

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

VANESSA BASTOS AGUIAR

GUARDA COMPARTILHADA: novo parâmetro de responsabilidade parental

São Luís

2016

VANESSA BASTOS AGUIAR

GUARDA COMPARTILHADA: novo parâmetro de responsabilidade parental

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

Orientadora: Prof^ª. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

São Luís

2016

Aguiar, Vanessa Bastos.

Guarda compartilhada: um novo parâmetro de responsabilidade parental /
Vanessa Bastos Aguiar. — São Luís, 2017.

52 f.

Orientador: Maria Tereza Oliveira.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de
Direito, 2017.

1. Direito de família. 2. Guarda compartilhada – Lei. 3. Responsabilidade
parental. 4. Alienação parental. I. Título.

CDU 347.635

VANESSA BASTOS AGUIAR

GUARDA COMPARTILHADA: novo parâmetro de responsabilidade parental

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

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

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

Universidade Federal do Maranhão

Examinador 1

Universidade Federal do Maranhão

Examinador 2

Universidade Federal do Maranhão

Dedico este trabalho ao meu Deus, provedor de todas as bênçãos, bem como a minha família.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao meu Deus maravilhoso por todas as bênçãos alcançadas ao longo dessa jornada da vida, pois sem meu Senhor eu nada seria. Em seguida agradeço a minha mãe (Socorro Bastos), mulher guerreira e exemplar, quem despertou a minha motivação. Ao meu pai (Rildo Aguiar) pelo seu pulso firme e determinante para esta escolha.

Agradeço aos meus irmãos, que perante as desavenças me incentivam e enveredam pelo mesmo caminho. Ao meu namorado, Diogo Marques, em quem tanto me apoiei.

A todos aqueles que me auxiliaram, bem como as minhas amigas conquistadas na Universidade, que nos momentos difíceis sempre nos ajudamos e nos incentivamos, nomeio Werbenê Queiroz, bem como as amigas que a vida me deu de presente e acompanharam minhas inquietações na conclusão desta monografia, nomeio Juliana Abreu.

Por fim, aos professores e à Universidade Federal do Maranhão por proporcionarem esse sonho de cursar Direito, e em especial a minha orientadora a Prof. Maria Tereza Oliveira que sempre com sua simpatia fez seus apontamentos.

Faze-me justiça, ó Deus, e pleiteia a minha causa contra a nação ímpia. Livra-me do homem fraudulento e injusto.

(Salmo 43:1)

RESUMO

O presente trabalho, desenvolvido no âmbito do Direito de Família, teve como foco, demonstrar a evolução histórica da família, as novas configurações e conceitos de família e os benefícios que a Guarda Compartilhada trouxe para essa instituição. Neste tipo de guarda, as funções que derivam do poder familiar são exercidas em conjunto por ambos os pais, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal. Antes da nova legislação, o modelo de guarda era de guarda única, que gerava rompimento de convivência, uma dissimetria nos papéis e muitas vezes uma alienação parental. Atualmente, procura-se estabelecer uma corresponsabilidade dos pais, que reaproxima, na ruptura conjugal, para proteger os filhos dos sentimentos de desamparo e incertezas a que se submete após o divórcio. O melhor interesse da criança e a igualdade dos gêneros indicam um novo modelo ao exercício da autoridade parental: a Guarda Compartilhada.

Palavras-chave: Família. Evolução Histórica. Guarda Compartilhada. Alienação Parental. Corresponsabilidade.

ABSTRACT

The present work, developed within the scope of Family Law, focused on demonstrating the historical evolution of the family, the new configurations and concepts of the family, and the benefits Shared Care has brought to this institution. In this type of custody, the functions that derive from family power are exercised jointly by both parents, even after the rupture of the conjugal bond. Before the new legislation, the custody model was sole custody, which resulted in a disruption of coexistence, a dissymmetry in the roles, and often a parental alienation. At present, it is sought to establish a co-responsibility of the parents, who reapproximate, in the marital rupture, to protect the children from the feelings of helplessness and uncertainties to which he submits after the divorce. The best interest of the child and the equality of the genders indicate a new model to the exercise of the parental authority: the Shared Guard.

Keywords: Family. Historic evolution. Shared Guard. Parental Alienation. Coresponsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	INSTITUTO DA FAMÍLIA	13
2.1	Evolução histórica da família	14
2.2	Evolução legislativa da instituição familiar	17
2.3	Poder familiar	20
2.4	Figura da guarda no seio familiar	22
3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA GUARDA E SUAS MODALIDADES	24
3.1	Princípios norteadores	24
3.1.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	24
3.1.2	Princípio da proteção integral a criança e ao adolescente.....	25
3.1.3	Princípio do melhor interesse da criança	26
3.2	Modalidades de guarda	26
3.2.1	Guarda unilateral.....	27
3.2.2	Guarda alternada	28
3.2.3	Guarda compartilhada.....	29
4	GUARDA COMPARTILHADA E APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	
4.1	Evolução da guarda compartilhada	31
4.1.1	Evolução da guarda compartilhada no direito comparado.....	31
4.1.2	Evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro	32
4.2	As principais alterações promovidas pela Lei nº 13.058/2014	33
4.3	Controvérsias acerca da guarda compartilhada	38
4.4	Desvantagens e vantagens da guarda compartilhada	41
5	CONCLUSÃO	46
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Foi no decorrer da história da sociedade que se pode vislumbrar que a evolução da sociedade está intrinsecamente relacionada à família e as diversas formas que ela se apresenta e se molda. O processo evolutivo perpassa desde os tempos remotos aos dias atuais, hoje com diferentes tipos de família, dentre elas as monoparentais, por exemplo.

Ainda que haja a separação conjugal no interior das famílias, e que tal ato alcance a regulamentação jurídica culminando no divórcio, ainda assim com a dissolução conjugal não se desfaz o poder familiar, que incide nas responsabilidades exclusivas dos pais perante os filhos, pois tal dissolução não compromete a continuidade dos vínculos parentais.

Contudo, a variante existente pode ser quanto à guarda, que consiste em manter vigilância no exercício a custódia da criança ou adolescente e de prestar-lhe a assistência necessária, podendo ser exercida inclusive por terceiros, e se apresentando em diferentes tipos, como unilateral ou alternada.

Assim, diante das constantes alterações que a família perpassa, torna-se necessário que a legislação se adeque e evolua da forma paralela e é nesse sentido que surgiu a necessidade da Lei nº 13.058/14, chamada de Lei de Igualdade Parental ou Lei da Guarda Compartilhada, que vem alterar dispositivos do Código Civil de 2002 a fim de introduzir a guarda compartilhada para aplicação em via de regra e não apenas como exceção.

É nesse cenário, com uma lei recentemente inserida no sistema jurídico brasileiro, que este trabalho esta sendo desenvolvido, tendo como tema a Guarda Compartilhada como um novo parâmetro de Responsabilidade Parental, no intuito de elucidar informações acerca da Guarda Compartilhada, seu conceito e aplicabilidade nos dias atuais, a qual gerou um novo parâmetro de responsabilidade no núcleo familiar.

O crescente número de crianças, filhas de pais separados, propulsiona a imperiosa necessidade de reorganizar as relações entre pais e filhos quando ocorre a dissolução conjugal. Nesse sentido, o desígnio dessa pesquisa é dirimir questões acerca da guarda compartilhada, haja vista enxergar nela um meio de reduzir as experiências negativas que um divórcio causa na família.

O presente estudo enfatiza que a partir da observação plena do princípio da igualdade entre homem e a mulher, a intensa desarmonia no exercício do poder familiar pelos ex-cônjuges e o princípio do melhor interesse da criança trouxeram para o cenário jurídico e social uma maneira diferente de pensar a respeito da guarda.

O que se percebe é que, através das transformações ocorridas na vida dos pais, os filhos também vivenciam tais alterações em suas rotinas, o que acaba refletindo no cenário educacional dessas crianças, no relacionamento sócio-afetivo, pois com a separação dos pais a criança acaba tendo que se distanciar de uns amigos, fazer outros, ou seja, para os filhos as mudanças também são dramáticas e estes também presenciam quase que os mesmos fatores que interferem diretamente na vida dos pais, podendo causar um desgaste emocional muito grande para a criança.

Além disso, existem outros fatores que são desgastantes para criança, observados, por exemplo, no caso da guarda unilateral, como a displicência do pai ou mãe não detentor da guarda, que muitas vezes acabam constituindo outra família e deixando o menor desamparado emocionalmente. Ou ainda, no caso da guarda alternada, onde a criança não detém residência fixa e acaba causando uma confusão mental, por que cada pai tem um modo de educar.

Daí surge o questionamento de como equilibrar a concessão da guarda e o melhor interesse do menor. A motivação pela qual se deu o ensejo a essa pesquisa é justamente a busca por um equilíbrio nessa relação parental e solucionar o confronto de direitos e deveres.

Desta forma, tal temática se faz relevante, no intuito de unir o melhor interesse do menor, evitando seu desgaste e a ausência de uma das partes, é que se apresenta a guarda compartilhada, como uma proposta dos pais juntos assumirem as responsabilidades parentais, de cuidado, proteção e educação, tomando decisões conjuntas sobre tudo da vida da criança ou adolescente.

Por apresentar uma afinidade com a área, o tema da pesquisa foi escolhido, haja vista ser um problema vivenciado pela sociedade atual e que requer que seja tratado de forma contundente, instituindo a perfeita divisão da autoridade e responsabilidade parental, fortificando o direito da convivência dos filhos adquirido por todo indivíduo desde o seu nascimento.

A divisão da autoridade e responsabilidade parental, encontra respaldo legal no artigo 229 da Constituição Federal de 1988 e preceitua que cabe aos pais o dever de criar, educar e assistir os filhos menores. A mesma intenção normativa é encontrada no artigo 231, IV, do Código Civil, que dispõe sobre os deveres dos cônjuges, dentre os quais “sustento, guarda e educação dos filhos”. Ainda sobre tal assunto, encontram-se regulados os mesmos deveres, além do exercício do pátrio poder nos artigos. 21 e 22 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

No decorrer do presente estudo também foram observadas as vantagens da guarda compartilhada, vista como uma maneira de duplicar amor e educação para os filhos, sendo

que os pais agindo com parcimônia e respeitando as ordens um do outro ampliam o campo afetivo da criança, em havendo coerência no cuidar e no criar desses pais separados, mas com a guarda compartilhada verificam-se aspectos favoráveis de uma responsabilidade mútua entre os genitores nos cuidados cotidianos relativos à educação e a criação do menor, o direito do filho ter os dois pais de forma contínua em sua vida ficando inalterada a ligação emocional com seus pais.

Quanto as desvantagens observadas no decorrer do estudo, verifica-se que ocorrem quando o divórcio é resultado de contendas entre os genitores, nesse caso a criança acaba participando desse campo de batalhas, há casos onde os pais não cooperam entre si, onde não existe o diálogo e os mesmos inserem os filhos na zona de conflito, podendo gerar a denominada alienação parental.

Dessa maneira, tal pesquisa objetiva debater qual tipo de guarda pode garantir de modo mais eficaz o melhor interesse do menor, e se as vantagens prevalecem perante as desvantagens ou ainda admitir a peculiaridade de cada caso, sabendo ponderar que a regra nem sempre deve ser aplicada da mesma forma, haja vista o princípio constitucional da igualdade, em que devemos tratar os iguais como iguais, e os desiguais como desiguais, na medida das suas desigualdades.

Ainda no primeiro capítulo, abordar-se-á a família, seu conceito, e a evolução histórica da mesma. Ademais trata-se da evolução da legislação no âmbito do direito de família, bem como explicando em que consiste a figura do poder familiar e da guarda à luz da instituição familiar.

Após o breve introito de família feito no primeiro capítulo, parte-se para o segundo capítulo contendo uma abordagem dos princípios norteadores da guarda e os diferentes tipos de guarda, com uma breve explicação no que consiste a guarda unilateral, a guarda alternada e por fim a guarda compartilhada.

No que diz respeito ao terceiro capítulo, este inicia com uma abordagem acerca da nova lei da guarda compartilhada, as alterações no Código Civil e no sistema jurídico brasileiro, faz uma análise do litígio como critério para a aplicação da guarda compartilhada.

Sendo assim, neste trabalho a metodologia aplicada para a realização da pesquisa é a exploratória bibliográfica, pois é desenvolvida com base em materiais anteriormente elaborados, como livros e artigos científicos e dá ensejo ao aprimoramento de ideias visando elucidar questões acerca da Guarda Compartilhada, enfocando os seus prós e contras, sempre com a consciência que este tipo de Guarda não é a cura de todos os problemas familiares, mas é uma alternativa bastante eficaz.

2 O INSTITUTO DA FAMÍLIA

Ab initio vale ressaltar o conceito da expressão “*família*”, derivada do latim *famel* ou *famulus*, que significa servo ou escravo, tal denominação origina-se do fato das relações familiares inicialmente serem permeadas pela noção de “posse” e “obediência”, sobre tal assertiva parecia normal e aceitável que a mulher deveria obediência plena ao marido e os filhos deviam a vida aos pais.

Existem vários significados para o termo família, consoante a perspectiva de diversos autores, entre as quais o presente estudo apontará alguns. Nesse sentido, tratar do conceito da família, é averiguar precipuamente o quanto esse instituto sofreu alterações estruturais.

O que se tem hoje é um reflexo das mudanças estruturais, uma nova concepção de família, o que antes era entendido como um padrão patriarcal, modelado pela sociedade da época, passou a ser entendido com os moldes da afetividade, da unidade vinculada ao sentimento que une os entes familiares e não apenas aos laços consanguíneos ou aos parâmetros sociais nos quais estabelecem que família é essencialmente constituído por homem-mulher.

Nesse sentido cumpre destacar que por acompanhar as mudanças estruturais na sociedade, o conceito de família também apresenta diversas apresentações, são variados os conceitos. Dentre eles, Diniz (2007) conceitua em um sentido amplo família como os indivíduos vinculados pelos laços da consanguinidade ou da afinidade, já no sentido limitado restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.

Fiúza (2008, p. 939) considera família de modo *lato sensu*, como sendo “[...] reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável”, como também define em modo *stricto sensu* dizendo que: “[...] família é uma reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas um dos pais com seus filhos”. (FIÚZA, 2008, p. 939).

Já na percepção de Venosa (2003, p. 16), a

[...] família apresenta-se de maneira amplo pode ser percebida como um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Já em uma percepção mais restrita, pode ser concebida somente como um pequeno núcleo constituído por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder.

Dessa forma, a partir dos diferentes conceitos apresentados pelos doutrinadores referenciados, pode-se perceber que não existe um conceito absoluto para família. Em suma, a família tanto pode se apresentar em uma forma restrita compreendendo apenas os pais e os filhos, como também da forma ampla compreendendo os demais parentescos ou até mesmo vínculos de afinidade.

A família no Brasil protegida pela Constituição Federal, pelo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, ela é a base da organização da sociedade e consequência de um evolução histórica.

2.1 Evolução histórica da família

A família sempre mostrou-se essencial ao desenvolvimento individual das pessoas. O presente capítulo visa demonstrar os conceitos que delineiam esse instituto, a evolução histórica e constitucional, os valores presentes na sociedade que apontam o quanto a família passou por diversas transformações nas quais refletem os diferentes modelos familiares encontrados no atual cenário social.

Se antes a família era legitimada mediante o casamento, e com isso reconhecida legalmente pelo Estado; atualmente, é possível constatar um alargamento de tal conceito familiar, através da valorização jurídica do afeto, envolvendo as mais diversas disposições familiares, dentro de probabilidades pluralistas sobre a composição dessas famílias consubstanciadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Feitas as devidas observações preliminares, é oportuno apresentar o posicionamento de Pereira (2003, p. 12), para o autor a evolução da família ocorreu em três fases históricas, sendo elas o estado selvagem, barbárie e civilização, como segue:

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.

Medeiros (1997, p. 31-32) elenca algumas teorias acerca da evolução da família:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai.

Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civil ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Cumprido destacar, como acrescenta o autor supracitado, que a família inicialmente era chefiada pela mulher, mas por um período muito curto, pois, em seguida o homem assumiu a direção da família e dos bens.

Para Engels ([18--?]) a evolução das famílias trata-se de quatro etapas: consanguínea, punalua, pré-monogâmica e a monogâmica. Na consanguínea era culturalmente aceita a relação sexual entre eles mesmos. Na punalua, a relação sexual entre seus membros foi proibida, nessa etapa foi fortalecida a família enquanto instituição social e religiosa. A pré-monogâmica a mulher deixa de relacionar-se com vários homens para ser de propriedade de um só. Já a família monogâmica é caracterizada pelo casamento e pela procriação.

Assim, a mulher era considerada propriedade do marido sendo obrigada a dar-lhes filhos, podendo haver anulação do casamento quando, por exemplo nos casos em que as mulheres não poderiam gerar filhos, pois não se cogitava a hipótese do homem ser infértil.

Com o passar do tempo a família deixou de conviver em grandes grupos para aos poucos se individualizar. Nas civilizações babilônicas a constituição da família ocorria a partir do matrimônio, nesse período a mulher sempre era dada em casamento pelo pai, a bigamia era uma prática permitida, dessa forma era permitido socialmente e culturalmente que o homem buscasse outra esposa, caso a primeira não pudesse e fosse infértil, pois o pensamento dominante instituiu que a finalidade do casamento era a procriação e a perpetuação da espécie. (VENOSA, 2011).

Para os romanos, a organização familiar tinha como alicerce o *pater familias*, onde cabia ao pai o poder de vida e de morte dos familiares. Sobre esse modelo familiar se percebia comumente que os membros poderiam ser comercializados, castigados e até levados ao sacrifício sobre o comando do pai da família. Sobre as mulheres, estas não possuíam quaisquer direitos e sujeitavam-se aos mandos de seus pais e maridos, e aos anciãos cabiam todas as decisões. (VENOSA, 2011).

Na civilização grega, tanto quanto ocorria na romana, tais povos não apresentavam afeto como união essencial na constituição familiar. O que estabelecia uma família era o pater poder.

As relações familiares na Idade Média eram regidas pelo direito canônico e era

este direito que determinava as normas das relações familiares. Assim a igreja católica acolhia apenas um casamento não aceitando bigamia, nem divórcio, nem tampouco um segundo casamento. O direito de manter o patrimônio deixado pelo pai era concedido somente ao primogênito. Não existia qualquer conotação afetiva nesta época, o casamento, como bem ilustra Coulanges,

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto. (VENOSA, 2011, p. 5).

Mudança na estrutura familiar foi percebida no decorrer dos séculos, o núcleo familiar constituído por Pai, Mãe e Filhos surgiu no século XVIII; onde o pai era o provedor e a mãe a cuidadora. No século XIX o capitalismo industrial e seu crescente desenvolvimento, ocorreram mudanças de valores, hábitos e costumes da família nuclear. Nos séculos XX e XXI tais mudanças foram intensificadas, e por fim se consolidam após a I Guerra Mundial, quando as mulheres entram no mercado de trabalho e conquistam vários direitos.

Das famílias de outrora cujo lema vivido pelas famílias era: “crescei e multiplicai”, o século XXI traz o inédito desafio de um mandamento cultural na contramão que é, “crescei e multiplicai pouco”. Um dos fatores que impulsionaram tal situação foi a realidade econômica. A competitividade e o aumento do custo relativo em todos os níveis para se ter filhos está mudando profundamente a família.

Mas seria incompleto citar apenas fatores econômicos. Há de se revelar que muitos são os fatores que convergem para tais mudanças, dentre eles as mudanças de funções da família, que atualmente distante de ser apenas um núcleo, ou a confirmação de que um casamento obteve sucesso, a função da família ganhou novos status, sendo: as funções físicas e biológicas (o melhoramento das condições de vida, a abertura para adoção), as funções sociais e culturais (a instrução e a educação dos filhos também estão pautados na socialização, na inserção social como um todo), as funções afetivas e espirituais dentre outras.

A partir dessas inserções, o conceito de família não mais deve ser disposto somente em traços de consanguinidade, mas deve reconhecer outros tipos de relações que se dão nesse grupo. Atualmente, conforme Venosa (2011, p. 7), a família “[...] é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos”.

Dias (2009, p. 43) introduz, nos termos conceituais de família uma proposta que indica a necessidade de que se interprete tal grupo ainda sob uma visão pluralista, compreendida, nesses termos, como “os mais diversos arranjos familiares”.

A inserção da mulher no mercado de trabalho brasileiro ocorreu a partir da década de 60. Nesse período o país experimentava um especial crescimento econômico. No Brasil, ainda predominava o núcleo familiar cujo pensamento dominante ainda era atrelado ao chefe de família. Contudo, paulatinamente esse pensamento foi sendo alterado e a mulher cada vez mais passou a exercer atividades fora do lar e conquistar cargos remunerados, tornando-se muitas vezes as únicas provedoras das suas famílias. As relações conjugais encontram-se cada vez mais delicadas e o número de filhos passou a ser reduzido.

Apareceram novos modelos de agregação familiar, ao lado da família nuclear hoje com o poder repartido entre os cônjuges, há também a decorrência da união de pais e filhos separados de outro casamento que constitui uma nova família composta por membros da união anterior.

Levando em consideração as relações interpessoais, e as constantes mudanças sofridas pelo cenário social, cumpre destacar que o Direito de Família alcançou muitos avanços nos últimos tempos, e que estas acompanham os passos da evolução social.

2.2 Evolução legislativa da instituição familiar

A legislação brasileira tende a evoluir no intuito de acompanhar as mudanças que envolvem o instituto da família, vez que isso se faz completamente necessário. Assim, destacam-se em ordem cronológica algumas leis que foram e são relevantes ao longo da história.

No ano de 1890, por meio do Decreto 181, foi criada no Brasil, a primeira legislação que regulamentou a situação dos filhos menores após a separação dos pais o mesmo decreto, previa que o cônjuge inocente ficaria com os filhos e que o cônjuge culpado estaria obrigado a participar da educação deles. Destarte com o reconhecimento jurídico, o filho menor irá figurar no pólo passivo da relação do poder familiar, o que lhe é atribuído pelo vínculo da paternidade e/ou maternidade, conforme a lei. Assim, para ser o filho sujeito de poder familiar, é necessária a determinação jurídica da filiação, provada com o registro da paternidade.

A Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil) projeto de Clóvis

Beviláqua (1960), previa que o marido era o único chefe da sociedade conjugal e delegava à mulher apenas a atribuição de colaboradora de encargos. Estipulou que nos casos de dissolução do casamento a guarda dos filhos ficaria com o cônjuge inocente. Nos casos de culpa recíproca, as filhas menores e os filhos até os seis anos ficariam com a mãe. Após os filhos do sexo masculino completarem seis anos, ficariam sob a guarda do pai. (BRASIL, 1916).

Em 1941, o Decreto Lei nº 3.200, trouxe profundas transformações a regulamentação de guardas. Através do referido decreto o progenitor ao reconhecer o filho adquiria o direito de ficar com a sua guarda e quando era reconhecido pelos dois, ficaria em poder do pai. (BRASIL, 1941).

Após 33 (trinta e três) anos da promulgação do Código Civil de 1916 surgiu a Lei nº 883/1949 a qual legislava acerca do reconhecimento dos filhos ilegítimos por meio da ação de reconhecimento de filiação. A partir de então eles passariam a ter direito a alimentos provisionais, em segredo de justiça, e herança, sendo reconhecida a igualdade de direitos, sendo vedada menção à filiação ilegítima no registro civil.

Em 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, que abordava questões acerca da situação jurídica da mulher casada, denominada Estatuto da Mulher Casada, o qual anulou diversos dispositivos do Código Civil de 1916 e inovou permitindo que a mulher exerça o poder familiar, mesmo que de forma bastante restrita, conforme art. 380¹ da referida lei (BRASIL, 1962). Assim, a posição da mulher na sociedade e na entidade familiar foi modificada, e ainda deixou de ser observada a idade dos filhos nos casos de culpa recíproca, sendo garantida prioridade na guarda para a mãe, nos casos de rompimento da relação por meio do antigo desquite litigioso (separação judicial²).

A Lei 5.582/70 que entrou em vigor em 1971, alterou o pensamento jurídico exposto pelo Decreto Lei nº 3.200, no qual estabelecia que o reconhecimento dos dois conferia o filho ao poder do pai, assim 30 anos depois a lei deu um novo olhar, pois nas situações em que ambos reconhecessem o filho, ele deveria permanecer com a mãe, admitindo-se também a guarda a outra pessoa idônea quando houvesse motivos justificáveis.

Sob a égide da Constituição Federal de 1967, foram editadas leis relevantes no âmbito do direito de família, dentre elas a EC nº 09 e a Lei nº 6.515 de 1977, sendo que a 1ª possibilitou o divórcio no Brasil, após ter sido obtida a separação judicial e a 2ª viabilizava a

¹Art.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.

² A separação judicial significa apenas a separação de corpos e de bens, entretanto não materializava o término do vínculo conjugal e também não permitia aos cônjuges se casarem novamente. (DALVI, 2011).

ação direta de divórcio, desde que, completados cinco anos de separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977. Isso foi de grande relevância, vez que concedeu o direito à mulher de optar ou não pelo uso do nome de família de seu cônjuge, legalizou o Regime Parcial de Bens e possibilitou dos vínculos familiares se encerrarem com o divórcio (GONÇALVES, 2002).

A Lei 6.515/77 – Lei do Divorcio manteve muitas das regras estabelecidas no Código de 1916, entre eles o acordo realizado pelos pais quando a separação ocorrer de forma consensual. (BRASIL, 1977).

Posteriormente, aprovou-se a Lei nº 6.697/79, denominada Código de Menores, criado com a finalidade de ajustar a situação dos meninos e meninas encontrados nas ruas dos centros urbanos, através da garantia a esses menores (que eram ditos como irregulares) na prestação da assistência, proteção e vigilância, justificadas tais prestações por questões de segurança pública e não se ajustando integralmente na proteção às crianças que se encontravam em situação de risco. (BRASIL, 1979).

A Constituição Federal de 1988 trouxe com ela diversas leis que surgiram sob o desígnio de adequar a nova concepção de família e da sociedade, o que antes era admissível passa a ser abolido, como por exemplo, o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos ou a possibilidade de anulação do casamento constatada a esterilidade. E foram essas leis consubstanciadas pela Carta Magna que estruturavam o modelo da família patriarcal, excluindo da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

Foi a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, que a célula familiar foi remodelada; apresentando em sua estrutura os princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante disso, o foco dos textos legislativos sofreram transformações no tocante a se adequar às novas estruturas familiares que estavam se formando, priorizando assim, a proteção da família e a pessoa dos filhos de forma igualitária em detrimento daquela proteção exacerbada ao casamento e filhos legítimos. E foi nesse cenário que as crianças e seus direitos ganharam notoriedade jurídica em se tratando da concessão da proteção integral às crianças e isso se deve ao fato dos problemas sociais da época, pois nesse período era comum estas serem colocadas de lado e marginalizadas.

Em 20 de novembro de 1989 foi instaurada a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente, que foi aprovada em assembleia geral, ocorrida em Nova Iorque e confirmada pelo Brasil. Dessa feita, surgiu uma nova Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reconheceu o estado

de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. (BRASIL, 1990).

É importante trazer à tona a inovação contida na Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do matrimônio. A aludida lei concedeu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de investigação de paternidade, quando constar do registro civil apenas a filiação materna, garantindo a criança ter também um pai para assumir a responsabilidade parental. (BRASIL, 1992).

Ressalta-se a Lei nº 10.406/02, que instituiu o Novo Código Civil brasileiro, entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2002. (BRASIL, 2002). Aproximadamente 20 anos após a sua primeira redação. Esta foi profundamente alterada, desde sua apresentação até sua apreciação no Senado. Dessa feita, o que se observa diante das profundas alterações, é que apesar do surgimento de um Código novo, à época de sua vigência já estava desgastado, em razão da sociedade se encontrar em constante mutação e os direitos que se diriam novos já haviam sido contemplados pela Constituição Federal, não expressando em si grande avanço mas sim, em alguns aspectos, um retrocesso.

Em 2008, a guarda compartilhada surgiu por meio da Lei 11.698/2008, que passou a priorizar o novo modelo de guarda, posteriormente foi alterada pela Lei 13.058/14, chamada de Lei de Igualdade Parental ou Lei da Guarda Compartilhada, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, visando garantir a igualdade entre homens e mulheres no exercício do poder familiar, além de minimizar os efeitos negativos que a ruptura conjugal provoca nos filhos. (BRASIL, 2002; 2008; 2014).

A guarda se encontra disciplinada nos artigos 1583 a 1590 do Código Civil, sendo que o dispositivo que impedia o cônjuge culpado de permanecer com o filho restou totalmente abolido. Nos dias atuais, o que mais se busca é o melhor interesse dos filhos.

2.3 Poder familiar

Sobre a definição de “poder familiar”, o termo originou-se com o advento do Código Civil de 2002 com o fito de substituir a expressão “pátrio poder”, trazida no Código Civil de 1916. Mudou expressivamente no decorrer do século XX, esse instituto, que seguiu a evolução das relações familiares, se distanciou da sua função originária, a qual era pautada no interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos.

O pátrio poder é indisponível, indivisível e imprescritível. É indisponível porque não pode ser transferido por iniciativa dos titulares para terceiros, nos casos de adoção não há transferência do pátrio poder e sim a renúncia a ele; é indivisível, porém quando se tratar de pais separados, divide-se as incumbências, ocorrendo o mesmo nos casos em que o pai e a mãe orientam a vida dos filhos; por fim é imprescritível pois não se extingue pelo desuso, somente a extinção poderá terminá-lo.

Nesse contexto, o poder familiar é o conjunto de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados. A conceituação de Santos Neto (1994, p. 55) melhor se expressa:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

É oportuno frisar que o autor destaca o duplo aspecto do direito e do dever, tratando que o cenário que envolve questões familiares precisam estar pautados no interesse da família e do filho menor, esse último, aliás, deve orientar todas as decisões familiares, uma vez que é por ele e para ele que as preocupações dos pais devem estar voltadas como aborda a finalidade legal que requer que os pais: “mantenham, protejam e eduquem”.

Atualmente o que se nota é uma percepção de filho centrada presente na legislação, que desloca o seu centro da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos, não mais como objeto de direito daqueles, mas o próprio menor é um sujeito de direitos. (FACHIN, 1999).

Diante do exposto é inadmissível que os pais sejam omissos em assumir as responsabilidades a eles, conferidas através do direito natural e positivado, só por vontade própria ou por circunstâncias banais. Outro ponto relevante, a outorga do poder familiar é intransferível a terceiros, posto que a condição de pais, sejam eles naturais ou adotivos, é de caráter personalíssimo e imprescritível não se extinguindo com o desuso.

A cotitularidade da autoridade parental já está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, no texto do art. 21, à luz do art. 226, §5º da Constituição de 1988, *in litteris*:

Art. 21. O ~~pátrio poder~~ 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. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990, grifo do autor).

Cabe ressaltar que, em caso do titular causar dano ao filho por não exercer o poder familiar a ele atribuído, poderá sofrer punição conforme o artigo 249 do ECA, artigos 244 a 247 do Código Penal, podendo ainda ser aplicado o artigo 1.638, II do Código Civil. As funções do poder familiar de conteúdo pessoal estão elencadas no artigo 229 da Constituição Federal, no artigo 1.634 do CC; e no artigo 22 do ECA, bem como no art. 135 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. (BRASIL, 2002).

Dessa forma, criar e educar os filhos, requer que se exerça a essência do poder familiar, e, portanto, compete aos pais proporcionar ao filho meios para que o seu desenvolvimento ocorra efetivamente, desde o nascimento até a maioridade.

Em síntese ao exposto, o dever de criar trata-se da obrigação dos pais em garantir o bem-estar físico do filho, o que envolve sustento alimentar, o cuidado com a saúde e o que for necessário para a sua sobrevivência. Quanto ao dever de educar incide no empenho em proporcionar ao filho o desenvolvimento intelectual e social, capacitando-o para a vida profissional. Tendo os pais que decidirem juntos pelos melhores caminhos que enveredam seus filhos, conforme assim preconiza a guarda compartilhada.

2.4 A figura da guarda no seio familiar

A figura da Guarda está elencada no artigo 33, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, *in litteris*:

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais.
 §1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. (BRASIL, 1990).

Conforme § 1º do supracitado artigo, a guarda implica nos cuidados cotidianos com os filhos, conceitua a guarda como sendo o meio de regularizar a posse de fato do

menor, ou seja, quem possui a guarda também detém a posse. (BRASIL, 1990).

Acerca do conceito de guarda Strenger (1991) define como sendo o poder-dever que atribui prerrogativas a quem é de direito para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar, submetido a um regime jurídico-legal.

Para Carbonera (2000, p. 60) guarda é:

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

No seio familiar a guarda se diferencia do poder familiar, na medida em que guarda é uma atribuição do poder familiar, o ato ou efeito de guardar e resguardar o menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de prestar-lhe a assistência necessária, podendo ser exercida inclusive por terceiros. Já o poder familiar é a responsabilidade intrínseca aos pais.

Nem sempre quem possui o poder familiar, detém a guarda da criança. Acontece atualmente, que em um divórcio a guarda geralmente é concedida à mãe, ainda que ambos detenham o poder familiar igualmente. Ou ainda, pode ocorrer o contrário nem sempre quem detém a guarda é o detentor do poder familiar. Isso ocorre quando a guarda da criança é concedida aos avós, que no caso em questão possui a guarda, mas não o poder familiar, que continua cabendo aos pais do menor.

Cabe enfatizar, que quando acontece da guarda ser concedida a terceiros é porque, no entendimento do juiz, os pais não estão aptos a deter a guarda do menor naquele momento. Ou, então, a guarda concedida a terceiros ocorre com o consentimento dos genitores, quando por exemplo, eles precisam se ausentar a trabalho por um período prolongado e não podem levar os filhos junto. Logo, é necessário observar como as funções parentais serão exercidas, através de qual modalidade de guarda, a qual deve garantir o melhor interesse da criança, inclusive essa convivência.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

Antes de qualquer abordagem acerca do tema proposto, é relevante atentar que nas ciências voltadas para os estudos jurídicos, todas as leis, passam antes pelos princípios norteadores, que são enunciados normativos – de valor muitas vezes universal. Assim, o presente capítulo visa apresentar os princípios norteadores da guarda compartilhada, pois entende-se que, ainda que a lei da guarda compartilhada esteja expressa na legislação brasileira de maneira que não reste dúvidas quanto a sua aplicabilidade, se faz imprescindível apresentar os princípios fundamentais que norteiam tal aplicabilidade.

Ainda é oportuno apresentar as modalidades da guarda, pois dentre as modalidades apresentadas deverá ser escolhida aquela que assegurar o princípio do melhor interesse do menor.

3.1 Princípios norteadores

Muitos são os princípios extraídos da Constituição Federativa Brasileira de 1988, no tocante a aplicação no Direito de Família. Com o advento da Carta Magna, houve muitas respostas aos anseios sociais da época e isso coube a ela o título de Constituição Cidadã. Assim, os textos normativos da CF/88 trouxe uma gama de princípios que norteiam a base da sociedade civil, e dão especial destaque a proteção da família e à pessoa dos filhos.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O contexto apresentado pela CF/88 demonstra o quanto a Constituição visa defender e concretizar os direitos humanos fundamentais. Dentre os princípios dispostos no corpo da constituição aparece o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo um princípio fundamental no instituto da família, pois cabe a ele assegurar o pleno desenvolvimento moral e espiritual da pessoa humana, principalmente da criança e do adolescente.

A Constituição Federal de 1988 preceitua no art. 1º, inc. III, como fundamento a dignidade da pessoa humana e “[...] seu respeito provém da tutela que a própria Constituição faz de bens jurídicos prioritários” (BITTENCOURT, 2008, p. 48), tal posicionamento encontra respaldo no Estado Democrático de Direito que encontra previsão legal nos artigos

226 e 227 da Carta Magna.

Desta forma, enfatiza Cardoso (2004, p. 64):

A Constituição Federal assumiu a direção de matérias anteriormente exclusivas do Direito Civil, impondo os novos contornos axiológicos para o sistema jurídico. À medida que estas alterações vão tomando forma, os pilares e paradigmas eleitos pelo Direito Civil clássico vão cedendo espaço às novas estruturas, fundamentadas em valores de igualdade material e liberdade individual, ambas num mesmo patamar de compreensão.

Ainda “[...] para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, há necessidade de uma visão aberta e incluyente, para além dos dispositivos codificados, de modo a garantir a tutela jurídica ao ser humano, no seu sentido ontológico” (CARDOSO (2004, p. 90).

Já para Sarlet (2004, p. 70-72) afirma:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos [...] sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é um fundamento do atual ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se dos demais princípios constitucionais, servindo de referencial.

3.1.2 Princípio da proteção integral a criança e ao adolescente³

Antes das conquistas sociais das crianças e dos adolescentes cabe apontar o quanto estes foram esquecidos pela sociedade, e por anos de descaso com seus direitos a partir da Constituição Federal de 1988, surgiu a proteção integral destes. Mas cumpre destacar que as disputas acerca dos direitos da criança tem as suas raízes no movimento de mobilização do início da década de 80, quando começa a surgir na sociedade um intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infante-adolescência. (PEREIRA, 2000).

O princípio da proteção integral que encontra respaldo no art. 227 CF/88, visa garantir à criança e ao adolescente, com primazia sobre os demais o direito à vida, à saúde, alimentação, respeito, dignidade e guardá-los de toda forma de discriminação, exploração e

³ O princípio da proteção integral, encontra-se especialmente descrito no art 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 assim como no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. (BRASIL, 1988; 1990).

violência. Enfim, cumpre destacar que a ideia de bem-estar da criança e do adolescente, está respaldada pela Constituição Federal de 1988, pois encontra-se intrinsecamente ligada ao cumprimento dos direitos fundamentais. (BRASIL, 1988).

O princípio da proteção integral destina-se a crianças e aos adolescentes, “[...] seres em formação, não raramente indefesos, como os principais sujeitos de direitos das relações familiares e sociais” (BITTENCOURT, 2008, p. 54).

Desta forma, ressalta-se a necessidade de respeito à condição de pessoa em desenvolvimento e o reconhecimento da vulnerabilidade que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família. Assim, o bem-estar almejado só será concretizado se os direitos da criança e do adolescente for observado pelo Estado, pela sociedade e pela família, sendo essencial a ação conjunta desses três elementos.

3.1.3 Princípio do melhor interesse da criança

A Declaração Universal dos Direitos da Criança consagrou no cenário internacional os direitos da criança e do adolescente, que alcançou o status de membro individualizado da família, pois antes era visto apenas como integrante do grupo familiar.

Cabe esclarecer que o referido princípio não se encontra expressamente elencado como princípio geral na CF/88 ou no ECA, mas se insere no pensamento de proteção integral, no qual decorre através de critério hermenêutico.

Há de se considerar o referido princípio a partir da possibilidade de indução, onde se percebe que o alicerce de tal princípio encontra respaldo através das interpretações integrativas, através das quais de forma análoga verificar-se-á dentro do instituto da proteção integral qual o melhor interesse da criança relativo a prestações de serviços voltados a proporcionar o bem-estar das crianças e dos adolescentes.

Em síntese, o princípio ora apresentado deve ser fundamentalmente analisado pela sociedade como um todo, incluindo-se aí o Estado, os pais, a família, os magistrados, os professores, enfim, as pessoas em geral.

3.2 Modalidades de guarda

Quando ocorre a separação, com a dissolução do casamento não há extinção do poder familiar, principalmente quando dessa união ainda se tem filhos menores. Contudo, a separação dos pais traz o pensamento sobre a quem compete a guarda dos filhos. Assim, a

guarda vem sendo adequada aos novos moldes familiares de maneira que antes era comum que a guarda fosse unilateral cabendo somente a um dos genitores a responsabilidade sobre o filho, e esse pensamento foi paulatinamente mudando, tanto que hoje se tem a guarda compartilhada como pensamento dominante na Legislação pátria, pois. Acredita-se que, os pais conjuntamente devem participar da vida dos filhos. Desse modo, o presente tópico apresenta as modalidades de guarda e demonstra que tais modalidades pretendem alcançar sempre os interesses da criança, asseguradas nos direitos fundamentais.

3.2.1 Guarda unilateral

Sobre guarda unilateral cumpre esclarecer que esta é dada somente a um dos pais, sendo estipuladas as questões sobre visitas e alimentos. Apesar de ser unilateral, cabe ao genitor que não detém a guarda, supervisionar, fiscalizar o interesse do filho, a educação dentre outros assuntos pertinentes à criança.

Ela se encontra elencada no artigo 1.583 do Código Civil, *in litteris*:

Art. 1.583. CC - A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002).

Para Welter (2009) a guarda unilateral pode ser estabelecida por litígio ou de forma consensual. Contudo, quando há disputas, legalmente a guarda será concedida em favor do genitor que apresentar melhor condição de oferecer um lar. O autor ainda enfatiza que, mesmo que um dos pais perca a guarda, esta não gera a perda do poder familiar de ambos, dando ao genitor não guardião a obrigação de supervisionar os interesses do filho, fiscalizando sua educação.

Desta forma, Welter (2009, p. 62) afirma:

A concessão da guarda unilateral tornou-se exceção, devendo ser devidamente comprovada nos autos, mediante prova documental, testemunhal e pericial, porque ela não condiz mais com a realidade da família contemporânea, ao não garantir à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Isso quer dizer que, no (re) canto afetivo familiar, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana reclamam a intangibilidade do princípio da convivência integral em família.

Assim, mediante os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, família atual e os seus moldes, não comportam a guarda unilateral, uma vez que esta, não se enquadra na realidade das famílias, por não garantir ao menor a integração de interesses de sua personalidade e ainda atrapalha o exercício do poder familiar privilegiando o genitor guardião e desfavorecendo o não guardião pela redução significativa na convivência e no compartilhamento em família, uma vez que os dias estipulados para visita não são suficientes.

Diante de todo o exposto, caso excepcionalmente esta seja à medida que atinja melhor os interesses do menor, deverá ser aplicada, uma vez que a concessão da guarda ao genitor guardião não elimina o poder familiar do genitor não guardião, mas a adoção deste regime deve ser sempre complementada pelo direito de visitas do genitor não guardião ao menor, apesar de ser considerada mínima e insuficiente pela doutrina atual.

3.2.2 Guarda alternada

A guarda alternada confere ao menor a possibilidade de conviver com os pais alternando apenas o domicílio. No caso em questão a criança acaba tendo duas moradas, duas regras, e assim por diante. Psicologicamente acredita-se que traga sérias consequências para as crianças, pois esta perde a noção de estabilidade emocional, social e psicológica.

A guarda alternada não foi positivada em nossa legislação civil. Contudo, apesar de não ser explícita na legislação brasileira, devemos citá-la por ser constantemente confundida com a guarda compartilhada no Brasil. Considerando-se a adoção do sistema dual pelo legislador, conforme possível se extrair do artigo “[...] 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada” do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).

Esta modalidade de guarda consiste na alternância de residência paterna e materna, de modo que o tempo seja igualmente dividido em períodos determinados pelos genitores, existindo assim uma alternância na titularidade da guarda, sendo titular integral do poder familiar e dos direitos e deveres que o compõem. Ele ainda explica que a falta de moradia fixa deixa a desejar na formação dos hábitos da criança, porque não sabem se devem seguir a orientação do pai ou da mãe. (MOTTA, 1998).

Para Levy (2008), apesar desta guarda ser passível de aplicação em casos concretos específicos, ela encontra certa resistência, por entender que trata-se muito mais de

uma demonstração de egoísmo dos genitores, tratando os filhos como objetos passíveis de divisão de espaço e tempo, infringindo o melhor interesse da criança.

Assim, a guarda alternada representa uma constante mudança de rotina na vida dos menores, falta de habitualidade, alternância de residências, horários alternados, ensinamentos distintos, forma de se comportar em cada casa com cada pai é diferente, exigências diversas, que são aplicadas muitas vezes de forma indiscriminada no intuito de afrontar o modo de educação do outro genitor. Tudo isso, confunde a cabeça da criança e compromete seu desenvolvimento e a formação da personalidade.

Desta forma essa modalidade de guarda vem deixando de ser adotada, para aplicação a priori da guarda compartilhada discriminada a seguir.

3.2.3 Guarda compartilhada

Acerca desse instituto cabe sintetizar que refere-se ao exercício conjunto e pleno do poder familiar, ou seja com o fim do casamento, os cônjuges apresentam o mesmo direito e o mesmo dever em cuidar dos filhos. Nesses termos, é relevante a definição dada de guarda compartilhada pelo psicanalista Sérgio Eduardo Nick (1997, p. 135) apresenta:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (joint custody, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (sole custody, em inglês).

De outra maneira a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta (1996, p. 19) afirma ainda que “[...] a guarda conjunta deve ser percebida como um recurso que estimula ambos os genitores a compartilhar e vivenciar igualmente a convivência, a educação e a responsabilidade na criação dos filhos.”

Nestes termos, verifica-se que a guarda unilateral e a alternada perdem espaço para o pensamento dominante sobre a guarda compartilhada. O legislador passou a privilegiar a guarda compartilhada em detrimento da unilateral e da alternada, a fim de assegurar o melhor interesse do menor. Desta forma, a guarda compartilhada tem como finalidade permitir a convivência dos filhos com ambos os pais, devendo estes zelarem pelo cuidado e crescimento dos filhos, mesmo após a ruptura da relação matrimonial.

O propósito trazido pelo legislador através da modalidade de guarda compartilhada foi muito bem assimilada pela doutrina. Na percepção de Dias (2011) o legislador conseguiu perceber que o que importa aos filhos de pais separados, é manter os laços de afetividade e amenizar os efeitos que a separação provoca aos filhos, de modo que confira aos pais o exercício igualitário da responsabilidade parental.

Para Giselle Groeninga (2009, p. 164), psicanalista e doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, é um risco grande confundir guarda compartilhada com convivência alternada. “Não se deve colocar ênfase na divisão do tempo. O espírito da guarda compartilhada é a colaboração entre os pais”, afirma ainda:

A alternância de residências, que não se confunde com a guarda alternada, pode atender ao acordo entre os pais sem ferir o princípio que norteia o conceito de guarda compartilhada e pode, de acordo com as condições e idade da criança, ser uma solução viável. Mas, muitas vezes, num arranjo de divisão salomônica de tempo, espaço e funções, há a desconsideração da necessidade da criança de referência espaço-temporal e de suas necessidades específicas de maior constância de convívio com uma figura de referência, dependendo da idade e das características particulares. Este tipo de divisão – salomônica, e mesmo esquizofrênica, pode funcionar como duas guardas unidas, fugindo à Idea de responsabilidade conjunta, que é o que define a nova lei. (GROENINGA, 2009, p. 164-165).

Assim, para o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira ([2002], p. 54), a guarda compartilhada é a “[...] situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor, pessoas residentes em locais separados”.

A diferença entre guarda alternada e a compartilhada é ontológica. Enquanto a guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa a menor a possuir duas casas. (BRASIL, 2006).

Assim, ao adotar a modalidade alternada garante-se muito mais os interesses dos pais, ao passo que a guarda sendo compartilhada atinge o melhor interesse do menor. Desta forma, a guarda compartilhada pode ser aplicada inclusive nos casos em que não há acordo entre os genitores, o que é um assunto bastante debatido que era controversas, conforme se verá mais adiante.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

A isonomia constitucional instituída no artigo 5º, inciso I, da CF/88, na qual estabelece que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" refletiu no seio da família trazendo um novo olhar sobre a relação familiar. O principal diferencial reside no fato de que a mãe e o pai passam a ter tratamento igual perante a lei. E isso demonstra uma ruptura no pensamento dominante anterior, quando havia a sobreposição de decisões, e a predominância da figura masculina. Atualmente, esse pensamento deu espaço à ausência de predominância, havendo pura e simplesmente a igualdade de voz e decisão em favor do bem estar da criança.

4.1 Evolução da guarda compartilhada

Como já exposto acima, a família vem passando por alterações ao longo dos tempos, assim também ocorre com a guarda compartilhada no seio familiar, que veio se adequando aos moldes familiares atuais não só no Brasil, mas evoluindo em diversos locais do mundo, como demonstrado a seguir.

4.1.1 Evolução da guarda compartilhada no direito comparado

Ainda no início do século XIX, a guarda dos filhos era de competência exclusiva do pai, nesse período prevalecia a imagem do pátrio poder, onde o pai de família tinha domínio sobre todas as decisões no lar, e também período em que somente o filho varão poderia adquirir a herança do pai tanto em termos econômicos quanto em termos sociais, assim ao morrer era o filho que submetia as mães as determinações que antes eram determinadas pelo pai. (GRISARD FILHO, 2002).

Gradativamente o pensamento acima exposto foi dando lugar a um novo molde familiar, esse novo modelo trouxe profundas mudanças na guarda dos filhos nas decisões judiciais e tal pensamento foi amplamente expandido na literatura inglesa e utilizado principalmente por seus tribunais, conquistando simpatizantes na França e em outros países da Europa.

Na França em 1976 a guarda compartilhada foi imediatamente assimilada pela jurisprudência de lá, com o desígnio de atenuar as injustiças geradas pela guarda exclusiva,

como aconteceu na Inglaterra. Foi a partir dessa perfeita assimilação que surgiu a Lei 87.570, de 22 de julho de 1987, designada *lei Malhuret*, pois os legisladores franceses mostraram-se adepta à nova modalidade de guarda, o que modificou o Código Civil francês a respeito desse tema. (GOBBI, 2003).

Foi a partir da década de 70, que as jurisprudências canadenses abarcaram a noção de guarda compartilhada sob os moldes da *common law*, a partir de então esse pensamento jurídico se espalhou por toda a América do Norte. Contudo, a norma do direito canadense, ainda conferia a guarda exclusiva a um dos pais, permitindo ao outro o direito de visita.

4.1.2 Evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro

No Brasil, a guarda compartilhada se destacou com a Lei 11.698/2008, antes da referida lei, a guarda compartilhada tinha suas bases pautadas na responsabilidade paterna, instituída pela CF/88, na proteção integral do menor, resguardada pelo ECA, e na discricionariedade do juiz em atender o melhor interesse do menor, conforme o novo Código Civil.

No entanto, fez-se necessário que a guarda compartilhada alcançasse uma aplicação mais ampla no Brasil, para atender essa necessidade, precisaria ocorrer uma modificação no Código Civil.

Nesse sentido, o Projeto de Lei PL 6.350/2002(alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil) apresentado pelo Deputado Tilden Santiago ao Congresso Nacional, objetivou reorganizar, por acordo ou decisão judicial, as relações entre pais e filhos visando amenizar os traumas do distanciamento de um dos pais e proporcionando um desenvolvimento físico e mental na família. Sendo o Projeto de Lei aprovado e sancionado, convertendo-se na Lei 11.698, alterando os artigos 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. (GRISARD FILHO, 2009).

Contudo, a Lei nº 11.698/2008 trouxe em seu at. 1584, §2º, o texto seguinte:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (BRASIL, 2008).

Contudo, houve sérias discussões acerca da redação do dispositivo acima, principalmente no tocante ao uso da expressão: “sempre que possível”, pois esta favoreceu o surgimento de interpretações distantes do que realmente se pretendia juridicamente. Nesse

sentido, era certa a sentença acerca da guarda unilateral, pois o juiz comumente cedia a vontade de quem não desejava dividir a guarda. Tais fatores levaram a guarda compartilhada a perder a sua eficácia legal e seus efeitos quase não surgiram nos casos concretos.

Foi esse cenário que proporcionou as circunstâncias, que fizeram surgir a Lei 13.058/14, conhecida como Lei da Igualdade Parental, que altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC, porém mantêm o significado de guarda unilateral e guarda compartilhada. A referida lei promoveu inúmeras mudanças e causou muitas divergências de opiniões, mencionadas a seguir.

4.2 As principais alterações promovidas pela Lei nº 13.058/2014

Em 2014 a então presidente Dilma Roussef insitiu a Lei nº 13.058/2014. A referida lei apresentou grandes transformações no tocante à regulamentação da Guarda Compartilhada. Contudo as mudanças trouxeram consigo muitos questionamentos, principalmente se a nova lei iria afetar, por exemplo, a rotina das crianças.

Cumpra lembrar que antes das alterações legislativas, o regime de guarda tinha como regra a unilateralidade, ou seja, essa decisão era a mais aplicada pelo poder judiciário. Neste tipo de guarda, o filho morava com um dos pais e era este o responsável pleno para tomar todas as decisões sobre educação, criação, alimentação, entre outras coisas, resguardando sempre o interesse da criança.

Já na guarda compartilhada, os pais tem responsabilidade pela criação do filho. Ambos devem partilhar o tempo de convivência e ambos podem decidir sobre o que melhor cabe à criança. Nesse tipo de guarda o Juiz e/ou os pais em acordo amigável devem almejar aquilo for mais favorável ao desenvolvimento da criança.

Diante disso, é oportuno apresentar que, com o advento da Lei 13.058/14, o artigo 1.583 do Código Civil, passou a ter a seguinte redação:

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

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

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058/2014)

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

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2014).

Diante do exposto, o instituto da guarda compartilhada pautou sua definição baseada no § 1º do artigo 1.583, como sendo um sistema de corresponsabilidade dos pais no exercício da autoridade parental após a ruptura conjugal, ou seja, cabe aos pais dividirem as responsabilidades quanto à criação de seus filhos e decidir as deliberações conjuntamente, ainda que estejam separados judicialmente. Cabe acrescentar que a referida norma alcança, por exemplo, aqueles casais que mantiveram uma única e episódica relação sexual, resultando no nascimento do filho comum, e desejam conservar os laços paternos.

Assim, uma vez que se determina a convivência mútua dos pais com os seus filhos de forma equilibrada, vê estabelecida a isonomia de responsabilidade parental, sempre atendendo as condições fáticas e os interesses dos menores, presente no § 2º do artigo 1.583. Existindo o desfrutar de dois lares harmonicamente, sendo um deles sua residência fixa, favorecendo a estabilidade dos vínculos afetivos e da responsabilidade, que promovam o perfeito desenvolvimento dos filhos.

Conforme consubstanciando o exposto acima, cabe apresentar o § 3º do artigo 1.583, que dispõe sobre a base de moradia será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, no caso dos pais mudarem de cidade. Contudo Dias (2015) faz um contraponto afirmando que, não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como referência, mas para que não fique a mercê da vontade do outro, principalmente quando não existir acordo, cabe ao juiz estabelecer as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada, ou seja, é pertinente destacar que a discricionariedade do juiz não retira a responsabilidade de conservar o melhor interesse do menor.

Caso o casal decida conjuntamente pela guarda unilateral, o § 5º do artigo 1.583 estabelece o direito do genitor não guardião de acompanhar o interesse dos filhos, e poderá também requerer informações e prestação de contas (BRASIL, 2014a). Percebe-se que este dispositivo tem por desígnio dar destaque á responsabilização do genitor não guardião.

A nova lei também modificou o artigo 1.584 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002).

Os incisos I e II do artigo supracitado tratam das formas de se concretizar guarda, que poderá ser através de consenso ou por determinação judicial. Quando os pais estão em harmonia e entram em acordo, esse acordo poderá ser submetido à homologação do juiz, ou senão qualquer dos pais poderá propor uma ação autônoma com o objetivo de decidir a questão da guarda.

Cabe ao juiz, no dia da audiência informar ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, sua relevância, a igualdade de direitos e deveres que competem aos pais e as sanções pelo não cumprimento de suas cláusulas. Essa forma de conscientização em manter os laços afetivos para com os filhos, observando sempre o direito do menor, está elencada no § 1º do artigo 1.584. (BRASIL, 2014a).

Quando não ocorrer acordo entre os pais, a guarda unilateral só poderá ser concedida a um dos genitores, quando o outro revelar ao juiz que não pretende ter a guarda do menor, ou ainda se ambos aceitarem a guarda unilateral. Só então, o juiz não poderá decidir pela guarda compartilhada. Mas se somente um dos genitores não aceitar a guarda

compartilhada, o juiz poderá determiná-la por meio de ofício ou requerimento do Ministério Público.

O juiz poderá buscar através de ofício ou de requerimento do Ministério Público, trabalhos técnico-profissionais ou de equipe multidisciplinar para subsidiar a sua decisão, tal situação está prevista no § 3º do artigo 1.584 (BRASIL, 2014a). Nesse sentido, ao estabelecer a guarda compartilhada o juiz terá plena condições de determinar as atribuições dos pais e os períodos de convivência com os filhos de forma equilibrada e mais acertada.

Em casos onde se verificar a inconveniência dos filhos permanecerem na companhia de um dos genitores, o § 5º do artigo 1.584 determinará que o juiz poderá atribuir à guarda a terceira⁴ pessoa que demonstre aptidão com a natureza da medida, observando-se a preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade entre o guardião e o menor. Já o § 6º do artigo 1.584 institui a obrigação dos estabelecimentos privados ou públicos a prestarem informações para ambos os pais sobre os filhos, sob multa diária de R\$ 200,00 a R\$ 500,00. (GRISARD FILHO, 2009). A nova lei também modificou o artigo 1.585 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002).

Desta forma, o artigo 1.585, institui que as partes devem estar de pleno e comum acordo para que haja a decisão legal sobre a guarda compartilhada. Contudo a anuência do outro genitor é dispensada se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte. (DIAS, 2015).

Em síntese, a exceção à regra de se ter a anuência dos genitores, é quebrada quando se perceber, antes de concessão da liminar de guarda, que a proteção aos interesses dos filhos não está sendo observada com a guarda compartilhada. (DIAS, 2015).

Por fim, a referida lei altera ainda o art. 1.634 do Código Civil, *in litteris*:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

⁴ Não importando qual o tipo de guarda, caberá ao terceiro dividir as responsabilidades com o pai ou a mãe do menor. Cumpre destacar que o desejo do legislador com a exposição de tal situação é a possibilidade de maximizar a proteção dos interesses dos filhos.

- I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (BRASIL, 2002).

É relevante expor que o artigo 1.634 apresenta em seu texto outros deveres que deverão ser seguidos.

Em suma, a lei proporcionou as seguintes mudanças para o instituto:

- a) Alterou a forma como ocorria a guarda compartilhada, pois passou a garantir a convivência da criança com ambos os pais de forma equilibrada;
- b) Tornou fixa a residência do menor, pois havia a péssima ideia de compartilhamento de residência (ideia exposta na guarda alternada). A fixação da residência conferiu ao menor um referencial de lar para que desenvolva as suas atividades habituais e tenha uma formação de princípios e valores;
- c) Cominou a obrigação dos estabelecimentos privados ou públicos a apresentarem informações para ambos os pais sobre os filhos, sob pena de multa diária;
- d) Caso o casal opte pela guarda unilateral, a nova lei concedeu o direito do genitor não guardião de acompanhar o interesse dos filhos, podendo solicitar informações e prestação de contas;
- e) As “visitas⁵” do genitor não-guardião deverá ocorrer no local onde o menor reside de forma livre e sem restrições;
- f) O dever de educar consiste na assistência, tanto moral quanto material, vinculado à obrigação de ambos genitores, assim a nova lei trouxe também a

⁵ O termo “visitação” é impróprio, posto que na guarda compartilhada os filhos podem passar um período tanto com o pai quanto com a mãe, sem que haja qualquer restrição ou tempo determinado.

possibilidade de decidirem conjuntamente a respeito do programa geral de educação dos filhos.

Em síntese ao exposto, cumpre frisar que a nova lei gerou muitas divergências de opiniões devido à cominação impositiva do Estado para que a guarda seja compartilhada, mesmo nos casos de litígio, como veremos a seguir.

4.3 Controvérsias acerca da guarda compartilhada

A guarda compartilhada surgiu com o intento de preencher as lacunas advindas dos outros tipos de guarda, especialmente a unilateral, onde há o clássico sistema de visitas do pai, cabendo à mãe assumir todas as decisões e responsabilidades sobre a vida dos filhos. Contudo essa forma de guarda privilegia geralmente a mãe em detrimento do pai o que na maioria dos casos gera sérios danos, tanto de ordem emocional quanto social, aos filhos.

A nova Lei da Guarda Compartilhada, nº. 13.058/2014 enfatizou que com o divórcio dos pais, independente de acordo harmonioso ou não, a guarda deve ser impreterivelmente alicerçada na corresponsabilidade entre os pais, pois assim, terão maior participação no desenvolvimento dos filhos. (BRASIL, 2014a).

Nesse sentido, em se tratando deste instituto ser relativamente novo, o mesmo ainda possui aspectos discutíveis, dentre eles o mais contundente que envolve a confusão com a guarda alternada, que ocorre tanto pela população que desconhece os detalhes desse instituto, quanto por magistrados ao aplicá-la no caso concreto.

Enfim, quando se supera as divergências iniciais de uma separação, mesmo que os termos legais instituem a guarda unilateral, é possível que haja divisão das tarefas de afeto e cuidado, não sendo mais necessária sequer a intervenção do judiciário. Mas isso depende única e exclusivamente dos pais, e do interesse em deixar as divergências emocionais que ocasionou a separação de lado, e elevar o interesse do menor. Assim, eis o que se encontra no cerne do conceito de guarda compartilhada, o anseio legal era que tal situação ocorresse sem a intervenção judiciária.

No que tange ainda a guarda compartilhada, é relevante expor que mesmo havendo consenso dos genitores, caso ocorra reiteradas situações de hostilidade anteriores ao pedido, o legislador poderá negar-lhe provimento, e tal negação vem respaldada no melhor interesse da criança, uma vez que tal modalidade implica e necessita de harmonia entre as partes. Assim, é perceptível que em cada caso concreto o legislador requeira a aplicação de uma dentre as formas acima expostas de guarda. De forma que, para que ocorra a aplicação

adequada dos institutos se faz imprescindível o conhecimento destes tanto pela população em geral, como principalmente pelos aplicadores jurídicos destes.

Assim, cabe ao presente tópico mencionar sobre as lacunas existentes na legislação civil referente à guarda compartilhada que permitia o surgimento de críticas infundadas, pois se baseavam no conceito da guarda alternada, que como já foi visto, era confundida com a guarda compartilhada. Essa confusão ocorria por existir pouca jurisprudência e pelo fato da doutrina ser incomum em nosso país.

Atualmente, acerca da nova lei da guarda compartilhada são inúmeras as divergências de opiniões no que diz respeito a vários aspectos, mas principalmente sobre o estabelecimento da guarda compartilhada ainda que existam graves desavenças entre o ex-casal. Segundo Simão (2014), apesar da modificação legislativa, não acontecerá a obrigatoriedade da guarda compartilhada. Para ele,

[...] no caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: 'em que pese a determinação do CC de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional. (SIMÃO, 2014, s/p).

O juiz ao aplicar qualquer medida deverá ter muita cautela, pois sempre deve buscar o melhor interesse dos filhos, aplicando com parcimônia a medida aos pais que continuam em situação de conflito, pois tal medida serve como correção para estes percebam o quanto as intrigas estão ocasionando traumas e provocando prejuízos aos seus próprios filhos.

Sobre a nova lei da guarda compartilhada, Dias (2016) esclarece que, não pode ser vista como uma conquista dos pais, mas, sim, dos filhos, da família e da própria sociedade, uma vez que os filhos não podem mais ser usados como moeda de troca ou instrumento de vingança. Acabou a disputa pela 'posse' do filho que, tratado como um mero objeto, ficava sob a guarda da mãe, que detinha o poder de permitir, ou não, as visitas do pai.

O entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que é possível estabelecer guarda compartilhada ainda que existam graves desavenças entre um ex-casal, ao julgar recurso especial de pai contra a ex-mulher, que detinha a guarda unilateral de suas duas filhas. O genitor sustentou que estaria havendo alienação parental e requereu que a guarda fosse modificada para que as crianças permanecessem com ele. Alternativamente, pediu a guarda compartilhada. A sentença concedeu a guarda compartilhada, que foi revertida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Inconformado, o pai apresentou recurso ao

STJ. Afirmou que nunca houve violência contra as crianças e que está apto para exercer o poder familiar. (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, Grisard Filho (2009, p. 205) sustenta o que segue:

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

De acordo com o supracitado autor, a ausência da obrigatoriedade ou da imposição da guarda compartilhada promove a falta de empenho de uma das partes (materna ou paterna) em lidar com os desentendimentos existentes entre os ex-cônjuges. Portanto, o problema não gira em torno do litígio, mas sim da falta de empenho em lidar com ele e superá-lo.

Ademais, outra questão que gera controvérsias é acerca dos alimentos parentais, que são estabelecidos tanto no âmbito civil, por meio dos arts. 1.696 do CC e 22 do ECA, quanto na âmbito constitucional por meio do art. 229 CF, que expressa: “Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” (BRASIL, 1988).

O dever da pensão alimentícia vai além de garantir o puro e simples alimento ao filho, pois inclui uma ampla assistência aos menores, para o sustento e educação, persistindo ainda quando os filhos são entregues a terceiros, conforme o art. 33 do ECA, que por ser uma obrigação primária alcança os filhos legítimos ou naturais, e os filhos de pais unidos ou separados.

Com base nos artigos 1.568 e 1.579 do CC, entende-se que a obrigação é de ambos os pais em contribuir, na proporção dos seus bens e ganhos para o sustento da família e educação dos filhos. Assim a obrigação de contribuir para a manutenção dos filhos pesa sobre ambos os genitores, não obstante a guarda seja exercida de forma exclusiva (GRISARD FILHO, 2009).

A guarda compartilhada, como meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca, neste caso, é verdadeira, pois “Quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão”. (LEITE, 2003, p. 281).

Conforme, Grisard Filho (2013, s/p) em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM:

Para a manutenção dos filhos, independentemente de permanecerem juntos ou não,

ambos devem contribuir na proporção de seus haveres e recursos, como lhes impõe o artigo 1.703 do Código Civil. Por isso, não há dispensa ou exoneração da obrigação alimentar.

Portanto, no regime de compartilhamento não se exige o estabelecimento da obrigação alimentar, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. (DIAS, 2015).

Assim a Lei da Guarda Compartilhada, Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 configura-se como um avanço legislativo extremamente relevante na seara do Direito de Família, desde que seja devidamente lida e interpretada. Conservou-se o que era bom, como o compartilhamento de responsabilidades e alterou-se o que era necessário, com a possibilidade, por exemplo, da fixação desse tipo de guarda inclusive quando não há acordo entre os pais.

Afinal, apesar das controvérsias e das desvantagens da guarda compartilhada, a nova lei insere-se no contexto da mudança dos costumes de nossa sociedade, com a atuação cada vez mais ativa dos pais na educação e no desenvolver dos filhos, com a eliminação da apriorística prevalência feminina nas fixações judiciais da guarda. O papel de provedor não é mais monopolizado pelo homem, de modo que ambos os pais apresentam-se como provedores e cuidadores, o que é muito positivo para o desenvolvimento emocional e social da criança.

4.4 Desvantagens e vantagens da guarda compartilhada

Enfim, muitos são os questionamentos levantados acerca da guarda compartilhada, e ainda há de vir inúmeros debates entre o judiciário, os decisores políticos e a sociedade. O referido tema ainda vai gerar muitas polêmicas no cenário acadêmico, social e legislativo. Essas discussões poderão ultrapassar os estudos já existentes e alcancem a plenitude do tema e o consenso ocorra, ou pelo menos, a discussão abrirá outros leques de possibilidades.

De qualquer forma, encontrar as vantagens e desvantagens desse instituto já dá um norte acerca do que se tem atualmente em exercício sobre guarda compartilhada. As jurisprudências proferidas dão concretude e enfatizam quando se trata de vantagem e quando ocorre desvantagem. Cumpre destacar que as vantagens e as desvantagens aqui exposta tratam-se do que vem a ser favorável ou não para a criança.

Como qualquer modelo de guarda, a guarda compartilhada possui desvantagens e vantagens, as quais serão analisadas a seguir.

Dentre as suas desvantagens, está o fato de que algumas famílias podem

apresentar dificuldade em se adaptar à guarda compartilhada, por existirem aquelas em que os pais estão em constante conflito, sabotando um ao outro, contaminando a educação dos filhos, o que pode tornar a guarda compartilhada um pesadelo aos filhos, vez que os pais não se esforçam para promoverem as resoluções de conflitos sem atingirem o menor.

Assim segue a decisão proferida pela oitava câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou a guarda compartilhada, pois percebeu grande animosidade entre os genitores:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DIVÓRCIO. GUARDA. LIMINAR. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. Não há como impor, liminarmente, que a guarda da filha comum seja compartilhada, quando flagrante a animosidade entre as partes. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70056660699, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 14/11/2013) (TJ-RS - AI: 70056660699 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 14/11/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/11/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Na decisão abaixo proferida pela 4ª Vara da Família, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verifica-se que ainda que em havendo clara litigiosidade o legislador optou pela guarda compartilhada, contudo resta notória observação que ambos os genitores tentam sabotar o outro e com isso a criança perde a estabilidade, eis uma das tantas situações em que a guarda compartilhada não apresenta vantagem no tocante à estabilidade emocional da criança

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE GUARDA. LITIGIOSIDADE ENTRE OS PAIS QUE NÃO DEVE SERVIR DE OBSTÁCULO À FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz como escopo primordial a condição peculiar da criança em todos seus aspectos. Desse modo, o interesse do menor deve ser o princípio norteador para composição de conflitos referentes à sua posse e guarda. 2. A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas deve guardar em primazia o interesse e o bem-estar da criança, desprezando, assim, a disputa, muitas vezes, travada entre seus genitores. 3. **Ambos os pais que, apesar de possuírem um relacionamento conflituoso entre si, demonstram carinho e afeto no que se refere ao filho.** 4. **Desprovemento do apelo da genitora objetivando aumentar o pernoite do filho em sua residência para duas vezes na semana, tendo em vista que tal medida poderia dificultar a execução das atividades do menor durante a semana, prejudicando demasiadamente sua rotina e criando embaraço às próprias partes.** 5. O cotejo probatório converge no sentido de que a ré tem dificuldades em cumprir com os horários estabelecidos e honrar com os compromissos do filho. 6. Noutro passo, o recurso do autor objetivando a reforma da sentença para que seja fixada a guarda unilateral também não prospera. 7. Estabelece o parágrafo segundo do art. 1584 do CC/02, que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. 8. Atualmente, a jurisprudência e a doutrina vêm se curvando ao entendimento de que a existência de litigiosidade entre os genitores não pode servir de empecilho à fixação da guarda compartilhada.

Precedente REsp nº 1251000/MG. 9. Os pais devem exercer a co-responsabilidade parental na formação e criação dos filhos, preservando-se, assim, de forma igualitária, a figura de ambos os genitores. 10. A guarda compartilhada tem por escopo priorizar a convivência do filho com seus dois pais, a fim de que ambos participem das decisões da vida da criança, mitigando os efeitos trazidos pela separação no que concerne ao sentimento de perda e rejeição, ocasionando ao menor a segurança de que seus pais, mesmo com o desenlace, guiam e zelam pelo seu bem-estar e desenvolvimento. 11. De acordo com o estudo social e psicológico, a melhor solução para a criança é a manutenção da guarda compartilhada. 11. Tendo em vista que para o menor é de inquestionável importância para sua formação ver se amparado e cuidado por ambos os pais, devem os mesmos adequar suas vidas a nova realidade, o que demanda concessões e conformações mútuas. 12. Desprovemento de ambos os recursos. (TJ-RJ - APL: 00168181020098190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 4 VARA DE FAMILIA, Relator: MONICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 28/05/2013, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/06/2013). (RIO DE JANEIRO, 2013, grifo nosso).

Apesar da sentença acima visar manter o filho na convivência com os genitores, por acreditar que a ausência de um deles será prejudicial a sua formação, cumpre observar que também é prejudicial à criança o acompanhamento constante de litígios entre seus pais.

Em compensação, a guarda compartilhada possui vantagens que se sobrepõem às suas desvantagens, como por exemplo, a atribuição da guarda jurídica a ambos os genitores e assim a possibilidade de uma maior interação com os pais, inclusive aquele que não possui a guarda material com o filho.

A decisão abaixo exposta aponta para a vantagem de que os pais quando percebem o que é melhor para o filho entram em consenso. Assim, o Recurso Especial proferido pelo Superior Tribunal de Justiça aponta o ideal que se anseia pelos pais

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. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator:

Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014). (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Assim, diante da decisão exposta verifica-se fato que permite a convivência constante, por não haver restrições quanto à visitação, bem como garante a satisfação de pais e filhos, sem conflito de lealdade por necessidade de ter que escolher um pai e entrar em conflito com o outro.

Outro ponto relevante de ser exposto trata-se da divisão de responsabilidades para com a criança, aos dois cabe cuidar, aos dois cabe custear estudos, alimentação vestimenta. Assim a guarda compartilhada também é um meio de democratizar a relação entre os pais e o filho(a), ambos participam e decidem conjuntamente em prol do bem estar da criança. A sentença abaixo, dada pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstra com nitidez tal situação

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. A forma de divisão estabelecida na sentença reconhece que ambos os genitores têm despesas com alimentação, moradia e transporte do filho. Reconhece também que os dois irão arcar com o pagamento de vestuário e lazer no exercício da guarda compartilhada. Apenas quanto a algumas despesas fixas do filho alimentado é que a sentença estabeleceu formalmente a divisão, o que evidencia que a fixação é apenas uma forma de organizar os pagamentos. Tal organização se mostra absolutamente necessária, ante as informações de que o pai, ora apelante, não estaria honrando a sua parte no pagamento das despesas fixas do filho, de modo que a mãe, ora apelada, precisaria suportar a integralidade e pedir, mês a mês, o ressarcimento da quota de responsabilidade do ex-cônjuge. A ideia de fixação é justamente evitar esse encargo extra para qualquer dos guardiões. Nesse contexto, a sentença mostrou-se equânime e adequada à situação das partes, razão pela qual vai mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70058323130, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/10/2014). (TJ-RS - AC: 70058323130 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 16/10/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/10/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

A guarda compartilhada prima pela elevação dos padrões éticos dos pais, que devem respeitar um ao outro, entender que possuem o mesmo grau de importância para o filho.

Quanto à questão da estabilidade e do princípio do melhor interesse, cumpre destacar a decisão abaixo proferida pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na qual em seu texto transmite aos pais litigantes que a relação entre eles deve ter coerência no tocante a guarda de seus filhos, pois o litígio improvido pode prejudicar o desenvolvimento emocional e psicológico do menor.

ADESIVA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. PEDIDO DE GUARDA UNILATERAL. FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. ARTIGO 1.584, § 2º, CCB. INTERESSES DOS INFANTES. PRESERVAÇÃO. DOMICÍLIO DE REFERÊNCIA. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO. RELATÓRIO TÉCNICO RECOMENDANDO O LAR MATERNO. RECURSO DO GENITOR IMPROVIDO. APELO DA MÃE PROVIDO EM PARTE. 1. Apelação interposta contra sentença proferida em ação de guarda e responsabilidade. 2. A guarda tem por objetivo preservar os interesses do menor, em seus aspectos patrimoniais, morais, psicológicos de que necessita o menor para se desenvolver como indivíduo. 2.1. Em questões envolvendo a guarda e responsabilidade de menores o julgador deverá a preservar os interesses do infante. 3. Segundo o preceptivo inserto no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil **“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”**. 3.1. **Emergindo dos elementos de convicção produzidos nos autos, inclusive de Parecer Técnico, elaborado pelo Serviço Psicossocial Forense, que ambos os genitores estão aptos a atender de maneira satisfatória às necessidades básicas e emocionais dos filhos, não procede o pedido de fixação de guarda unilateral, devendo prevalecer o regime de compartilhada, que melhor atenderá os interesses dos menores.** 4. A adoção do regime de guarda compartilhada não exclui a possibilidade de definição de um lar de referência, especialmente diante da possibilidade de as sucessivas mudanças de domicílio tenderem a ser prejudiciais aos menores, na medida em que as adaptações e readaptações necessárias podem fomentar uma instabilidade psicológica, decorrentes da ausência de um local de referência particular. 4.1. Precedente da Corte: “o estabelecimento da guarda compartilhada não implica, necessariamente, a eleição das residências de ambos os genitores, como sendo de referência, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filhos, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas da criança ou adolescente, além de outras circunstâncias peculiares ao caso concreto”. (4ª Turma Cível, APC nº 2010.01.1.209018-4, rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, DJe de 4/6/2013, p. 136). 5. No caso concreto, levando em consideração o estudo realizado pelo Serviço Psicossocial Forense, apontando no sentido de que o melhor interesse dos menores será atendido com a fixação do lar materno como domicílio de referência, deve ser acolhida a pretensão formulada a este título. 6. Apelos conhecidos. 6.1. Recurso do genitor improvido. 6.2. Apelação adesiva da mãe parcialmente provida. (TJ-DF - APC: 20130111132839, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/03/2016 . Pág.: 328). (BRASÍLIA, 2016, grifo nosso).

Além disso, a guarda compartilhada reafirma a igualdade parental almejada pela Constituição Federal e o princípio do melhor interesse do menor, uma vez que consistem em critérios determinantes da atribuição da guarda. (LEITE, 2003).

Assim, com a guarda compartilhada foi estabelecido um novo parâmetro de responsabilidade parental, onde pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, por ela ser a forma mais útil de aplicação de cuidado e justiça aos filhos após o divórcio. Ainda promove o equilíbrio entre a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores e a limitação dos conflitos parentais contínuos. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio. (GRISARD FILHO, 2009).

5 CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou o instituto da guarda na realidade das famílias, em especial a modalidade de guarda compartilhada na família brasileira atual. Desmistificando as controvérsias e comparando as vantagens e desvantagens da referida modalidade e sua aplicação.

Este modelo de guarda compartilhada que acordo com a Lei nº 13.058/2014, é o regime de guarda preferencial, há o compartilhamento do poder familiar e da responsabilidade entre os pais, não significando, necessariamente, divisão igualitária de tempo. Privilegiam-se, assim, os laços de afetividade entre pais e filhos, em atendimento ao princípio da preservação dos interesses dos menores.

Com a possibilidade de fixação da guarda compartilhada mesmo inexistindo acordo entre os pais, basta que ambos tenham aptidão para o seu exercício, ou seja, que tenham condições morais e educacionais, assim como proximidade e afinidade com os filhos, não se confundindo, esta aptidão, com as condições materiais dos genitores.

O intuito deste trabalho foi demonstrar a guarda compartilhada como um benefício no âmbito familiar, sendo a alternativa que mais assegura o melhor interesse do menor dentre as demais modalidades existentes.

Através dos conceitos apresentados no primeiro capítulo, foi exposto a evolução da família, da legislação, os conceitos e diferenças entre guarda e o poder familiar, com fito de esclarecer todo o processo histórico até se chegar à configuração atual de família.

Posteriormente, foram expostas as modalidades de guarda no intuito de se comparar os benefícios e desvantagens de cada uma. Dentre elas dando destaque a guarda compartilhada.

Ademais, tratou-se finalmente da guarda compartilhada e as alterações que ela trouxe para o cotidiano familiar. Sendo através dela que o poder familiar pode ser exercido por ambos os pais, regulamentada pela Lei nº 13.058/14, chamada de Lei de Igualdade Parental ou Lei da Guarda Compartilhada, que vem alterar dispositivos do Código Civil de 2002, para reduzir os traumas e assegurar o princípio do melhor interesse da criança.

Desta forma, a guarda compartilhada faz com que os pais juntos assumam as responsabilidades parentais, de cuidado, proteção e educação, tomando decisões conjuntas sobre tudo da vida da criança ou adolescente.

Como vantagens desse tipo de guarda temos a responsabilidade mutua de ambos os genitores nos cuidados cotidianos relativos à educação e a criação do menor, o direito do

filho ter os dois pais de forma contínua em sua vida ficando inalterada a ligação emocional com seus pais. Já como desvantagens, temos o atrito entre os pais na resolução de interesse do menor, que podem muito bem serem solucionados se houver empenho de ambas as partes priorizando o bem estar do menor e o seu melhor interesse.

Sendo assim, conclui-se que a Guarda Compartilhada é uma alternativa bastante eficaz para aplicação e usufruto da responsabilidade parental na família atual.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. Atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960. v. 2. p. 279.

BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Brasília, DF, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Revogada pela Lei nº 8.069, de 1990. Brasília, DF, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Novo Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Agravo de Instrumento nº 0908481-21.2006.8.08.0000, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Des. Rel. Elípidio José Duque, j. Em 10.10.06. Brasília, DF, 2006.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a guarda compartilhada. Brasília, DF, 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014. Brasília, DF, 2014b.

_____. **Guarda compartilhada pode ser instituída mesmo havendo graves desavenças entre o ex-casal.** Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF - APC: 20130111132839, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/03/2016 . Pág.: 328. Brasília, DF, 2016.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris; 2000; pg. 47-78.

CARDOSO, Simone Tassinari. *Do Contrato Parental à Socioafetividade*. In: ARONNE, Ricardo (Coord.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DALVI, Stella. *DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO JUDICIAL*. **E-Gov**, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-de-fam%C3%ADlia-div%C3%B3rcio-e-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

_____. **Manual de direito de família**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 527.

_____. **Filho da mãe**. 2016. Disponível em: <editoramagister.com/doutrina>. Acesso em: 20 mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, v. 5. 22. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 9.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado: Texto Integral**. Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, [18--?]. p. 47. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v.2).

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Lima (coord.). **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 12. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008. p. 939.

GOBBI, Shaienne Mattar. **Plausibilidade da Guarda Compartilhada Face ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2003. Monografia (Graduação em Direito), Centro Universitário de Vila Velha/ES, Vila Velha, 2003.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Entrevista: Guarda Compartilhada e obrigação alimentar**. [S.l.]: Assessoria de Comunicação do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM, 2013.

GROENINGA, Câmara Giselle. **Guarda compartilhada: a efetividade do poder familiar**. São Paulo: Editora Método, 2009.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 2003.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: direito de família, direito das sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas. In: NAZARETH, Eliana Riberti; MOTTA, Maria Antonieta Pisano (Coord.) **Direito de família e ciências humanas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

_____. Guarda Compartilhada: uma solução possível. **Revista Literária do Direito**, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. A nova Família: problemas e perspectivas. In: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. **Ajuris**, v. 36, p. 53-64, [2002].

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança: da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, jul-ago, ano 2000, n. 06: 31-51.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. TJ-RJ - APL: 00168181020098190001 Rio de Janeiro Capital 4 Vara de Família, Relator: Monica Maria Costa Di Piero, Data de Julgamento: 28/05/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 07/06/2013. Rio de Janeiro, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS - AI: 70056660699 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 14/11/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/11/2013. Rio Grande do Sul, 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70058323130, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/10/2014). (TJ-RS - AC: 70058323130 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 16/10/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/10/2014. Rio Grande do Sul, 2014.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória: mito ou realidade? o que muda com a aprovação do PL 117/2013**. 2014. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda dos Filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WELTER, Pedro Belmiro. Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e ser-em-família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.