surgiu a guarda compartilhada na legislação brasileira.

A guarda compartilhada tem como finalidade privilegiar os interesses da criança e do adolescente e minimizar os impactos causados pela separação dos pais. Procura também garantir a efetivação dos princípios que dão suporte para sua aplicação.

Apesar de ser introduzida expressamente no ordenamento jurídico pátrio só a partir de 2008 com a Lei nº11.698, esse modelo já era aplicado pelos Tribunais, diante do caso concreto, com base em princípios constitucionais e visando atender o melhor interesse do menor.

No entanto, a guarda compartilhada somente tinha viabilidade em caso de dissolução consensual entre o casal como forma de evitar o acirramento da litigiosidade, caso houvesse a imposição do compartilhamento da guarda do filho. O entendimento era que, se um casal não consegue manter um mínimo de harmonia entre si após a ruptura da relação, não conseguiriam também entrar em acordo para decidirem sobre o melhor para a formação de seus filhos.

Assim, mesmo com a previsão expressa da preferência de aplicação da guarda compartilhada sobre os demais modelos de guarda, era a guarda unilateral quem prevalecia. E sendo atribuída, na maioria das vezes à mãe, sob o único argumento de litigiosidade.

Por isso, recentemente, a legislação foi alterada mais uma vez para impor a guarda compartilhada como regra geral, determinando sua aplicação até mesmo em caso de litígio entre os pais, desde que ambos estejam aptos para exercer a guarda do filho.

A nova legislação, Lei nº 13.058 de 2014, modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, sob o escopo do melhor interesse do menor, e para garantir a felicidade destes menores deve ser tratada com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela Família.

Sem dúvida, o modelo da guarda compartilhada é o mais indicado para resguardar os direitos tanto dos pais como dos filhos em caso de dissolução do casal. Para os pais ela possibilita a participação ativa na vida da prole, com responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do poder familiar dos filhos em comum. Já para os filhos, este serão beneficiados com a convivência familiar de seus pais, sem ter de conviver com apenas um deles, o que ocorreria com a guarda unilateral.

Portanto, o intuito é verificar se a imposição da guarda compartilhada pelos magistrados, até mesmo em demandas litigiosas, é o meio mais eficaz para garantir o princípio do melhor interesse do menor, bem como os demais princípios garantidores da proteção integral desses menores e para afastar a alienação parental.

Faz-se necessário, a abordagem desse tema devido às profundas mudanças ocorridas na sociedade, principalmente no que diz respeito à família e às relações entre pais e filhos após a ruptura dos laços conjugais e as constantes decisões judiciais sobre guarda ainda estratificadas. Diante do caso concreto, estas decisões, na maioria das vezes, sempre são concedidas à mãe, tendo como fundamento a litigiosidade dos pais, divergindo do que estar na letra da lei que determina que o interesse do menor é que deve ser considerado para a aplicação do melhor modelo de guarda.

Nesse desiderato, a pesquisa busca, sem a mínima pretensão de esgotar o assunto, expressar as controvérsias com a problemática, entre doutrinadores e jurisprudências, e enfatizar a importância da guarda compartilhada como ideal a ser buscado após a dissolução conjugal.

O método utilizado foi a pesquisa documental, vertente específica da pesquisa bibliográfica, o qual consiste no estudo de documentos pertinentes, como leis, repertório de jurisprudência, sentenças e acórdãos, pareceres, livros, revistas, publicações e textos obtidos de forma eletrônica que tratam da questão. Assim, a pesquisa doutrinária permitirá delinear os conceitos atinentes ao tema proposto, em especial aqueles referentes à guarda compartilhada; bem como, apresentar a evolução histórica e legislativa do instituto em questão no ordenamento jurídico brasileiro; e, ainda, debater a aplicação impositiva da guarda compartilhada num relacionamento de conflito, uma característica comum entre pais que se separam de forma litigiosa. Já a pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros, também,

visará examinar o entendimento e a posição adotada por estes diante da demanda litigiosa e a aplicação do compartilhamento da guarda.

Para uma melhor explicação da problemática abordada, o presente estudo será dividido em 3 capítulos. O primeiro, aborda o poder familiar desde sua evolução histórica até seu entendimento nos dias atuais. Discorre também sobre suas hipóteses de extinção, suspensão e destituição do seu exercício.

No capítulo seguinte, será analisada, brevemente, a guarda de filhos no Direito Brasileiro sob o aspecto conceitual. Posteriormente, serão apontadas as demais espécies de guarda existentes e suas principais críticas e desvantagens. Seguindo com análise da guarda compartilhada, mostrando a evolução deste instituto no ordenamento jurídico com as suas respectivas alterações legislativas, a Lei nº 11.698/2008 e a Lei nº 13.058/2014.

O último capítulo, com foco na guarda compartilhada, aborda as consequências práticas da guarda conjunta, apresentando suas vantagens e relativizando suas possíveis desvantagens. Por fim, traz a abordagem de sua aplicação como regra geral, ou seja, da guarda compartilhada impositiva em demandas litigiosas, o qual era fator determinante para o afastamento da adoção do compartilhamento da guarda. Além, de uma breve abordagem sobre a mediação da equipe interdisciplinar.

Por certo, a justificativa nuclear da pesquisa é a nova sistemática da guarda compartilhada que impõe sua aplicabilidade como regra geral, sendo afastado somente em caso de inaptidão de um dos genitores para o exercício conjunto dos direitos e obrigações parental. Devido as constantes divergências nas decisões judiciais sobre a aplicação da guarda compartilhada quando os pais não vivem em harmonia após o fim da união, foi necessária nova sistemática para o compartilhamento da guarda.

Por fim, é certo que a guarda de filho menor deve levar em conta não a conveniência dos pais, mas o interesse e bem-estar da criança, desprezando-se, deste modo, a disputa travada entre seus genitores, pois nem a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, não justificando, portanto, o deferimento da guarda para apenas um deles e privando o menor de conviver com o outro.

2.DO PODER FAMILIAR

2.1 Breve Histórico

O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem as fronteiras das culturas mais conhecidas e se encontram na aurora da humanidade. A doutrina, em geral e de modo amplo, toma o direito romano como ponto de partida para o seu estudo evolutivo.¹

Essas mudanças ocorridas neste instituto, ao longo dos séculos, também foram acompanhadas pelas transformações sofridas na estrutura familiar. Diante disso, Waldyr Grisard Filho destaca que “[...] sem dúvida, as características especiais da instituição romana vieram a ser a sua base nas legislações modernas, embora os antecedentes germânicos encantassem por sua simplicidade”.²

O direito romano serviu de base para a formação do sistema familiar daqueles países onde as normas eram positivadas, enquanto que o germânico, foi adotado pelos países de direito costumeiro, conforme explica Carlos Alberto Bittar Filho:

Na Idade média ocorreu um conflito entre os sistemas organizadores da família, a propósito do alcance e da extensão do pátrio poder, prevalecendo nos países de direito escrito a orientação romana, na forma da legislação justinianeia e nos de direito costumeiro, o germânico, inspirada mais no interesse do filho do que do pai.³

Waldyr Grisard Filho, ao tratar dos antecedentes históricos do poder familiar, apresenta uma ótica similar sobre os sistemas familiares ao longo do tempo, afirma que a tradição romana, mantida nos países de direito escrito, consagrava a predominância do pai em detrimento do filho e lhe atribuía um poder perpétuo sobre seus descendentes.⁴

No direito romano, o pátrio poder – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e todas as outras que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um

¹ DE CICCO, Cláudio. **Direito: tradição e modernidade**. 2. Ed. São Paulo: Ícone, 1993.

² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 40.

³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. São Paulo: Ed. RT, fev. 1992, p. 79-84

⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *op. cit.* p. 41.

senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplos em outros povos.⁵

Quanto ao direito de vida e morte, esse só poderia ser exercido mediante consulta aos membros da família mais próxima. A mulher, [...], por muitos séculos foi tida como releserva do homem, sendo literalmente usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas, podendo para tanto ser capturada, comprada, trocada ou recebida como uma recompensa.⁶

Ainda sobre o assunto Ana Maria Milano Silva comenta:

Assim, a característica fundamental da família, no período romano, é o fato de a mesma fundar-se sobre relações de poder, relações essas que tinham por base a profunda desigualdade entre os indivíduos do corpo familiar. E quando o instituto da família começou a evoluir, consubstanciando-se numa estrutura jurídica, econômica e religiosa, a partir da figura do pater, a mulher foi colocada em uma posição inferior, sendo considerada incapaz de reger sua própria vida, igualando-se aos filhos.⁷

Seguindo a linha do direito romano, a legislação brasileira também passou a conferir maior poder ao pai, conforme se observa no artigo 380, parágrafo único do Código Civil de 1916, que vigorou até 2002, nos seguintes termos:

Art.380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

O Código Civil de 1916 atribuía ao marido todo o poder. Predominava, no regime por ele instituído, o conceito de chefia da família. Só na falta ou impedimento do chefe da sociedade conjugal passava o pátrio poder a ser exercido pela mulher. O seu exercício não era, portanto, simultâneo, mas sucessivo. Em caso de divergência entre os cônjuges, prevalecia a decisão do marido, salvo em caso de manifesto abuso de direito (art. 160, I, segunda parte).⁸

⁵ ARIAS, José. **Manual de derecho romano**. 2.ed. Buenos Aires: G, Kraft,1949

⁶ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 4. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2015. p.16

⁷ Ibid. p. 17

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. Vol. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva,2012. p.415

Washington de Barros Monteiro, discorrendo sobre o tema, destaca:

De qualquer forma, o Código civil de 1916 adotou a expressão “pátrio poder” designando autoridade dos pais sobre os filhos como um poder - dever, prevalecendo, ainda, a autoridade paterna sobre a materna, e em decorrência da qual os genitores podiam sofrer sanções pelo descumprimento de seus deveres em relação aos filhos, e tal definição subsistiu durante anos, a despeito de incontáveis críticas que lhes foram dirigidas.⁹

Tal situação foi alterada pela Lei n. 4.121/62, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que atribuiu à mãe a condição de colaboradora do pai no exercício do pátrio poder. Desse modo, ambos os genitores poderiam desempenhar os direitos e obrigações advindos do pátrio poder.¹⁰

No entanto, essa igualdade só foi realmente exercida quanto à titularidade pelos cônjuges com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo art. 226, parágrafo 5º, dispôs:

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

Parágrafo 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Em harmonia com o aludido mandamento, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 21, que:

O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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.

Paulo Lobo acentua que:

As significativas transformações estruturais pelas quais passou a figura jurídica sob análise, culminaram com a alteração de sua denominação com o advento do vigente Código Civil brasileiro, o qual, com o propósito de atribuir-lhe terminologia mais apropriada em razão da igualdade entre homem e mulher instituída a partir da Constituição Federal de 1988, passou a chamar-lhe de ‘poder familiar’ em substituição ao termo ‘pátrio poder’, utilizado no antigo Diploma Civil de 1916.¹¹

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil: direito de família, p.348

¹⁰ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.20.

¹¹ LOBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. 16, p.295

Com a vigência do Código Civil de 2002, ficou estabelecido que os conflitos que surgirem entre os cônjuges na cogestão da sociedade conjugal e no exercício do poder familiar, a solução será dada pelo juiz levando em consideração o interesse do casal e dos filhos, conforme previsto no artigo 1.631, parágrafo único, segundo o qual: “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo”.

Segundo Ana Maria Milano Silva:

Os direitos de ambos os genitores ao serem exercitados passaram a ser entendidos como Direitos Fundamentais, constitucionalmente protegidos. As alterações, sob este prisma, surgirão pela igualdade entre homem e mulher. Pela destacada evolução do Pátrio poder, especificamente em nossa legislação, o Poder Familiar traz hoje o amplo significado da igualdade entre os pais, devendo ambos assumir todos os direitos e obrigações ao colocarem no mundo um ser humano.¹²

Assim, homens e mulheres passaram a ter as mesmas responsabilidades sobre seus filhos sem que haja privilégios entre eles. A autoridade parental deve ser exercida de forma igual entre os pais.

2.2 Conceito

O pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e aos 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.¹³

O poder familiar corresponde aos direitos e deveres que os pais possuem sobre a pessoa e bens de seus filhos enquanto não adquirem a maioridade, ou seja, traduz uma ideia de poder-função ou direito-dever, nada mais é do que um feixe de relações jurídicas emanadas da filiação.¹⁴

Com a modernidade, o poder familiar pode ser entendido como um conjunto de proteção que está acima da esfera privada, ingressando no âmbito público, porque é interessante para o Estado, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um *múnus público*, imposto pelo Estado aos pais, afim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em

¹² SILVA, Ana Maria Milano. *op. cit.* p.23-24

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Direito de Família*. In: *Direito Civil brasileiro*, v.5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 301.

¹⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores.¹⁵

Foi o contexto histórico e social que levou o pátrio poder com traços romano ao declínio, já que as suas características de dominação, traduzida pela palavra poder, não servia para alcançar o sentido de proteção, como hoje se reconhece. Por isso, propõe-se substituí-la por outra, diante das transformações estruturais que o instituto sofreu em suas linhas mais gerais, buscando responder com maior precisão ao alcance que tem modernamente. [...].¹⁶

Devido a todos os avanços que o pátrio poder sofreu ao longo dos anos, alguns doutrinadores entendem que o termo também deve mudar para se adequar ao seu conceito. Dentre as sugestões a mais conhecida é autoridade parental, defendido por Eduardo de Oliveira Leite que justifica o porquê seria mais adequado esse termo:

[...] preferimos o termo ‘autoridade parental’ ao termo ‘pátrio poder’, de conotação romana e que privilegiava a “potestas’ masculina, inadmissível no atual estágio da evolução do direito brasileiro na realidade é muito mais pátrio dever, mas não só “pátrio”, na ótica do constituinte de 1988, mas sim “parental”, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguais em direitos e deveres, pelo artigo 226, § 5º, da nova constituição.¹⁷

Assim, o poder familiar ou autoridade parental representa os direitos e deveres imputados aos pais, de forma equilibrada, e exercido em benefício dos filhos com a finalidade de fornecer um desenvolvimento digno e saudável para sua estruturação como sujeito social.

2.3 Direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar

Em matéria de exercício do poder familiar, deve-se ter presente o seu conceito de conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança e do adolescente. Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos.¹⁸

O poder familiar é imposto aos pais pelo Estado, que é o fiscalizador do exercício legal do mesmo. Essa competência do Estado é direcionada para fiscalizar e controlar as

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.415

¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.43.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. A igualdade de direitos entre o homem e a mulher face à nova Constituição. Porto Alegre: Ajuris, 1994, jul. p. 19-36

¹⁸ LOBO, Paulo. op. cit. p. 302.

relações entre os sujeitos Pai-Filhos para que os direitos e deveres sejam cumpridos com o respeito devido à lei e nos limites por ela permitidos.¹⁹

Da autoridade parental decorre dos tipos de relação que levam em consideração a finalidade e o bem jurídico tutelado, ou seja, um diz respeito à pessoa do filho e a outra relativa a seus bens.

Ana Carolina Brochado Teixeira explica que “diante da normatividade do Princípio da Igualdade, ambos os pais passaram a exercer em igualdade de condição o múnus, conforme determina o art. 226, § 5º da CF/88”.²⁰

Os direitos e deveres que competem ao poder familiar estão disciplinados, tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e Adolescente, assegurando assim, o exercício e a igualdade de condições entre os genitores.

A igualdade parental garantida constitucionalmente e de forma expressa teve o mérito de sepultar definitivamente a posição subalterna em que se encontrava a figura materna nas relações entre pais e filhos e o de suprimir a expressão ‘durante o casamento’ do art. 380 do velho Código Civil, pois os deveres e as obrigações derivados do poder familiar transcendem à existência ou não do casamento²¹.

O art. 1.634 do Código Civil de 2002 enumera os direitos e deveres que incumbem aos pais, no tocante à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e 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 aos dezesseis 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

Acerca das formas de exercício do poder familiar, Ana Caroline Brochado Teixeira tem o seguinte entendimento sobre essas hipóteses:

¹⁹ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.26

²⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de direito das famílias e sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 210

²¹ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do pátrio poder. São Paulo: Ed. RT, 1994, p.79-80

São manifestações, do Princípio da Solidariedade, que imputa aos pais deveres de cuidado em relação aos filhos menores, ou seja, o período da menoridade faz presumir que os filhos precisam de cuidados especiais, visto que ausente o discernimento, razão pela qual eles precisam dos pais para lhes ajudar a construir a base de suas vidas.²²

Já para Paulo Lobo:

A leitura das hipóteses de exercício do poder familiar está a demonstrar que significariam “expressão do poder doméstico, segundo o antigo modelo de pátrio poder, sem referência expressa aos deveres, que passaram à frente na configuração do instituto”. O Código Civil, prossegue, “é omissivo quanto aos deveres que a Constituição cometeu à família, especialmente no art. 227, de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, e no art. 229, que atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.²³

A direção da criação e da educação é dever primordial imposto aos pais pois, inegavelmente, compete a eles moldar o caráter do filho para torná-lo útil à sociedade, sob o ponto de vista moral, intelectual e cívico. Esse dever precípua é tão importante que o inciso repete a mesma determinação, quanto à obrigatoriedade que compete aos cônjuges do dever de educação [...].²⁴

Pode-se dizer que a responsabilidade de criação e de educação dos filhos são os direitos mais importantes para o exercício do poder parental, uma vez que são a partir desses fatores que a criança tem sua base para a vida social. É sem dúvida, a formação que os pais dão aos seus filhos que lhes servem de orientação, de norte para seguirem o melhor caminho na vida. Por isso, é preciso que ambos os pais tenham consciência da importância da presença de cada um deles para seus filhos.

Para Carlos Roberto Gonçalves a criação e educação são as obrigações mais importantes de todos, pois, incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois,

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Machado. op. cit. p. 211

²³ LOBO, Paulo. op. cit. p. 302

²⁴ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.26

além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.²⁵

Entendimento semelhante, a respeito da educação, é o de Paulo Lobo que dispõe:

A noção de educação é a mais larga possível. Inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade. A educação ou formação moral envolve a elevação da consciência e a abertura para os valores.²⁶

Tais direitos e deveres devem ser assegurados por todos, sob pena de punição caso haja alguma infração ao dever de criação, pois configura, em tese, o crime de abandono material (CP, art. 244). O seu descumprimento constitui, também, causa de perda do poder familiar (CC, art. 1.638, II). E caso haja infração a esse dever de proporcionar ao menos educação primária aos filhos ficará caracterizado o crime de abandono intelectual (CP, art. 246).

Desses mesmos deveres decorre o de companhia e guarda, ou seja, acompanhá-los no decorrer da vida, independentemente de ser ou não o genitor-guardião. No entanto, por ser também um direito, ele não se extingue pela perda da guarda dos filhos, já que ele advém do poder familiar e não deixa de existir com a dissolução da relação conjugal.²⁷

Esse direito tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, constitucionalmente atribuída. O direito à companhia inclui o de fixar a residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai e da mãe, deixe-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo, o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado na lei. Já o direito-dever de guarda inclui o de fiscalização, que permite aos pais controlar a vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele.²⁸

Também incube aos pais nomear tutor aos filhos, para o caso de morte ou de perda do poder familiar, além de representar seus filhos, enquanto eles são absolutamente incapazes e assisti-los quando se tornam relativamente incapazes. Eles podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, inclusive, acionar a justiça caso alguém esteja

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.415

²⁶ LOBO, Paulo. op. cit. p.303.

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de direito das famílias e das sucessões. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 211.

²⁸ LOBO, op. cit. p. 304

mantendo em seu poder uma criança sem a autorização de seus pais ou de seu representante legal.²⁹

Podem, também, exigir obediência, respeito e os serviços próprios da idade e condição dos seus filhos. Temos por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 227), a permissão contida no inciso VII do art. 1.634 do Código Civil de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a “serviços próprios de sua idade e condição”, além de consistir em abuso (art. 227, § 4º).³⁰

Conforme ensina Paulo Lobo:

Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza colocá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos, mas nunca para transformá-los em trabalhadores precoces.³¹

Deste modo, para que os direitos e deveres sejam cumpridos, o Estado se encarrega de fiscalizar. As crianças necessitam de atenção e cuidado e não podem ficar desamparadas e nem seus direitos negligenciados, por isso, o desrespeito dessas obrigações pode acarretar a suspensão ou até mesmo a perda do poder familiar devido a prática de determinados atos dos pais. É uma forma de manter seguro os direitos da prole que não deve sofrer as consequências dos erros dos pais.

Aduz, pois, que, no poder familiar há um polo ativo, representado pelo pai e a mãe, em condições de igualdade, e do passivo, a figura do filho menor, que tenham o vínculo de filiação reconhecido e determinado.

2. 4 Motivos de Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar

A suspensão é vista como uma forma de coibir as influências maléficas dos pais sobre os filhos. Não deixa de ser uma sanção, pois afasta os menores da companhia indesejada dos genitores que não demonstram uma postura correta para com seus filhos. Esse

²⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. op. cit. p. 211.

³⁰ LOBO, Paulo. op. cit. p.305.

³¹ Ibidem. p. 305.

afastamento pode ser parcial ou total dependendo da gravidade da infração praticada aos direitos do menor.

Maria Helena Diniz, também, coloca a suspensão como sanção que visa preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei. ³²

As hipóteses de suspensão estão reguladas no artigo 1.637 do Código Civil de 2002 que dispõe:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Todavia, a suspensão do poder familiar não tem o intuito de punir, simplesmente, os pais e sim, de proteger os filhos menores. Assim, a suspensão é concedida sob dois aspectos distintos: como medida de proteção aos interesses do filho e como sanção aos pais pelo mau exercício do poder familiar.

Por isso, Paulo Lobo ressalta que a suspensão pode ser sempre revista, quando superados os fatores que a provocaram, ou seja, cessada a causa que levou à suspensão, o impedido volta a exercer o poder familiar plenamente, ou segundo restrições determinadas pelo juiz.³³

Assim, a suspensão deve perdurar somente até quando se mostre necessária, e, ao desaparecer a causa que deu origem a ela, pode o pai ou a mãe recuperar o poder familiar, cabendo lembrar que a suspensão atinge o pai, a mãe ou a ambos, simultaneamente, contudo, não o exonera do dever de alimentar, pois a preocupação maior é com o bem – estar da prole.

A suspensão do poder familiar será decretada por autoridade judicial, após a apuração de conduta grave, respeitando o contraditório e o direito à ampla defesa dos envolvidos. Pode ser formulado o pedido por algum parente, pelo Ministério Público ou mesmo de ofício, descrevendo a situação do filho e as atitudes do pai ou da mãe prejudiciais a ele. O Estatuto da Criança e do Adolescente, através dos artigos 155 a 163, disciplina os

³² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 540. v. 5.

³³ LOBO, Paulo Luiz Netto. op. cit. p. 307.

procedimentos para a suspensão ou perda do pátrio poder. O procedimento será ordinário, admitindo-se a suspensão provisória quando graves prejuízos atingem o menor. O prazo para contestação é de dez dias. Processam-se as demais provas, até a sentença do juiz, com obrigatória intervenção do Ministério Público, por dizer respeito à ação ao estado da pessoa.

Vale lembrar que, o menor tem garantido constitucionalmente o direito a convivência familiar e, por isso, não são motivos suficientes, por si só, para a suspensão ou a perda do poder familiar, a falta ou a carência de recursos materiais. E sendo considerada a família de baixa renda ou hipossuficiente, ela deve ser inserida em programas oficiais de auxílio do estado.

Com relação a perda ou destituição do poder familiar o atual Código Civil, dispõe as situações que podem ensejar na aplicação dessa medida no artigo 1.638 que prevê:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

A destituição é uma penalidade, em regra, mais grave que a suspensão. Por isso, por ser considerada uma medida drástica, a decisão que determinar a perda do poder familiar deve estar fundamentada em situações de perigo para a segurança e dignidade do menor. Esse é também o entendimento de Paulo Lobo que ensina:

A suspensão do poder familiar ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada.³⁴

Contudo, deve-se esclarecer, que a lei, nos dias atuais, não tolera nenhuma forma de castigos, pois não tem como aferir quais são comedidos e sensatos. Mesmo em momentos críticos da conduta do filho, o diálogo é considerado a melhor forma para a resolução do problema. Explosões de cólera e de violência nada trazem de positivo, pelo contrário, tal repressão conduz à revolta, ao desamor e ao aniquilamento do afeto, do carinho e da estima.³⁵

³⁴ Ibidem. p.308.

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 17 out. 2014.

É importante ressaltar que, a perda ou destituição pode ser aplicada para um dos genitores ou se estender a ambos, caso seja comprovado que eles não possuem condições de exercer a autoridade parental em relação a sua prole. Além disso, trata a espécie de perda do poder familiar como encargo em si, e não em função dos fatos relativos a um filho apenas. Com isso, a perda abrange também os filhos de outras uniões, aos quais é dada toda a assistência, sendo cumpridos os deveres conjugais. Já quanto ao direito a alimentos, em favor do filho, não desaparece com a declaração da perda do poder familiar, devendo o progenitor atender às necessidades materiais, se assim ordenar a sentença.

Por fim, tem-se a extinção que é a interrupção definitiva do poder familiar. Suas hipóteses de incidência estão previstas no art. 1.635 do Código Civil, in verbis:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Essas hipóteses são taxativas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais. Desse modo, a extinção do poder familiar pela morte dos pais ou do filho ocorre porque desaparece o sujeito ativo do direito, mas o falecimento de um dos progenitores somente faz cessar o encargo quanto ao que falecer, perdurando com o outro, ou seja, somente com a morte de ambos os pais ou do filho dá-se a extinção.³⁶

Quanto à emancipação, é o instituto que atribui ao menor a sua plenitude da capacidade jurídica e, pode ser concedida, por ato de vontade dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente da homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 anos completos, se inexisterem pais vivos. E, nesta linha, também adquire a maioridade o filho por outras formas de emancipação: pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor contenha economia própria, conforme o previsto no artigo 5º do Código Civil:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

³⁶ LUZ, Valdemar P. da. Manual de Direito de Família. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 262.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

No entanto, um novo casamento ou nova união estável de qualquer um dos cônjuges ou dos companheiros, cujo primeiro casamento ou a primeira união estável se desfez por morte, ou pelo divórcio, ou pela sua dissolução, não importará em extinção do poder familiar. O mesmo não ocorre com a adoção, pois, de acordo com a lei, ela põe fim ao poder familiar.

Diante de todo o exposto, fica claro que o poder familiar corresponde a um conjunto de direitos e deveres. Direitos dos filhos de serem cuidados, educados e criados pelos seus progenitores. É um dever natural dos pais para com os filhos e seus bens e por isso que, mesmo após a ruptura da relação conjugal, os direitos referentes ao poder familiar permanecem. E mesmo diante de algumas situações que ensejam a perda da guarda do filho, o poder do não guardião é apenas limitado e não extinto.

3. DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Considerações sobre Guarda

A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar.

Guarda, na lição de Guilherme Gonçalves Strenger, “[...] é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição [...]”.³⁷

Em posição contrária, Eduardo de Oliveira Leite entende que “o direito de guarda, exercido pelos pais em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos. [...]”.³⁸

Para Pontes de Miranda, guarda “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.³⁹

Conceituar a guarda é difícil, pois ela faz parte da estrutura do poder familiar, dependendo sua definição de elementos que a ensejam, como bem demonstra Waldyr Grisard Filho:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.⁴⁰

Corroborando esse pensamento, Ana Maria Milano Silva, afirma:

A guarda é inerente ao poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder

³⁷ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. São Paulo: Saraiva, 1998, p.31

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.362.

³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito privado-Parte Especial. 4. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 8, p.94-101.

⁴⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 7.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.59.

familiar, mas seu exercício efetivo, na prática, é do genitor-guardião. O do outro fica restrito, embora, repita-se, conserve todas as faculdades que decorrem do poder familiar, conforme art. 1.632 do CC⁴¹, bem como o art. 21 do ECA⁴², mesmo quando transferida a terceiros, pois com os pais submetem certas atribuições, como fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e a prestação de alimentos, que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz.⁴³

Ressalta-se que “Muito embora a guarda seja um instituto de difícil conceituação, sua natureza é indiscutivelmente dúplice de direito-dever e seu conteúdo é de cuidado para com os filhos [...]”⁴⁴

No direito positivo pátrio, o instituto da guarda é regulamentado no Código Civil de 2002, no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos, nos artigos 1.583 ao 1.590, e 1.634, inciso II. E, também no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme os artigos 33 a 35, que trata da guarda propriamente dita, dispondo sobre a proteção integral do menor, em obediência aos princípios constitucionais estampados nos artigos 227 e 229.⁴⁵

Como já dito, um dos elementos que faz parte da estrutura do poder familiar é a guarda, pois ambos têm a mesma função, no entanto será esta exercida de forma diferente. A guarda servirá apenas para identificar quem tem o filho em sua companhia direta, pois, diante da inexistência de sociedade conjugal entre os pais do menor, permanecerão intactos tanto a autoridade parental quanto a chamada guarda jurídica [...]. Este instituto, absorve apenas alguns aspectos do poder familiar e a falta de convivência sob o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de ter os filhos em sua companhia [...].⁴⁶

Assim, a guarda dos filhos menores sobrevém em decorrência da separação ou divórcio dos pais e aquelas situações previstas no ECA. No entanto, a que estar sendo analisada é aquela guarda disciplina pelo Código Civil diante da ruptura da relação dos pais, pois a guarda dos filhos não é questionada enquanto a família permanece unida e sim, a partir do momento de discórdia e rupturas dos laços familiares entre os pais.

⁴¹ Art. 1.632 do CC: “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”.

⁴² Art. 21 do ECA: “O poder familiar 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”.

⁴³ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 4. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2015. p.41-42.

⁴⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 298.

⁴⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p. 64-65.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 347.

Mesmo após o fim do casamento ou da relação amorosa, os filhos advindos desse relacionamento persistem e merecem os mesmos cuidados de antes do afastamento dos seus genitores. Por isso, cumpre destacar, por oportuno, que a prestação de assistência material, moral e educacional não é obrigação atribuída somente ao genitor guardião. [...] tratam-se de imposições determinadas a ambos os pais, das quais eles não podem simplesmente abrir mão, caso desejem.⁴⁷

Percebe-se que a guarda é inerente ao poder familiar, mas com este não se confunde, pois aquele que não detém a guarda de seu filho, não perderá, por consequência, o poder familiar, ressalvados os casos em que houver sua destituição legal. “A guarda, assim, é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida a terceiros, não implica a transferência desse”.⁴⁸

Portanto, a guarda é um meio pelo qual os filhos menores mantêm resguardado seus direitos e os pais assumem suas obrigações parentais, as quais não são extintas com a ruptura de uma relação conjugal, já que os direitos e deveres parentais continuam iguais tanto para o pai como para a mãe. Além de assegurar o desenvolvimento do filho, a guarda também torna efetivo o direito deste de conviver com seus familiares diante de uma ruptura que cria a família monoparental e a concentração da autoridade parental em um só genitor, dependendo da modalidade adotada.

Assim, destina-se a guarda primeiramente a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

3. 2 Modalidades de guarda

A guarda do menor pode ser subdividida em dois aspectos: o exercício físico e o exercício jurídico. Desta forma, é importante esclarecer que detém a guarda física a pessoa com quem a criança reside, e detém a guarda jurídica a pessoa que reúne todos os atributos que a torna responsável pelo sustento, manutenção e educação do menor ou do incapaz.⁴⁹

⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de direito das famílias e das sucessões. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 239.

⁴⁸ . SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p. 41-42.

⁴⁹ LEIRIA, Maria Lucia Luz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 26, n. 78, p. 217-229, jun. 2000.

Em regra, a guarda é conjunta dos genitores; excepcionalmente esta poderá ser individualizada à medida que os pais passam a não viver sob o mesmo teto, decorrendo de separação de fato ou de direito, ou até mesmo da anulação do casamento.⁵⁰

A definição de qual genitor estará com o exercício da guarda é apenas um divisor de atribuições em relação ao exercício de alguns direitos – divisor esse necessário, visto que os pais da criança ou adolescente não mais estarão residindo juntamente com os filhos.⁵¹

É preciso diferenciar os modelos de guarda, para evitar-se confusão na deliberação daquele que será o mais adequado em determinado e específico caso de família, que terá de se adaptar ao processo de transformação devido à desunião do casal.⁵²

Nesse contexto, a doutrina prevê diversas modalidades de guarda, levando em consideração para estabelecer a classificação a finalidade, a origem ou o exercício desse instituto, dentre as classificações de Waldyr Grisard Filho se inclui:

Guarda comum – o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores; sua origem é natural, ou seja, preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício; desmembrada ou delegada – ocorre com a intervenção do Estado, [...] que a outorga a quem não detém o poder familiar, para a devida proteção do menor; a guarda originária e derivada – a primeira é aquela que corresponde aos pais e a outra é a que surge da lei; a guarda de fato – é a que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem atribuição legal ou judicial; a guarda jurídica e material – a primeira é exercida à distância, pelo genitor não-guardador, enquanto que a outra é exercida pelo genitor guardador).⁵³

As modalidades adotadas neste trabalho serão as de Ana Maria Milano Silva que utiliza a classificação conforme o modelo de exercício. Segundo essa classificação, a guarda de filhos será unilateral ou única, alternada ou partilhada, guarda dividida, aninhamento ou nidificação, e a compartilhada⁵⁴, esta última será analisada em um tópico próprio, em função de ser o objeto central do presente trabalho.

⁵⁰ COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião de. Ação de Guarda: das peculiaridades da ação de guarda e proteção dos filhos. RDF nº 80- Out-Nov/2013- Parte Geral-Doutrina, p. 107.

⁵¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de direito das famílias e das sucessões. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 241.

⁵² SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.57.

⁵³ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit., p. 85.

⁵⁴ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.58.

3.2.1 Guarda unilateral ou única

A guarda unilateral, é aquela exercida exclusivamente por um dos genitores, decorrentes de acordo estabelecido entre eles ou por determinação judicial, neste caso, se não for recomendável o exercício da guarda compartilhada. Excepcionalmente, porém, a guarda unilateral pode ser atribuída a terceiros (levando-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade), em atenção ao princípio do melhor interesse do menor, quando os pais não demonstrarem condições para o exercício desta vertente do poder familiar [...].⁵⁵

Esta modalidade está prevista no art. 1.583, parágrafo 1º do CC e ocorre quando somente um dos genitores ou alguém que o substitua fica responsável tanto pela guarda física quanto pela jurídica, ou seja, a guarda é atribuída para aquele genitor considerado ‘mais apto para criar os filhos, sendo que o genitor não guardião terá o direito de visita estipulado pelo juiz’.⁵⁶

O entendimento de que, a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos depende dos seguintes fatores: (I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) saúde e segurança; e, por último, (III) educação. Essas hipóteses estavam disciplinadas na antiga redação do parágrafo 2º do art.1.583 do atual Código Civil, antes da edição da Lei nº. 13.058/2014.⁵⁷

Todos esses incisos do parágrafo 2º do art. 1.583 disposto na Lei nº 11. 698/08 foram revogados com o advento da Nova Lei de guarda, devido a sua ineficaz proteção ao menor e garantia ao princípio de convivência familiar. Conrado Paulino da Rosa, assevera ainda que:

Por óbvio que esse dispositivo jamais poderia ser aplicado sob a ótica prioritária da capacidade econômica dos genitores, como o perigo de beneficiar o pai ou a mãe em melhor condição financeira, em detrimento do outro menos favorecido economicamente.⁵⁸

Pela nova legislação, a guarda unilateral será exceção, e não mais a regra geral, sendo aplicada somente naqueles casos em que um dos genitores abdicar da guarda do filho, ou se um deles não for considerado apto para o exercício da guarda. Para essa análise usa-se

⁵⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Temas atuais de direito de família. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 165.

⁵⁶ QUINTAS, Mari Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11. 698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

⁵⁷ ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

⁵⁸ Ibidem, p.46.

os conhecimentos da equipe interdisciplinar, composta por psicólogos e assistentes sociais, para auxiliar o juiz na aferição dos fatos e na tomada da melhor decisão

Diante das desvantagens do modelo de guarda única, ela não mais atendia as mudanças das relações de família de manter assegurado o direito dos filhos de serem educados por ambos os pais. Isto porque, geralmente, a guarda era deferida às mães, podendo esta situação, ocasionar a separação entre o menor e o genitor não guardião⁵⁹.

Compartilhando deste mesmo entendimento, Leonardo Barreto Moreira Alves, ressalta:

[...] no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, se utilize dos seus próprios filhos como ‘arma’, instrumento de vingança e chantagem para com seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca do mesmo, a qual é fomentada, de inúmeras formas pelo primeiro [...]⁶⁰

Com a finalidade de resguardar os direitos e deveres de ambos os pais e amenizar os possíveis danos causado por este tipo de guarda, a Lei nº 13.058/2014 estabeleceu uma nova redação no parágrafo 5º do art. 1. 583 do CC, in verbis:

Art. 1.583. [...]

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

Dessa forma, apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito do outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos.⁶¹

⁵⁹ CHAVES, Maria Cláudia. Guarda compartilhada: pequenos apontamentos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=602>> Acesso em 11jan.15.

⁶⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. op. cit. p. 168.

⁶¹ ROSA, Conrado Paulino da. op. cit. p.48

Entende-se assim, que as mudanças na legislação sobre guarda dos filhos busca, sempre, primar pelo melhor interesse do menor e acompanhar a evolução das circunstâncias que envolvem o direito de família. E por isso, diante dos fatos e de suas possíveis alterações, a guarda não é definitiva, podendo ser modificada caso comprovadamente necessário diante do superior interesse dos filhos e da garantia de seus direitos fundamentais na pós-ruptura da relação de seus pais.

3.2.2 Guarda Alternada ou partilhada

No Brasil, esta modalidade não está prevista no ordenamento, pois, é repudiada pela maioria dos doutrinadores devido aos danos, tanto psíquico quanto físico, que ela pode causar ao menor com as constantes trocas físicas dele entre os genitores.

Ana Maria Milano Silva assim a define:

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 termo do período os papéis se invertem.⁶²

Na lição de Waldyr Grisard Filho, “neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais [...]. Este modelo opõe-se fortemente ao princípio de ‘continuidade’[...]”.⁶³

Posição idêntica é a de Ana Maria Milano Silva que afirma:

Este é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critérios dos pais e difere substancialmente do que ocorre com a criança quando passa um período de férias com o genitor não guardião [...].⁶⁴

⁶² SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.58.

⁶³ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.90.

⁶⁴ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.58.

Todavia, para Amaral, “o melhor meio de atribuição de guarda é a alternada, pois dá ao filho, a possibilidade de conviver com os dois genitores, mesmo após a ruptura conjugal, embora alternativamente”.⁶⁵

No entanto, esse não é o entendimento da maioria dos doutrinadores brasileiros. Muitos deles, inclusive Conrado Paulino da Rosa veem, essa modalidade de guarda como um entrave para a aplicação da guarda compartilhada devido sua confusão com alternância de guarda. Viam a guarda compartilhada como uma divisão estanque do tempo da criança em cada uma das casas dos pais, como ocorre na guarda alternada e rejeitavam o compartilhamento da guarda por esse mau entendimento.⁶⁶

É bem verdade que inexistente uma fórmula mágica ou mesmo um manual de regras incontroversas que garantam sucesso perante o relacionamento familiar, uma vez que o convívio – ou ausência dele – envolve sentimentos humanos ambivalentes, tais como amor e ódio, aceitação e rejeição, afeto e desafeto. No entanto, a guarda alternada é um reflexo de egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”.⁶⁷

Portanto, a guarda alternada é aquela em que a guarda física e o poder da imediatividade alternam-se em períodos longos entre os genitores, por exemplo, seis meses com um e seis meses com o outro genitor. Com isso, enquanto a criança estar fisicamente com o genitor, este detém o poder de decisão sobre o que é melhor para o filho durante esse período, não podendo intervir o outro guardião. Assim, a guarda alternada acaba sendo uma espécie de guarda única, uma vez que o filho fica sob a responsabilidade exclusiva de um dos pais, variando os períodos entre os dois genitores, ou seja, alternando entre o papel de pais ativos e pais coadjuvantes/visitantes.

3.2.3 Guarda Dividida

Neste modelo, apesar de também só um dos genitores ficar responsável pela guarda da prole, ele difere do anterior porque são os pais, que não tem a guarda que vão se

⁶⁵ AMARAL, José Augusto Pais de. Do casamento ao divórcio. Lisboa: cosmo, 1997, p.105.

⁶⁶ ROSA, Conrado Paulino da. op. cit. p. 48

⁶⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: atlas, 2008, p. 60.

deslocar para visitar o filho, ou seja, “o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não detém a guarda”⁶⁸

Esta espécie de guarda é uma das piores para a garantia do relacionamento familiar, segundo o opositor Grisard Filho:

[...] é o sistema de visitas que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem encontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior e mais comprometida participação na vida dos filhos depois de finda a sociedade conjugal.⁶⁹

Seguindo entendimento contrário, Salles afirma que “o sistema de guarda dividida se impõe como o recurso de exercício da autoridade parental mais propícia à prole, já que esta viveria em um lar determinado e usufruiria da presença do outro genitor por meio do direito de visitas”.⁷⁰

No entanto, como já exposto esta espécie de guarda não traria benefício algum para a criança ao longo do tempo, sendo evitada pelos próprios genitores que entenderam a importância que tem na vida dos seus filhos e que, apesar da ruptura da relação, jamais vão deixar de serem pais.

3.2.4 Aninhamento ou nidação

No aninhamento ou nidação, os pais se revezam na guarda, mudando-se para a casa em que vivam os menores, em períodos alternados de tempo. Essa espécie de guarda não perdura, pelos altos custos que impõe a sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe, e uma terceira para o filho, que recebe, alternadamente, os pais de tempos em tempos.⁷¹

A sua utilização não é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, é difícil a sua prática devido os custos envolvidos e a dinamicidade das relações são fatores que não incentivam seu exercício. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para sua moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo

⁶⁸ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.60.

⁶⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.108.

⁷⁰ SALLES, Karen Ribeiro Pachêco Nioac de. Guarda compartilhada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 202, p.96.

⁷¹ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.91.

enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria, no mínimo, prejudicado.⁷²

A guarda nidal é bem parecida com a guarda dividida, entretanto, nesta a criança fica com um dos genitores e o outro não guardião é que fica fazendo visitas, já naquela, a criança fica em uma casa fixa dela, sem alterna entre a residência da mãe ou pai, enquanto os pais é que ficam reversando suas moradias em períodos determinados. Por isso, é uma espécie que acomete custo, sendo difícil de ser praticada, mas “caso exista o entendimento entre os genitores – e capacidade econômica para isso -, poderá o juiz homologar a fixação de guarda nidal, vez que, por certo terá o filho o sabor de estruturação e corresponsabilidade que lhe trará ótimos frutos em sua vida”.⁷³

Portanto, a guarda nidal é aquela em que o filho fica fixo em uma residência, enquanto os pais é que alternam entre idas e vindas para a residência deste. Acaba sendo apenas uma possibilidade teórica, já que a prática é surreal para a cultura brasileira.

3. 3 Da Guarda Compartilhada

3.3.1 Origem e evolução

Para uma percepção correta da abrangência e do conceito deste modelo de guarda é preciso se fazer um exame da evolução histórica que propiciou o surgimento deste instituto que firmou raízes no ordenamento jurídico brasileiro.

O conservadorismo sempre fez parte do direito de família, principalmente com relação a dissolução da sociedade conjugal. No entanto, o direito de família é o menos persistente e duradouro, exatamente porque está sempre e necessariamente submetido às flexibilidades sociais que são conduzidas pelas constantes mutações do processo histórico e cultural. Como instituição a família é também um fato. Governada por um direito, ela é conduzida como um fenômeno numa evolução.⁷⁴

E as mudanças sociais e culturais estão, atualmente, ocorrendo em um ritmo muito mais veloz do que em outros tempos, uma demonstração dessas “novas e melhores forma de agir, de pensar e de viver pode ser vista na relação da mãe com o filho menor e a função do pai em apenas proteger, amparar e prover condições para essa relação”.⁷⁵

⁷² ROSA, Conrado Paulino da. op. cit. p. 48

⁷³ Ibidem. p.49

⁷⁴ STRENGER, Guilherme Gonçalves. op. cit. p.24.

⁷⁵ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.66-67.

Essa época, no período do século XIX, a mulher era vista como incapaz para a prática de certos atos, tendo aptidão natural apenas para a criação e cuidados dos filhos, do marido e da casa, cabendo ao pai o poder exclusivo do poder familiar.

Entretanto, com a industrialização surgiram modificações no âmbito familiar, pois ao provocar a migração do homem do campo para a cidade, os papéis dos genitores sofreram alterações também. A família deixou de ser extensa para nuclear, sendo composta apenas pelo casal e os filhos e, o homem, que passa a sair para trabalhar nas fábricas e oficinas, acaba por deixar de dar a devida atenção para seus filhos, ficando esse encargo, junto com os afazeres domésticos, para a mulher. Tal afastamento gerou a ideia, difundida desde o início do século XX e ainda muito influente em nosso meio, de que a mãe é a figura parental mais importante para a criança, assumindo o pai unicamente a figura do provedor da família⁷⁶.

Todavia, essa é uma situação que volta a sofrer mutações a partir da segunda metade do século passado, quando há a inserção da mulher no mercado e conseqüentemente uma exigência de divisões mais iguais entre as tarefas do lar, já que estas eram somente de responsabilidades femininas. Como explica Waldyr Grisardyr Filho:

Nesse novo contexto, os arranjos que bem definiam o pai provedor e a mãe dona de casa não funcionavam bem, pois desestimulavam aquele de exercer um papel parental ativo e sobrecarregavam esta com as exigências do dever de cuidar dos filhos. As falhas que os sistemas apresentavam, o movimento feminista, a facilitação ao divórcio, a aceitação da união estável, levavam à constatação sobre os efeitos benéficos do envolvimento do pai na criação dos filhos, abrindo uma nova era nos arranjos de guarda e visita.⁷⁷

A guarda compartilhada vem sofrendo mudanças há muito tempo, devendo, portanto, acompanhar a evolução da sociedade uma vez que esta é uma forma de atenuar conflitos familiares e atender o melhor interesse do menor diante da ruptura familiar, e por apresentar grandes vantagens já era praticada em outros países, antes de ser adotada pela legislação brasileira.

Foi a legislação inglesa quem deu início à prática da guarda compartilhada, na década de sessenta. Antes, com a ruptura da relação conjugal, era sempre do pai a responsabilidade de guardião dos filhos, mas essa prerrogativa mudou quando o Parlamento inglês passou a fazer valer a igualdade entre os genitores e a garantir o interesse do menor por

⁷⁶ Ibidem. p.66-67.

⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.131

meio da possibilidade da mãe conseguir também a guarda dos menores. Diante dessas mudanças, os tribunais ingleses fracionaram o exercício do princípio da igualdade parental, sendo atribuído à mãe a responsabilidade de cuidados diários dos filhos e ao pai de participar da vida cotidiana do menor.⁷⁸

Eduardo de Oliveira Leite afirma que:

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado propriedade de seus filhos, logo, em caso de conflitos, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato de a guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuram minorar os efeitos de não-atribuição, através da Split order (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, care and control (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, custody (custódia).⁷⁹

O surgimento do compartilhamento da guarda foi em decorrência da própria vontade dos pais de quererem participar da vida dos filhos, mesmo após a separação, procurando encerrar com a concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança, noção de uma tradição secular, para salvaguardar o interesse do menor.⁸⁰

O problema da aplicação da guarda acontece quando há a desunião dos genitores provocando, assim, a ruptura na autoridade parental e um impacto na vida dos filhos, que até o momento desfrutavam de seus dois pais. Neste sentido é a lição de Waldyr Grisard Filho:

Enquanto a família, legítima ou natural, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização/supervisão).

⁷⁸ CHARLES, Fabiana David. Guarda Compartilhada: um novo direito? Seus aspectos e problemáticas no atual direito de família. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10,11,12 de Junho de 2010, p.02

⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.266.

⁸⁰ Ibid. p.266.

Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de prática, no cuidado diário e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação.⁸¹

Neste sentido, explica Suzana Oliveira Marques “ [...] o rompimento dos pais traz forte impacto na vida dos filhos, pois estão acostumados com a presença de ambos em suas vidas, e de uma hora para a outra, sem compreender o motivo, um deles se afasta da rotina doméstica, provocando mudanças bruscas na rotina familiar”.⁸²

Se anteriormente era injustiça à mãe a guarda exclusiva do pai, detentor de amplos poderes sobre a pessoa dos filhos, os Tribunais entenderam, agora, estar injustiçado o pai, na medida em que se passou a atribuir a guarda à mãe. O vínculo não é uma via de mão única [...]. E para atenuar os efeitos da perda do direito da guarda exclusiva, os tribunais ingleses nas suas decisões passaram a levar em conta o melhor interesse do menor e a igualdade parental. Esses posicionamentos repercutiram em outros países.⁸³

A noção de guarda compartilhada ganhou presença na jurisprudência das províncias canadenses e da América do Norte. No Canadá a aplicação desta modalidade não é a regra, pois a sua utilização só ocorrerá em caso de acordo entre os pais, e não existindo este, o Tribunal decidirá por eles, com base nos melhores interesses da criança.⁸⁴

No direito americano, a guarda compartilhada foi bem acolhida, é uma das modalidades que mais se expande, apesar de cada Estado ditar sua própria lei civil dificultando uma aplicação uniforme. Mas ela também não é imposta aos pais, sendo necessário o acordo entre eles, conforme ensina Waldyr Grisard Filho:

[...]. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos efeitos ao bem-estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito. [...]. Hoje a legislação de cerca de 45 estado autoriza a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outros 12 é presumida e em outros 8 a presunção se dá por acordo de ambos os pais. Com a lei uniforme procura-se evitar os conflitos de competência entre os Estados e promover a cooperação entre os respectivos tribunais, intervindo o que esteja em melhores

⁸¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p. 123.

⁸² MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do direito de família e guarda dos filhos. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.99.

⁸³ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p. 140.

⁸⁴ Sobre o assunto Grisard Filho informa que a guarda compartilhada só se confere, neste país, quando os pais manifestarem essa opção, por meio de acordo, para melhor atender os interesses seus e dos filhos. Se o acordo não é possível, o Tribunal decide por eles. A *Court d'Appel* da Província de Ontário, porém, entende ser difícil compelir um pai a cooperar quando ele não deseja uma guarda conjunta, podendo desservir aos seus objetivos. p.145

condições de decidir sobre a questão da guarda, tomando em consideração, em primeiro lugar, o interesse da criança.⁸⁵

Na França, a guarda compartilhada nasceu a partir do ano 1976 com o objetivo de minimizar a injustiça que o monopólio da guarda única provocava. Referindo-se à opção feita pelo legislador francês, ao decidir pela aplicação da guarda compartilhada, Eduardo de Oliveira Leite destaca:

Assim, a necessidade de garantir o melhor interesse da criança, o crescimento do número de crianças de pais divorciados, o desaparecimento do caráter conflituoso do divórcio e a existência de genitores não casados que se interessam conjuntamente por seus filhos, levaram o legislador a rever a questão da autoridade parental.⁸⁶

Houve alterações quanto a aplicação da guarda de filhos também no direito alemão que desde 1982 considera inconstitucional propor a guarda unilateral, sendo a guarda comum outorgada como regra porque a lei considera que a guarda de um filho é uma obrigação e direito conjunto; no direito espanhol os pais são cotitulares do pátrio poder [...], mas em caso de separação, em princípio, a guarda corresponderá aquele dos pais com quem conviva o filho, podendo o juiz, se solicitado pelo outro genitor, e no interesse do filho, atribuir ao solicitante o exercício conjunto [...]; a legislação portuguesa sofreu alteração com a Lei nº 84/95 que garantiu aos pais o comum exercício parental em relação à criação, educação e bem estar dos filhos.⁸⁷

Com diversas mudanças e evoluções ocorridas nos costumes dentro da sociedade brasileira, a sua legislação se ajustou e também decidiu adotar o modelo da guarda compartilhada, priorizando o melhor interesse do menor. Foi um processo lento, onde os juízes a aplicavam, antes mesmo de haver qualquer previsão legal sobre sua existência, devido a preocupação de buscar restabelecer o equilíbrio da relação dos pais e filhos visando à manutenção do convívio da criança com ambos os pais para que não se perca o elo de carinho, amizade, confiança e responsabilidade fundamentais na vida tanto do filho como na de cada um de seus pais.⁸⁸

⁸⁵ Ibidem. p.142

⁸⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit. p.263.

⁸⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p. 135-137

⁸⁸ CHARLES, Fabiana David. op. cit. p.03

Todavia, a guarda compartilhada ainda tem muito a oferecer e por isso deve ser discutida e debatida as regras e as leis, antes de serem promulgadas, para determinar a sua aplicação de forma adequada.

3.3. 2 Conceito

A guarda compartilhada se expandiu por diversos países, inclusive pelo Brasil, tendo por base os princípios fundamentais da pessoa humana e procurando tornar menos árdua a nova vida dos filhos após a separação dos pais. Diante do exposto ela pode ser entendida como:

[...] um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.⁸⁹

A guarda compartilhada é um sistema de responsabilização igualitária entre os pais em relação à vida dos filhos, oportunizando a ambos decidirem a respeito do desenvolvimento da prole, mesmo em caso de ruptura da vida conjugal. Esse tipo de guarda oportuniza o contato diário, havendo a continuidade do envolvimento emocional dos filhos com os pais, afastando a impressão de abandono causado pela separação dos mesmos.⁹⁰

Em relação ao conceito da guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho escreve:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem planejar como convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visitas).⁹¹

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira:

A doutrina define guarda compartilhada como um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os

⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr
. Op. cit., p. 131.

⁹⁰ CHARLES, Fabiana David. op. cit. p.02.

⁹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit., p.155

pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda em que os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos. Guarda compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, ‘como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos’⁹²

Para Paulo Lobo, as consequências advindas da dissolução da relação conjugal são amenizadas quando é dado a possibilidade aos pais de continuarem a participar da vida dos filhos, o que só é viável pela aplicação da guarda compartilhada, ou seja:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se ‘em casa’ tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias.⁹³

Este instituto visa essencialmente ampliar os horizontes da responsabilidade dos pais, fomentado, em verdade, uma corresponsabilidade, uma pluralidade de responsabilidades na educação do filho, enfim, uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor.⁹⁴

Posição idêntica tem Maria Berenice Dias que preleciona:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação

⁹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. op. cit. p.255.

⁹³ LOBO, Paulo. op. cit. p.176

⁹⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. op. cit. p.171.

sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual[...].⁹⁵

Assim, a guarda compartilhada, objetiva a efetivação do poder familiar após a ruptura conjugal, pois procura reduzir a distância dos filhos em relação aos pais, mantendo o envolvimento ativo e o vínculo de afeto daqueles com os filhos. Além de conferir aos genitores a igualdade no exercício das suas responsabilidades, a guarda também afasta a pernicioso guarda unilateral, a qual tradicionalmente era concedida à mãe.

3.3.3 Da legislação pertinente à matéria

Observando o processo de transformação pelo qual a guarda compartilhada tem passado na legislação brasileira, percebe-se que esse instituto está seguindo o curso das mudanças ocorridas no direito de família. No início a guarda era atribuída ao pai, depois de algum tempo era delegada à mãe e nos dias atuais o que é levado em consideração é o que for mais benéfico para a prole, atendendo-se o melhor interesse dos filhos.⁹⁶

Mas até bem pouco tempo, o instituto da guarda não era previsto expressamente no ordenamento jurídico nacional, o que não impossibilitava a sua aplicação na prática, pois com base nas experiências do Direito Comparado e no fulcro em dispositivos já existentes na legislação brasileira muitas decisões judiciais já determinavam o seu cumprimento para evitar tratamento desigual entre os genitores na atribuição dos direitos e deveres dos filhos menores.⁹⁷

Neste sentido, são pertinentes as informações de Waldyr Grisard Filho:

Em 1986, o então juiz de direito e hoje desembargador aposentado do TJRS, Sérgio Gischkow Pereira, fez publicar o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, ou conjunta, em nosso direito, anotando que, naquela década, o modelo começava a ser pesquisado no Rio grande do Sul' sob o prisma jurídico e psiquiátrico' envolvendo profissionais do direito, da educação, da medicina, da sociologia etc.⁹⁸

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. op. cit. p.361-362.

⁹⁶ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.115.

⁹⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. op. cit. p.170

⁹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.161.

Porém, segundo Leonardo Barreto Moreira já em 1967, o Supremo Tribunal Federal já tinha se pronunciado, em termos genéricos, sobre a importância da guarda compartilhada no RE 60.265-RJ destacando que:

O juiz, ao dirimir divergências entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visita, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe.⁹⁹

Os fundamentos legais que davam respaldo para a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada se encontravam na Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e também no Código Civil de 2002. Somente a partir de 2008 que a guarda compartilhada foi inserida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.698/08 e recentemente sofreu nova alteração pela Lei nº 13.058/2014.

Com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977 deixaram de vigorar os artigos 325 a 328 do CC de 1916, os quais disciplinavam a matéria da guarda dos filhos na extinção da sociedade conjugal. A partir de então, os artigos 9º ao 16 da referida lei passaram a estabelecer novas diretrizes à atribuição da guarda, segundo aduz Ana Maria Milano Silva:

A Lei 6.515/77, do artigo 9º ao 16º traz as regras estabelecidas para a atribuição da guarda de filhos¹⁰⁰ [...] e, novamente destacamos o artigo 13, que faculta ao juiz dispor sobre a guarda da maneira que julgar mais conveniente aos filhos. Ao utilizar-se desse dispositivo legal o magistrado pode também aplicar a guarda compartilhada, se o caso revelar que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor se for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151 do ECA.¹⁰¹

Por sua vez, o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90) contém uma gama de dispositivos aptos a fundamentar a prática da guarda compartilhada. Dentre eles a prevalência do princípio do melhor interesse do menor.

⁹⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. op. cit. p.171

¹⁰⁰ O art. 9º estabelece que "no caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual (art. 4º) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos."

¹⁰¹ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.97.

Segundo Euclides de Souza, o interesse do menor constitui o princípio norteador para a determinação da guarda compartilhada, e ainda ensina:

O Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra, em toda a sua extensão, nas suas linhas e entrelinhas, que nada mais visa senão ao bem-estar do menor. Tratando-se, pois, de uma adequação de guarda, sobre a qual todos os interessados estão de acordo, impõe-se a concessão da medida, uma vez que não há renúncia de direito ou implicação do pátrio poder.¹⁰²

Desse modo, a decisão judicial deve ter por base o que é melhor para os filhos, pois no instituto da guarda há a prevalência dos direitos da criança, em contraposição ao direito dos pais decorrente do poder parental. E quanto ao melhor interesse da criança, Guilherme Gonçalves Strenger assim se manifesta:

Considera-se interesse do menor todos os critérios de avaliação e solução que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas.¹⁰³

Outra proteção dos direitos do menor estar no artigo 6º que expressa: “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta[...] e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. O art. 16, no caput, dispõe: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos [...] v – participar da vida familiar e comunitário, sem discriminação”.

Há também, o art. 22 que dispõe: “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”.

Assim, as normas do Direito de Família dão prioridade à proteção da criança e do adolescente mesmo após a ruptura da relação dos pais já que estes continuam a ter obrigações para com os filhos e em caso de descumprimento poderão ser consideradas pelo juiz, de maneira a lhe permitir inclusive, a retirada da criança de dentro de sua família, quando sua permanência possa lhe ser prejudicial.

¹⁰² SOUZA, Euclides de. Jurisprudências "Melhor Interesse da Criança" - Compiladas. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1094972355>> Acesso em 19 jan. 2015.

¹⁰³ STRENGER, Guilherme Gonçalves. op. cit. p. 66

Além desses dispositivos que poderiam ser usados para assegurar a viabilidade da guarda compartilhada, a sua aplicação poderia ser com base na Constituição Federal que é a norma fundamental e serve de parâmetro para todas as demais normas e leis. Segundo o art. 227:

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

Ao menor é disposto um conjunto de proteção, com vista a perpetuar as relações entre pais e filhos, ou seja, a convivência familiar como forma de garantir o seu desenvolvimento. Essa proteção dada à criança, espelha também uma preocupação com seu futuro na sociedade, na medida em que havendo descuido com as pessoas ainda em formação, pode haver um comprometimento de toda a sua vida.

Também prevê, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, parágrafo 5º c/c art. 5º: “a igualdade entre o homem e a mulher”, com base nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo. Deste modo, a preferência feminina na definição da guarda dos filhos menores acaba por ferir direitos constitucionalmente garantidos.

Com o princípio da igualdade parental buscou-se abandonar todo tipo de discriminação entre homens e mulheres, colocando-os em um mesmo patamar na tomada de decisões sobre seus filhos. Por esse princípio, tem-se a vedação à soberania masculina e a primazia feminina em relação à guarda dos filhos.¹⁰⁴

Com o objetivo de reforçar essa igualdade entre o homem e a mulher, o legislador preocupou-se em reprovocar toda e qualquer distinção entre estes, por meio da consagração dessa igualdade em outros dispositivos como no art. 21 do ECA e no art. 1.583 do Código Civil. Enfim, tudo para preconizar direitos iguais entre os sexos opostos, acompanhando a evolução da sociedade moderna.¹⁰⁵

Destarte que, a aceitação do instituto da guarda compartilhada não era unânime, pois muitos juízes sob a alegação de que não havia lei que erigisse a guarda compartilhada

¹⁰⁴ CHARLES, Fabiana David. op. cit. p. 12

¹⁰⁵ MOREIRA, Luciana Maria Reis. O compartilhamento obrigatório dos deveres parentais: a guarda compartilhada sob a ótica da lei nº 13.058/2014. p.15

como modelo de guarda permitido, simplesmente indeferiam qualquer pedido em comum das partes para que fosse adotado esse tipo de guarda. Mesmo que os pais já praticassem o compartilhamento da guarda de forma consensual após a dissolução da relação, era aplicada, por uma parte do judiciário, a guarda única e materna, e só cabendo ao pai a visitação quinzenal.¹⁰⁶

Para pôr fim em qualquer dúvida ou argumento desfavorável à aplicação do modelo de guarda compartilha e para garantir o equilíbrio dos papéis parentais, foi expressamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro a lei sobre guarda compartilhada, privilegiando os princípios do melhor interesse do menor, da igualdade de direitos entre homens e mulheres e o exercício da parentalidade responsável.

3.3.3.1 A Lei nº 11.698/08

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), entrando em vigor 60 dias após sua publicação no Diário Oficial em 16 de junho do mesmo ano. Deste modo, finalmente, foi consagrado expressamente o tão elogiado instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio após esse período de *vacatio legis*. Embora, tal instituto, já fosse vivenciado por muitos casais, fosse amplamente aceito pela doutrina e, inclusive, alvo de algumas decisões judiciais em vários estados do Brasil.¹⁰⁷

Esta lei assegura a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Assim, este modelo procura preservar o pleno exercício do poder familiar sem esvaziar as funções paterna e materna ou eliminar os referenciais masculino e feminino, assegurando aos filhos um equilibrado desenvolvimento emocional, psíquico e social. [...].¹⁰⁸

Cabe ressaltar que a mudança na legislação pátria se deve a diversos fatores, dentre essas a evolução das formas de família; as exigências socioeconômicas da vida moderna, além dos movimentos feitos pelos pais e mães separados reivindicando o compartilhamento da guarda de suas crianças.

Foi a partir desses movimentos que o Projeto de Lei 6.350/2002 foi criado pelo Deputado Tilden Santiago, com a justificativa de que a guarda compartilhada busca

¹⁰⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. op. cit. p.163.

¹⁰⁷ ROSA, Conrado Paulino da. op. cit. p.52

¹⁰⁸ GRISARD FILHO, Waldir. Op. cit. p. 187.

reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.¹⁰⁹

Nesse sentido é o entendimento de Douglas Philips Freitas:

A Associação de Pais Separados (APASE) – que anos mais tarde se converteria na Associação de Pais e Mães Separados – teve sua gênese exatamente na crítica acima exposta e na (re) conceitualização do homem-pai, entre outras bandeiras. Deste importante instituto surgiu o projeto que culminou na Lei da Guarda Compartilhada.¹¹⁰

Com a instituição da lei nº 11.698/08, guarda compartilhada foi definida como “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”.

Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves, esse conceito acabou por não corresponder com as expectativas desejadas por se afastar do entendimento moderno de família, uma vez que ele restringe a atribuição do exercício da guarda compartilhada aos pais, impedindo sua aplicação aos demais familiares que eventualmente cuidem dos menores.¹¹¹

Porém, para Douglas Philips Freitas, apesar desse conceito delimitar a abrangência da guarda compartilhada, não há nada que impeça que seja promovida entre avós (na ausência ou impossibilidade dos pais) ou em casos de paternidade homoafetivas.¹¹²

Já para Ana Maria Milano Silva essa definição satisfaz todas as opiniões daqueles que se dedicam ao assunto, dos juristas aos doutrinadores, tanto nacionais quanto internacionais.¹¹³

Com as alterações feitas nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil pela referida lei, o tipo de guarda, a forma de convivência, a educação, convívio familiar com parentes, serão estabelecidos pelos cônjuges, em consenso, e desde que estejam em harmonia com a doutrina integral e o melhor interesse da criança e do adolescente.¹¹⁴

¹⁰⁹ Ibidem. p. 187

¹¹⁰ FREITAS, Douglas Philips. Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicologia e interdisciplinar – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, Florianópolis: conceito editorial, 2009, p.36.

¹¹¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. op. cit. p.183

¹¹² FREITAS, Douglas Philips. Primeiros reflexos da guarda compartilhada. Revista Síntese Direito de Família. v.15. n. 80. Out./nov. 2013, p.98.

¹¹³ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.98

¹¹⁴ COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião da. op. cit. p.109

Caso as partes não cheguem a um acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.¹¹⁵

O legislador prevê também penalidades para o descumprimento sem justificativas dos direitos e deveres da guarda, seja unilateral ou compartilhada. Além de exigir o parecer do Ministério Público sobre o acordo, podendo o juiz recusar-se a homologar se não configurado os interesses dos infantes.¹¹⁶

Sem dúvida, esta lei trouxe importantes renovações para as relações familiares ao privilegiar a guarda compartilhada para garantir a aplicação do melhor interesse do menor e conferir a igualdade entre os pais no exercício da autoridade parental, no entanto, ela foi mal interpretada pelos juízes e operadores do direito, os quais entendiam que sua aplicação dependeria da existência de consenso entre os genitores para o seu sucesso.

3.3.3.2 A Lei nº 13.059/14

A guarda compartilhada foi instituída no país pela Lei nº 11.698 de 2008, no entanto, a sua aplicação foi de forma retraída, quase insignificante nos casos de litígio, apesar dessa possibilidade ser possível, segundo o entendimento de Douglas Philips Freitas:

Mesmo não havendo um bom relacionamento entre os pais, há possibilidade da guarda compartilhada, quando estes servem de âncora social ao menor. A guarda compartilhada é apropriada a todos os casos, devendo ser analisados os benefícios que trará para os pais e, principalmente, aos filhos.¹¹⁷

Diante da grande resistência do Judiciário em aplicar esta modalidade de guarda nas demandas litigiosas e as constantes confusões feitas entre o conceito de guarda compartilhada e alternada fizeram surgir movimentos, principalmente pelas redes sócias, para que mais uma vez a legislação sobre guarda dos filhos fosse modificada. Esse desejo foi atendido no dia 22 de dezembro de 2014 quando foi aprovada a Lei nº 13.058. Ela surgiu do Projeto de Lei 117/2013 de autoria do Deputado Arnaldo Faria de Sá, tendo como justificativa evitar a alienação parental e impedir que um dos genitores se utilizasse do litígio para impedir

¹¹⁵ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.99

¹¹⁶ COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião da. op. cit. p.109

¹¹⁷ FREITAS, Douglas Phillips. Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 72

a guarda compartilhada, tendo assim uma “arma” – na expressão do PL – contra o seu ex-cônjuge.¹¹⁸

Assim, a nova lei da guarda compartilhada trouxe regras inovadoras sobre o sistema de guarda e convivência dos filhos no direito brasileiro, tornando compulsória o sistema de compartilhamento de guarda, porém, não obrigando a divisão igualitária do tempo da criança entre os pais, deixando ao caso concreto a análise do sistema de convivência e alternância ou não de residências.¹¹⁹

Desse modo, a guarda compartilhada passou a ser compulsória mesmo nos casos em que não houver acordo entre os pais quanto a guarda do menor, conforme passou a dispor o artigo 1.584, parágrafo 2º do Código Civil.¹²⁰

A lei 13.058/14 altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil (anteriormente alterados pela tímida Lei da Guarda Compartilhada nº 11.698/08), para estabelecer novas regras para aplicação da guarda compartilhada.¹²¹ O texto reafirma a prevalência da guarda compartilhada, ainda que haja desacordo entre o casal conjugal (CC, 1.584, § 2º). Determina, também, o equilíbrio do tempo entre o casal na custódia física dos filhos (CC, 1.583, § 2º).

Vale lembrar, que a guarda compartilhada não representa uma divisão equitativa de tempo de convivência entre pais e filhos. Não se pode confundir guarda compartilhada com guarda alternada. Essa sim, representa uma fragmentação do tempo que o menor convive com cada um dos pais, prefixados no calendário – dias, semanas, meses, anos; enquanto um é o guardião, o outro é o visitante, invertendo-se os papéis no final de cada período.¹²²

Garante ao genitor não guardião, no exercício da supervisão que lhe compete, solicitar prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos e situações que afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos (CC, 1.583, § 5º). Estabelece ainda que nenhuma decisão sobre guarda de filhos, em sede de medida cautelar, será proferida sem a oitiva de ambas as partes perante o juiz (CC, 1.585).

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.508/2014. Disponível em: www.migalhas.com.br. acesso: 20/03/2015

¹¹⁹ Douglas Philips Freitas. Reflexos da nova lei da guarda compartilhada e seu diálogo com a lei da alienação parental. Disponível em:

¹²⁰ Art. 1.584, § 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.

¹²¹ SALES, Ana Amélia Ribeiro; SÁ, Mariana Santana Oliveira. Considerações acerca da guarda compartilhada e a lei 13.058/14. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 13/04/2015

¹²² ROSA, Conrado Paulino. O fim do mito do filho “mochilinha”. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 20/03/2015.

Quanto ao pagamento de alimentos, não houve mudanças, permanecendo o uso dos fatores necessidades/ possibilidades para o seu pagamento. Isso porque, mesmo estando dividindo a guarda do filho, ambos os pais têm responsabilidade para com seus filhos.

Apesar de ser recente, as mudanças da legislação da guarda têm provocado muitos debates e discussões no meio jurídico e social devido as normas pungentes e impactantes nas relações familistas [sic] inseridas na legislação nacional.¹²³

No entanto, não há dúvidas de que os objetivos da mudança legislativa são de extrema relevância e louváveis, mesmo sendo essas novas regras muito criticadas por parte da doutrina em razão de algumas impropriedades constantes em seu texto.

Muitos argumentos contrários à lei da guarda compartilhada já existiam e se tornaram mais acirrados tendo em vista a sua aplicação compulsória. Mas sempre houve argumentos e estudos favoráveis, os quais, inclusive, deram embasamento para a instituição das referidas leis. Por isso, será analisado algumas das vantagens e críticas voltadas para a nova sistemática da guarda compartilhada.

¹²³ Douglas Philips Freitas. Reflexos da nova lei da guarda compartilhada e seu diálogo com a lei da alienação parental. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 13/04/2015

4. DO COMPARTILHAMENTO IMPOSITIVO DA GUARDA

4.1 Argumentos Favoráveis

A guarda compartilhada, dentre todos os modelos de guarda, é a única que dar possibilidade para os filhos manterem uma convivência familiar com ambos os pais mesmo após a dissolução conjugal e minimiza complicações advindas da nova realidade conjugal.

Para Paulino Conrado Rosa:

A guarda compartilhada tem por fim precípua minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da quebra ou mesmo da inexistência prévia de relacionamento conjugal. Busca preservar os laços paternos-filiais em condições de igualdade entre os genitores.¹²⁴

Compartilhando do mesmo entendimento Eduardo de Oliveira Leite afirma:

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores.¹²⁵

Pode-se dizer que a guarda compartilhada procura evitar a ruptura dos laços afetivos dos pais em relação ao (s) filho (s), ela possibilita a participação de ambos os genitores na vida destes, possibilitando que tanto o pai como a mãe tomem juntos as decisões referentes à criação e educação do (s) mesmo (s), desde a escolha da escola até a religião que o (s) filho (s) irão seguir.¹²⁶

Evidentes são as vantagens que a guarda compartilhada proporciona para a manutenção do relacionamento parental e a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, como informa Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles:

¹²⁴ ROSA, Conrado Paulino. op. cit. p. 62

¹²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p.282

¹²⁶ CHARLES, Fabiana David, op. cit. 07

A guarda compartilhada se mostra de extrema vantagem para os filhos, uma vez que atende e garante o cumprimento de princípio do interesse maior da criança, pois, a participação conjunta dos pais tende a reduzir as eventuais desconfiança e hostilidades que costumam acompanhar a separação do casal, o que favorece a prole, na medida em que ambos os genitores continuam envolvidos na vida dos filhos.¹²⁷

Muitas são as vozes, na doutrina, que veementemente, já afirmaram o valor deste modelo de guarda e sua importância para o menor manter uma relação ativa e permanente com cada um de seus genitores. Dentre esses há Eduardo de Oliveira Leite que nos ensina:

Quanto às vantagens, tudo leva a crer que o interesse da criança seja o argumento fundamental invocado pelos adeptos da guarda conjunta. Argumento válido e defensável já que o interesse da criança é o critério determinante da atribuição da guarda.¹²⁸

Este tipo de guarda apresenta vantagens não só para os filhos, mas também para os pais, pois proporciona uma percepção mais realista das necessidades dos filhos; ressalta a estima perante os pais; favorece a qualidade da relação entre pais e filhos; favorece a divisão das responsabilidades parentais; proporciona maior segurança para os pais e oferece oportunidades de crescimento; favorece a tomada de decisão comum e reduz os recursos aos tribunais.¹²⁹

Compartilhando desse entendimento, Waldyr Grisard Filho dispõe:

[...] em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, 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.¹³⁰

¹²⁷ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.100.

¹²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit. p. 278.

¹²⁹ PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda Compartilhada dos filhos. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre, n.32, v.7, out/nov, 2005.

¹³⁰ GRISAR FILHO, Waldyr. op. cit. 213

Do ponto de vista dos filhos, ajuda-lhes a diminuir os sentimentos de rejeição e lhes proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.¹³¹

Outro ponto favorável a guarda compartilhada é a obediência ao princípio da igualdade entre homem e mulher, dividindo direitos e obrigações onde ambos têm o direito de conviver com seus filhos menores, respondendo na mesma proporção por eles.¹³²

Esse princípio, o da convivência familiar, foi um dos aspectos que motivou as mudanças da lei de guarda compartilhada para torná-la regra geral em caso de dissolução conjugal. Apesar da lei brasileira já impor a gestão bipartida dos interesses dos filhos entre os cônjuges (CF, artigos 5º, inciso I, e 226, §5º), a legislação anterior da guarda estava sendo interpretada de forma equivocada, dando tratamento desigual para os genitores e dificultando que os representantes legais dos filhos, ambos os pais, pudessem acordar as decisões envolvendo os interesses dos mesmos.

Neste sentido, é o entendimento de Douglas Phillips Freitas:

A lei sempre conferiu a ambos pais o direito de fiscalização, auxílio e decisão sobre o filho independentemente da guarda, através do instituto do Poder Familiar. Na prática, contudo, o poder-dever do pai ou mãe que não recebeu a guarda física da criança, geralmente se sentia impedido de auxiliar o guardião na educação, orientação, restando-lhe tão somente o auxílio do sustento do filho através da pensão alimentícia, o que juridicamente sempre foi um erro, mas na prática era reiterado.¹³³

Conrado Paulino da Rosa tem pensamento semelhante ao afirmar que a nova lei surge para exigir a plena eficácia do direito da criança de manter o convívio familiar com seus pais de forma igual.

[...] o compartilhamento, como regra geral, muda o pressuposto, muda o comportamento das pessoas. Com a legislação de 2008, a guarda compartilhada já podia ser aplicada, mas isso não ocorria. [...]. Os tribunais entendiam que sua aplicação era recomendada em caso de acordo. Era a interpretação da época. [...] A expressão ‘ganhar a guarda do filho’ já encerra uma hierarquia entre os genitores, na cabeça da criança. Se um ganhou, automaticamente, o outro perdeu. E o espaço da parentalidade não admite hierarquia. Os dois pais têm o seu significado e o seu

¹³¹ Ibidem. p.213

¹³² MOREIRA, Luciana Maria Reis. Direito privado: desafios contemporâneos. In: o compartilhamento obrigatório dos deveres parentais: guarda compartilhada sob a ótica da lei 13.058/2014. p. 27

¹³³ FREITAS, Douglas Phillips. op. cit. p. 03

espaço. Então, com a alteração legislativa de dezembro, as crianças só têm a ganhar.¹³⁴

Ao primar pela igualdade entre o casal, quem ganha são os filhos, pois têm a possibilidade de manter convivência com os seus dois genitores. Foi buscando essa convivência, que a nova lei procurou acabar com a figura do pai, apenas, pagador de pensão alimentícia e de final de semana. Para isso, ela deu possibilidades, ao pai, de cuidar das crianças mais de perto, acompanhá-las nos cuidados diários, na escola, em casa, na alimentação e no lazer, visto que estes pais têm demonstrado mais interesse e desejo de participar ativamente da vida dos filhos.

Pelo novo paradigma da guarda compartilhada, ela será a primeira opção que deve ser aplicada em uma demanda judicial de guarda, sendo afastada somente se um dos genitores se manifestar que não tenha interesse em ficar com a guarda ou for comprovado que não oferece condições de exercer o poder familiar.

Outro que considerou bem-vindas as novas mudanças sobre a aplicação da guarda conjunta foi Waldir Grisard Filho:

A aprovação pelo Senado da República do Projeto de Lei nº 117/2013, que estabelece o significado de “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, vem confirmar o que venho defendendo há anos, desde o I Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado pelo IBDFAM no ano de 1997: o convívio permanente de ambos os pais com seus filhos, preservando a continuidade e fortalecendo os laços afetivos já existentes, oferecendo aos filhos a segurança de contarem com seus dois pais em suas vidas. O texto reafirma a prevalência da guarda compartilhada, ainda que haja desacordo entre o casal conjugal, pois não é ele que se busca preservar, mas a permanência do casal parental. Agora é obrigatória, só não será aplicada se um dos pais declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho.¹³⁵

Douglas Phillips Freitas aponta também outra grande vantagem trazida pela Nova Lei da Guarda Compartilhada (lei n. 13058/14) foi a complementação dada por ela à Lei da Alienação Parental (Lei n. 12.318/10) tornando-a ainda mais efetiva, além de incentivar o

¹³⁴ ROSA, Conrado Paulino da. O fim do mito do filho “mochilinha”. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. acesso em 20/03/2015.

¹³⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 13/03/ 2015.

equilíbrio na convivência e exercício das responsabilidades parentais. Conforme exposto por ele:

A lei da Guarda Compartilhada de 2008, embora sugerisse sua aplicação, não a impunha como faz a nova lei de 2014. Sua aplicação geralmente ocorria em casos de acordo, dificilmente se vislumbrando decisões judiciais que fixasse a Guarda Compartilhada em casos de litígio [...] e a lei da Alienação Parental previa a alteração da Guarda Unilateral em Compartilhada (ou vice-versa) como uma das alternativas para combater à alienação parental.¹³⁶

A alienação parental é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado pelo comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que detém a guarda.¹³⁷

Tendo o filho, um convívio compartilhado de seus pais, sem dúvida é mais difícil que um genitor jogue o filho contra o outro porque ambos vão estar com a guarda. Ao estabelecer que o filho não é mais só propriedade da mãe após a separação, a nova lei, almejava exatamente dificultar essa prática de desqualificar o outro genitor, o que é bem mais fácil com a aplicação da guarda unilateral.

No entanto, nem todos que são a favor da aplicação da guarda compartilhada apoiam totalmente as mudanças previstas na Lei 13.059 de 2014, pois acreditam que essas mudanças legislativas apresentam um movimento pendular, com avanços e retrocessos. Dentre esses há Giselle Câmara Groeninga que discorre:

A aprovação da lei tem sido festejada em diversos veículos de comunicação que exibem casais parentais felizes, como se finalmente pudessem vir a exercer, com o auxílio da lei, seus direitos e deveres para com os filhos. Um desejo que só pode ser por todos comungado - um ideal mais do que legítimo. Mas, é preciso que se diga, que o entendimento tem sido principalmente no sentido de uma divisão do tempo dos filhos de forma igual entre as casas dos pais, correndo o risco de confundir-se com a guarda alternada, o que foi objeto de manifestações por parte do IBDFAM. Em termos sociais, familiares e legislativos há um longo caminho a ser percorrido para a ampliação da consciência quanto à responsabilidade dos pais e às formas de seu exercício.¹³⁸

¹³⁶ FREITAS, Douglas Phillips. op. cit. p. 03

¹³⁷ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.150

¹³⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada e relacionamento familiar. Algumas reflexões necessárias. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 13 de março de 2015.

Por estar muito ressentido, ainda não se pode prevêê as consequências advindas deste novo regramento e muito menos como será aceita pelos pais diante da imposição deste modelo de guarda, mas sucessivos aprimoramentos são necessários para resguardar os direitos da criança e adolescente e acima de tudo o melhor interesse destes.

4.2. Argumentos Contrários

Embora a guarda compartilhada seja considerada o modelo ideal para garantir o exercício igualitário da autoridade parental e para a efetivação do melhor interesse dos filhos há posicionamentos contrários à sua aplicação por entenderem que ela não deve ser aplicada indistintamente e sim, a partir da análise do caso concreto, o qual vai determinar a melhor forma de exercício a ser adotada.

Esses argumentos contrários já eram manifestados na legislação anterior, se intensificando, entre juristas e operadores de direito de todo o país, com a nova sistemática da guarda compartilhada obrigatória.

Para esses opositores, antes de prolatar sua sentença, o magistrado deverá observar certos requisitos para definir qual o melhor modelo para concessão da guarda. Dentre eles estar a distância entre as residências dos genitores, pois diante deste caso, o entendimento é de que a guarda compartilhada deverá ser afastada já que ela pressupõe convivência na mesma cidade para manter a rotina da criança.¹³⁹

No mesmo sentido, é a decisão o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR – ALIMENTOS PROVISÓRIOS - ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS - IMPOSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA. 1. Demonstrado que a mãe tem aptidão para o exercício da guarda e havendo indícios de animosidade entre os pais, deve ser negado o pedido de guarda compartilhada formulado pelo genitor. 2. É inviável a guarda compartilhada na hipótese de a genitora residir em outro Estado, pois a distância não permite à contínua e eficaz participação de ambos os pais no acompanhamento do

¹³⁹ SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível: www.professorsimão.com.br. Acesso: 21/03/2015.

filho. (20090020022571AGI, Relator Sérgio Bittencourt, 4ª Turma Cível, Julgado em 22/04/2009, DJ 04/05/2009)¹⁴⁰

Todavia, esse é um pensar que não prospera, pois “pode ser operacionalmente mais simples o exercício da guarda compartilhada quando os pais morem em bairros próximos, porém, nada impede que seja estabelecida esta modalidade de guarda quando residem em cidades distantes, ou até mesmo em países diferentes”.¹⁴¹

Idêntico é o entendimento de Paulo Lobo, o qual afirma que o fato dos pais residirem em cidades ou mesmo países distintos não é impedimento para aplicação da guarda compartilhada, pois a tecnologia permite o contato virtual instantâneo, favorecendo a comunicação entre os pais separados e entre estes e seus filhos.¹⁴²

Outro ponto de questionamento dos opositores é quanto a aplicação da guarda compartilhada para crianças de pouca idade e da não vinculação afetiva com o outro genitor. Alegam que devido a esse fator, o menor deverá ficar com a mãe, que é considerada imprescindível no constante convívio com o filho e que devido a sua idade a criança não teria a capacidade de se adaptar às constantes mudanças de ambiente físico ocorridas entre a casa de ambos os pais.

Nessa linha de oposição à guarda compartilhada, a psicóloga Eliana Riberti Nazareth, apesar de adepta desta modalidade, ela contraindica este modelo quando as crianças são muito pequenas:

Quando as crianças são muito pequenas [...]. Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe, ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-descodificação da realidade só possível em crianças mais velhas.¹⁴³

A não aceitação de alguns pedidos de guarda compartilhada amparada no argumento de pouca idade são também deferidas pelos tribunais brasileiros como, por exemplo, o TJMG no Processo 1.0000.00.343058-40001 onde emitiu uma decisão “Em se

¹⁴⁰ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Agravo de Instrumento nº 20090020022571, de 22 de abril de 2009.

¹⁴¹ BRITO, Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. Razões e contrarrazões para aplicação da guarda compartilhada. Revista dos tribunais, 2009. vol. 886,p.80

¹⁴² LOBO, Paulo. op. cit. p. 108

¹⁴³ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.83

tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada [...]”¹⁴⁴

No entanto, a Pós - Doutora em Direito e Mestre em Psicologia Leila Maria Torraca de Brito observou, em suas pesquisas, que:

A atribuição de guarda monoparental à mãe, devido à pouca idade da criança, pode gerar consequências como a frágil vinculação afetiva com o genitor que não detém a guarda desta criança. Assevera ainda que bebês com poucos meses já frequentam espaços físicos distintos quando são levados a creches, tendo que se adaptar a locais e pessoas desconhecidas, eventualmente substituídas por outros profissionais.¹⁴⁵

Todavia, é necessário a regularidade de contato para o estabelecimento do vínculo afetivo dos filhos com os genitores. É desde a infância que deve ter início esses contatos e não apenas na fase adulta ou na adolescência, pois só assim, os pais se reconhecem como responsáveis pelos seus filhos.

Além desses argumentos contrários a guarda compartilhada existem aqueles surgidos com a determinação da nova lei como a alternância da custódia física da criança entre os pais.

Para Luciana Maria Reis Moreira “[...] a obrigatoriedade da guarda compartilhada, em todos os casos, ressuscita uma velha discussão sobre a aplicabilidade da nefasta guarda alterna”¹⁴⁶

Aduz, Flávio Tartuce que, ao ser criada, a novel legislação até teve boa intenção ao trazer a ideia de igualdade parental, superando o modelo monista da guarda unilateral. Todavia, ela esconde em seu conteúdo uma armadilha jurídica, como um Cavalo de Tróia Legislativo, pois apresenta sérios problemas, tendo como o principal deles a menção da custódia física dividida, o que parece tratar de guarda alternada e não de guarda compartilhada.¹⁴⁷

Outro forte opositor à imposição da guarda compartilhada é o Professor José Fernando Simão que afirma ser este dispositivo legal totalmente contrário ao entendimento consolidado sobre guarda compartilhada e das orientações de psicanalistas sobre dupla residência, e acrescenta mais:

¹⁴⁴ BRITO, Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. op. cit. p.83

¹⁴⁵ Ibidem. p. 364

¹⁴⁶ MOREIRA, Luciana Maria reis. op. cit. p.29

¹⁴⁷ TARTUCE, Flávio. op. cit. acesso em: 20/03/2015

Este dispositivo é absolutamente nefasto ao menor e ao adolescente. Preconiza ele a dupla residência do menor em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. Não se pode imaginar que compartilhar a guarda significa que nas duas primeiras semanas do mês a criança dorme na casa paterna e nas duas últimas dorme na casa materna. Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos finais de semana.¹⁴⁸

O dispositivo da nova lei que está suscitando tantas desavenças é o parágrafo 2º do art. 1.583 do CC/2002 que passou a estabelecer que "na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos". Com isso há o entendimento de que o equilíbrio do tempo de convivência dos filhos com ambos os pais só pode ocorrer com a divisão equitativa da presença do menor na casa de cada um dos genitores.

No entanto, Waldir Grisard Filho adverte:

A guarda compartilhada não representa uma divisão equitativa de tempo de convivência entre pais e filhos. Não se pode confundir guarda compartilhada com guarda alternada. Essa sim, representa uma fragmentação do tempo que o menor convive com cada um dos pais, prefixados no calendário – dias, semanas, meses, anos; enquanto um é o guardião, o outro é o visitante, invertendo-se os papéis no final de cada período. Na guarda compartilhada, são múltiplos os arranjos ao exercício da co-parentalidade, sem descurar dos melhores interesses da criança. A manutenção da convivência entre pais e filhos é o que importa: levar e trazer da escola, auxiliar o filho nas tarefas diárias, participar de reuniões pedagógicas e de eventos esportivos, acompanhar o filho nas atividades extracurriculares como natação, estudo de línguas, balé ou futebol, frequência a teatros, cinemas e museus, idas a médicos, enfim, integrar-se na vida do filho, ensinando-lhe, por suas atitudes,

¹⁴⁸ SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível: www.professorsimao.com.br. Acesso: 21/03/2015.

os supremos valores à formação psicossocial. Na guarda compartilhada os filhos transitam normal e livremente por dois lares.¹⁴⁹

Para Douglas Phillips Freitas há muita opinião equivocada sobre a nova lei da guarda compartilhada, pois, muitos arguem que o período de convivência deverá ser dividido igualmente, entretanto a lei não informa isto, ela sugere como algo interessante à ser fixado, mas seu texto é muito claro quanto a necessidade de fixação de residência base e período de convivência equilibrado, não dividido igualmente.¹⁵⁰

Equilíbrio diz respeito a harmonia. Isso é o que a nova legislação de guarda exige, pois na antiga, não se podia dizer que havia contrabalanceamento num sistema de convivência onde um genitor passa apenas o sábado e domingo quinzenalmente com seu filho, enquanto o outro fica com o restante do tempo para si, ou seja, são 4 dias para 26 dias em relação ao outro genitor.

Para a psicanalista Giselle Câmara Groeninga, a necessária cooperação entre os pais não se estabelece pela tentativa em homogeneizar as diferenças e dividir o tempo e moradia; pelo contrário, isto pode vir a acentuar a competição e a cisão. Em suma, o risco é o de se privilegiar fatores espaciais e temporais, objetivos, em detrimento dos fatores existenciais e afetivos, certamente mais complexos. Mas, desconsiderá-los transforma complexidade em complicação. Os vínculos devem ser, tanto quanto possível, considerados na sutileza, complexidade e especificidades das relações.¹⁵¹

A imposição da guarda compartilhada como regra não considerando a individualidade das famílias e nem a realidade na qual está inserido a criança, podendo ser prejudicial para a garantia do melhor interesse dos filhos e por isso, ela é questionada por muitos estudiosos do Direito de Família, inclusive Ana Carolina Brochado Teixeira:

Mediante a criação do modelo prioritário, corre-se o risco do julgador aplicar a legislação ao caso descurando-se do princípio do melhor interesse do menor. Esse modelo, a princípio aplicável a todas as separações [...] pode agravar e não resolver os problemas práticos que obstem o crescimento equilibrado do filho. Por isso, não se pode consentir na aplicação cega da norma [...], sem muito se atentar à situação do filho no contexto da dissolução da sociedade familiar.¹⁵²

¹⁴⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 13/03/ 2015.

¹⁵⁰ FREITAS, Douglas Phillips. op. cit. p. 05

¹⁵¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada e relacionamento familiar. Algumas reflexões necessárias. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 13 de março de 2015.

¹⁵² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. op. cit. p.264

Afirmam que a obrigatoriedade limita o direito dos pais de escolherem entre a guarda unilateral e a compartilhada. Além de ser uma interferência na autonomia privada da família ao não permitir que esta escolha o tipo de guarda.

Assim, como o princípio da não-intervenção ou da liberdade é comumente associado à imunização da família contra ingerências estatais ou paraestatais em decisões nucleares ligadas ao controle de natalidade ou ao estilo de vida familiar (definição de religião, ideologia e outras formas de autodeterminação), a liberdade dos pais em decidir sobre a guarda dos filhos deve permanecer após a dissolução do casamento, da sociedade conjugal ou da união estável.¹⁵³

Para Ana Maria Milano Silva, o mais importante a destacar é que, na guarda compartilhada, não pode haver um arranjo-padrão, porque se o seu fim é o melhor interesse da criança, o acordo dos pais deve beneficiá-la, promovendo o maior contato dela com ambos os genitores e privilegiando seu bem-estar, educação, saúde e desenvolvimento como um todo.¹⁵⁴

Mas, sem dúvida, o argumento mais forte usado contra a aplicação da guarda compartilhada é o que levanta a polêmica de exigência de consenso entre os genitores para que o compartilhamento funcione e estes, de comum acordo, decidam os assuntos referente a vida de seus filhos. Quanto a essa problemática, ela será analisada em tópico a parte, já que as críticas atribuídas ao modelo da guarda compartilhada não devem ser vistas como incontestáveis diante do critério determinante para a aplicação desta modalidade que é o melhor interesse do menor.

4. 3 Litígios e a obrigatoriedade da guarda compartilhada

A imposição judicial e a exigência de acordo entre os pais para a aplicação da guarda compartilhada, são aspectos que já provocavam muitas controvérsias e a tendência é que os conflitos familiares se intensifiquem ainda mais nos próximos anos devido ao novo diploma legal que prevê a obrigatoriedade da guarda compartilhada, mesmo nos casos de dissenso.¹⁵⁵

¹⁵³ REGIS, Mário Luiz Delgado; COUTRO, Antônio Carlos Mathias. Guarda compartilhada. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 284.

¹⁵⁴ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p. 102.

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória - análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 20/03/2015

Sem dúvida, o entendimento majoritário, tanto da doutrina como da jurisprudência brasileira, era de que a guarda compartilhada deveria ser decretada somente naqueles casos de dissolução conjugal consensual. Esse posicionamento era o adotado antes da introdução expressa da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 11.069/08, e permaneceu mesmo após sua vigência, apesar dela trazer em seu escopo a possibilidade de fixação do compartilhamento da guarda mediante consenso ou não entre os genitores após análise do caso concreto.

Um dos que é adepto do entendimento de que o acordo é um requisito essencial para a fixação da guarda compartilhada é Waldyr Grisar Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotagem 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 mesmos. Para essas famílias, destroçadas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.¹⁵⁶

Rolf Madaleno também tem o entendimento de que a aplicação da guarda compartilhada pressupõe consenso entre os genitores, ao passo que não é possível ser imposta a casais amargos, conflituosos e que observam no filho o troféu por suas brigas conjugais, como adverte:

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 de seus pais. Deve ser tido 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 de sua tarefa de inteira realização parental, empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole.¹⁵⁷

Assim, exige-se um mínimo de consenso entre os pais para a criação de um ambiente adequado para a criação dos filhos.

¹⁵⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. op. it. p.177

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais, p. 354.

Análogo posicionamento são os adotados pelos diversos tribunais do país ao emitirem suas decisões sobre a aplicação da guarda compartilhada. Vislumbra-se constantemente a necessidade de consenso entre os genitores para a fixação da guarda compartilhada.

Dentre essas decisões jurisprudenciais são várias as que modificam ou indeferem a guarda compartilhada tendo como base o nível de relação existente entre os pais. Uma delas foi emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA DA FILHA MENOR. INDEFERIMENTO. VISITAÇÃO PATERNA ASSEGURADA. Só é possível o deferimento da guarda compartilhada quando não há animosidade ou conflito entre os pais. Hipótese em que é complexo o conflito entre aqueles, inclusive com ameaças e agressões físicas, presenciadas pela menor, não autorizando a pretensão. RECURSO IMPROVIDO. (RIO DE JANEIRO, T.J., AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2005.002.09450, DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL, DES. JOSE C. FIGUEIREDO, Julgamento em 13/07/2005).¹⁵⁸

No mesmo sentido tem-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, apesar de afirmar a prevalência do princípio do melhor interesse do menor em detrimento da conveniência dos pais, acaba baseando sua decisão no tipo de comportamento existente entre os genitores, neste sentido é o recurso:

GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso provido. (Agravado de Instrumento Nº

¹⁵⁸ Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento Nº 2005.002.09450.

70047443320, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/05/2012)¹⁵⁹

Percebe-se que, o fundamento das decisões são simplesmente os conflitos entre os pais. Não há relatórios ou outras causas que demonstre que a aplicação da guarda compartilhada prejudicaria a criança de alguma forma.

Apesar da lei vigente prevê a possibilidade do compartilhamento da guarda para ambos os genitores, a guarda continuava a ser propriedade de um só genitor, segundo ensina Waldyr Grisard Filho:

[...] o funcionamento interno da família, [...], no devenir histórico, não teve um só meio de resolução, ora reconhecendo a preferência paterna, ora preponderando a materna, pensando o legislador em, assim agindo, evitar conflitos entre os pais, ou se assim não for reduzir as desavenças. Em todos os casos, porém, a guarda pertencia a um só dos genitores; é a que se conhece por guarda única, exclusiva ou uniparental.¹⁶⁰

Pode-se observar que ainda prevalece a preferência do direito à guarda materna em detrimento do pai. E essa percepção é confirmada com os dados do IBGE que refletem o contexto histórico que durante anos atribuiu a guarda preferencialmente à mãe, pois em 2012, de acordo com os dados mais recentes deste instituto, a guarda dos filhos menores foi atribuída às mulheres em 87,1% dos divórcios concedidos no Brasil, contra 6% dos homens que obtiveram a guarda compartilhada.¹⁶¹

Para Maria Berenice Dias:

Na dissolução do casal conjugal, sem qualquer outra cogitação, os filhos ficavam com a mãe, tanto pelo consenso dos pais como pelas decisões dos tribunais, simplesmente, nem quando vivesse em concubinato. É natural o apego do filho com sua mãe, o que constituía elemento, quase decisivo, sem dúvida, preponderante na determinação da guarda. Ao tempo, os laços maternos são indispensáveis para o desenvolvimento psicológico dos filhos¹⁶².

Corroborando com tal entendimento há Waldyr Grisard Filho:

¹⁵⁹ Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70047443320, de 30 de maio de 2012

¹⁶⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.166

¹⁶¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: www.ibge.com.br. Acesso em: 10/01/2015

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. Filhos da mãe. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 23/04/2015

Esse modelo que atendia exclusivamente às expectativas dos genitores, começa a ser questionado, como reflexo, na família, das modificações operadas na cultura, na economia, na política, chegando-se ao consenso social da indisponibilidade do pai e da mãe na formação dos filhos menores.¹⁶³

Ressalta-se, que é possível observar as crescentes reivindicações dos homens no Judiciário pela guarda dos filhos, procurando competir em igualdade de condições com a mulher, ultrapassando as barreiras imposta pelos privilégios concedidos à mãe.

Todavia, ainda são pouquíssimas as decisões que atribuem a guarda para o pai. Apresenta-se duas, as quais foram pronunciadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. CONFLITO ENTRE GENITORES.GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. CONCESSÃO AO PAI.ADEQUAÇÃO. Descabe impor guarda compartilhada quando existe forte e intenso conflito entre os genitores, inclusive com histórico de violência. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que o laudo social e os demais elementos de prova dos autos apontaram para a melhor condição do pai em ter a filha sob seus cuidados. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70038128518, Oitava câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 16/09/2010).

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. Caso em que a guarda vai mantida com o pai, porquanto melhor atende aos interesses da criança. Descabe fixar a guarda compartilhada do filho quando há litígio entre os genitores. Apelação Cível, Oitava Câmara Cível Nº70030132013, Tribunal de Justiça do RS. ACORDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Oitavas Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, a unanimidade, em negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores DES. CLAUDENIR FIDÉLIS FACCENDA E DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE. Porto Alegre, 16 de junho de 2009.¹⁶⁴

Diante deste posicionamento estratificado, de que o melhor interesse da criança, no mais das vezes, traduzia-se pelo deferimento da guarda à mãe, no caso de separação e de que a aplicação da guarda compartilhada não pode ser deferida em demandas litigiosas, surge na doutrina e jurisprudência, posição favorável para o compartilhamento da guarda em dissenso.

¹⁶³ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.166

¹⁶⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Civil. nº 70030132013, de 16 de junho de 2009.

Neste sentido é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias:

O palco mais iluminado para o exercício conjunto da guarda é, exatamente, o litígio, quando (e o cotidiano nas Varas de Família revela tal conclusão como inexorável) o genitor que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro instrumento de chantagem, dificultando, de diferentes modos, o contato entre o pai – não guardião e o filho.¹⁶⁵

A favor da prática da guarda conjunta tanto no consenso como no litígio é Leila Maria de Brito:

Compreende-se, assim, que nem sempre é possível, nesses casos, buscar acordos, cabendo ao juiz- como interprete dos princípios que estruturam cada sociedade- a designação do exercício da paternidade e da maternidade, negando o exercício unilateral de responsabilidades. [...]. Assim, entende-se que é justamente quando o guardião interpõe obstáculos à participação daquele que não possui a guarda que a determinação da guarda vai marcar, ou definir para o primeiro, que ele não é o único na relação de paternidade com a criança. [...]. Cabe, portanto, ao Estado-juiz assinalar para as partes seus direitos e obrigações perante a relação de filiação, ressaltando o direito e a obrigação do outro pai em participar da criação da prole.¹⁶⁶

Para Euclides de Souza o instituto da guarda compartilhada pode ser imposto coercitivamente, não visualizando a litigância como fator impeditivo, conforme demonstra:

No Brasil, felizmente, observa-se que muitos juízes já aplicam o correto entendimento de que a guarda compartilhada deva ser coercitiva quando impedida pelo cônjuge guardião, procedimento este que por não ser majoritário em nossos tribunais, faz com que o litígio existente entre os genitores seja banalmente utilizado como desculpa para que a guarda compartilhada dos filhos não seja aceita pelos nossos operadores do direito, [...].¹⁶⁷

Nessa linha de entendimento, doutrinadores compreendem ser possível a imposição judicial da guarda conjunta. De acordo com Eduardo de Oliveira Leite:

[...] os juízes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusarem sem justo motivo [...]. A tendência atual,

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. Escritos de direito e processo das famílias: novidades polemicas. Salvador: jusPodivm, 2013, p.152.

¹⁶⁶ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar, p.61-61

¹⁶⁷ SOUZA, Euclides de. Litígio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada. Disponível em: www.pailegal.net. Acesso em: 12/04/2015.

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.¹⁶⁸

Existe também, tribunais que, mesmo na vigência da antiga lei, já aplicavam a guarda compartilhada em demandas litigiosas por acreditarem 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.

Dentre esses, no que se refere à viabilidade da guarda compartilhada em processos litigiosos, tem-se o julgamento do Resp. 1.251.0- MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi considerado um divisor de águas:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7.

¹⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit. p.

Recurso especial provido. (STJ - Rec. Especial n. 1251000/MG.2011/0084897-5, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma Cível, Fonte: DJ, 31/08/2011).¹⁶⁹

Outra decisão favorável à guarda compartilhada foi emitida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conforme exposta a seguir:

A rotina da guarda compartilhada - embora possa demandar uma maior organização por parte dos genitores e da própria criança - é a que melhor atende aos interesses da menor. [...]. Se não foi possível uma vida em comum entre os genitores, certo é que a criança não pode ser privada do convívio de ambos. (Proc. n° 0056122-21.2006.8.19.001 (2009.001.49783) - TJRJ).

Os conflitos nas Varas de Família são constantes e a percepção de que as sentenças estão voltadas para os interesses egocêntricos dos pais e esquecendo a imperiosa distinção entre o papel conjugal, e, acima de tudo, a compreensão de que somente o primeiro acaba. E foi almejando atenuar tal situação que a Lei n° 11. 698 de 2008 estabeleceu no parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil que a aplicação da guarda compartilhada ocorreria, sempre que possível, quando não houvesse acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda dos filhos.¹⁷⁰

Todavia, a ressalva “sempre que possível” foi interpretada como ausência de litígio entre os pais após a dissolução conjugal. E essa expressão foi usada como arma para fundamentar o posicionamento dos opositores da guarda. No entanto, se não houvesse nenhum tipo de divergências entre os pais do menor, estes não precisariam procurar o Judiciário para tentar solucionar qualquer situação conflitante, pois tudo seria resolvido de comum acordo entre eles mesmo, entendimento este firmado por Rodrigo da Cunha Pereira:

Ora, filhos de pais que mantém o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos.¹⁷¹

E por essa realidade tradicional de exclusividade da guarda materna não mais satisfazer as necessidades dos filhos e dos pais diante das transformações ocorridas na família

¹⁶⁹ Tribunal Superior de Justiça. Rec. Especial n. 1428596/RS, de 25/06/2014

¹⁷⁰ ROSA, Conrado Paulino. op. cit. p.66

¹⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.97

brasileira e por consequente a supressão do princípio da convivência familiar e da igualdade parental, exigiu-se mudanças.

Com vista a garantir o melhor interesse do menor e a romper a resistência dos operadores do direito quanto a aplicação da guarda compartilhada como o melhor modelo de cuidado dos filhos menores em casos de ruptura conjugal surgiu a Nova Lei de Guarda Compartilhada que passou a impor este modelo como regra. Com ela o guardião não é mais exclusivamente a mãe e nem aquele que demonstrar ter melhores condições de cuidar da criança e do adolescente, mas sim ambos os pais que, estando aptos para o exercício da guarda, são responsáveis pela criação e desenvolvimento dos filhos.

Para Flávio Tartuce, a guarda compartilhada passa a ser obrigatória ou compulsória em decorrência do comando previsto no parágrafo 2º do art. 1.584 da Lei 13.058/2014 que estabelece:

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.¹⁷²

Na lição de Luciana Maria Reis Moreira a guarda compartilhada também passa a ser obrigatória e sua aplicação tem que ocorrer com cautela:

Pelos ditames da nova lei, a guarda compartilhada não é mais uma questão de opinião ou de preferência, mas sim uma imposição legal, cabendo ao Poder Judiciário, mesmo em caso de conflito entre os genitores, realizar a divisão de forma equilibrada do tempo da criança ou adolescente com o pai e a mãe, trabalhando com um ideal de compartilhamento na proporção de cinquenta por cento para cada um dos genitores, o que vem gerando inúmeros questionamentos acerca da viabilidade de sua aplicação, e de sua prejudicialidade aos interesses do menor.¹⁷³

Essa imposição da norma legal vem em confronto ao entendimento da maioria doutrinária e jurisprudencial que até então não admitiam a possibilidade de determinação da guarda conjunta pelo juiz quando houvesse litígio. E diante dessa formalização, novas discussões surgiram sobre os benefícios ou prejuízos advindos dessa obrigatoriedade, e das possíveis consequências ao se impor uma única forma de guarda, aplicando-a para todas as

¹⁷² TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória - análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte II. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 20/03/2015

¹⁷³ MOREIRA, Luciana Maria Reis. op. cit. p.27

famílias sem levar em conta as peculiaridades de cada família ou indivíduo e em alguns casos pode não atender o melhor interesse da criança.

Esse é o entendimento de Ana Amélia Ribeiro Sales e Marina Santana Oliveira de Sá:

É mister salientar que a obrigatoriedade da guarda compartilhada para todas as famílias pode, em alguns casos, não ser melhor para o interesse do menor. A imposição genérica de uma única forma de ‘criar’ os filhos para os genitores que estão separados parece imprópria. Isto porque se está ignorando as especificidades e particularidades de cada família e ignorando também a individualidade de cada ser humano que a compõe, numa verdadeira massificação de pessoas e famílias.¹⁷⁴

Com entendimento oposto, Liane Maria Busnello Thomé, já era favorável ao compartilhamento da guarda como regra, desde a edição da legislação anterior, por acreditar no amadurecimento das famílias brasileiras para assumir esse novo arranjo parental e por esse modelo ser o que melhor valoriza a singularidade de cada um dos membros da família:

A família brasileira já estava apta para essa nova forma de arranjo parental como regra geral, independente de consenso, [...] de forma a valorizar o interesse primordial da família e sua finalidade de acolhimento e proteção a cada um de seus membros, de forma singular e prioritária, pois os filhos desejam o convívio diário e permanente com seus pais, mesmo após a separação, e seus pais desejam a proximidade intensa e direta no desenvolvimento dos filhos¹⁷⁵.

Assim, vários são os argumentos contrários à aplicação do compartilhamento dos deveres parentais em caso de dissenso, dentre eles o de que esta situação não atenderia ao princípio do melhor interesse do menor devido a conflitualidade entre os pais, podendo provocar problemas psicológicos nos filhos e gerar mais controvérsias na família e demandas para o Judiciário. Além disso, o casal não está alinhado com a forma de educar a criança, não podendo tomar decisões conjuntas, mantendo um relacionamento marcado por rivalidade e desavenças e ocasionando um ambiente não propício ao exercício da guarda compartilhada.¹⁷⁶

¹⁷⁴ SALES, Ana Amélia Ribeiro; SÁ, Mariana Santana Oliveira. Considerações acerca da guarda compartilhada e a lei 13.058/14. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 13/04/2015

¹⁷⁵ THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada sem o consentimento dos pais. Revista do Instituto do direito brasileiro, Lisboa, nº 14, p. 17642.

¹⁷⁶ Fernando Augusto Chacha de Rezende. Juiz de Direito no Estado de Goiás. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET) e em Direito Público e das Relações Sociais pela Escola da Magistratura – MS/UCDB. Articulista.

É necessário lembrar que a guarda única também é imposta para casal em dissenso e mesmo assim há conflitos entre eles que geram novas demandas judiciais. Este modelo de guarda é indicado, somente em situações excepcionais, devido aos prejuízos que ele causa para o desenvolvimento da personalidade do menor que se vê afastado de um dos genitores e pelo risco da implantação de falsas memórias e da alienação parental.¹⁷⁷

Sabe-se que a ruptura matrimonial traz um novo ambiente fático de convivência familiar, tanto para os filhos quanto para os pais, e a resolução de alguns males advindo desse rompimento pode ocorrer por acordo ou decisão judicial. Todavia, os problemas familiares referentes à família na disputa judicial são muito complicados e colocam-se além do fato jurídico, podendo, inclusive, as consequências dos conflitos não serem dirimidas pela decisão judicial, dadas as características do grupo familiar.¹⁷⁸

No entanto, o meio para solver o problema da guarda dos filhos deve ser aquele que resulte em benefícios para a família e principalmente para a criança. A guarda compartilhada é, sem dúvida, uma boa solução para a questão da guarda, pois ela é a única que possibilita aos genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar para os dois genitores, na mesma medida e na mesma intensidade.

Por isso, mudanças que incentivem novas posturas que privilegie a guarda compartilhada sobre as demais são bem-vindas, segundo Waldyr Grisard Filho:

A separação, [...], dos pais não deve repercutir no desempenho de suas funções parentais, para as quais não há divórcio. Os conflitos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebrada, mas não destruída.¹⁷⁹

Submeter a concessão da guarda compartilhada a existência ou não de litigiosidade entre os pais é esquecer todos os benefícios que esta modalidade pode trazer para o menor, além de desviar o foco do processo judicial de regularização de guarda, pois a busca do que é melhor para o filho é esquecido em detrimento da atenção as beligerâncias do casal.

Se a conjugalidade de um casal foi desfeita, o que persiste e deve ser objeto de atenção é a relação do filho com cada um dos pais. Dessa maneira, conjugalidade e parentalidade devem ser tratadas por critérios distintos.

Tese similar é sustentada por Waldyr Grisard Filho, ao afirmar que:

¹⁷⁷ ROSA, Conrado Paulino. op. cit. p. 162

¹⁷⁸ SILVA, Ana Maria Milano. op. cit. p.161

¹⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p.166

Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele 'nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.¹⁸⁰

Por isso, os motivos do rompimento do relacionamento amoroso, não podem servir de fundamentos para o compartilhamento da guarda dos filhos, seria uma injustiça para com eles, já que o divórcio é uma situação entre os genitores, e não entre estes e os filhos. Se existe conflito, deve-se buscar soluções, seja pelos meios técnicos da justiça ou nos consultórios de psicoterapia, tendo em vista ser o local para essas discussões sobre o término da relação e seus efeitos.¹⁸¹

Compreende-se, ainda, que usar a litigiosidade entre o ex-casal como fundamento para a supressão do compartilhamento da guarda pode trazer benefícios àquele genitor beligerante. Este, por não desejar compartilhar a guarda de seus filhos, poderia insistir nos desentendimentos, apenas, com a finalidade de obter a guarda unilateral como forma de vingança pela ruptura da relação conjugal.¹⁸²

Quanto a imposição da guarda compartilhada trazida pela novel legislação, faz-se uso das sábias palavras da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi:

A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.¹⁸³

Na mesma linha de pensamento é o de Rolf Madaleno, que mesmo não sendo adepto da aplicação da guarda compartilhada em caso de desavenças entre o ex-casal, afirma:

Talvez seja o momento de se recolher os bons exemplos de uma guarda compartilhada compulsória, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da

¹⁸⁰ Ibidem. p. 2005

¹⁸¹ ROSA, Conrado Paulino. op. cit. p. 159

¹⁸² Ibidem. p.166

¹⁸³ Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma Cível. Superior Tribunal de Justiça. Guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem consenso entre pais. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 23/03/2015

custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral.¹⁸⁴

Dessa forma, espera-se que a aplicação da guarda compartilhada como regra geral seja aplicada pelos operadores do direito, prevalecendo, assim, sobre a unilateral para que, a médio prazo, possa provocar mudanças no pensamento dos pais de que eles podem ser ex – casal, mas jamais serão ex - pais. E somente a partir dessa conscientização dos genitores é que podem ser garantidos os direitos constitucionais de crianças e de adolescentes de terem presente as suas duas linhagens familiares para acompanharem seu desenvolvimento.

Sabe-se que, devido as complexidades das relações familiares, estas não vão desaparecer, como num passe de mágica, pela simples alteração da legislação sobre guarda. E nem a lei, por si só, vai harmonizar situações de litígios envolvendo os filhos, por isso é que se deve fazer uso de toda a estrutura institucional que a justiça coloca a disposição das Varas de Família para amenizar a situação litigiosa e para orientar a decisão judicial sobre o tipo de guarda mais adequada para aquela família.

Portanto, mesmo com a obrigatoriedade da guarda compartilhada, esta modalidade só será aplicada se, ambos os genitores estiverem aptos para assumir o filho, levando em consideração, o juiz, o caso concreto para emitir sua decisão sobre o destino do menor, conforme a própria letra da lei deixa claro essa informação. Em nenhum inciso ou artigo na nova legislação está previsto que a guarda compartilhada será aplicada indistintamente, pelo contrário, estabelece ressalvas para a sua aplicação, dentre elas que os pais estejam aptos para a guarda conjunta e que desejem a guarda dos filhos, pois, o juiz não obrigará os pais a terem a guarda dos filhos se não quiserem.

A aplicação do compartilhamento da guarda não é só uma questão de estabelecer o princípio da igualdade parental, e sim de justiça, pois tanto o homem/pai e a mulher/mãe, devem ter seus direitos e deveres em relação aos filhos garantidos e os filhos o direito constitucional de viver com ambos os pais, e por isso algumas decisões dos tribunais já tem como fundamento para a concessão desta modalidade a nova legislação.

4.3.1 Equipe Interdisciplinar

¹⁸⁴ MADALENO, Rolf. op. cit. p.435

Pelos fatos litigiosos não serem simples, de forma a permitir sua integral revelação, ao juiz, ou sua inteira compreensão, é necessário, para a análise do caso concreto o uso da equipe interdisciplinar, composta geralmente por assistente social e psicólogo.

Segundo Douglas Phillips Freitas:

A perícia interdisciplinar consiste na designação genérica das perícias que poderão ser realizadas em conjunto ou separadamente em determinada ação judicial. É composta por perícias sociais, psicológicas, médicas entre outras que se fizerem necessárias para o subsídio e certeza da decisão judicial.¹⁸⁵

Assim, quando a fixação da guarda for por determinação judicial, o magistrado poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob o regime da guarda compartilhada. É o que determina o artigo 1.584, parágrafo 3º do Código Civil.¹⁸⁶

A equipe interdisciplinar fornecerá subsídio ao juiz para formação do seu convencimento, pois sua função consiste em trazer ao processo conhecimentos especializados tanto de ordem técnica, científica ou prática que o julgador não está obrigado a conhecer, mas que são de extrema importância para fundamentação da decisão.

Devido à grande importância da atuação da equipe interdisciplinar para o fundamento das decisões judiciais, estes devem ser valorados, para que as carências dos conhecimentos técnicos do juiz sejam supridas, já que não é admissível exigir que o juiz disponha de conhecimentos universais sobre todos os possíveis fenômenos que venham figurar nos pleitos judiciais.¹⁸⁷

Assim, pelas orientações da equipe interdisciplinar, o juiz diante do caso concreto pode fazer uso desses conhecimentos técnicos para aquela decisão que melhor atende o interesse do menor, sem precisar afastar a guarda compartilhada simplesmente por haver divergências entre os genitores.

Com o apoio das perícias sociais e psicológicas, a fixação do melhor tipo de guarda para o caso analisado terá menos possibilidades de equívocos e o superior interesse da

¹⁸⁵ FREITAS, Douglas Phillips. op. cit. p.15

¹⁸⁶ Art. 1.584, § 3º “Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”.

¹⁸⁷ SHINE, Sidney. A espada de Salomão: a psicologia e a disputa de guarda de filhos. São Paulo: Editora Ltda. 2.ed. 2007, p.68

criança e adolescente prevalecerão em detrimento aos interesses dos genitores, além de ajudar a combater a alienação parental, pois o acompanhamento das famílias pela equipe interdisciplinar pode reconhecer as atitudes caracterizadoras deste fenômeno tão prejudicial para os filhos.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verificou-se que as relações familiares evoluíram, passando de um modelo patriarcal e hierarquizado para uma visão protetiva e construtiva, sob influência direta da Constituição Federal, que trouxe novos contornos ao poder familiar.

Nesse novo contexto social e jurídico, homens e mulheres tiveram suas funções modificadas ao longo do tempo, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e do homem mais participativo no cotidiano familiar da vida moderna que jogou os dois numa mesma luta, dando igualdade de direitos e deveres aos mesmos.

As estruturas familiares se formam e se rompem com uma velocidade cada vez maior e isso torna as discussões acerca da guarda dos filhos também muito importante para a sociedade que deve sempre buscar meios para assegurar aquilo que for melhor para as crianças e adolescente.

Dessa forma, para determinar qual o melhor tipo de guarda para os filhos deve ser considerado o interesse do menor diante do caso concreto. Assim, a problemática da aplicação da guarda acontece com a dissolução da relação conjugal, a qual, muitas vezes provoca dor, ressentimento e mágoas para ambos os lados e os filhos existentes dessa união são os que mais são afetados com a separação dos pais, pois de uma hora para outra passam a não ter mais a convivência com os dois genitores diariamente.

O instituto da guarda compartilhada surgiu da necessidade de manter a convivência familiar entre pais e filhos mesmo após uma separação conjugal, e por não mais satisfazer a tradicional aplicação da guarda unilateral e exclusiva da mãe.

Dentre todos os modelos de guarda, a unilateral era a mais amplamente utilizada em nosso ordenamento jurídico, no entanto, ela não atende por completo nem as necessidades do filho, principal prejudicado, nem as do genitor não guardião, que passa a ter seu papel de pai reduzido ao de visitador e pagador de pensão; e, nem mesmo as necessidades do genitor guardião, que terá somente para si a responsabilidade total pela criação e formação do filho. Visto que, a missão fundamental dos pais, indeclinavelmente de ambos os pais, é a formação de sua prole.

Observou-se que, a guarda compartilhada corresponde ao modelo mais indicado para assegurar os direitos da criança e adolescente. Ela é um instituto já consolidado em outros países com muito sucesso e no ordenamento brasileiro foi aplicada pelos tribunais muito antes de ser instituída expressamente.

A guarda, na modalidade compartilhada, confere efetividade a inúmeros valores constitucionalmente garantidos, tais quais, a igualdade entre cônjuges, o melhor interesse da criança, a democratização das decisões familiares, a convivência familiar, dentre outros. Este modelo possui muitas vantagens, dentre elas, a continuidade dos laços afetivos e participação de ambos os pais no seu processo de desenvolvimento integral por meio do estabelecimento de um vínculo afetivo mais amplo com a prole.

Constatou-se que, a convivência familiar é muito importante para que o filho tenha um desenvolvimento completo, na formação de sua personalidade e caráter, e isso acontece de maneira mais fácil e produtiva com a estabilidade nas relações entre seus pais, mas caso os pais deixem de ser um casal conjugal, eles nunca deixarão de ser um casal parental.

E por trazer consigo um maior comprometimento com o bem-estar das crianças, além de ser o modelo que mais atende e garante o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda compartilhada foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.698 em 13 de junho de 2008.

A referida Lei veio ao encontro do art. 227 da Constituição Federal, que assegura como direito fundamental à convivência em família. Foi criada para regular situações consensual ou litigiosa de guarda, sempre atendendo, os princípios constitucionais da proteção integral e absoluta, da igualdade e da convivência em família, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Apesar dessa lei ter pacificado com as discussões acerca da existência desse instituto na legislação pátria, novas questões surgiram sobre a aplicação ou não desse modelo quando houvesse conflito entre os genitores. A maioria, tanto da doutrina como da jurisprudência, entendiam que o compartilhamento da guarda tinha como exigência principal, o consenso entre os pais. Assim, os fundamentos para as decisões acabaram tendo por base a existência ou não de litígio, pois, a presença deste entre o ex- casal impossibilitaria por completo o sucesso desta modalidade e nesses casos, prevaleceria a guarda unilateral, com seu deferimento, quase sempre atribuída à genitora.

Para atender as reivindicações dos pais separados e buscando a efetivação dos princípios constitucionais, dentre eles o do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da igualdade entre os genitores, surgiu a Lei nº 13.058 de 2014. Por ela, a guarda compartilhada passa a ser regra geral, compulsória nas questões de guarda de filhos, seja com ou sem consenso dos genitores.

Por essa nova legislação, o litígio deixa de ser fundamento para as decisões que atribuem a guarda unilateral, preferencialmente à mãe. No entanto, o compartilhamento da guarda não vai ser aplicado indistintamente, pois seu deferimento ocorrerá quando os pais estiverem aptos para o exercício de seus deveres para com os filhos e nem abdicarem do direito da guarda. O juiz não vai aplicar a guarda às cegas e por isso mesmo que a lei prevê ressalvas, além do uso da equipe interdisciplinar para lhe orientar na tomada de decisão.

Por ser muito recente, os seus reflexos ainda não podem ser considerados na prática, mas na teoria já provocam muitas divergências, principalmente quanto a essa obrigatoriedade da sua aplicação em demandas litigiosas. Mas essa modalidade deve ser prioritária e deve ser estimulada pelo Estado.

Portanto, nesta linha de ideia, o compartilhamento da guarda entre os genitores deve primar pelo interesse da criança e não nos conflitos dos genitores. Entende-se que nem todos os casos de ação judicial de guarda cabe a aplicação da guarda compartilhada, mas não devido aos conflitos dos pais e sim, devido a alguma situação imprópria na condição dos genitores como pais. Apesar de afirmarem que a guarda compartilhada foi imposta como única forma de se estabelecer as relações entre pais separados e seus filhos, a previsão da guarda unilateral continua na legislação vigente, mas como exceção e não a regra como antes era entendida.

Por certo, entende-se que a obrigatoriedade da guarda compartilhada busca não a solução de todos os conflitos familiares sobre guarda, pois a lei, por si só, não pode ocasionar esse feito. No entanto, a sua determinação judicial pode funcionar como um suporte para a convivência familiar, um direito de crianças e adolescentes, bem como para o pleno exercício da paternidade e da maternidade, além de proporcionar, a médio e longo prazo, mudanças nas atitudes dos uma conscientização dos pais sobre a importância da convivência destes com seus filhos, devendo assim, primar

Por fim, conclui-se que a existência de desentendimento entre os pais do menor não deve ser impedimento para a determinação da guarda compartilhada, tendo em vista que o foco estaria nas desavenças do ex - casal, ao invés de resguarda os vínculos entre pais e filhos. Assim, a guarda compartilhada deve ser imposta todas as vezes que for necessária para garantir a efetivação dos direitos da criação e do adolescente.

REFERENCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Temas atuais de direito de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 165.

AMARAL, José Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: cosmo, 1997, p.105.

ARIAS, José. **Manual de derecho romano**. 2.ed. Buenos Aires: G, Kraft,1949

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. São Paulo: Ed. RT, fev. 1992, p. 79-84

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar**, p.61-61

_____ ; GONSALVES, Emmanuela Neves. **Razões e contrarrazões para aplicação da guarda compartilhada**. Revista dos tribunais, 2009. vol. 886,p.80

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Lei nº 11. 068 de 2011. Aprova a Lei de Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Lei nº 13. 058 de 2014. Aprova a Lei de Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Lei nº 6. 515 de 1977. A Lei do Divórcio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Lei 8. 069 de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Decreto – lei nº 2. 848 de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

CHARLES, Fabiana David. **Guarda Compartilhada: um novo direito? Seus aspectos e problemáticas no atual direito de família**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em fortaleza - CE nos dias 09, 10,11,12 de Junho de 2010, p.02

CHAVES, Maria Cláudia. **Guarda compartilhada: pequenos apontamentos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=602>>Acesso em 11jan.15.

COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião de. **Ação de Guarda: das peculiaridades da ação de guarda e proteção dos filhos**. RDF nº 80- Out-Nov/2013- Parte Geral-Doutrina, p. 107.

DE CICCO, Cláudio. **Direito: tradição e modernidade**. 2. Ed. São Paulo: Ícone, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 347.

_____. **Filhos da mãe**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 23/04/2015

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 540. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Cabimento e pertinência da fixação de guarda compartilhada nas ações litigiosas**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades polemicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p.152.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221.

FREITAS, Douglas Philips. **Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicologia e interdisciplinar** – comentários à Lei 11.698 de 13 de junho de 2008,

_____. **Primeiros reflexos da guarda compartilhada**. Revista Síntese Direito de Família. v.15. n. 80. Out./nov. 2013, p.98.

_____. **Reflexos da nova lei da guarda compartilhada e seu diálogo com a lei da alienação parental**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 13/04/2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.415

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda compartilhada e relacionamento familiar**. Algumas reflexões necessárias. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 13 de março de 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 40.

_____. **Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal**. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 13/03/ 2015.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: www.ibge.com.br. Acesso em: 10/01/2015

LEIRIA, Maria Lucia Luz. **Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 26, n. 78, p. 217-229, jun. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.266.

_____. **A igualdade de direitos entre o homem e a mulher face à nova Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1994, jul. p. 19-36

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: atlas, 2008, p. 60.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. 16, p.295

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 17 out. 2014.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 262.

MADALENO, Rolf Hanssen. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**, p. 354.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.99.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito privado-Parte Especial**. 4. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 8, p.94-101.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito Civil: direito de família**, p.348

MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Direito privado: desafios contemporâneos**. In: o compartilhamento obrigatório dos deveres parentais: guarda compartilhada sob a ótica da lei 13.058/2014. p. 27

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11. 698/08**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

REGIS, Mário Luiz Delgado; COUTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 284.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

_____. **O fim do mito do filho “mochilinha”**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 20/03/2015.

SALLES, Karen Ribeiro Pachêco Nioac de. **Guarda compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 202, p.96.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. RT, 1994, p.79-80

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013**. Disponível: [www.professorsimão](http://www.professorsimão.com.br). Acesso: 21/03/2015.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilha**. 4. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2015. p.16

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 298.

SOUZA, Euclides de. Jurisprudências "**Melhor Interesse da Criança**" - Compiladas. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1094972355>> Acesso em 19 jan. 2015.

_____. **Litigio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada**. Disponível em: www.pailegal.net. Acesso em: 12/04/2015.

SHINE, Sidney. **A espada de Salomão: a psicologia e a disputa de guarda de filhos**. São Paulo: Editora Ltda. 2.ed. 2007, p.68

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.31

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória** – Análise crítica da lei 13.508/2014.- Parte II. Disponível em: www.migalhas.com.br. acesso: 20/03/2015

_____. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória - análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 20/03/2015

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 211.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Agravo de Instrumento nº 20090020022571, de 22 de abril de 2009. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 13/04/2015

_____. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento Nº 2005.002.09450. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 13/04/2015

_____. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70047443320, de 30 de maio de 2012. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 13/04/2015

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Civil.nº 70030132013, de 16 de junho de 2009. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 13/04/2015