

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
LARISSA JUDITH SILVA

O ETERNO PARALELO ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA

FORMIGA – MG
2012

LARISSA JUDITH SILVA

O ETERNO PARALELO ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Unifor-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Altair Resende de Alvarenga

FORMIGA – MG

2012

LARISSA JUDITH SILVA

O ETERNO PARALELO ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutorando: Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Formiga, 19 de novembro de 2012.

Dedico esta vitória ao Rei dos reis e Senhor dos senhores, JESUS.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão pelo amor e carinho.

E como não poderia deixar de ser, ao professor e orientador deste trabalho, Dr. Altair Resende de Alvarenga, zeloso mestre, dedicado, empreendedor em multiplicar conhecimentos, seus ensinamentos foram cruciais para a realização deste trabalho.

RESUMO

A Guarda Compartilhada foi uma mudança ocorrida no modelo de guarda usada como regra no Direito de Família. Introduzida pela Lei nº 11.698/2008 que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, o compartilhamento da guarda tem como foco a busca de melhor qualidade do desenvolvimento dos filhos, afetados pela convivência com pais separados. O presente estudo tem como objetivo analisar a guarda compartilhada, visando o atendimento do princípio do melhor interesse da criança, questão prioritária sempre que o assunto versar sobre tais interesses. Trata do poder familiar, abordando a evolução da família ao longo dos tempos. Versa sobre os sujeitos do poder familiar e os critérios legais para o seu exercício, suspensão, destituição ou extinção. Trás ainda a guarda, sob um enfoque geral, definindo seu conceito, sua evolução legislativa e as diversas modalidades. Analisa a guarda compartilhada, abordando a evolução do instituto, e descreve seus aspectos legais e polêmicos, com ênfase para a sua admissão e para a responsabilidade dos guardiões. Afirma-se, neste estudo, que a guarda compartilhada é um meio de exercício da autoridade parental conferido aos pais, os quais desejam continuar o relacionamento com os filhos quando há a ruptura da família.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Aplicabilidade.

ABSTRACT

Shared custody was a change occurred in the model saves used as rule in family law. Introduced by law No. 11,698/2008, which changed the editorial articles 1,583 and 1,584 of the Civil Code of 2002, the share of childcare has as main idea assist in seeking better quality development of children, victims of coexistence with separated parents. This study aims to investigate the shared custody to the principle of best interests of the child, which must be priority whenever the matter because such interests. This is the power family, focusing on the evolution of the family. Versa on the subject of power family and legal criteria, suspension, dismissal or extinction. Behind even custody under a general approach, defining its concept, its legislative developments and the various arrangements. Analyzes the shared custody, addressing the concept and the evolution of the Institute, and investigates polemic and legal aspects, with emphasis on their admission and for responsibility of guardians. Asserts that the shared custody is a means of exercise of parental authority conferred on the parents who wish to continue the relationship with their children when the family fragmented.

Keywords: Family. Shared Custody. Applicability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PODER FAMILIAR E GUARDA NA LEGISLAÇÃO ATUAL	11
2.1 Evolução do Poder Familiar	11
2.2 Modalidades de Exercício de Guarda	16
2.2.1 Exclusiva ou Unilateral	17
2.2.2 Propriamente dita ou Dividida	17
2.2.3 Alternada	18
2.2.4 Guarda deferida a Terceiros	19
2.2.5 Nidação ou Aninhamento	19
2.2.6 Conjunta ou Compartilhada	20
2.3 Noções Gerais sobre Guarda Compartilhada	20
3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM NOVO PADRÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
3.1 Aspectos Gerais da Lei nº 11.698/2008	24
3.2 Princípios Norteadores do Direito de Família aplicáveis ao Sistema	27
3.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	28
3.2.2 Princípio da Convivência Familiar	30
3.2.3 Princípio da Paternidade Responsável	32
3.3 Consequências Legais Decorrentes da Guarda Compartilhada	33
3.3.1 Da Responsabilidade Civil	33
3.3.2 Do dever de Prestar Alimentos	35
4 ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE O INSTITUTO	38
4.1 A Viabilidade da Aplicação da Guarda Compartilhada	38
4.1.1 Fundamentos Jurídicos	38
4.1.2 Fundamentos Sociais	39
4.1.3 Fundamentos Psicológicos	40
4.2 A Inviabilidade da Aplicação da Guarda Alternada	45
4.3 Considerações sobre a Inaplicabilidade da Guarda Compartilhada	48
4.4 Imposição Judicial da Guarda Compartilhada	51
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Propõe-se, neste trabalho, um estudo sobre a guarda compartilhada, analisando a Lei nº 11.698/2008. Tem por objetivo demonstrar a sua importância no campo teórico e prático, visando à manutenção dos vínculos familiares existentes entre pais e filhos, baseando-se na cooperação entre os genitores nos cuidados diários dos menores.

A escolha do tema se justifica devido às inúmeras mudanças ocorridas na sociedade, principalmente, no que se refere à família e às relações entre pais e filhos após a ruptura dos laços conjugais.

No segundo capítulo, foi abordado o Poder Familiar no Código Civil de 2002, bem como as diversas modalidades de exercício de guarda, trazendo, principalmente, noções básicas sobre a guarda compartilhada.

Tendo em vista que os modelos de guardas existentes no ordenamento jurídico privilegiam apenas um dos genitores, surgiu uma corrente doutrinária que defende, com ardor, a chamada guarda conjunta ou compartilhada. A convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos, garante, de forma efetiva, a co-responsabilidade parental, assegurando a permanência de vínculos mais estreitos e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço.

Para acompanhar essa evolução da família, adveio a Lei nº 11.698/2008, instituindo a guarda compartilhada e alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002.

O terceiro capítulo trata dos aspectos gerais da Lei nº 11.698/2008 e dos princípios norteadores do Direito de Família aplicáveis ao sistema e as consequências legais decorrentes da guarda compartilhada. Foram feitas ainda considerações à cerca da responsabilidade civil dos atos do menor.

O quarto e último capítulo trata do tema problema do presente trabalho, fazendo um verdadeiro paralelo entre a guarda alternada e compartilhada, concluindo ser a guarda compartilhada uma modalidade de guarda de efetivo sucesso, quando há o consenso entre os genitores do menor.

Entre as inovações, figuram-se as correntes doutrinárias, sendo uma que defende a aplicabilidade da guarda compartilhada somente havendo acordo/consenso entre os pais, objetivando assim proteger o melhor interesse do menor e outra que defende a aplicação deste instituto mesmo nas relações conflituosas, como forma, até mesmo, de possível pacificação entre os pais.

De acordo com a nova Lei, há a possibilidade de imposição da guarda compartilhada pelo magistrado, 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.

O cerne da presente discussão está em se perquirir se a modalidade de guarda compartilhada efetivamente atende o melhor interesse da criança e do adolescente tanto no âmbito jurídico como no social.

São estes os aspectos analisados e sobre os quais se pretende discorrer para se chegar a uma conclusão sobre os benefícios da guarda compartilhada.

2 PODER FAMILIAR E GUARDA NA LEGISLAÇÃO ATUAL

2.1 Evolução do Poder Familiar

Poder familiar é expressão nova no direito brasileiro, correspondente ao antigo pátrio poder, termo advindo do remoto direito romano: *pater potestas* – tratando-se de direito absoluto e ilimitado, conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.

Nos primórdios da civilização, a família constituía uma entidade extremamente rigorosa, baseada na figura paterna e no autoritarismo.

Em Roma, a família patriarcal era caracterizada pelo absoluto poder que o pai possuía sobre a pessoa do filho, podendo, inclusive, dispor da vida de um filho ou vendê-lo. O *'Pater familias'* era o chefe absoluto.

No Direito Romano, os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao *'pater familias'* a autoridade suprema do grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre o filho (*ius vitae ac necis*). (PEREIRA, 2001, p. 237).

O “Pátrio Poder” foi uma das características marcantes da história de Roma, onde o homem era o chefe da família, que deveria proteger e cuidar da mulher e dos filhos.

Toda família tinha seu patriarca, que exercia todo tipo de função. Todos os membros da família eram submissos a ele.

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido e na sua falta ou impedimento, é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela tal exercício com relação aos filhos.

A Constituição Federal concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, e ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, outorgou o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns, o que se insere do artigo 226, parágrafo 5º da Carta Maior que preconiza: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Segundo Maria Berenice Dias (2009) o Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou consideravelmente o instituto, deixando de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que, propriamente de direitos em relação a eles.

Sobre a evolução ocorrida na legislação civil, tratando-se atualmente de poder familiar e não mais existente a denominação “pátrio poder” critica o doutrinador Sílvio Rodrigues (2009) ao dizer que pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.

O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um *múnus* e, talvez, devendo falar em função familiar ou em dever familiar.

Com a consagração do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes pela Constituição da República, em seu artigo 227, o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamente a autoridade.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2009, p.60), conceitua o poder familiar: “É o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.

No que diz respeito aos deveres da família, da sociedade e do Estado, estes estão disciplinados na Constituição Federal em seu artigo 227.¹

A autoridade parental está impregnada de deveres no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer, sobretudo, outra necessidade dos filhos, qual seja, de índole afetiva.

Para Waldyr Grisard Filho:

¹ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CAHALI, 2008, p.141)

Tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente. (FILHO, 2008, p. 24).

O poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.

Todos os filhos, de zero a dezoito anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais, em relação a eles e a seus bens, com a finalidade de protegê-los enquanto durar a menoridade.

O poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens da prole. A competência dos pais “quanto à pessoa dos filhos menores” foi bem tratada pelo Código Civil em seu artigo 1634.²

Segundo entendimento de Maria Berenice Dias (2009), do extenso rol do citado artigo não consta, talvez, o que seja o mais importante, qual seja dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Já na esfera patrimonial, no que tange ao exercício do poder familiar, cabe salientar que é dever imposto aos pais a administração dos bens dos filhos, como bem exposto no artigo 1689 da lei civil. O desempenho da função deve visar, precipuamente, ao interesse do menor.³

² Art. 1634 (...)

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (CAHALI, 2008, p. 444)

³ Art.1689 – O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

No entanto, o próprio código civil limitou o poder dos pais de administrar os bens dos filhos: os pais não podem alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos menores, nem contrair obrigações em nome deles que ultrapassem os valores da simples administração, exceto por necessidade ou evidente interesse da prole, havendo a necessidade de prévia autorização judicial (CC, art. 1.691).

Atingindo o filho a maioridade, descreve Maria Berenice Dias (2009, p. 350) que “os bens lhe são entregues com seus acréscimos, não tendo ele direito de pedir que o genitor lhe preste contas. Da mesma forma, o pai também não pode exigir qualquer remuneração pelo trabalho desempenhado”.

O Estado ainda poderá interferir na relação familiar, objetivando resguardar os interesses do menor, sendo que a lei disciplina os casos em que o titular do poder familiar ficará privado de exercê-lo, temporariamente ou de forma definitiva.

Essa legitimidade do Estado de interferir no âmbito familiar é bem exposta pelo professor Sílvio Rodrigues:

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. (RODRIGUES, 2004, p. 363).

Logo, é prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

A suspensão e a destituição constituem sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres inerentes ao poder familiar, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. Em face das seqüelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Portanto, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a sua suspensão.

A suspensão do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade, sendo medida menos grave, estando sujeita à revisão, nos termos do artigo 1637 do Código Civil.⁴

Existe, ainda, a possibilidade de se decretar a suspensão do poder familiar, caso algum dos pais seja condenado por crime, cuja pena exceda a 02 (dois) anos de prisão.

Assim, tem-se que a suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la sempre que tal solução se mostre mais indicada, tendo em vista o princípio da proteção integral à criança e da prioridade absoluta. Pode ser aplicada a todos os filhos ou a um único somente, como abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Nas palavras de Sílvio Rodrigues (2008, p. 370), observa-se “assim, como visa atender ao interesse dos filhos, totalmente descabida, a sua imposição de forma discricionária, sem a devida atenção à prole”.

Com a doutrina da Proteção Integral, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro, através do artigo 227 da Constituição Federal, ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O princípio da proteção integral à criança e ao Adolescente adotado pelo ECA, tem como fundamento que a criança e o adolescente sejam sujeitos de direito, deixando, pois, de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos, tratando-se de destinatários de absoluta prioridade e, sobretudo, o devido respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por outro lado, existem as hipóteses de extinção e perda do poder familiar, que é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos.

⁴ Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

§ único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão. (CAHALI, 2008, p. 444-5)

Contudo, cabe salientar que as medidas de suspensão e extinção são sempre excepcionais, tendo em vista que a prioridade é manter a criança sempre na sua família natural.

A perda do poder familiar está claramente disposta no artigo 1638 da legislação civil, descrevendo em que situações a medida será adotada.⁵

A perda do poder familiar é uma sanção imposta por sentença judicial, sendo sanção de maior alcance, tratando-se de medida imperativa e, não, facultativa.

As hipóteses de extinção do poder familiar estão elencadas no artigo 1.635 do Código Civil.⁶

Trata-se, portanto, de um poder indisponível, que decorre da paternidade natural ou legal e, por isso mesmo, não há a possibilidade de seus titulares transferirem, por iniciativa própria, para terceiros e, tampouco, existe a possibilidade de sua prescrição pelo desuso. A extinção do poder familiar ocorrerá tão somente dentro das hipóteses legais.

2.2 Modalidades de Exercício de Guarda

Frente ao divórcio dos pais, surge a questão da guarda dos filhos. Guarda na lição de Miranda (1983, p. 94), “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.

De acordo com Yessef Said Cahali (2008), nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda obriga à prestação de assistência material,

⁵ Art. 1638 - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

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

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (CAHALI, 2008, p. 445)

⁶ Art. 1635 – Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação; nos termos do artigo 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção e;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1638. (CAHALI, 2008, p. 445)

moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

2.2.1 Exclusiva ou Unilateral

Na denominada guarda exclusiva ou unilateral, a guarda é atribuída, isoladamente, a um só dos genitores, ficando a criança sob os cuidados de apenas um dos pais, tendo o outro o dever de prestar alimentos e o direito à visita.

A custódia unipessoal será atribuída motivadamente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente, tenha aptidão para propiciar ao filho afeto, saúde, segurança e educação, nos termos do artigo 1583, § 2º do Código Civil.⁷

Contudo, essa espécie de guarda gera conflitos em relação ao pouco convívio com os filhos e a possibilidade de um afastamento gradual do genitor que não detiver a guarda.

Nesse sentido, está o seguinte entendimento:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. (DIAS, 2009, p. 404).

A atual legislação permite aos genitores optar por outras modalidades de guarda, cabendo-lhes definir qual o modelo de guarda que irá melhor atender às necessidades afetivas do menor.

2.2.2 Propriamente dita ou Dividida

⁷ Art. 1583 – (...)

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

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação. (CAHALI, 2009, p. 440)

A guarda dividida é outra modalidade que merece destaque, sendo que, através dela, o menor vive em um lar fixo e recebe a visita periódica do genitor que não detiver a guarda.

Nessa sistemática, preferencialmente, a criança fica com a mãe, o que cria problemas quanto ao papel do pai que acaba sendo desestimulado a exercer a guarda e, como consequência lógica, afastando-se do convívio de seus filhos.

A guarda dividida para o ilustre doutrinador em direito de família, Eduardo de Oliveira Leite tem o seguinte sentido:

Guarda dividida se impôs como o recurso de exercício de autoridade parental mais propício à criança, já que ela viverá num 'lar' determinado e usufruirá da presença do outro genitor – a quem não foi atribuída à guarda – através do direito de visita. (LEITE, 2008, p. 260).

Entende Waldyr Grisard Filho:

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas. São os próprios pais, hoje, que contestam esse modelo e procuram novos meios de garantir uma participação maior e mais comprometida na vida de seus filhos depois de finda a sociedade conjugal. (FILHO 2002, p. 112).

Cabe registrar, pois, que a guarda dividida é atribuída à mãe, mas tal fato já não representa mais uma verdade absoluta nos dias atuais. Mudanças no perfil profissional de homens e mulheres têm tido forte influência no sentido de os pais estarem preparados para exercer a titularidade da guarda dos filhos após a ruptura da sociedade conjugal.

2.2.3 Alternada

A guarda alternada ocorre quando um dos genitores exerce, alternadamente, a guarda dos filhos com todos os atributos que lhe são próprios.

Essa modalidade de guarda, apesar de fracionada, não deixa de ser uma guarda única, pois o período de tempo que cada um irá exercer a guarda pode ser de um ano escolar, um mês, uma semana ou, até mesmo, no dia a dia.

Com a adoção desse modelo, os pais são obrigados a dividir em partes iguais o tempo que passam com seus filhos, mas, sempre, exercendo de maneira única, a guarda do menor.

O grande inconveniente desse sistema é a não determinação de um domicílio definitivo para a criança, o que pode, verdadeiramente, ocasionar problemas na formação da sua personalidade, tendo em vista não haver um ponto fixo de referência para se direcionar ou se apoiar, priorizando tão somente a conveniência dos pais.

2.2.4 Guarda deferida a Terceiros

O Estatuto da Criança e do Adolescente baseia-se na proteção integral das crianças e adolescentes segundo direito dos mesmos de serem criados em sua família, e de forma excepcional, em família substituta, ou seja, a guarda deferida a terceiros .

Dessa forma, poderá a criança ou o adolescente, ter uma família, mesmo que já não tenha mais a sua onde nasceu, portanto, uma família substituta, a qual virar a preencher a falta de pai ou mãe ou familiares, onde o afeto é parte importante, pois fará com que o menor se sinta acolhido e querido.

2.2.5 Nidação ou Aninhamento

Outra maneira de alternância da guarda seria a que o filho resida e permaneça em uma só casa e com as mesmas rotinas, e os pais alternem sua estadia nesta casa, para atender e conviver com os filhos, ou seja, os pais teriam que ter outra casa para quando não estivessem residindo com o filho.

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

Essa espécie de guarda é criticada por muitos, tendo em vista os altos custos que impõe a sua manutenção, posto que haveria de ter uma residência para

o pai e outra para a mãe, e mais uma terceira para o filho, que recepcionaria, alternadamente, os pais.

Surgiu, assim, dentre essas modalidades de exercício da guarda, um novo modelo de responsabilidade parental denominado guarda conjunta ou compartilhada, buscando sanar as deficiências apresentadas pelas outras modalidades existentes.

2.2.6 Conjunta ou Compartilhada

A guarda compartilhada está definida na lei, sendo a responsabilização e o exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar, nos termos do artigo 1583, parágrafo 1º do Código Civil Brasileiro.

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam mais presentes na vida dos filhos, garantindo assim, de forma efetiva, a co-responsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço.

Portanto, o compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

2.3 Noções Gerais sobre Guarda Compartilhada

Na família tradicional, a organização se dava em torno da figura paterna, visto como um chefe incontestável.

Contudo, com o declínio da figura do patriarca e a inserção da mulher no mercado de trabalho, as famílias constituídas por um dos pais e sua prole passaram a ter maior relevância. Segundo Leite (2009) a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal. As pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal.

A monoparentalidade sempre existiu, pois diversos são os fatores que podem determiná-la.

Deve-se levar em consideração a existência de mães solteiras, ou de pessoas que se encontram sem os respectivos cônjuges, e incumbidas da criação dos filhos, o que, também, caracteriza o fenômeno.

Sobre a questão discorre Maria Cláudia Crespo Brauner:

Essas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e é sabido que percebe salário menor do que o homem. A família monoparental é chefiada, na maioria dos casos, pela mulher, e essa situação revela, mais uma face injusta de nossa realidade social, de modo que a discriminação do mercado de trabalho induz as mulheres a enfrentar a necessidade de sustentar os filhos. (BRAUNER, 2006, p. 303).

Portanto, pode-se verificar que, diante de rupturas de laços conjugais, como o divórcio, o critério legal adotado por excelência era a guarda exclusiva, a qual era concedida a um só dos genitores.

Waldyr Grisard Filho destaca tais mudanças citando que:

O crescente número de rupturas – hoje aceitas com mais naturalidade pelo corpo social – dá lugar a que, cada vez mais, se suscitem conflitos em relação à guarda de filhos de pais que não mais convivem, fossem casados ou não. Sendo escassas, como se disse, as regras legais a respeito, cumpre à Doutrina e à Jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais a seus filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais que o texto constitucional definitivamente expurgou, como se vê pelo artigo 226, § 5º.” (FILHO 2002, p.108).

Frente a estas situações, e buscando os interesses da criança, surge uma nova corrente doutrinária, a qual questiona essa forma de guarda e preza pela plena comunicação dos filhos com seus pais, bem como o direito destes de compartilharem a criação e a educação daqueles, evitando o rompimento dos vínculos afetivos tão necessários ao desenvolvimento da criança, sobretudo, no aspecto psicológico.

O termo guarda conjunta é de origem inglesa, “*joint custody*”, e diz respeito à possibilidade de os filhos de pais divorciados serem assistidos por ambos os genitores. Entende-se segundo Filho (2009) que, nesta modalidade, os pais têm efetiva e igualitária autoridade legal sobre os filhos, dispensando-lhes maiores cuidados do que na guarda única (*sole custody*).

Afirma Waldyr Grisard Filho (2009), que a guarda compartilhada ou conjunta originou-se na Inglaterra por volta dos anos 60 e, progressivamente,

introduziu-se no Direito Civil. A partir dos anos 80, a fixação de custódia exclusiva foi se tornando cada vez mais mitigada, tornando-se quase inexistente na sociedade inglesa.

Esta modalidade de guarda, no Direito Francês, começou a ser implementada em 1970, assumindo, a partir de então, grande relevância, com a substituição da expressão guarda por autoridade parental.

Para esta legislação, o exercício unilateral da guarda é uma opção subsidiária. As obrigações dos genitores permanecem após o divórcio, conservando, ambos a autoridade parental.

Pode-se afirmar que, a partir dos anos 70 o Direito norte-americano começou a absorver a tendência da guarda conjunta, sendo amplamente divulgada.

Segundo os especialistas no tema, o surgimento da guarda compartilhada tem por finalidade reequilibrar os papéis parentais, co-responsabilidade parental, posto que a sociedade mostra-se cada vez mais insatisfeita no que se refere ao deferimento da guarda unilateral, a qual impera nos tribunais pátrios. Afirma Eduardo de Oliveira Leite:

A noção de guarda conjunta surgiu de duas considerações bem nítidas: o desequilíbrio dos direitos parentais, que se tornou uma medida anacrônica, e de uma cultura que desloca o centro do seu interesse sobre a criança em sociedade de tendência igualitária. Quanto ao desequilíbrio apontado, a nítida proeminência dos direitos da mãe sobre seu filho, há muito vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade entre homem e mulher. A preferência reconhecida à mãe, e que encontra suas raízes mais próximas em toda literatura médico-social do século XIX, passou a ser contestada na segunda metade do século XX, quando os princípios de igualdade de sexos começaram a invadir o terreno estritamente privado do direito de família. O acesso da mulher ao mercado de trabalho e a redistribuição dos papéis familiares, certamente, não só redimensionam a figura paterna no meio familiar, mas também revalorizaram o papel da paternidade numa estrutura que o desejava secundário. (LEITE, 2003, p. 262).

A ruptura conjugal implica mudanças, especialmente, para as crianças, que se distanciam de um dos genitores, perdendo seu próprio referencial. A guarda compartilhada propõe a fazer com que ambos os pais dividam direitos e obrigações, ou as decisões mais importantes relativas aos filhos, incentivando, desta forma, um contato maior, frequente e, sobretudo, contínuo destes para com seus dois genitores.

Como bem expressa Waldyr Grisard Filho:

No sistema de guarda compartilhada, pai e mãe continuam deliberando conjuntamente as questões relativas à prole, independente de estarem separados. Definem sobre educação, saúde, lazer, viagens, enfim, partilham as decisões, evitando a sobrecarga econômica e emocional para um deles, como ocorre na modalidade de guarda exclusiva. Desta forma, poderão exercer não só a guarda jurídica, mas, sobretudo, o poder familiar na mesma medida. (FILHO, 2005, p. 126).

Assim, a guarda compartilhada constitui-se, verdadeiramente, a alternativa que mais se adequa a realidade de pais separados, como discorre Eduardo de Oliveira Leite:

O que se pretende, através da nova fórmula, é consagrar o direito da criança a seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual, nem que para tanto, seja necessário “forçar” um dos genitores assumir sua postura frente à criança. (LEITE, 2003, p. 284).

Nesse sentido, o exercício compartilhado da guarda contribuirá, sobremaneira, para a criança, que aprenderá a diferenciar que os pais estão se separando um do outro e não dela.

3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO UM NOVO PADRÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Aspectos Gerais da Lei nº 11.698/2008

Há tempos, já sentia na sociedade brasileira um forte movimento reivindicatório em favor da legalização da guarda compartilhada, que foi atendido por meio da edição da Lei nº 11.698, de 13/06/2008. A principal questão advinda com esta lei é a previsão expressa acerca da guarda compartilhada. No ordenamento jurídico pátrio, não havia, até então, nenhuma previsão legal a respeito desta modalidade de exercício de guarda.

Discorre Sérgio Eduardo Nick (2004) que, desde o ano de 2002, o Projeto de Lei nº 6.350, de autoria do então deputado federal Tilden Santiago, encontrava-se em tramitação. O projeto tinha por finalidade alterar os artigos 1583 e 1584 do Código Civil e instituir, legalmente, a guarda compartilhada no Brasil. Em agosto de 2004, o projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família do Congresso Nacional, sendo encaminhado, em agosto de 2006, para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Antes mesmo da edição da lei, encontra-se um dos fundamentos da guarda compartilhada inserido, implicitamente, no artigo 1.579 do novo Código Civil, discorrendo sobre os direitos e deveres dos pais, englobando-se, assim, a possibilidade do exercício da guarda compartilhada.⁸

A primeira observação acerca da nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 é que eles não se referem somente à guarda dos filhos para o caso de dissolução do vínculo conjugal frente o divórcio, mas, sim, à situação dos filhos em qualquer hipótese em que os pais não vivam juntos.⁹

⁸ O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

⁹ Art. 1583 - 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.1584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

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

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

Pela análise do dispositivo acima citado, verifica-se que o mesmo estabelece de forma expressa o que é a guarda compartilhada, conceituando sua forma e aplicação, trazendo uma modalidade nova de exercício de guarda para solucionar problemas de casais que, efetivamente, não querem causar aos filhos verdadeiros “traumas” com o fim do casamento.

Dispõe o artigo 1584 do Código Civil, que caberá aos pais acordarem se a guarda será unilateral ou compartilhada. Não existindo, pois, acordo, qualquer um deles pode propor ação para que o juiz a fixe, levando em consideração sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. É, ainda, dever do juiz, expor as partes, por ocasião da audiência, a importância da guarda compartilhada e os benefícios advindos dela, bem como a responsabilidade de ambos perante o filho.¹⁰

Anteriormente à Lei 11.698/2008, quando havia divergência entre os pais, a guarda era sempre unilateral, sendo atribuída, exclusivamente, à mãe, ao pai, ou, se nenhum dos genitores apresentasse condições satisfatórias para exercê-la, até mesmo, a uma terceira pessoa.

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º (vetado) (BRASIL, República, Lei 11.698/2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2012)

¹⁰ Art.1584 – A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidade específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

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

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

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

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, República, Lei 11.698/2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 nov. 2012)

Pela atual legislação, mesmo não havendo acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada, nos dizeres do artigo 1.584, § 2º. Verifica-se, então, que a guarda compartilhada foi priorizada, ficando, em segundo plano, a instituição da guarda unilateral.

Se o juiz verificar não ser aconselhável a aplicação da guarda compartilhada, não lhe restará alternativa senão atribuí-la, exclusivamente, a um dos pais. Nesse caso, a guarda unilateral, nos exatos termos do artigo 1.583, § 1º, será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, mais precisamente, àquele que poderá propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação.

Se, ainda, verificando o magistrado que nenhum dos genitores oferece as condições acima mencionadas, poderá conferi-la a uma terceira pessoa, levando-se em consideração o grau de parentesco e, sobretudo, a relação de afinidade e afetividade para com o menor, tratando-se de verdadeira medida de exceção.

Em brilhante artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, estão os dizeres de Magalhães e Azevedo:

Ressalta-se que a guarda, nestes casos envolvendo terceiros, como tios, avós, ou, ainda, envolvendo um dos genitores e terceira pessoa, como os avós maternos ou paternos, estará se respeitando o constitucional princípio da dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, atendendo ao superior interesse da criança. (MAGALHÃES e AZEVEDO, 2008, p. 50-62).

Cabe registrar que a guarda dos filhos menores ou dos maiores incapazes, conforme disciplina o artigo 1586 do Código Civil, pode ser alterada a qualquer tempo, havendo modificação na situação fática.¹¹

O grande cerne da questão acerca da guarda compartilhada situa-se na necessidade ou não de os genitores, após a ruptura da convivência conjugal, manter um relacionamento harmonioso, calcado no respeito e desejo de querer proporcionar a melhor educação e o melhor atendimento as necessidades dos filhos.

Segundo Tânia da Silva Pereira (2005, p. 109-129), “é indiscutível que a guarda conjunta só pode ser adotada quando comprovado que os pais apresentam condições de equilíbrio psíquico para este belíssimo, mas complicado mister”.

¹¹ Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Ocorre que esta fundamental prerrogativa, para o sucesso da guarda conjunta, revela uma dificuldade prática, pois são raros os casais que conseguem manter um bom relacionamento após a ruptura da vida em comum.

Para que haja êxito nessa modalidade de guarda, é indispensável que os pais respeitem o espaço de cada um, sobretudo, sua intimidade e de suas famílias reconstituídas.

A criança tem direito à convivência com seus pais, mesmo que a família tenha sido modificada em razão da dissolução da sociedade conjugal e, visando ao melhor interesse do menor, a forma mais conveniente seria a guarda compartilhada.

3.2 Princípios Norteadores do Direito de Família aplicáveis ao Sistema

Todo um novo modo de ver o direito emerge da Constituição Federal, verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos do seu artigo 5º, § 1º.¹²

Segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides:

Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, a ensejar o conseqüente alargamento da esfera de direitos merecedores da tutela. (BONAVIDES, 1999, p. 237).

Maria Berenice Dias afirma quanto à importância dos princípios

Representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados. Daí o surgimento da necessidade de revisar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica. (DIAS, 2009, p. 60).

Os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, são conformadores da lei.

¹² As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Cabe, pois, discorrer sobre alguns dos princípios norteadores do direito das famílias.

3.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A doutrina do “melhor interesse” ou “superior interesse da criança”, eixo norteador evocado pelo poder judiciário quando se trata de decisões envolvendo menores no âmbito da família ou fora dela, tem a sua origem na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 1989 e ratificada, pelo Brasil, em 1990.¹³

Esta Convenção, que tem força de lei, não é apenas uma declaração de princípios, quando ratificada, representa um vínculo jurídico para os Estados-partes. Dentre outros itens importantes, existem aqueles que fazem referência direta aos deveres de ambos os genitores no que se refere à criação e educação dos filhos, bem como faz menção aos direitos da criança em relação à guarda.

No Brasil, os princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança foram contemplados na Constituição da República de 1988, por intermédio do artigo 227, cuja aplicação foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA em 1990.¹⁴

Conforme assinala Waldyr Grisard Filho (2008, p. 125): “o Brasil, assim, insere-se dentre os povos das Nações Unidas que reconhece primordial ‘o interesse maior da criança’, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade”.

O reconhecimento e a proteção dos direitos humanos são conquistas recentes, constituindo-se a base das constituições democráticas modernas. Para Norberto Bobbio (2004, p. 47), “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem

¹³ Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança. (Pereira, 2002, p.2)

¹⁴ Art. 227 - “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CAHALI, 2008, p.141)

reconhecidos e protegidos, não há democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

Afirma a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança:

A criança tem o direito de conhecer e conviver com seus pais, a não ser quando incompatível com seu melhor interesse; o direito de manter contato com ambos os genitores, caso seja separada de um ou de ambos; as obrigações do Estado, nos casos em que as separações resultarem de ação do Poder Judiciário, assim como a obrigação de promover proteção especial às crianças, assegurando ambiente familiar alternativo apropriado ou colocação em instituição, considerando sempre o ambiente cultural da criança. (RAMOS, 2008, p. 99).

O princípio do melhor interesse do menor permanece como padrão na atualidade, considerando, sobremaneira, as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais.

Cabe acrescentar que não se trata de conceito definido, está diretamente relacionado com os direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana, fundamento ápice da República Federativa do Brasil. É nesse fundamento que a ordem jurídica (democrática) constitui-se.

O princípio do interesse superior da criança funda-se no reconhecimento da peculiar condição humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude. Na concepção de Martha de Toledo Machado (2003, p. 123), “crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, estão em verdadeiro processo de formação”.

Os atributos da personalidade infanto-juvenil têm conteúdo distinto dos da personalidade dos adultos, trazem uma carga maior de vulnerabilidade, autorizando a quebra do princípio da igualdade; enquanto os primeiros estão em fase de formação e desenvolvimento de suas potencialidades humanas, os segundos estão na plenitude de suas forças. (MACHADO, 2003, p.123)

Nesta mesma linha de raciocínio, está o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O princípio do interesse superior da criança representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, à pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativa aos demais integrantes da família que ele participa. (GAMA, 2003, p. 458).

Entre os direitos fundamentais assegurados à criança, encontramos, ao lado do direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, o direito à convivência familiar, inúmeras vezes comprometidos quando pais não mais vivem juntos, experimentando dificuldades de relacionamento que se refletem no desenvolvimento dos filhos.

É importante frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente configura-se uma verdadeira legislação de proteção à infância. A rigor, destina-se à proteção integral de todas as crianças e adolescentes, independente de inserção de classe, operando a substituição de necessidades por direitos. Pela primeira vez na história do país, esta população é reconhecida como sujeito de todos os direitos inerentes à pessoa humana.

3.2.2 Princípio da Convivência Familiar

Trata-se de princípio fundamental do Direito de Família, sendo a convivência familiar vista como respaldo constitucional para a introdução da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. A consagração da convivência familiar, como princípio, está evidenciada no caput do artigo 227 da Constituição Federal. Esse mencionado direito deve ser assegurado a todas as pessoas, por força do princípio da dignidade humana, mas, em especial, à criança e ao adolescente, em razão da importância que o ambiente familiar representa em seu processo de formação.¹⁵

O direito à convivência é garantido a todas as pessoas humanas, devido a sua condição de direito fundamental. Assim, tanto pais como filhos são titulares de tal direito, com especial proteção às crianças e adolescentes, os quais o Estado deve garantir a convivência familiar com absoluta prioridade.

Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças no seio da família natural. No entanto, pode-se dizer que, às vezes, e, sempre,

¹⁵ Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CAHALI, 2008, p.141)

excepcionalmente, melhor atende aos interesses da criança a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. Daí, a necessidade de intervenção do Estado, afastando crianças e adolescentes do contato com os genitores, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas:

O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família. O direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da família. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue. (LÔBO, 2008, p.132).

Portanto, ao se falar em guarda compartilhada como instrumento da convivência familiar, procura-se garantir maior contato entre pais e filhos, para que os pais possam acompanhar as necessidades e transformações imediatas dos menores. Estes carecem da presença tanto da figura materna quanto da paterna para o seu regular desenvolvimento.

A ampla convivência proporciona aos filhos de pais divorciados maior segurança, sentimento de união e não de ruptura, próprio das separações.

A doutrina é uníssona ao afirmar a importância da convivência familiar para essas pessoas em fase de formação, uma vez que no âmbito familiar, poderão ser orientadas, receber educação, afeto e solidariedade, enquanto não atingirem a idade adulta.

Apointa ainda Maria Berenice Dias, sobre a questão do princípio da afetividade, hoje visto como elemento impulsionador dentro do direito das famílias.

A posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família. (DIAS, 2009, p.70).

Sob a ótica do princípio da convivência familiar, a guarda compartilhada proporciona a manutenção dos laços afetivos que decorrem do convívio familiar consolidados, anteriormente, à separação do casal. Isso permite uma maior aproximação do menor com a figura do não-guardião, além de contribuir para realização do melhor interesse dos filhos de pais divorciados.

3.2.3 Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável, inserido no direito do estado de filiação, está garantido, implicitamente, na Constituição Federal, em seu artigo 227, pois é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, proibindo expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, dispõe que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

O princípio da paternidade responsável foi incluído, de forma explícita, no artigo 27, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).¹⁶ Com isso, o direito da criança ou do adolescente ao reconhecimento do seu estado de filho, que antes da Constituição Federal era impedido em algumas situações pelo Código Civil (filhos ilegítimos adulterinos e incestuosos - art. 358, do Código Civil), passa a ser absoluto, podendo ser exercido a qualquer tempo e, inclusive, em face dos herdeiros dos pais, considerando-se de natureza personalíssima e não se podendo dele dispor.

Como forma de garantir maior efetividade ao exercício do direito de filiação, bem como maior obrigatoriedade ao princípio da paternidade responsável, veio a Lei nº 8.560/92, a qual regulamenta a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prevendo que o reconhecimento dos filhos é irrevogável e indicando as formas de reconhecimento.

Embora a lei nada mencione sobre a obrigatoriedade da mãe em declinar na certidão de nascimento o nome do suposto pai, existem dois entendimentos manifestados pelos operadores do direito no sentido de que a genitora é obrigada a informar o nome do suposto pai e a outra corrente não entende esta obrigatoriedade.

Para aqueles que prezam sobre a necessidade da indicação do nome do suposto pai, a paternidade responsável e o direito indisponível ao estado de filiação garantem que a mãe tem o dever de informar o nome, a identificação e a

¹⁶ Art. 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (CAHALI, 2008, p. 1142)

qualificação do suposto pai, sob pena de suspensão e perda do pátrio poder, por abandono.

A nova lei de adoção, Lei 12.010/09, também, assegura o direito do adotado, a qualquer tempo, conhecer sua origem biológica.

Porém, para os estudiosos da corrente contrária, a intimidade da mulher e sua liberdade de relacionamentos sexuais, mantendo-se o sigilo sobre os parceiros, não a obrigam a declinar o nome do suposto pai, até porque, poderá no futuro, ela própria, representando o filho menor, ou ele próprio, poderão ajuizar a ação investigatória de paternidade.

3.3 Consequências Legais Decorrentes da Guarda Compartilhada

3.3.1 Da Responsabilidade Civil

Aplicada a guarda compartilhada, vencidos todos os caminhos para tal deliberação, surgem consequências desta guarda que dizem respeito à responsabilidade civil dos atos do menor, disciplinada pelos artigos 932 e 933 do Código Civil Brasileiro.

Causando a menor lesão a direito de terceiro e, havendo a necessidade de ressarcimento, são os pais guardiões responsáveis, solidariamente, pelos danos causados.

O ilustre Professor Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 75) entende que “em todos os sistemas jurídicos, mesmo naqueles marcados pelo individualismo, há casos de uma pessoa, natural ou jurídica, ser considerada civilmente responsável por danos praticados por terceiros”.

Explica Sílvio Rodrigues (2005, p. 92), em sua obra de Responsabilidade Civil, que “A responsabilidade por fato de terceiro é caso de responsabilidade indireta ou complexa e ocorre quando alguém se responsabiliza por dano praticado por terceiro, como ocorre com os pais perante os filhos menores”.

O Código Civil em vigor estabelece a responsabilidade objetiva dos pais sobre os atos do menor, disciplinando, também, a responsabilidade solidária, por força do parágrafo único do artigo 942 do Código Civil.¹⁷

Esta interpretação é a mais condizente com o instituto da guarda compartilhada, porque, se há a partilha da guarda, a responsabilidade de ambos os guardiões deve ser solidária. Caso contrário, estará se negando o próprio instituto, ressaltando que, dentro do princípio da ampla defesa, comprovada a culpa ou permissão de apenas um dos genitores para a prática do ato, só a este caberá a reparação.

Caio Mário da Silva Pereira (2004), seguindo a mais moderna doutrina, entende que a participação conjunta dos pais, reconhecendo, expressamente, o princípio da bilateralidade nas relações pai-filho, em face do poder familiar que a lei civil lhes garante, deve ser exercida pelos pais na mais estreita colaboração e, em igualdade de condições, segundo o artigo 226, § 5º da Constituição Federal.

Tratando-se, pois, de poder familiar e cuidando-se, verdadeiramente, de um múnus público, ao Estado interessa, diretamente, o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício ou sobre a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos.

Assim leciona Sílvio de Salvo Venosa:

Nessa relação de responsabilidade envolvendo os pais, prepondera a teoria do risco, que atende melhor aos interesses de justiça e de proteção à dignidade da pessoa. No entanto, se o menor se encontra sob a guarda exclusiva do pai ou da mãe por força de separação, divórcio ou regulamentação de guarda, o genitor não guardião não responderá pelos ilícitos causados pelo filho. Apenas aquele que tem o filho em sua companhia será responsabilizado, já que o código civil menciona “os filhos que estiverem sob a autoridade dos pais. (VENOSA, 2005, p. 83).

¹⁷ Art. 932 – São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

(...)

Art. 942 – Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

§ único – São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932. (CAHALI, 2008, p. 338-9)

Estritamente relacionado ao presente estudo, está a irrenunciabilidade do poder familiar, sendo outro aspecto de relevante importância, pelo qual aos pais não se permite a transferência do encargo, bem como a princípio a renúncia a esse exercício.

Portanto, tem-se que a responsabilidade civil na guarda unilateral é do genitor que a exerce, exclusivamente, de maneira contínua, exercendo, também, diretamente, o dever de criação, educação, tendo o filho em sua companhia, enquanto o outro genitor, que não tem a guarda material exerce esses deveres de maneira indireta, por meio de fiscalização e diretamente, apenas no período em que está em convívio direto com o filho, por ocasião das visitas. Já na guarda compartilhada, a responsabilidade será de ambos os pais.

Assim, frente os conceitos já estudados, passa-se a analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as consequências legais com ela advindas e sua viabilidade dentro de Direito de Família.

3.3.2 Do dever de Prestar Alimentos

Alimentos são imprescindíveis para a satisfação das necessidades vitais do ser humano. Na visão de Maria Berenice Dias (2006) o direito a alimentos surge como princípio da preservação da dignidade humana.

No âmbito do direito das famílias, o dever de prestar alimentos, decorre do poder familiar, do parentesco, da dissolução do casamento ou da união estável.

Segundo Maria Berenice Dias:

A fundamentação dos alimentos encontra-se no **princípio da solidariedade**, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, parentalidade socioafetiva, entre outras. (DIAS, 2006, p. 406).

A expressão “alimentos” vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar o seu valor. Nos dizeres de

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 440): “A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando”.

Portanto, a prestação alimentícia não alcança tão somente a comida e habitação, mas toda a necessidade essencial e social do ser humano, incluindo as despesas com educação, lazer, cultura, vestuário e saúde, como exposto no artigo 1703 do código civil.¹⁸

Logo, mesmo que findada a sociedade ou união conjugal, a ambos os genitores persiste a obrigação alimentar. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe também sobre o dever, confrontando a tese de que àquele que detém a guarda dos filhos não precisaria contribuir para a prestação alimentar, crendo ser essa obrigação somente do outro genitor.¹⁹

Pois bem, visto que visto que a guarda compartilhada refere-se, essencialmente, à divisão de responsabilidades e decisões na vida dos filhos, não se pode concluir que estaria cessado o dever de alimentar de um dos pais.

Afirma Maria Berenice Dias (2006) que a guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião.

É certo que englobando a habitação na prestação alimentícia, o genitor com quem o filho reside terá um gasto a mais que o outro. E é por isso que persiste o dever alimentar do outro.

Assim, mesmo que haja alteração na guarda física da criança, permanecerá, a superioridade de recursos de um dos pais. Poderia, pois, frente a esta situação, cogitar a redução da prestação nesse período, já que o valor compreendido pela habitação estaria sendo suportado por apenas um deles, chegando-se, assim, ao máximo de igualdade.

¹⁸ “Art. 1703 - Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção dos seus recursos”. (ANGHER, 2010, p. 234)

¹⁹ Artigo 22 — Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (ANGHER, 2010, p. 912)

Havendo o consenso e a harmonia dos pais, a questão referente aos alimentos não seria um problema, já que na prática muitas vezes é justamente na fixação dos alimentos que se formam os grandes litígios.

Sustenta Sérgio Gisckow Pereira:

O assunto atinente aos alimentos na guarda compartilhada não difere dos alimentos destinados aos casos rotineiros de guarda jurídica entregue a um só dos pais, tanto no plano material como no plano do direito processual. O problema residirá em apurar, cuidadosamente, as despesas pelas quais responderão cada um dos genitores, tudo em conformidade com os termos que regerão esta espécie de guarda. (PEREIRA, 2005, p. 129).

Caso tenha diminuída a necessidade do filho que recebe a prestação com a modificação da residência, poderá ser revisto o valor dos alimentos fixados.

Nesse sentido discorre Maria Berenice Dias:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras (DIAS, 2006, p. 363).

Por fim, qualquer modificação na realidade dos filhos, seja na questão da guarda, seja na dos alimentos, deve ser sempre pautada pelo princípio do melhor interesse do menor com vista à sua proteção integral, enquanto sujeito de direitos em desenvolvimento.

4 ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE O INSTITUTO

4.1 A Viabilidade da Aplicação da Guarda Compartilhada

Definida, pois, a guarda compartilhada, cumpre indicar as deste novo instituto, segundo o entendimento da doutrina majoritária e do entendimento jurisprudencial, no âmbito jurídico, social e psicológico.

4.1.1 Fundamentos Jurídicos

A guarda compartilhada é, verdadeiramente, um instituto novo, em detrimento da grande problemática sentimental, emocional, moral, psicológica e social existente no mundo inteiro.

A guarda compartilhada tem por finalidade manter, após o divórcio do casal, o exercício comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar das decisões importantes de seus filhos, garantindo, sobretudo aos filhos, o direito da convivência contínua para com os pais.

Neste modelo de guarda, ambos, detêm a guarda jurídica, permitindo assim que os pais possam agir em conjunto, compartilhando responsabilidades relativas à pessoa dos filhos, tendo influência em suas vidas, o que não se verifica na guarda exclusiva, em que todas as decisões são tomadas pelo genitor guardião, contentando-se o outro com o direito de visita.

Esse novo modelo de guarda oferece a possibilidade de se buscar um sistema jurídico capaz de propiciar a união dos pais, ou se assim não for, capaz de reduzir as desavenças. Objetiva a continuidade das relações entre pais e filhos e a não exposição do menor aos conflitos familiares. A mútua cooperação entre os pais, preservando o interesse do maior do filho, zelando pelo seu bem-estar, acaba por minimizarem os desajustes e as chances dos mesmos desenvolverem problemas psicológicos e de adaptação social decorrentes da brusca ruptura familiar e do conflito que o acompanha.

Segundo Waldyr Grisard Filho (2008, p. 102), a guarda compartilhada possibilita manter intacta a vida cotidiana dos “filhos do divórcio”: “A guarda

compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar”.

4.1.2 Fundamentos Sociais

Numa sociedade como a brasileira, cabe ressaltar que o instituto que ora se analisa é perfeitamente possível em todos os aspectos, frente às denominadas classes privilegiadas da sociedade, quais sejam, classe média até alta.

Para os hipossuficientes que são a maioria nesse país, infelizmente, além da boa vontade dos pais, há necessidade de que na esfera econômica dos dois haja possibilidade da manutenção desta guarda conjunta.

Nesse sentido, observa Maria Lúcia Luz Leiria que:

[...] os hipossuficientes, aqueles que estão em regime de sub-habitação, os favelados, os que dependem do salário mínimo de um só membro da família e que, infelizmente, são a maioria neste país-continente, sequer tem a possibilidade de partilhar a guarda jurídica dos filhos, porque o primeiro direito fundamental pelo qual lutam é o da própria sobrevivência. Assim é que, mesmo que haja litígio pela custódia do filho, ele não será resolvido sob a ordem jurídica, na área jurisdicional, e sim, na intimidade dos barracos, na solidariedade da vizinhança, na fraternidade dos sem-teto. (LEIRIA, 2007, p. 223).

Portanto, os fundamentos sociais para a determinação da partilha da guarda jurídica do menor hão de serem aqueles que permitam se tornem solidários ambos os genitores, quando há, na esfera econômica dos dois, possibilidade de manutenção da guarda conjunta, quer porque ambos os genitores podem atender aos reclamos afetivos do menor, quer porque ambos os pais estão em situações assemelhadas no campo emocional, social, econômico e psicológico.

Decorre disso que a união dos pais pela guarda do menor deve se dar de tal forma que não induza o filho a começar a sentir as diferenças, o que fatalmente poderá prejudicar o seu crescimento.

Portanto, os fatores sociais, a forma de inclusão na sociedade do pai e da mãe, em seus campos de vida pessoal, social e da grande família, no qual entram todos os colaterais, os amigos, a coletividade em que vivem, devem ser de alguma forma, compatíveis com a idéia e proposta da guarda compartilhada.

4.1.3 Fundamentos Psicológicos

Considerando que o Direito de Família lida diretamente com pessoas e, cada qual com suas peculiaridades, é imprescindível que se tenha conhecimento acerca do funcionamento mental e da dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações sociais, visando à diminuição de possíveis equívocos. Razão pela qual, o Direito se perfaz dos saberes técnicos advindos de outras ciências, que por meio de seus profissionais, quais sejam médicos, psicólogos, psiquiatras, dentre tantos outros, auxiliam significativamente na consecução de tal fim, sobretudo quando se considera a escalada das desuniões e as questões ligadas à reorganização familiar, dentre as quais se destaca, com particular relevância, a guarda dos filhos menores.

A partir da ruptura conjugal, os filhos, não são privados do relacionamento cotidiano com ambos os pais, passam a um plano secundário, servindo como objeto de disputa entre os ex-cônjuges, os quais, por sua vez, geralmente são incapazes de vencer suas diferenças e dificuldades. O que faz gerar trágicos efeitos aos menores.

Em artigo publicado no Caderno de Direito e Justiça de Curitiba, o especialista Waldyr Grisard Filho discorre:

Não nos é forçoso concluir que por muitas vezes, os filhos são tidos pelos pais, como alvo de disputa, quando então a vida em comum já chegou ao nível da insuportabilidade. E, como se não bastasse, a razão desta disputa, não por poucas vezes se dá, não exclusivamente pelo amor do filho, mas, sim por ser esta, a via eleita como principal meio de afligir o antigo amor. Daí, os protagonistas não medem esforços e nem conseqüências para, através da criança, atingir negativamente o seu alvo: ferir o antigo companheiro. Seja pela ação, ou pela omissão. A arma, então estrategicamente utilizada passa a ser o filho, que por vezes, é ocultado pela mãe, quando é dia de visita do pai, ou costumeiramente pior ainda, quando é dia de visita da mãe por direito, quando o pai (muitas vezes traído) detém a guarda. Através desta arma de ofender o outro, o ofensor não tem sequer a consciência, daquele que está realmente sendo ofendido: o filho. (FILHO, 1998, p. 04).

Assim, a ausência do outro genitor, no afeto da criança e na construção do seu mundo, por si só, é fato cruel o bastante para marcá-la a ferro e fogo, deixando na sua alma cicatrizes incuráveis. Além disso, o fato de o detentor da guarda proferir ideais negativos em relação ao ex-cônjuge, na mente da criança, traz para esta, a possibilidade de desenvolver as mais diversas patologias, conhecidas no meio da psicologia como síndromes parentais.

O escritor Augusto Jorge Cury, em sua obra, *Inteligência Multifocal*, aborda sobre a questão:

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

Em meio a essa discussão, encontrada no cotidiano dos operadores de um dos campos mais sensíveis do direito, que é o direito de família, ousa-se a uma tentativa de se amenizar o sofrimento daqueles menores envolvidos no desmoronamento familiar: a guarda compartilhada.

Portanto, para os filhos menores, o fim da sociedade conjugal apresenta um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo se consiste na redução do conflito parental; o aspecto negativo está na diminuição da disponibilidade de relacionamento com o genitor que deixa de morar com a família, culminando com uma impressão de “abandono” e, na medida em que a guarda é, sistematicamente, deferida à figura materna, os pais tornam-se progressivamente indisponíveis a seus filhos.

Quando existe o compartilhamento das responsabilidades parentais, os pais “aprendem a ser pais” no decorrer do relacionamento com seus filhos, acarretando resultados altamente positivos para toda a família.

É, pois, fundamental que os filhos sintam que existe lugar para eles na vida de seus pais, e que estes confirmem a manutenção dos vínculos afetivos, para minorar a maior preocupação que a dissolução conjugal suscita nos menores: o medo de perder seus genitores.

Tem-se, portanto, que a guarda compartilhada reflete uma troca de papéis entre o homem e a mulher, ao aumentar a disponibilidade para com os filhos,

incentiva o adimplemento da pensão alimentícia e melhora o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na criação e educação de seus filhos.

Sob o ponto de vista psicológico, entretanto, torna-se necessário promover a distinção entre a guarda compartilhada jurídica e a física, pois há divergência doutrinária acerca da unicidade ou duplicidade de lares, quando da sua adoção.

A respeito da guarda compartilhada jurídica, consoante aos argumentos expostos anteriormente, trata-se do compartilhamento dos direitos/deveres, tendo sempre o menor um domicílio fixo como ponto referencial, pois, segundo os defensores dessa corrente, a criança deve evitar grandes alterações em sua vida e rotina, mudando apenas o inevitável, não podendo, portanto, possuir dois lares, uma vez que tal situação lhe traria certa instabilidade.

O psicólogo Evandro Luís Silva, que em seu artigo “Dois lares é melhor do que um”, reforça a possibilidade da guarda compartilhada, refutando a guarda unilateral atribuída à mãe, tecendo os seguintes argumentos:

Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono. Vimos que normalmente os argumentos em prol da guarda exclusiva da mãe giram em torno das dificuldades que a criança teria em adaptar-se a duas casas, e da necessidade de que ela tenha um referencial de lar. No entanto, não há qualquer fundamentação técnica para tais suposições. Uma única tentativa que vimos repetidas vezes em processos judiciais ou teorias psicológicas a respeito do assunto foi uma alusão de Françoise Dolto, com uma citação de seu livro ‘Quando os pais se separam’. Nesse livro, a autora discorda com a guarda compartilhada estabelecida em dois casos, na França. Um, porque o pai morava no Norte daquele país e a mãe ao sul, A criança passaria meio ano letivo com cada progenitor. No segundo caso, o pai morava numa cidade e a mãe em outra, distantes, e a criança alternaria metade da semana com cada genitor. Em ambos os casos a criança teria dois colégios, e não criaria vínculos afetivos. (...); na guarda compartilhada, com alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos; as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico; por fim, acreditamos que uma separação que atenda às necessidades dos filhos - contato freqüente com ambos os pais - traria os seguintes benefícios: diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.); melhoria na qualidade de vida; menor custo num processo judicial. Com um saber estabelecido, evitar-se-ia uma quantidade grande de perícias e diminuir-se-ia a morosidade do processo; diminuição da gravidez na adolescência; diminuição do suicídio em crianças e adolescentes; diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes; diminuição da evasão escolar; diminuição de problemas emocionais ou comportamentais;

diminuição de prisões de menores. (SILVA, 2003, Disponível em: <<http://www.pailegal.net>. Grupo Pai Legal>. Acesso em: 09 nov. 2012).

Logo, conclui o psicanalista, dizendo que a guarda compartilhada – em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos, afirmando que a criança deve evoluir de acordo com o meio em que vive, adaptando-se a novas situações.

A importância do fato de o bebê ou de a criança pequena ir se acostumando com as necessidades dos pais. 'A vida de uma criança não pode anular a dos pais'. Se os seus pais agora terão casas separadas, também os filhos, conseqüentemente, terão duas casas, pois não é por causa da separação que se deixou de ser pai ou mãe. Por ser inevitável que cada um tenha uma casa, temos de permitir que a criança se adapte a essa nova situação. Assim vejo que se os pais estão em litígio, os problemas de obstrução de contato com o progenitor que não detém a guarda podem ficar explícitos para a criança, pois a própria palavra 'visita' já é por si só restritiva, e o progenitor que detém a guarda já será legalmente considerado 'mais importante', já que é ele que tomará as decisões na vida da criança, tendo isso um peso simbólico considerável, podendo esta situação induzir a criança ao afastamento do outro. Logo, mesmo em litígio, a guarda compartilhada - em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas etc. (ABERASTURY, apud SILVA, 2003, disponível em: <<http://www.pailegal.net>. Grupo Pai Legal>. Acesso em: 09 nov. 2012).

Enfim, são inúmeros os benefícios que advêm da guarda compartilhada, mas, para o sucesso deste modelo, aliás, como o de qualquer outro modelo de guarda, os pais devem aprender a separar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

Cabe, nesse momento, destacar o entendimento jurisprudencial acerca da viabilidade da guarda compartilhada, ressaltando a importância do entendimento jurisprudencial na aplicação do Direito pátrio, sendo na atualidade uma das fontes de interpretação mais buscada e aplicada pelos juristas.

(...) a jurisprudência representa a força viva do Direito, por evidenciar a maneira pela qual vem o direito a ser aplicado às relações humanas, dia a dia. Estudar a jurisprudência equivale a conhecer o Direito em sua realidade cotidiana, analisando como são os casos isolados concretamente disciplinados pelas normas jurídicas.

Conseqüentemente, a importância imediata da jurisprudência reside no fato de apresentar ela o Direito em sua aplicabilidade prática, em suas vestes

vivenciais. (...) a jurisprudência configura a interpretação judiciária do Direito vigente. (COSTA JÚNIOR, 2005, p. 225).

Pois bem, no que se refere à viabilidade da guarda compartilhada verifica-se, que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entende que tanto na fixação da guarda compartilhada como em qualquer outra modalidade de guarda, deve-se atender, prioritariamente, o melhor interesse do menor.

Ação de regulamentação de guarda. Guarda compartilhada. Menores que residem com o pai. Prevalcimento do interesse dos menores. Confirmação da sentença. A alteração da guarda só deve ocorrer em hipóteses excepcionais e sempre há de se ter atenção para com os eventuais traumas psicológicos, afetivos e sociais provenientes de alterações súbitas, sem contar no difícil processo de adaptação ao novo ambiente a que a criança estará submetida. (TJMG – Nº 1.0701.05.109339-4/001 – 8ª Câmara Cível – Relator: Desembargador Silas Rodrigues Vieira – Julgado em 12/04/2007 – disponível em: <<http://www.tjmg.com.br>>. Acesso em: 07 nov. 2012)

Em igual pensamento, está o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual decidiu que o interesse do menor é o ponto central para a fixação da guarda, bem como se pode observar pela ementa ora citada, que o mesmo ressalta a diferenciação existente entre guarda compartilhada e guarda alternada.

Agravo de Instrumento. Processual Civil e Direito de Família. Regulamentação de visita. Pedido Alternativo. Visitação do Pai. Condições de Igualdade. Primazia do Interesse do Menor. Guarda Alternada e Guarda Compartilhada. Diferença Ontológica (...) Na participação da vida sócio-educativa do menor, os pais devem participar em condições de igualdade, propiciando, desse modo, tanto a existência da figura materna, quanto da paterna (...) 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 com os filhos, a guarda alternada se consubstancia na alternância de lares, ou seja, passa a menor a possuir duas casas. A guarda compartilhada é recomendada quando os pais, mesmos separados ou divorciados, convivem em perfeita harmonia e pacificidade. Precedentes. (TJES – Processo nº 035.06.900043-4 – 2ª Câmara Cível – Relator: Desembargador Elpídio José Duque – Julgado em 10/10/2006 – Diário de Justiça do Espírito Santo, Vitória, 23/11/2006 – disponível em: <<http://www.tjes.com.br>>. Acesso em: 07 nov. 2012).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ressalta em sua decisão a necessidade da relação harmoniosa entre os genitores, para um melhor resultado da guarda compartilhada, resultando em benefícios tanto no campo do desenvolvimento social, como psicológico da criança.

Agravo de Instrumento. Guarda de Filho. Preservação do Interesse do Menor. Condições de ambos os genitores. Preservação do interesse do

menor. Condições de ambos os genitores. Preservação dos laços paternos e maternos. Guarda Compartilhada. (...) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevém a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada. (TJSC – Processo Nº 2001.012993-0 – 1ª Câmara de Direito Cível – Relator: Desembargador Carlos Prudêncio – Julgado em: 25/03/2003 – disponível em: <<http://www.tjsc.org>>. Acesso em: 09 nov. 2012).

Pode-se, assim, perceber que os tribunais pátrios entendem que a guarda compartilhada é viável quando atende o melhor interesse da criança e que, sobretudo, a convivência dos pais seja tranquila, sob pena de causar danos ao menor, frente uma relação conturbada entre os pais.

4.2 A Inviabilidade da Aplicação da Guarda Alternada

A guarda alternada muitas vezes confundida com a compartilhada pode ser entendida como aquela em o que se compartilha é a guarda física do filho, já que este fica um tempo com um dos pais e tempo com outro. Mostra-se de forma prejudicial ao menor, pois este fica sem referências de lar amigos, escola. Não busca o interesse do menor, ficando a criança exposta a chamada síndrome da alienação parental.

O tempo de duração dessa modalidade de guarda é pré-determinado. Pode durar um ano, um semestre, um mês, ou mesmo uma parte do dia e, uma vez esgotado o período, há a inversão de papéis entre os genitores. Na prática, o menor “terá duas casas e dois núcleos familiares”.

Esse sistema é duramente criticado pela doutrina e jurisprudência. Neiva Deirdre, em seu artigo “Considerações sobre a guarda compartilhada” ressalta:

É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem-estar da criança. Objetiva-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação de sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. (DEIRDRE, 2002, p. 15).

Leciona Waldyr Grisard Filho:

A moderna doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e idéias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. (FILHO, 2004, p. 247).

Tal modalidade de guarda afeta sobremaneira o princípio da continuidade, que deve ser respeitado, quando o melhor interesse do menor estiver em jogo.

Ensina Françoise Dolto:

Quando pequeno, o filho não pode suportar a custódia alternada sem permanecer débil na sua estrutura até, eventualmente, se dissociar ao sabor da sensibilidade de cada um. A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança” (DOLTO, FRANÇOISE, 2010, p.27).

Muitas vezes, com o divórcio, o cônjuge não consegue lidar com a rejeição de sentimentos, como por exemplo, o de traição, o que faz surgir o sentimento de vingança para com o outro, implantando idéias falsas do ex-cônjuge no filho. Quanto a esta questão está o entendimento de Martha Medeiros:

Mas o amor termina mal-agradecido, termina, e termina só de um lado, nunca se encerra em dois corações ao mesmo tempo, desacelera um antes do outro, e vai um pouco de dor pra cada canto. Dói em quem tomou a iniciativa de romper, porque romper não é fácil, quebrar rotinas é sempre traumático (MEDEIROS, 2008, p. 12).

A criança fica confusa e passa a ter a sensação que tais fatos aconteceram, o que vem trazer o distanciamento do vínculo entre o filho e o genitor, o que a doutrina costuma a chamar de órfão de pai vivo, já que na maioria das vezes, a mãe aliena o filho, pois o filho distancia-se do genitor alienado, tendo como verdadeiro tudo o que foi dito pelo genitor alienador.

Pois bem, na guarda alternada, o interesse do menor é deixado de lado, pois é conferido de forma exclusiva o poder parental a um dos pais por períodos pré-estabelecidos de tempo, fazendo com que o filho fique sem referências de lar, escola e outros. Na visão de Maria Berenice Dias (2009, p. 403) “a guarda alternada foca mais no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente a divisão da criança”.

Quanto à guarda alternada, vem decidindo os tribunais brasileiros

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE TUTELA. DISPUTA DA GUARDA DE INFANTE PELAS AVÓS. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. POSSIBILIDADE. ALTERNÂNCIA QUINZENAL DE RESIDÊNCIAS. GUARDA ALTERNADA PREJUDICIAL AO DESENVOLVIMENTO SADIO DA CRIANÇA. FIXAÇÃO DE VISITAS UM FINAL DE SEMANA POR MÊS NA CAPITAL E LIVREMENTE NOS DEMAIS DIAS, NA RESIDÊNCIA DA AGRAVANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR – Processo: 0722757-2 – Relator: Fernando Wolf Bodziak – Acórdão: 02/03/2011 – disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 17 nov. 2012)

FAMÍLIA - PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA - ALTERNÂNCIA DE PERÍODOS EXCLUSIVOS DE GUARDA ENTRE OS GENITORES - VERDADEIRA 'GUARDA ALTERNADA' - INCONVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - INEXISTÊNCIA DE CONVIVÊNCIA HARMONIOSA E AMISTOSA ENTRE OS GENITORES. - A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança. - Ademais, a 'guarda compartilhada' é incabível quando não houver uma relação amistosa e harmoniosa entre os genitores, sob pena de se inviabilizar o exercício compartilhado do poder parental, por meio da condução conjunta da educação e desenvolvimento da criança. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0145.07.378729-6/001 – Relator: Des. Eduardo Andrade – Data do Julgamento: 03/08/2010 – Data da Publicação: 20/08/2010 – disponível em: <<http://www.tjmg.com.br>> Acesso em: 17 nov. 2012).

Em voto proferido, nos autos de Agravo de Instrumento, discorreu o relator Fernando Wolf Bodziak, desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná.

Como bem anotado, a doutrina especializada há muito já aponta a ineficácia desta modalidade, pois muito embora nela haja, em tese, a possibilidade de ambas as partes manterem relações estreitas com a criança, em razão do elevado número de mudanças resta prejudicada a consolidação de hábitos, valores e padrões necessários à formação do referencial de continuidade e estabilidade do lar, situação esta que pode causar desequilíbrio, ainda mais em se tratando de criança em tenra idade, como é o caso dos autos. Desse modo, mostra-se necessário reduzir o número de dias em que a criança passa fora de sua residência, para não prejudicar a formação de seu referencial de lar. Isso não significa, contudo, impedir a Agravada de conviver com seu neto, até porque é de interesse do próprio infante que ela também participe de sua formação. (TJPR – Processo: 0722757-2 – Relator: Fernando Wolf Bodziak – Acórdão: 02/03/2011 – disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 17 nov. 2012)

Os defensores da aplicação dessa modalidade de guarda realçam que o melhor interesse do menor está na medida em que permanecerá convivendo com

ambos os pais. Ora com um, ora com outro, mas sempre sem perder o vínculo emocional resultante do convívio.

Afirmam que essa forma é vantajosa por obrigar o genitor afastado momentaneamente da guarda a se manter ciente do desenvolvimento moral e emocional dos seus filhos sob pena de infligir-lhe uma ruptura cultural muito drástica quando necessária.

A jurisprudência vem decidindo no sentido de que se a criança se encontra saudável e feliz, não há porque modificar a guarda alternada anteriormente fixada:

FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral. (TJMG - Processo: Apelação Cível nº 1.0153.08.072716-4/001 – Relator (a): Des.(a) Alberto Vilas Boas - Data de Julgamento: 02/08/2011 - Data da publicação da súmula: 12/08/2011 - disponível em: <<http://www.tjmg.com.br>> Acesso em: 17 nov. 2012)

Portanto, vê-se que essa modalidade de guarda é repudiada pela doutrina e jurisprudência brasileira, por não propiciar ao menor contínuos laços de afetividade, comprometendo, assim, seu desenvolvimento psíquico e moral.

4.3 Considerações sobre a Inaplicabilidade da Guarda Compartilhada

Para que se torne possível a aplicação da guarda compartilhada, deve ser analisado o caso concreto, pois, em determinadas situações, pode não atender o melhor interesse do menor.

Não seria aplicável, por exemplo, se um dos cônjuges apresentarem algum distúrbio ou até mesmo algum vício que possa pôr em risco a vida do próprio filho. Neste caso, a guarda seria exclusiva àquele genitor que tivesse realmente

condições de fornecer ao filho um ambiente saudável, propiciando para seu crescimento e desenvolvimento.

Mas, o argumento mais relevante a indicar esta inviabilidade decorreria da própria discórdia entre os pais, o que resultaria em verdadeira duplicidade de autoridades.

Cumprе ressaltar que os primeiros estudos referentes à guarda compartilhada eram praticamente unânimes quanto a este modo de pensar.

Em seus estudos, Sérgio Eduardo Nick, já analisava o problema:

As desvantagens da guarda compartilhada se centram na impossibilidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais; na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar menores valores de pensão alimentícia; e na inviabilidade da guarda conjunta para famílias de classes econômicas baixas. (NICK, 1997, p. 137).

Nessa mesma linha de raciocínio, Waldyr Grisard Filho, em sua obra sobre guarda compartilhada, já discorria:

Pais em conflitos constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos mesmos. Para essas famílias, destroçadas, de vê-se optar pela guarda única e de feri-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas. (FILHO, 2005, p.194).

Assim, para que o exercício da guarda compartilhada possa funcionar, importa que os pais revelem capacidade de cooperação e de educar, em conjunto, o filho menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, já que somente é possível o exercício desse modelo quando existe, entre os genitores, uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito.

O jurista Rolf Madaleno defende em sua obra intitulada como “Direito de Família em pauta”:

A guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe, para o seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. (MADALENO, 2000, p. 93).

E ainda acrescenta:

Nem haveria condições de forçar a guarda compartilhada em sentença judicial, embora inexista na lei brasileira qualquer vedação à sua adoção, sua escolha só encontra admissão na ação consensual de guarda ou de separação. Existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais. (MADALENO, 2000, p. 93) .

Percebe-se, pois, que este entendimento se incorporou no ordenamento jurídico pátrio, como corrente majoritária, influenciando, decisivamente, na jurisprudência relativa à questão.

A maioria das decisões nos Tribunais, envolvendo, a guarda compartilhada, traz como fator impeditivo à existência do conflito entre os pais. Assim, vendo decidindo o Egrégio Tribunal de Minas Gerais:

Constitucional e civil - ação de guarda de menor - guarda compartilhada - relação conflituosa entre os genitores - impossibilidade - risco de ofensa ao princípio que tutela o melhor interesse do infante - procedência do pedido - provimento da irresignação - inteligência do art. 227 da constituição da república e arts. 1.583 e 1.584 do código civil, com redação dada pela lei nº. 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0775.05.004678-5/001 - Relator: Dorival Guimarães Pereira – Acórdão de 07/08/2008 – disponível em: <<http://www.tjmg.com.br>> Acesso em: 09 nov. 2012)

Guarda compartilhada - relação conflituosa entre os genitores - impossibilidade guarda - deferimento ao pai - interesse do menor. - A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os genitores possuem uma relação conflituosa tendo em vista o perigo de contagiar negativamente o menor com a desavença dos pais. - Deve ser acolhido o pedido de guarda formulado pelo pai da infante quando além dos pareceres do Assistente Social Judicial e do Ministério Público demonstram que a menor em companhia do pai ficará melhor assistida material, moral e afetivamente. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0079.03.063450-9/001 – Relator: Belizário de Lacerda – Acórdão: 31/03/2009 – disponível em: <<http://www.tjmg.com.br>> Acesso em: 09 nov. 2012).

Outra decisão merecedora de destaque foi a proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível de nº. 6190644400, julgada em 01/12/2009

Guarda de menor - Pretensão do pai à guarda compartilhada do filho - Visitas já regulamentadas por acordo celebrado entre os genitores e que vem sendo regularmente cumprido - Conflito entre os genitores que impede

o compartilhamento da guarda - Recurso desprovido. (TJSP - Apelação Cível de nº. 6190644400, julgada em 01/12/2009 – Relator: Morato de Andrade – Acórdão de 1º/12/2009 - – disponível em: <<http://www.tjsp.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012).

Portanto, para essa corrente doutrinária, amparada no entendimento dos tribunais, o quadro litigioso entre os pais acarretaria verdadeira perpetuação dos conflitos entre os pais, atingindo, sobremaneira, aos filhos de forma negativa.

4.4 Imposição Judicial da Guarda Compartilhada

Quando do divórcio e, se os pais não entram em um consenso em relação à guarda, um querendo a guarda compartilhada, mas o outro não, o ideal, neste caso, seria inexistir imposição judicial da guarda conjunta.

A doutrinadora Ana Maria Milano Silva, especialista em direito de família, entende relativamente a esta questão:

[...] nas ações de separação e divórcio, em que não há um consenso, a sentença judicial não deve impor às partes o exercício de um direito subjetivo. Seria, na verdade, atribuir um dever que, no caso da guarda conjunta, por não possuir pelo menos por ora respaldo legal, ofenderia o princípio constitucional expresso no artigo 5º, inciso II: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.' (SILVA,2008, p.101) .

O entendimento dos Tribunais de Justiça Brasileiro realça que o sucesso da guarda compartilhada está na convivência pacífica entre os pais:

Agravo interno. Guarda Compartilhada. Descabido impor a guarda compartilhada, que só obtém sucesso quando existem harmonia e convivência pacífica entre os genitores, quando esta não é a realidade das partes. Agravo interno desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo Nº 70010991990, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 02/03/2005 – disponível em: <<http://www.tjrs.com.br>> Acesso em: 11 nov. 2012)

Agravo de instrumento - Ação de guarda compartilhada - Mudança do domicílio da genitora - Cidades distantes - Ausência de harmonia entre as partes quanto à guarda.'No tocante à guarda compartilhada, imprescindível para sua concepção e sucesso, sem tirar os olhos para o que for melhor para a infante, que ocorra harmonia e convivência pacífica entre os genitores; não consumada essa exigência, não há falar em tal procedimento'. (TJMG - Número do processo: 1.0145.06.324805-1/001(1) - Relator: Alvim Soares- Data do Julgamento: 31/07/2007 - Data da Publicação: 21/09/2007 – disponível em: <<http://www.tjmg.com.br>> Acesso em: 11 nov. 2012).

Em brilhante voto proferido pelo Nobre Desembargador do Tribunal do Rio Grande do Sul, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, o mesmo aponta a impossibilidade da guarda compartilhada quando não existe consenso entre pais:

Não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas desinteligências pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio. Guarda conjunta não é guarda repartida, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a lei da guarda compartilhada viabilizasse uma maior distribuição do tempo dos pais para com os filhos comuns, justamente para criar as condições de atendimento à função da guarda repartida. Contudo, existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos, realmente não haverá como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando a ausente a boa e consciente vontade dos pais. (TRGS, AC 70005760673 – Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – Acórdão: 20/03/2006 – disponível em: <<http://www.tjrs.com.br>> Acesso em: 11 nov. 2012).

Em linha de entendimentos contrários, doutrinadores entendem ser possível a imposição judicial da guarda conjunta. Esse entendimento decorre da leitura do inciso II do artigo 1584 do Código Civil, dispondo que a guarda, seja ela unilateral ou compartilhada, poderá ser decretada pelo juiz, que verificará as necessidades específicas de cada filho, ou analisará “o tempo necessário ao convívio deste como o pai e a mãe”.²⁰

Nesse sentido, o juiz poderá arbitrar a adoção da guarda compartilhada, mesmo diante de situações envolvendo determinado grau de disputa, desde que a sua recomendação seja em benefício único e exclusivo dos filhos.

Entende Eduardo de Oliveira Leite que:

[...] os juízes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusarem sem justo motivo “...” A tendência atual, tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição da guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas, tenham sido levantadas no transcorrer do processo. (LEITE, 2003, p. 269).

²⁰ Art.1584 (...)

(...)

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. (CAHALI, 2009, p. 438)

Segundo entendimento de Rolf Hanssen Madaleno (2009), o modelo de guarda compartilhada só será possível havendo consenso e consciência dos pais, sendo, assim, possível a custódia compartilhada que se mostra de todo inviável na existência de conflitos, porque atentaria contra a saúde psíquica e emocional da criança.

Assim, melhor acreditar que a guarda não deve ser imposta pelo magistrado aos pais, pois, será mais benéfico se atender o melhor interesse do menor, resultante de uma disposição natural dos pais.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou investigar a guarda compartilhada, instituto que teve origem na necessidade de solucionar o problema da convivência do genitor não-guardião com a prole, atualmente expresso pela Lei nº. 11.698/2008, sendo autorizada sempre que essa solução se mostre compatível com o interesse dos filhos e que o relacionamento dos pais, após a ruptura do vínculo conjugal, viabilize sua fixação.

De todo o exposto durante o trabalho, impõe-se reconhecer que o ordenamento jurídico deve se estruturar no sentido de assegurar a efetividade dos princípios norteadores do Direito de Família: a paternidade responsável, a convivência familiar e, principalmente, o melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, a guarda compartilhada é como já visto, uma via segura de se atender aos princípios contidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Se o poder familiar permanece mesmo após o divórcio ou dissolução de união estável, então, não é preciso dividir os genitores em duas categorias após a ruptura: a dos guardiões e a dos visitantes. Portanto, o importante é fortalecer o exercício do poder familiar pelos ex-cônjuges, sendo a guarda compartilhada um meio para que os genitores o exerçam em toda a sua plenitude após a ruptura.

A guarda compartilhada garante o duplo vínculo de filiação apesar da inexistência de um casal conjugal. É um meio de manter os laços parentais, afetivos entre pais e filhos mesmo após o divórcio. No entanto, só será benéfica se os pais conseguirem sobrepor os interesses do menor aos seus e se distinguirem o casal conjugal do parental.

Há vantagem em atribuir efeitos jurídicos à atitude de cooperação dos pais, uma vez que será um modo de entusiasamá-los a compartilharem direitos e responsabilidades na proteção e na educação da prole, vindo em favor do desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Pelo que foi visto, a guarda compartilhada tende a atenuar ou, até mesmo suprimir, os prejuízos, efeitos negativos e conflitos advindos de uma ruptura conjugal, no âmbito da psicologia. Isto ocorre tanto em benefício dos pais quanto dos filhos e, porque não dizer, também, da sociedade, que estará livre, futuramente,

de um adulto com distúrbios emocionais, fruto de uma separação de pais problemática. Além do mais, este modelo permite que toda a responsabilidade da criação e educação da prole recaia sobre ambos os genitores, pois as decisões são tomadas conjuntamente.

Desta feita, nota-se que a condição principal para a sua fixação é bom relacionamento entre os pais e a consciência de que o interesse a ser preservado na separação é dos filhos, e não o deles próprios.

Como visto a dificuldade dos pais em manterem um relacionamento harmonioso após a ruptura é o principal óbice indicado pelos tribunais à fixação do compartilhamento da guarda, posto que o objetivo que se persegue é a participação de ambos na execução das atribuições do poder familiar, o que não será possível se houver interferência de fatores pessoais, os quais motivaram o fim da sociedade conjugal, afastando-se, pois, a possibilidade de imposição judicial deste modelo de guarda.

Cumprir registrar, ainda, que, fixada a guarda compartilhada, surgem consequências para os pais, inclusive quanto à responsabilidade civil pelos atos do menor. O Código Civil disciplina que a responsabilidade dos pais sobre os filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia independe de culpa, sendo, portanto, objetiva e também solidária, no termos do que dispõe o artigo 942.

A guarda alternada, modalidade esta repudiada pela doutrina e jurisprudência pode prejudicar sobremaneira o desenvolvimento da criança, haja vista que, a cada período de mudança, tem que se adequar a decisões diferentes, comprometendo, assim, sua educação, gerando confusão e falta de referências. Contraria sua necessidade de estabilidade.

Por vezes tal modalidade de guarda é confundida com a guarda compartilhada, o que não é correto, já que nesta a guarda física do menor não é dividida e sim as responsabilidades e direitos.

Portanto com a guarda alternada o interesse do menor é deixado de lado, pois é conferido de forma exclusiva o poder parental a um dos pais por períodos pré estabelecidos, fazendo assim com que a criança não tenha estabilidade.

Contudo, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez já sedimentada e, encontrando-se a criança saudável, não há razões para modificação da guarda alternada.

Por fim, é cediço que o instituto da guarda compartilhada vem se firmando nos tribunais frente à realidade das famílias e à medida que os pais vão se conscientizando da importância de preservar o relacionamento que mantinham com os filhos antes do divórcio, o que significa priorizar o bem-estar de sua prole.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente. **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 11.698/2008**. Altera os arts. 1583 e 1584, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 nov. 2012.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar**. Florianópolis: Voxlegem, 2006.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. 1995 apud Paulo Rangel. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CURY, Augusto Jorge. **Inteligência Multifocal**. São Paulo: Cutrix, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Renes, 1971.
- CAHALI, Yessef Said. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Código Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Não faça de seu filho uma arma**. Curitiba. Caderno Direito e Justiça, 1998.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda Compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.26. n.78, jun.2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito da Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Sérgio de; AZEVEDO, Ana Maria Junqueira de. **Guarda Compartilhada entre Mãe e Tio do Menor**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n. 4, jun./jul. 2008.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil**. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>. Grupo Pai Legal>. Acesso em: 09 nov. 2012.

_____. **Alimentos na investigação de paternidade e na guarda compartilhada**. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Aspectos Civil, Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

QUINCAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: De acordo com a Lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

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

SILVA, Evandro Luís. **Dois lares é melhor que um**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>. Grupo Pai Legal>. Acesso em: 09 nov. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção de Direito Civil, v. 4)

VIEIRA, Cláudia Stein; GUIMARÃES, Marília Pinheiro. **Guarda Compartilhada**. [S.l.]: Método, 2009.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Processual Civil e Direito de Família. Regulamentação de visita. Pedido Alternativo. Visitação do Pai. Condições de Igualdade. Primazia do Interesse do Menor. Guarda Alternada e Guarda Compartilhada.** Diferença Ontológica. Agravo de Instrumento n. 035.06.900043-4. Relator: Elpídio José Duque, Acórdão de 10 out. 2006. Acesso em: 07 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ação de regulamentação de guarda. Guarda compartilhada. Menores que residem com o pai. Prevalhecimento do interesse dos menores. Confirmação da sentença.** Apelação cível n. 1.0701.05.109339-4/001. Relator: Silas Rodrigues Vieira, Acórdão de 12 de abr. 2007. Acesso em: 07 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Constitucional e civil. Ação de guarda de menor. Guarda compartilhada. Relação conflituosa entre os genitores. Impossibilidade. Risco de ofensa ao princípio que tutela o melhor interesse do infante.** Procedência do pedido. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 227 da constituição da república e arts. 1.583 e 1.584 do código civil, com redação dada pela lei nº 11.698/2008. Apelação cível n. 1.0775.05.004678-5/001. Relator: Dorival Guimarães Pereira, Acórdão de 07 ago. 2008. Acesso em: 09 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada. Relação conflituosa entre os genitores. Impossibilidade guarda.** Deferimento ao pai. Interesse do menor. Apelação cível n. 1.0079.03.063450-9/001. Relator: Belizário de Lacerda, Acórdão de 31 mar. 2009. Acesso em: 09 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ação de guarda compartilhada - Mudança do domicílio da genitora - Cidades distantes - Ausência de harmonia entre as partes quanto à guarda.** Agravo Instrumento n. 1.0145.06.324805-1/001. Relator: Alvim Soares, Acórdão de 31 jul. 2007. Acesso em: 10 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Família. **Pedido de guarda compartilhada. Alternância de períodos exclusivos de guarda entre os genitores. Verdadeira 'guarda alternada'. Inconveniência.** Princípio do melhor interesse da criança. Inexistência de convivência harmoniosa e amistosa entre os genitores. Apelação cível nº 1.0145.07.378729-6/001 – Relator: Eduardo Andrade – Acórdão em 20 ago. 2010. Acesso em: 17 nov. 2012.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados.** In: BARRETO, Vicente: *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Ação de tutela. Disputa da guarda de infante pelas avós. Regulamentação de visitas.** Possibilidade. Alternância quinzenal de residências. Guarda alternada prejudicial ao desenvolvimento sadio da criança. Fixação de visitas um final de semana por mês na capital e livremente nos demais dias, na residência da agravante. Agravo de instrumento n. 722757-2 – Relator: Fernando Wolf Bodziak, Acórdão de 02 mar. 2011. Acesso em: 17 nov. 2012

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Guarda Compartilhada. **Agravo n. 70010991990. Relatora: Maria Berenice Dias, Acórdão de 02 mar. 2005.** Acesso em: 10 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas desinteligências pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio.** Apelação cível n. 70005760673. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Acórdão de 20 mar. 2006. Acesso em: 11 nov. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Guarda de Filho. **Preservação do Interesse do Menor. Condições de ambos os genitores. Preservação do interesse do menor. Condições de ambos os genitores. Preservação dos laços paternos e maternos. Guarda Compartilhada.** Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0. Relator: Carlos Prudêncio, Acórdão de 25 mar. 2003. Acesso em: 11 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Guarda de menor - **Pretensão do pai à guarda compartilhada do filho.** Apelação cível n. 6190644400. Relator: Morato de Andrade, Acórdão de 1º dez. 2009. Acesso em: 11 nov. 2012.

VAZ, V. A. (Coord.). **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos.** Formiga: UNIFOR-MG, 2011, 60p.