

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAQUARA

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ROSELI CORTEZI FABRI GALEOTE

**A GUARDA DE FILHOS COM O ENFOQUE JURÍDICO/SOCIAL NO
MODELO DA GUARDA COMPARTILHADA**

ARARAQUARA – SP

2014

ROSELI CORTEZI FABRI GALEOTE

**A GUARDA DE FILHOS COM O ENFOQUE JURÍDICO/SOCIAL NO
MODELO DA GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como exigência parcial para a finalização do
Curso de Especialização em Processo Civil
pelo Centro Universitário de Araraquara –
Uniara.

Orientador: Tiago Romano

ARARAQUARA – SP

2014

DECLARAÇÃO

Eu, Roseli Cortezi Fabri Galeote, declaro ser a autora do texto apresentado Trabalho de Conclusão de Curso, no programa de pós-graduação lato sensu em Direito processual Civil com o título “**A Guarda de Filhos com o Enfoque Jurídico/Social no Modelo da Guarda Compartilhada**”.

Afirmo, também, ter seguido as normas do ABNT referentes às citações textuais que utilizei e das quais eu não sou a autora, dessa forma, creditando a autoria a seus verdadeiros autores.

Através dessa declaração dou ciência de minha responsabilidade sobre o texto apresentado e assumo qualquer responsabilidade por eventuais problemas legais, no tocante aos direitos autorais e originalidade do texto.

Araraquara, 09 de junho de 2014.

Roseli Cortezi Fabri Galeote

ROSELI CORTEZI FABRI GALEOTE

**A GUARDA DE FILHOS COM O ENFOQUE JURÍDICO/SOCIAL NO MODELO DA
GUARDA COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como exigência parcial para a finalização do
Curso de Especialização em Direito Processual
Civil pelo Centro Universitário de Araraquara
– Uniara.

Orientador: Tiago Romano

Data da defesa/entrega: ___/___/___

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Nome e título

Membro Titular: Nome e título

Membro Titular: Nome e título
 Universidade.

Média _____

Data: ___/___/___

Centro Universitário de Araraquara
Araraquara-

SP

Dedico a realização deste trabalho ao meu esposo Rogerio e aos meus filhos Felipe e Tiago, que sempre me apoiaram de forma decisiva para a concretização deste meu sonho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por me presentear com esta oportunidade e por me conceder saúde e fé para prosseguir nesta jornada.

À minha mãe e meu pai (*in memoriam*), por todo cuidado, zelo e esforço que tiveram em minha criação.

Ao meu marido e filhos, pelo apoio e incentivo que sempre me deram não só neste, mas em todos os empreendimentos de minha vida.

Aos meus colegas de trabalho do Juizado Especial Federal de São Carlos, que colaboraram nesta nova etapa de aprendizado.

Ao meu orientador Tiago Romano, por sua dedicação na realização deste trabalho.

“Ai daqueles e daquelas que, em lugar de visitar de vez em quando o amanhã, o futuro, pelo profundo engajamento com o hoje, com o aqui e com o agora, ai daqueles que, em lugar desta viagem constante ao amanhã, se atrelarem a um passado de rotina”.

(Paulo Freire)

RESUMO

Este trabalho abordou, sob os aspectos doutrinários, legais e cotidianos, a Guarda de Filhos, principalmente no que concerne ao modelo da Guarda Compartilhada, inserida no ordenamento jurídico através da Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, analisando, especialmente, as vantagens e desvantagens proporcionadas pelo exercício efetivo e em conjunto do poder familiar pelos genitores após o rompimento da relação conjugal, visando privilegiar a manutenção dos laços que vinculam os pais aos filhos.

Palavras-chave: Guarda de Filhos. Guarda Compartilhada. Poder Familiar.

ABSTRACT/ RESUMEN/ RÉSUMÉ

The authors studied the 'Guard of children' under the aspects of doctrine, and the legal and daily life, specially under the legal framework of the law no. 11.698 of June 13, 2008. The study explored the disadvantages and advantages of the effective exercise of the family power by the parents after the disruption of the marriage relationship, with the objective to maintain the links between parents and children.

Keywords: Custody of children. Shared Custody. Family Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
OBJETIVO	11
METODOLOGIA.....	12
1 PODER FAMILIAR.....	13
1.1 CONCEITO	13
1.2 ASPECTOS RELEVANTES DO PODER FAMILIAR	14
2 GUARDA DE FILHOS.....	16
2.1 CONCEITO E MODALIDADES DE GUARDA.....	16
2.2 MODIFICAÇÃO DA GUARDA	19
3 GUARDA COMPARTILHADA	20
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	20
3.2 CONCEITO	20
3.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO	21
3.4 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	22
3.5 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	23
3.6 PARALELO ENTRE AS GUARDAS ALTERNADA E COMPARTILHADA	23
3.7 LIMITES DA GUARDA COMPARTILHADA.....	25
3.8 AVANÇOS DA GUARDA COMPARTILHADA	26
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS	30

INTRODUÇÃO

Considerando a perda de longevidade dos casamentos e também das uniões estáveis devido aos conflitos cada vez mais aparentes, onde nessas relações são concebidos filhos, eis que surge, a questão da guarda (e da visitação, que é uma consequência) assunto extremamente relevante no que se refere a assuntos de família. Neste conflito no que tange a guarda, atua o Judiciário de uma maneira um tanto soberba mensurar os valores em disputa para que se alcance a razão suprimindo as emoções travadas pelos litigantes, a decisão mais adequada para o destino dos menores.

Quando há o término da relação, o casal se separa e os filhos permanecem na guarda de um dos progenitores, não sabe o juiz ao certo até quando os reclamantes procederão aos seus pedidos, no rancor de uma separação ou na razoabilidade de minimizar o sofrimento da criança, discutindo sobre o seu bem estar e sua educação.

O professor Silvio Rodrigues advertiu que:

Cumpra ao juiz ser extremamente cauteloso quando se trata de alterar a guarda, ou o regime de visitas, pois qualquer modificação no sistema vigente pode acarretar funestas repercussões na sensibilidade infantil. Não deve ser severo demais no analisar o comportamento alheio, nem excessivamente tolerante ao julgá-lo.¹

Por outro lado, historicamente a nossa sociedade vem mudando, e o ser humano tentando adaptar-se a esta mudança, seja na economia, nos costumes e a forma de conviver em sociedade. E como não poderia ser diferente, as famílias também mudaram, aquela mãe rotulada como dona de casa, responsável pelos filhos, marido e todos os afazeres de casa, aos poucos ficou no passado, para dar lugar a uma mulher moderna, mais independente, que trabalha fora, e que divide com o Pai através de seu labor as despesas com a família, que outrora o homem era o responsável. Portanto houve um equilíbrio nas relações, os pais dividindo os afazeres familiares e com seus labores mantendo a casa.

Diante deste novo advento, também amparados pelos princípios do melhor interesse do menor e da igualdade entre homens e mulheres, passaram alguns julgados a admitir um novo modelo de guarda, a compartilhada, como resposta eficaz à

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6, p. 273.

continuidade das relações entre os filhos menores e ambos os genitores na família pós-separação, semelhante à família intacta.

A guarda compartilhada surge como uma forma mais branda para a aplicação do poder familiar no caso de dissolução da família, com o objetivo de ser menos traumático a separação dos pais para os filhos, fazendo com que os mesmos participem igualmente nas decisões importantes tomadas na vida destes. Tal instituto tem o objetivo de minimizar o sofrimento dos filhos a vista da separação dos pais, fazendo com que a convivência com os filhos, principalmente os menores fique de uma forma quase que inalterada e mais harmonizada – prevalecendo a mútua responsabilidade parental, uma aliada que reaproxima, na dissolução, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião.

Apesar dos pais separados os mesmos devem partilhar a educação dos filhos mesmo estando em residências opostas, colaborando ambos nas decisões inerentes a conduta e orientação dos filhos. Faz-se necessário que após a dissolução do casal, que os mesmos deixem de lado as rugas que tiveram para ainda figurarem como pai e mãe e lembrarem que ambos têm vital importância no desenvolvimento dos filhos, seja intelectualmente, psicologicamente e afetivamente.

O trabalho desenvolvido situa-se no limiar de uma nova tendência, que começa a existir no mundo jurídico do Direito de Família brasileiro, ou seja, a possibilidade de, muitas vezes, ser utilizado como modelo ideal a mais nova modalidade de guarda inserida no ordenamento jurídico, a saber, a guarda compartilhada, possibilitando que ambos os genitores exerçam de forma conjunta e efetiva todos os deveres que o poder de família lhe impõe.

OBJETIVO

É de conhecimento notório que o número de casais que se separam vem aumentando nos últimos anos, acarretando o surgimento de conflitos no seio familiar, inclusive no que diz respeito à questão da guarda dos filhos.

Serão apresentadas no decorrer deste trabalho as formas de guarda utilizadas em nosso ordenamento jurídico, evidenciando suas consequências para a criança, que é na verdade vítima da dissolução.

Em razão da problemática social, que aumenta o número de casais que se divorciam ou separam, a tendência moderna é buscar novas soluções que minimizam os impactos negativos proveniente dos conflitos oriundos da ruptura do vínculo conjugal que põe em risco a formação da personalidade dos menores, gerando sentimento de desamparo, medo e insegurança, o que é resultado da substituição do convívio diário com os pais por visitas esporádicas.

Devido às mudanças que ocorriam, refletindo diretamente no Direito de Família, fez-se necessária a intervenção da doutrina e da jurisprudência, que ampliaram as possibilidades para aplicação do regime de guarda de filhos, surgindo a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico.

Sabemos que os filhos necessitam da mãe e do pai para ter um desenvolvimento sadio. Nesse sentido, a guarda compartilhada revela-se como sendo a solução ideal para os dias de hoje, por permitir a manutenção da convivência dos filhos com os pais, que não estão mais unidos pelo laço conjugal, evitando que sofram demasiadamente com essa ruptura, cumprindo os objetivos constitucionais impostos às relações paternas.

Assim, o presente estudo objetiva discutir e difundir os benefícios que esse tipo de guarda pode trazer para a criança.

METODOLOGIA

Para a elaboração deste artigo foi realizado levantamento, leitura e análise crítica de obras sobre o assunto, referenciadas no final.

1 PODER FAMILIAR

1.1 CONCEITO

O novo Código Civil denomina o pátrio poder constante no Código de 1916 como poder familiar. Com a evolução das relações em família ao longo do século XX, o instituto sofreu mudanças substanciais, e sua função originária (exercício de poder dos pais sobre os filhos) passou a ser a obrigação e dever dos pais para com os filhos.

Segundo Silvio Rodrigues o pátrio poder é: "o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes." (2001. v. 6, p. 356).

Waldir Grisard Filho define o instituto como: "um instituto de proteção à menoridade que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores, tratando-se de um *mumus público*."²

Muito embora não seja fácil definir um conceito restrito para o instituto, diante das várias mudanças ocorridas ao longo da história, Maria Alice Zaratin Lotufo o define:

“como sendo o conjunto de direitos e deveres, atribuídos aos pais, no que tange à pessoa e aos bens dos filhos menores, com a finalidade de proporcionar-lhes subsistência, educação e proteção”.³

Pode-se definir o poder o poder familiar como sendo as obrigações que os pais têm em relação aos filhos, a fim de assegurar-lhes sua formação. Na realidade, entende-se que não se trata tecnicamente de um "poder", mas do exercício de uma gama de deveres, que habilitam os pais a criar a prole com responsabilidade.

A caracterização de poder não significa despotismo, e sim a autoridade que os pais têm sobre os filhos juntamente com o dever de cuidá-los, com o propósito do melhor para o seu futuro desenvolvimento. Atualmente, a relação entre pais e filhos é de autoridade daqueles para com estes, e não de poder. O exercício da autoridade é premissa para a formação do caráter dos filhos e da preservação da integridade dos

² GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada, um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.39.

³ LOTUFO, Maria Alice Zaratin. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 254.

mesmos, o que apenas pode ser alcançado em um ambiente fraterno, onde todos os membros da família sejam valorados de forma equivalente.

1.2 ASPECTOS RELEVANTES DO PODER FAMILIAR

Interessante observar que o poder parental nem sempre foi exercido de forma compartilhada pelos cônjuges.

Até meados do século XX, a estrutura familiar era patriarcal, tendo o pai em seu pilar. No topo da pirâmide existia a figura do pai, chefe da sociedade conjugal que governava a família com seu poder, sendo o filho considerado sua propriedade.

Posteriormente, com a revolução industrial, fenômeno que levou as pessoas do campo para as cidades a fim de servirem de mão de obra nas indústrias, a responsabilidade de cuidar dos filhos foi delegada à mulher. O homem não possuía nenhum papel direto na educação de sua prole; este, tão somente era o provedor totalmente desinteressado em dar tipo de atenção a seus filhos entendia que isso era obrigação exclusiva da mulher que deveria ficar em casa cuidando da prole enquanto o homem trazia o sustento para a família.

Diante das mudanças sociais, o direito cuidou de se adaptar aos novos modelos estabelecidos, trazendo alterações marcantes nas relações familiares, dentre as quais a isonomia conjugal, alteração esta significativa, que desencadeou o surgimento do poder familiar, sendo este um instituto jurídico que visa a proteção dos filhos menores.

Em conformidade com o que dispõe nosso Código Civil, evidencia a igualdade de sexos existentes, não só na sociedade em geral, mas também na própria sociedade conjugal, conferindo aos pais o exercício simultâneo e conjunto da incumbência legal imposta pelo Estado.

Com efeito, o poder familiar tem como característica marcante a proteção integral das crianças e adolescentes, sendo mais coerente que ambos os pais exerçam o poder familiar.

Dessa forma, nota-se que o instituto do poder familiar em muito se alterou no curso da história, acompanhando a trajetória da própria família e, conseqüentemente, da sociedade.

Com relação à nomenclatura “poder familiar” introduzida pela Lei nº 10.406/02, que é a nova legislação civil brasileira do século XXI, verifico que a alteração teve como fundamento o fato de que a expressão pátrio poder denota, imediatamente, a ideia

de prevalência da figura paterna sobre os filhos. Na verdade, a modificação da nomenclatura não traduz a criação de um novo instituto jurídico, mas uma nova denominação, adequada ao texto constitucional e compatibilizada com o avanço marcante e profundo da sociedade.

A esse respeito, observa Orlando Gomes: “A tendência moderna desenvolve-se no sentido da consagração legal do princípio da paridade conjugal, que, levado às suas últimas consequências, importa completa supressão do poder marital, a ser substituído pela autoridade conjunta e indivisa dos cônjuges.” (*Direito de família*, 1991.p. 24).

Assim, percebe-se que houve maior preocupação com o binômio amor e afeto sobre a entidade familiar, tornando a relação entre pais e filhos mais isonômica, amorosa e sentimental.

2 GUARDA DE FILHOS

2.1 CONCEITO E MODALIDADES DE GUARDA

Por iniciativa de Rui Barbosa, a expressão “guarda” passou a fazer parte do Projeto do Código Civil de 1916, em substituição a posse, contando com a aprovação Martinho Garcez⁴, que considerava “posse” de pessoas adequada para escravos, posse de coisas, de direitos e de estado e não de filhos. A dignidade à pessoa humana está estabelecida em nossa Carta Magna (art. 1º, III), portanto, as diferenças existentes no relacionamento dos pais, não poderão interferir negativamente quanto aos direitos inerentes à dignidade dos filhos. Além do sofrimento causado pela separação, os filhos ainda passam pelo risco do abandono.

O art. 1.634, I, do Código Civil dispõe que “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores dirigir-lhes a criação e educação”. O estabelecimento da guarda de filho sem nosso ordenamento jurídico deve-se ao fato de que os pais, guardadores natos, não cumprem plenamente a obrigação de dirigir aos filhos tais direitos. A separação dos casais, com a ruptura da habitação em comum, é o fator que mais influi para que os pais não executem na plenitude o direito parental, já que pais e filhos passam a não conviverem um único ambiente doméstico. A definição da guarda define também na companhia de quem permanecerá o filho.

Portanto, conceder a guarda significa regular uma situação de fato, designando com quem ficará o filho. A responsabilidade objetiva dos pais para com os filhos está prevista no art. 932, I e 933, do CC, assim sendo, os direitos e obrigações decorrentes do poder parental não se alteram porque o filho está na guarda da mãe ou do pai, pois os pais continuam vinculados ao dever de vigilância, bem como de condução, da melhor maneira possível, dos caminhos do desenvolvimento educacional e da formação do caráter dos filhos. A guarda dos filhos é sempre motivo de disputa, porque a presença constante dos mesmos gera contentamento para os pais, o que concede direito de os pais tê-los consigo, porém, a esse direito corresponde o dever da criação, atendendo a todas as suas necessidades fundamentais.

⁴ GARCEZ, Martinho. *Do Direito da Família*. São Paulo: LZN, 2003, p. 213.

Maria Helena Diniz elucida o correto significado de guarda nas seguintes palavras:

Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.⁵

E, Lopes de Oliveira complementa tal conceito afirmando que a guarda é “um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo Juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade”⁶.

Considerando os ensinamentos doutrinários, pode-se definir a guarda como um regramento de caráter provisório para em caso de separação ou divórcio dos pais de filhos menores ou incapazes, disciplinar com quem compete ter a companhia do filho, delegando relativa proeminência ao escolhido no que tange aos atributos do poder familiar. A determinação do guardador não confere ao mesmo exclusividade quanto ao dever de zelar pela educação do filho, o guardador passa a ter certa autonomia para dirigir os atos da vida diária, e no caso em que a decisão se referir a fatos determinantes na vida do menor como a mudança de escola, é necessário o consentimento do não guardião para tais mudanças. Decisões de maior interesse dos filhos deverão ser tomadas em conjunto pelos pais.

A guarda comum ou originária é o primeiro modelo de guarda que advém do vínculo matrimonial ou da união estável, em que ocorra desta união o nascimento do filho, surgindo a figura do pai e da mãe. Tal modelo é natural e não judicial, no qual todos os deveres inerentes do poder familiar são exercidos por ambos os cônjuges e em consequência a guarda, sem a existência da figura do não guardião.

Por outro lado, com a cisão do vínculo conjugal, ocorre o surgimento da guarda judicial, em que a guarda será deferida conforme a regra que melhor interessa para o menor.

Nesse aspecto, existem três tipos de guarda.

Tradicionalmente, a guarda dos filhos, nos casos de separação e divórcio, sempre coube a apenas um dos genitores, ou seja, sempre se reconheceu à utilização da guarda única, exclusiva ou uniparental, na qual o filho permanece e mora com um dos

⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 444.

⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Guarda, Tutela e Adoção*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1997, p. 53.

ascendentes, sendo que ao outro é resguardado o direito de visita, mantém relações mais reduzidas, descontínuas e irregulares quanto ao tempo com o menor, acarretando o afastamento entre eles. Nesta modalidade de guarda há igualdade dos deveres dos pais para com os filhos, sendo que ao visitante cabem também as obrigações e deveres para com o menor, e não somente desfrutar dos momentos felizes e de sua companhia. A esse respeito, anotou Fábio Ulhoa Coelho:

Se o filho não vai bem na escola, a responsabilidade por encaminhar uma solução não cabe exclusivamente ao titular da guarda, mas a ambos os pais. Se o menor precisa de aconselhamento, cuidados médico, diversão ou atenção e carinho, não se pode omitir o pai ou a mãe que não titula a guarda, sob o pretexto de dela estar excluído.⁷

A guarda alternada pode ser uma opção dos pais, na qual a criança permanece um período com o pai, e outro, com a mãe, com inversão do direito de visitação. A justificativa para escolha dessa modalidade acontece quando os pais residem em cidades distantes ou até mesmo em outros países, porque a rotatividade de guarda, ora com o pai, ora com a mãe, prejudica futuros valores da criança, como o de fincar raízes onde vive. A educação e a construção do próprio espaço, fator indispensável para a sua perfeita socialização, são prejudicadas pelas constantes mudanças.

E, finalmente, a guarda conjunta ou compartilhada, que sem dúvida é a que a melhor atende os interesses dos menores, considerando que os pais sejam totalmente solidários para a execução dos deveres e uso dos direitos do poder parental. É indubitavelmente um modelo em que pais e filhos não estão distanciados apesar da separação, pois pai e mãe são guardadores integralmente, com acordo de trânsito livre para que o filho circule entre as duas residências. Eduardo Oliveira Leite defende, entusiasticamente, a guarda conjunta, anotando:

As crianças da guarda conjunta não criam a imagem distorcida que a exclusividade da guarda tradicional fomenta, isto é, o vínculo exclusivo e sufocante a um só genitor. Como se sabe, quando a criança vive só com um genitor (que ainda não superou os conflitos da separação), ele tende a afastar o outro genitor do imaginário infantil. Ou bem ignora a figura o ex-conjuge, ou bem (o que é pior) refere-se constantemente ao ex-parceiro de forma depreciativa. Qualquer que seja o recurso utilizado por esse genitor, o efeito em relação à criança é devastador, bastando se considerar que a criança tem necessidade de ambos os pais. A guarda conjunta minora – o que pode reduzir o grau de inexpressividade – conduta dessa natureza.⁸

⁷COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 110.

⁸LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 284.

Por oportuno, ressalta-se que esse modelo de guarda será objeto de estudo mais aprofundado no capítulo seguinte.

2.2 MODIFICAÇÃO DA GUARDA

As decisões sobre guarda de filhos não transitam em julgado porque nunca são definitivas. Como a guarda não constitui situação irreversível, mas sim, solução de “posse de fato”, a titularidade poderá ser alterada em virtude da teoria da proteção integral da criança e do adolescente.⁹

O art. 43, do ECA, e o art. 1.586, do CC, autorizam o juiz intervir, sempre que for para o bem da criança, nas relações envolvendo guarda de filhos, construindo, em correspondência com as provas, outra sentença. O Desembargador Sidnei Beneti¹⁰ ensina que a alterabilidade, que é característica igualmente nas sentenças que fixam alimentos, como autorizado pelo art. 1.699, do CC, é própria das “chamadas sentenças determinativas, ou seja, que não transitam materialmente em julgado”.

O § 5º do art. 1.584 dispõe: “Se juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” Depreende-se, pois, que o instituto da modificação da guarda sempre foi empregado não como instrumento de penalização dos pais que não cumprem obrigações de guarda unilateral ou compartilhada, mas visando o melhor interesse da criança. A modificação, com inversão do detentor da guarda, é uma medida que se demonstra correta no interesse da criança, tomada nos casos em que os pais não revelam condições de exercer a guarda.

O princípio do melhor interesse do menor é questão de ordem pública, exigindo atuação constante e criteriosa, observando que as modificações que invertem a titularidade da guarda são realizadas para o bem da criança e não para punir pequenas infrações de baixo potencial. A busca para definição do que é melhor para os interesses da criança é infundável diante das constantes mudanças, com observância frente a realidade social vivenciada.

⁹VIANA, Marco Aurélio S., *A tutela da criança e do adolescente*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. p. 130.

¹⁰BENETI, Sidnei. *Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. p. 389.

3 GUARDA COMPARTILHADA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Essa modalidade de guarda inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento.

O que se pretende alcançar com esse novo modelo é a manutenção dos laços que uniam pais e filhos antes da quebra do relacionamento conjugal. A base em que se constrói a ideia da guarda compartilhada é que as desavenças entre os pais não podem afetar a relação com os filhos, é necessário que estes recebam educação de ambos os pais e não só de um deles, conforme visto em diversas famílias.

3.2 CONCEITO

Diante da insatisfação da sociedade frente ao modo de deferimento da guarda nos tribunais, surge a guarda compartilhada buscando reequilibrar os papéis desempenhados por pais e mães.

Pode-se definir a guarda compartilhada ou guarda conjunta como sendo um instituto jurídico no qual ambos os genitores, separados judicialmente, mantém o direito a guarda e a responsabilidade do filho, com alternância dos períodos em que o menor ficará em sua posse.

Como atribuição advinda desta forma de guarda, os pais tornam-se mais presentes na vida dos filhos. As responsabilidades passam a ser dos dois, e não exclusivamente do pai ou da mãe, com participação mútua no processo de desenvolvimento dos filhos. Busca-se a manutenção dos laços afetivos e a diminuição dos efeitos causados pela separação, outorgando aos pais o exercício pleno da função parental. Pretende-se assegurar o direito da criança e de seus pais, tornando a responsabilidade pela criação e desenvolvimento da criança uma obrigação de ambos.

Para Waldir Grisard Filho:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à

continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.¹¹

Com o intuito de por fim a desigualdade dominante nos julgados, muitos juristas passaram a reivindicar que na disputa da guarda de menores primeiramente o magistrado tentasse expor para os pais a possibilidade do modelo da guarda compartilhada e os benefícios que traria para a criança, e somente sendo frustrada tal tentativa é que se pensaria no modelo da guarda única.

Nesse sentido, o magistrado Ronaldo Martins acrescentou que:

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e o fato de viverem estes separados não pode retirar da criança esse direito, como fazem alguns, causando-lhes traumas, sofrimentos e angústias pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é responsável por sua existência em um certo fim de semana – que pode não acontecer, eventualmente, em razão de um compromisso profissional urgente e inesperado, de um médico, dentista ou advogado que necessitou atender a um cliente no horário da ‘visita’. (...) O convívio do filho com o pai ou a mãe que não tem sua custódia não pode ser denominado de visita e não pode ser esporádico como é adotado no sistema padrão. (...) Entendo que, mesmo separados, os pais devem permanecer unidos quanto aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar.¹²

Compreende-se, portanto, a guarda compartilhada ou conjunta como sendo um instituto onde filhos de pais separados, continuam sob a autoridade de ambos os genitores, que tomam as decisões importantes em conjunto tais como sob o bem estar dos filhos, educação, criação, assegurando-se lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além de propiciar o contato com ambos os pais.

3.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A guarda compartilhada entrou em vigor no direito de Família brasileiro no dia 15 de agosto de 2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, transformando a guarda compartilhada em guarda legal.

¹¹ GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada, um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 47.

¹² MARTINS, Ronaldo (Juiz da 1ª Vara da Família do Rio de Janeiro). *Parecer sobre guarda de filhos de pais separados*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/82003-parecer.htm>>. Acesso em: 16 maio 2014.

A introdução desse novo modelo de guarda no ordenamento jurídico brasileiro surgiu em razão dos avanços profundos da humanidade, principalmente no que tange ao direito de família, impondo-se ao legislador e aos operadores do direito, soluções inovadoras e adequadas com a nova realidade social.

Antigamente, era praticamente impossível encontrar decisões que tratavam de guarda compartilhada, vez que seu significado e conteúdo eram desconhecidos pela comunidade, que se reportavam sempre a utilização da guarda alternada.

No entanto, o legislador ao inseri-la no ordenamento jurídico criou um novo modelo de guarda que enseja alterações nas relações paterno-filial e materno filial, propiciando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor.

Com essa nova modalidade de guarda, diminuem-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam na adequação à nova rotina e aos novos relacionamentos após a separação de seus pais.

3.4 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

O aspecto principal da guarda compartilhada é a responsabilidade exercida por ambos os genitores nos cuidados diários relacionados à criação do menor, à educação e ao direito do filho ter ambos presentes contínua em sua vida ficando inalterada a ligação emocional com seus pais que, na maioria das vezes, se encerra de forma abrupta com separação ou o divórcio.

A guarda conjunta estabelece respeito entre os pais que, embora não mais estejam juntos, para que desempenhem bem o poder familiar, devem conviver de forma harmônica para conciliar as decisões relativas à vida de seus filhos.

Além disso, esse instituto facilita a adaptação da criança com o novo estilo de vida, evitando que o filho escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, geralmente, de muita angústia e sofrimento em virtude do medo de magoar o pai ou a mãe que foi preterida.

E, de acordo com os ensinamentos de Deirdre Neiva:

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

espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.¹³

3.5 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Apesar das inúmeras vantagens geradas pela guarda compartilhada, há desvantagens no caso de pais que não cooperam entre si, ou seja, para que o casal exerça a guarda de forma compartilhada em prol dos filhos menores e necessários que entre os genitores haja conversa e harmonia com relação aos filhos.

No caso de desentendimentos e desavenças entre os pais, o exercício em conjunto da autoridade parental não sobrevive, devendo-se optar pelo modelo tradicional de guarda.

Dessa forma, é viável que haja efetiva participação e empenho de ambos os pais na vida cotidiana de seus filhos, mesmo após o rompimento do vínculo conjugal, para que a guarda compartilhada sobreviva e proporcione a preservação dos vínculos afetivos entre pais e filhos.

O ideal seria que os pais morassem relativamente perto um do outro, pois, caso contrário, não se viabilizará a divisão e o compartilhamento exigidos aos cuidadosos filhos que esse tipo de guarda proporciona.

Cabe ressaltar, ainda, que nesse tipo de guarda é importante evitar a alternância de lares, garantindo, desde o início, que os genitores fixem uma residência habitual da prole que será o ponto de referência para garantir a estabilidade emocional e social dos menores.

3.6 PARALELO ENTRE AS GUARDAS ALTERNADA E COMPARTILHADA

Interessante estabelecer um paralelo entre os dois modelos de guarda que atualmente são aplicados em determinados casos de família visando diferenciar de forma clara o exercício da guarda compartilhada e a alternada.

¹³NEIVA Deirdreaapud BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Considerações sobre guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 17 maio 2014.

A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto jurídico que visa, essencialmente, a participação em nível de igualdade dos genitores nos assuntos relacionados aos filhos. É a plena participação de ambos os genitores em todos os aspectos da formação dos filhos, independentemente destes permanecerem na companhia de um deles apenas nos finais de semana e feriados. Nesse tipo de guarda inexistente disputa entre os genitores que, de forma equilibrada, vivem, na plenitude, a relação de genitores.

A guarda compartilhada é requerida na própria ação autônoma (divórcio, dissolução de união estável ou cautelar) por apenas um deles e com consenso dos genitores. Pode-se afirmar, sem dúvida, que a guarda compartilhada objetiva proteger o melhor interesse do menor, que tem por direito inegociável a presença compartilhada dos pais.

O termo compartilhar traz a ideia de participar em conjunto. Remetendo-se ao contexto da guarda, tal ideia é totalmente contrária à guarda alternada, que como o significado do nome diz, se alterna, ocorrendo de forma sucessiva, uma vez sim e outra não.

A guarda compartilhada consiste em uma forma de convivência em harmonia, em que os genitores não tratam o filho como objeto em seu poder por determinado tempo. Apesar de o regime para visita ser flexibilizado, busca-se manter o referencial de moradia para o filho, o que é de suma importância em sua formação, ficando em companhia hora do pai, hora da mãe.

Já o instituto da guarda alternada consiste na alternância da guarda, bem como do poder de decisão sobre a prole. A criança muda de casa em períodos iguais e pré-estabelecidos pelos genitores, situação que gera instabilidade emocional ao menor, podendo levar à perda de habitualidade, continuidade e rotina de seus vínculos e afazeres cotidianos.

Não há previsão legal para essa modalidade de guarda no ordenamento jurídico, uma vez que conforme disposto no “caput” do artigo 1.583 da lei 10.406/02: “A guarda será unilateral ou compartilhada”, visto que o legislador adotou o sistema dual no que se refere à guarda de menor, embora esta modalidade não seja vista com bons olhos pelo Poder Judiciário, pode ser aplicada caso requerida em consenso pelos genitores do menor, desde que o juiz esteja convencido de que esta seria a solução mais favorável e sadia para a criança envolvida, não podendo o menor perder, *por completo, o verdadeiro significado de lar familiar.*

A respeito desse tipo de guarda explica Waldir Grisard Filho que: "Não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno".

3.7 LIMITES DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda exercida de forma conjunta permite que os pais compartilhem a guarda jurídica e física, não obrigando que o filho tenha que escolher com quem ficará. Através desta modalidade de guarda, consegue-se fazer com que os filhos não tenham sensação de abandono por parte dos pais, sentimento este causado pelo distanciamento imposto pela separação ou divórcio.

No entanto, os problemas decorrem da execução desse sistema, pois o compartilhamento não está restrito a uma fase preliminar, devendo ser duradouro e forte para vencer todos os desafios que não tardarão a ocorrer. Os pais devem tomar decisões harmoniosas para que os filhos não se lembrem da separação, evitando atitudes e gestos que importem invasão de privacidade, o que recomenda inserção de regras que evitem o trânsito livre deles pelas novas residências, meio de inúmeros conflitos entre eles.

Um ponto interessante diz respeito acerca da possibilidade de um dos cônjuges levar consigo o filho para outro Estado ou Federação mais distante (ou para o exterior), depois de estabelecida, por consenso, a guarda compartilhada.

Nesse sentido, há decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou medida cautelar em que a mãe de três crianças buscava o direito de se mudar com os filhos menores, temporariamente, para os Estados Unidos. De acordo com o processo, os pais exercem a guarda compartilhada dos filhos desde a separação do casal, mas, como residem em cidades distintas, a guarda efetiva vem sendo exercida pela mãe. Ela disse ter sido contemplada com uma vaga para mestrado em uma universidade norte-americana e que a mudança seria pelo período aproximado de um ano. Como o pai não autorizou a viagem iniciou-se a disputa judicial para suprimento do consentimento paterno.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, negou a medida e afirmou que, em momento oportuno e com mais maturidade, os menores poderão usufruir experiências culturalmente enriquecedoras sem o desgaste emocional de serem obrigados a optar entre dois seres que amam de forma igual e incondicional, assinalando, ainda, que "não

é aconselhável que sejam as crianças privadas, nesse momento de vida, do convívio paterno, fundamental para um equilibrado desenvolvimento de sua identidade pessoal" e que "também não se recomenda que os filhos sejam afastados do convívio materno, o que geraria inequívoco prejuízo de ordem psíquico-emocional". Acrescentou, ainda, que "o ideal seria que os genitores, ambos profundamente preocupados com o melhor interesse de seus filhos, compusessem também seus interesses individuais em conformidade com o bem comum da prole".

Interessante destacar que para se estabelecer a guarda compartilhada é de suma importância que, além de haver respeito recíproco entre os genitores, estes residam próximos a seus filhos; caso contrário, será fisicamente impossível a efetiva convivência.

No mesmo sentido, o comentário da Psicóloga Psicopedagoga Maria Helena Rizzi, que esclarece que "A Guarda Compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade possuem uma relação de respeito e cordialidade e estão emocionalmente maduros e resolvidos na questão da separação conjugal."¹⁴

3.8 AVANÇOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Está em tramitação no Senado o Projeto de Lei da Câmara 117/2013 de autoria do então Deputado Arnaldo Faria de Sá, que trata da guarda compartilhada, e tem como objetivo esclarecer a aplicação deste importante instituto.

A Lei 11698/2008 alterou o texto do Art. 1584 do Código Civil, para a seguinte redação: "Quando não houver acordo entre mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada".

A expressão sempre que possível referia-se a capacidade psicológica, financeira e emocional de criar a criança, a habilitação do genitor em participar da vida e do desenvolvimento do filho, nada tendo a ver com o tipo de relacionamento entre os ex-cônjuges.

Porém a maioria dos Magistrados, apoiados na Jurisprudência consolidada, aplicam os conceitos do Código Civil de 1917, tal ordenamento considerava a "guarda natural da mãe" como princípio de partida e a colocava na posição de vítima, o que era fato devido aos costumes da época, onde a mulher não podia trabalhar, era submissa a

¹⁴RIZZI, Maria Helena. *Guarda Compartilhada, sob o prisma psicológico*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=480180144>>. Acesso em: 17 maio 2014.

situação do marido e ser mãe solteira não era bem visto perante a sociedade, e o pai era colocado como gestor financeiro da família, ou seja, era o mantedor do sustento da mesma. Até então estas decisões eram compreensíveis para uma sociedade do início do século XX.

Fica sem nexo que os Magistrados atribuam a Guarda Compartilhada a harmonia de relações entre os casais que se separaram. Se os genitores recorreram ao Judiciário para a definição da guarda é certo que os mesmos estejam em litígio, e que não existe relação harmoniosa, e para evitar que um dos genitores seja relegado a uma posição secundária e que o outro o Guardião da Guarda Unilateral faça Alienação Parental, deveria ser imposta a Guarda Compartilhada. Caso houvesse acordo entre os Pais não haveria de falar em processo, e sim de uma audiência para a homologação do acordo.

Atualmente a mulher não se encontra mais em posição de vítima, porque trabalham e tem capacidade de sustentar a sua família, situação muito diferente de outrora no início do século XX. Muitos pais querem participar na vida dos seus filhos, partilhar da convivência, isso independente da relação vivida com seus pares, o fim da convivência dos cônjuges não de frear a relação entre pais e filhos.

O projeto de Lei do Deputado Arnaldo alterou o texto do artigo 1584 do CC, clareando a ideia escrita do parágrafo 2º com o seguinte texto: “Quando não houver acordo entre mãe e 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.”

Neste texto ficou claro que sempre que houver desacordo entre os genitores, deverá ser aplicada a Guarda Compartilhada e a expressão “sempre que possível” foi substituída pelo texto da sua definição, tornando-o com possibilidades pequenas de interpretação do Magistrado. Na parte final do texto o autor com a finalidade de proteger o menor de um dos genitores que obrigatoriamente ficasse com a guarda e não desse o amor, atenção e cuidados ao menor e na verdade a guarda deste se tornaria um fardo, o texto abriu a possibilidade do mesmo abrir mão da guarda.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado no presente trabalho, a presença dos pais na vida do filho é de suma importância, proporcionando-lhe a estrutura que necessita para sua formação, tornando-o uma pessoa formada sob os aspectos físico, intelectual e emocional. A presença dos pais na vida da criança proporciona segurança e confiança, levando ao melhor desenvolvimento.

Pode-se dizer que a guarda dos filhos é realizada no modo natural quando não há ruptura na relação conjugal, sendo que o exercício dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar é exercido de forma plena por ambos os cônjuges.

O fim da relação conjugal causa impacto profundo na estrutura familiar, e o filho é quem sempre sofre mais com tal ruptura, necessitando de atenção e cuidados para que não haja comprometimento em sua formação.

Porém, o rompimento da relação conjugal altera a situação da guarda dos filhos. Comumente, o modelo adotado pelos Tribunais para a definição da guarda de filhos é o modelo da guarda única, em que um dos pais, chamado de guardião, possui a guarda física e jurídica, e ao outro cabe apenas a guarda física, com o poder de fiscalizar e visitar o filho.

Constatou-se que, as mudanças ocorridas através dos tempos levaram a reflexão quanto ao modelo de guarda comumente adotado. Constatou-se que o interesse do menor não estava sendo priorizado, visto que com o passar do tempo, a formação do filho era realizada apenas pelo guardião, já que o não guardião ficava cada vez mais afastado do menor, não participando efetivamente na sua formação moral e emocional, pois, por vezes, o guardião torna o contato que já é reduzido dificultoso.

Depreende-se, pois, que a guarda compartilhada é na atual conjuntura o modelo mais apropriado, pois possibilita que os filhos sejam criados por ambos os pais, e estes tenham prerrogativas iguais quanto aos direitos e deveres, sendo responsáveis pela formação, educação e sustento dos filhos.

Portanto, conclui-se que com o advento da Lei nº 11.698/2008, torna-se evidente a escolha da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, pois em que pesem as desvantagens apresentadas, indubitavelmente a guarda compartilhada é a que melhor atende ao princípio do melhor interesse do menor, já que o exercício efetivo e em conjunto do poder familiar pelos genitores após o rompimento da relação conjugal, visa privilegiar a manutenção dos laços que vinculam os pais aos filhos.

Sua aplicabilidade permite demonstrar que o fim da relação conjugal não precisa vir acompanhado de frustração, discórdia e incompatibilidade, propiciando a continuidade da relação entre filhos e pais, retirando, desse modo, da ideia de guarda, a ideia de posse.

Enfim, por todo o exposto, o que se deve ter em mente é que, independentemente do regime de guarda estabelecido em cada caso concreto, é imprescindível que todos os integrantes da família se respeitem e sejam solidários entre si. Por essa razão, permanecendo unida, será sempre o ponto de apoio, o conforto, o refúgio e a fortaleza de seus membros.

REFERÊNCIAS

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

ARRUDA, João. *Pátrio poder*. São Paulo: Siqueira, Nagel & Cia., 1912.

BENETI, Sidnei. *Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Parecer sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 16 maio 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: Guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCEZ, Martinho. *Do Direito da Família*, Editora LZN, 1. ed. 2003.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEÃO, Cesar. *O futuro da Guarda Compartilhada - PLC 117/2013*. Disponível em: <<http://cesarapleao.jusbrasil.com.br/artigos/113722673/o-futuro-da-guarda-compartilhada-plc-117-2013>>. Acesso em: 17 maio 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Cláudia Batista. *Guarda Compartilhada valoriza papel do pai e da mãe*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 maio 2014.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ronaldo (Juiz da 1ª Vara da Família do Rio de Janeiro), *Parecer sobre guarda de filhos de pais separados*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/82003-parecer.htm>>. Acesso em: 16 maio 2014.

NEIVA, Deirdreapud Lucas Hayne Dantas Barreto, *Considerações sobre guarda compartilhada*, in Jus Naviganti, Teresina, ano nº 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 17 maio 2014.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Guarda, Tutela e Adoção*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1997.

RIZZI, Maria Helena. In Artigo intitulado: *Guarda Compartilhada, sob o prisma psicológico*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=480180144>>. Acesso em: 17 maio 2014

RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: Direito de Família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6.

VIANA, Marco Aurélio S. *A tutela da criança e do adolescente*, in Direitos de Família e do Menor. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.