

A GUARDA COMPARTILHADA E AS RESPONSABILIDADES DOS PAIS

LUCIANA FÉLIX DE LIMA¹

ANDERSON ARAÚJO DE MEDEIROS²

RESUMO

Analisa-se dentro de um contexto sócio-cultural e no âmbito jurídico, a Guarda Compartilhada e as responsabilidades dos pais, onde o pesquisador procura através de revisão bibliográfica elucidar a sua importância sócio-psico-cultural, como também, observar o seu desenvolvimento diante do pensamento de pesquisadores e legisladores. Este tipo de guarda requer basicamente um bom relacionamento por parte dos pais, sem mágoas e sem ressentimentos sobre os reais motivos da ruptura conjugal. Diante da sua impossibilidade, caberá ao Juiz decidir sobre o meio mais prático que atenda aos interesses do menor em primeiro lugar, como também, das possibilidades de execução por parte de seus genitores.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Ruptura conjugal. Interesses do menor.

ABSTRACT

Is analyzed within a socio-cultural context and legal framework, the Shared Custody and parental responsibilities, where the researcher looking through literature review elucidating their psycho-socio-cultural importance, as well as watching their development before the thinking of researchers and policymakers. This type of guard basically requires a good relationship from their parents without hurt and without resentment about the real reasons for marital breakdown. In view of its impossibility, it is for the judge to decide on the most practical way that meets the interests of the child in the first place, but also the possibilities of enforcement by their parents.

Keywords: Shared custody. Marital breakdown. Interests of the child.

¹ Aluna do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
e-mail: lucianafleix@yahoo.com.br

² Orientador Especialista, docente na cadeira de direito da civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

INTRODUÇÃO

Diante das constantes transformações ocorridas nas relações sociais, principalmente em relação aos laços familiares, a legislação sofre influência cultural, social e, às vezes econômica, da época em que se vive. Neste contexto, percebe-se a necessidade de um novo olhar sobre a questão da guarda dos filhos diante da ruptura conjugal e dos reais interesses dos filhos. A Guarda Compartilhada surgida a princípio informalmente, busca garantir a participação dos pais na criação de seus filhos, permitindo um maior contato com os mesmos e dividindo as responsabilidades e tarefas.

O motivo da escolha do tema do projeto tem como base analisarmos o instituto da guarda compartilhada através da sua disposição legal, seus efeitos e influências no cotidiano e na vida das crianças e adolescentes, unindo às perspectivas psicológicas que revestem as relações familiares, sob o ponto de vista do bem-estar da criança, das vantagens do compartilhamento, das responsabilidades parentais. Assim, se constrói o consenso que a guarda compartilhada é a melhor solução para (re)definir como os filhos serão assistidos pelos pais quando estes romperem a relação conjugal, ou em alguns casos nunca a estabeleceram.

Com base nos estudos, a guarda compartilhada só é possível quando não há a destituição ou a suspensão do poder familiar, está claro que a convivência plena com ambos os pais não contraria o interesse da criança, mas, mesmo que os adultos, no exercício da parentalidade não ofereçam nenhum risco à integralidade física, mental e emocional de seus filhos, para que esta modalidade de guarda, enquanto concretização de seu direito em conviver com ambos os pais, realmente atenda ao superior interesse da criança, é importante que os adultos consigam atender seus dependentes de forma cooperativa e flexível, preservando-os de situações cotidianas de conflito e instabilidade oriundos das dificuldades inerentes a ruptura conjugal ou a uma conjugalidade que sequer se estabeleceu.

O bem estar da criança significa tanto priorizar o direito e a necessidade desta em conviver da forma mais plena possível tanto com o pai quanto com a mãe, um bom relacionamento de respeito e confiança entre os pais é imprescindível para a formação do caráter dos seus filhos, que serão adultos íntegros e seguros, pois são as atitudes cooperativas dos pais que permitem que uma criança se desenvolva plenamente e capaz, para que no futuro saiba lidar com determinadas situações, facilitando o seu convívio na sociedade.

Portanto, este estudo visa trabalhar o instituto da guarda compartilhada sob um olhar multidisciplinar, na tentativa de demonstrarmos os aspectos legais, sem abandonarmos a análise das consequências psicológicas que permeiam a questão.

Para alcançar tal objetivo, optou-se pelo método dialético por se tratar de um método investigativo da realidade, que buscará compreender as mudanças de posicionamento doutrinário. Para embasar o trabalho serão utilizadas pesquisas bibliográficas, revistas, periódicos e site de internet.

Quanto à abordagem, partiremos de dados empíricos, análise doutrinária, que buscam esclarecer este instituto no direito de família.

A metodologia aplicada neste trabalho, consiste de uma apresentação bibliográfica sobre a questão do advento da Guarda Compartilhada, seus conceitos e outros aspectos. Possui caráter exploratório e descritivo por se tratar de uma pesquisa realizada através da técnica de levantamento bibliográfico dos dados, abrangendo o tema central da guarda compartilhada. Finalmente, quanto ao método, caracteriza-se como uma pesquisa documental, utilizando-se dos mais variados tipos de fontes para coletar os dados necessários (livros, legislação, meios eletrônicos, documentos, entre outros).

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA – UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

Considerando-se que é imprescindível reconhecer a necessidade de seguir em primeiro lugar as regras constitucionais para a partir daí visualizar o Direito Civil e sequencialmente os princípios do Direito de Família, originados das mesmas, faremos uma breve explanação sobre o assunto.

Alguns autores tratam como revolucionária a evolução do Direito de Família, provocada pelos princípios trazidos pelo Direito Constitucional em sua longa trajetória, quebrando paradigmas com reconhecido valor na doutrina e na jurisprudência. Esta evolução ocorrida de forma rápida e consagrada abrangeu a área da cultura, dos costumes, dos valores sociais e morais e nas afirmações judiciais de paternidade diante do avanço da ciência no campo da genética, enfim, revolucionando de forma notável a relação entre os filhos.

A interpretação do papel da Constituição na hermenêutica jurídica sofreu mudanças, com destaque para a atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucionais ocorridas no século passado.

Historicamente, o direito constitucional vem crescendo mais notadamente desde o pós-positivismo, caracterizado por duas grandes correntes entendidas como complementares, buscando melhor compreender a essência do Direito - o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

No cenário político, a contribuição do positivismo jurídico, juntamente com o ideal liberal e capitalista, possibilitou o desenvolvimento das revoluções liberais, trazendo a burguesia ao poder, surgindo, assim, um processo de codificações que foi considerado o ponto alto dessas revoluções.

O marco inicial desse processo de codificação foi o *O Code Napoleon*, de 1804, então visto como um progresso do ponto de vista legislativo e com características evidentes do Iluminismo, como o individualismo, com uma visão extremamente machista e patrimonialista, onde a mulher não tinha os mesmos direitos garantidos aos homens, ou pior, quanto as igualdades formais nem sequer eram atingidas.

Assim, segundo Clóvis Beviláqua (1976, p.20), o Direito de Família era composto pelo enfeixamento de relações que se originam da família como a regulamentação do casamento com seus respectivos efeitos pessoais e econômicos, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela.

Essa codificação pretendia garantir uma segurança jurídica trazida pela junção de leis quase imutáveis, através do envolvimento de todos os aspectos jurídicos possíveis das relações de direito privado. Podemos dizer que esta foi uma pretensão um pouco utópica, diante da extensa complexidade que lhes competia. Daí surge uma conexão direta do Direito Civil com vários ramos do Direito Público, incluindo o Constitucional.

Nesse contexto, surge o ideal kelseniano, onde a Constituição é vista sob um aspecto jurídico. No seu sentido formal, constituição seria um conjunto de normas jurídicas que somente pode ser modificado mediante a observância de requisitos especiais, ou seja, uma norma fundamental servindo de alicerce lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva, ou material - sua segunda acepção - que equivaleria à norma positiva, balizadora para a criação de outras normas.

Merece destaque também mencionar a Escola da Exegese, surgida na França por volta do séc. XIX, que estabelecia que “qualquer ato ocorrido no meio social estaria previsto numa lei, logo o Direito seria completo e poderia ser aplicado a qualquer caso” (MELLO FILHO, 2003, p.4).

Com a derrota do fascismo e do nazismo, na Itália e Alemanha, respectivamente, há um declínio da idéia de auto-suficiência da lei, e diante de um falso pretexto de proteção da

legalidade, a ética e os valores aparecem como peças basiladoras do Direito. Após a 2ª Guerra Mundial ocorreu o fenômeno de reconstitucionalização da Europa, incutindo as noções de Direito Constitucional - com princípios e normas que estabelecem deveres sociais - nas instituições contemporâneas.

Desta forma, o Código Civil deixou de ter prioridade na regulação das relações jurídicas de direito privado, ficando esta “tarefa” a cargo dos princípios constitucionais. Esse fato possibilitou uma melhor interpretação das normas de direito privado, além de conferir ao Direito mais um caminho em busca dessa sua unicidade e harmonia.

Deve-se buscar, portanto, a formação de uma nova estrutura do direito civil, para torná-lo adequado com os ditames da nova tábua axiológica.

O poder emanado pela Constituição é tão determinante que todos os textos normativos devem dela partir sempre, sob pena de se ferir a legalidade constitucional. Necessário se faz, nesse ponto, analisar esses princípios inseridos na Constituição e que guardam relação com o estabelecimento do direito de filiação.

Houve uma mudança no quadro das relações familiares, mediante a introdução de princípios promovidos pela Constituição. Como já mencionamos, trata-se de uma verdadeira revolução, pois ocorreu a quebra de paradigmas, dando uma particular atenção aos direitos e garantias individuais prestigiando o ser humano, com sua visão antropocêntrica.

Trataremos a seguir sobre alguns princípios genéricos, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade como subsídios para explanação de princípios mais específicos que serão tratados na sequência.

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra consubstanciado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto que a dignidade é algo imanente, inerente e inseparável do ser humano. A sua defesa pelo ordenamento jurídico deve ser garantida eficazmente, atentando-se em observar todas as formas de violações.

No que tange à família, este princípio é fundamental para a despatrimonialização do conceito, gerando uma mudança no entendimento do que vem a ser requisito para que se estabeleça um estado de filiação.

O princípio da isonomia ou igualdade, especialmente entre homens e mulheres e entre os filhos, encontra-se disposto no artigo 5º, I da Constituição e no artigo 1.596 do Código Civil, respectivamente.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

E o último princípio genérico é o da liberdade. No âmbito do Direito de Família, pode-se entendê-lo como a liberdade de escolha, uma maior autonomia para constituir e extinguir as entidades familiares.

Dentre os princípios específicos do Direito de Família, temos: o da igualdade jurídica de todos os filhos, da consagração do poder familiar igualitário, do melhor interesse da criança (que será tratado em um capítulo a parte) e do pluralismo familiar.

O princípio da igualdade jurídica entre os filhos está previsto no art. 227, §6º da Constituição Federal, designando que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com base no que dispõe este princípio, repetido *ipsis litteris* pelos artigos 1.596 do Código Civil e 20 do ECA, entende-se claramente que mesmo que os filhos sejam decorrentes de outras relações que não a matrimonial, não pode haver mais discriminação entre os filhos, proibido qualquer meio que os diferenciem de forma discriminatória. Este princípio repercute não só no campo patrimonial, mas, também, no campo pessoal.

O art. 226, §5º que diz que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” é o texto que traduz o princípio da consagração do poder familiar igualitário. Conjuntamente, o artigo 1.634 do Código Civil vem corroborar com este texto, tratando do exercício do poder familiar que compete aos pais conjuntamente.

O princípio do melhor interesse da criança encontra-se disposto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Considerando-se como indivíduos em total desenvolvimento

(incluindo principalmente a formação de valores e caráter) é imprescindível que se busque os meios que melhor atendam aos anseios e às necessidades dos mesmos.

O artigo 1.584 do Código Civil reforça essa preocupação com a formação da criança, dispondo que “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

Interessante ressaltar que o “melhor interesse da criança” se encontra também na Convenção de Haia que é a Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional do qual o Brasil é signatário.

Finalizando, temos o princípio do pluralismo familiar, considerando outros modelos de agregação familiar, além da constituição familiar proveniente do casamento.

Este princípio foi bem esclarecido quando o legislador utilizou no art. 226, *caput*, da Constituição Federal o termo família, sem defini-la de forma fechada e, além do mais, utilizou-se termo entidade familiar, demonstrando claramente a existência de novas formas de família, em iguais condições de tutela legal.

Diante destas colocações, abordaremos também, de forma a complementar o assunto, nuances acerca dos novos contornos do conceito de família e de filiação.

O contexto sócio-político que era dominado pela sociedade burguesa, determinou o casamento como o modelo (e único meio idôneo) da formação da família. Como os ideais dos legisladores identificavam-se mais com os ideais burgueses, o resultado era uma legislação baseada em interesses pessoais, dificultando qualquer tipo de alteração jurídico-conceitual dos institutos merecedores de proteção da lei.

Entende-se, neste contexto, qual não é a dificuldade gerada quando se tem “pré-conceitos” e um grande apego a definições anacrônicas.

Outro aspecto que merecerá destaque em se tratando da formação familiar e que é denominador comum nesse campo é o afeto. A questão que se discute é sobre conferir ao afeto um valor jurídico para solucionar situações tão carentes de critérios mais claros e precisos.

Não se trata apenas de uma reformulação do direito de família, é uma opção em reconstruir as bases desse ramo do direito, debruçando-se sobre os novos questionamentos com vistas a uma solução ou, um caminho que proporcione julgamentos mais justos e condizentes com a nova realidade que se apresenta.

A Constituição Federal traz três fundamentos que podem ser considerados essenciais para a determinação do chamado princípio da afetividade: a igualdade entre todos

os filhos independente da origem; a questão da igualdade dos filhos adotivos, baseado sobremaneira nos laços de afeto; e, por fim, a ampliação do conceito de família.

Retomando o vínculo entre o princípio da pluralidade familiar e a igualdade filial é que ambos tem em comum a questão do afeto. Vem à tona a discussão do sentimento e da solidariedade para desprestigiar as questões sobre patrimônio, fundamento que foi base para a formação das famílias em épocas anteriores.

Os tribunais pátrios já vêm se manifestando no sentido de reconhecer a afetividade como vetor predominante no seio familiar, descartando de forma lenta, mas constante, a idéia de família puramente biológica.

Para tanto, analisam-se casos concretos buscando observar se há ou não uma relação “socioafetiva” entre os integrantes da unidade familiar para estabelecer se há, a rigor, uma família.

Aliado à questão do afeto está a inclusão dos princípios, mencionados anteriormente, e que deram à família, mais notadamente à filiação um novo formato.

As instituições familiares existirão tantas quantas forem as formas possíveis de agrupamentos visando a preservação e cuidado, sempre pautadas no afeto; em que haja uma real intenção de “ser” família.

É fato, o afeto transformou-se em objeto determinante na formação da família, trazendo à tona sua pluralidade e permitindo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A tendência é a formação de novos modelos de família como instituição mais igualitária, menos sujeita a regras e aos preconceitos e fomentadora do que de mais positivo pode haver no homem: o amor.

Com estas mudanças da família, os aspectos sobre a filiação também mudam, que tem o seu reconhecimento, nos termos do art. 27 do ECA, como um “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

A filiação, que se encontra dentro das relações familiares, também passou a valorizar o que é construído no dia-a-dia; cada exteriorização de companheirismo, de amizade e de afeto. Percebe-se o sentido simbólico que a filiação tem ganhado ao longo dos tempos, com o entendimento que é filho porque foi essa a escolha, porque as relações de afeto os ligam de forma inexorável.

Como ainda acontecem situações de apego despropositado aos critérios biológicos impedindo a formação de uma família baseada no afeto, levam as pessoas a buscarem, através

do Poder Judiciário, uma tentativa de solucionar os problemas que na verdade vem se mostrando como soluções para tantas mazelas sociais.

Apesar da palavra afeto não constar no texto da Lei Maior, como direito fundamental, podemos considerar categoricamente, que este decorre da valorização da dignidade da pessoa humana.

A afetividade possui fundamentos, inclusive jurídicos, razão pela qual esboça-se a possibilidade de considera-la como princípio. Além do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade se mostra de influência essencial dentro da existência no mundo jurídico da afetividade.

Os artigos 226 e 227 da Constituição Federal só reforçam este aspecto atual da afetividade, pois trazem, entre outras coisas, a igualdade entre todos os filhos, inclusive os advindos de adoção.

Felizmente, conclui-se que o fenômeno da perda do monopólio dos laços biológicos é um fato e se isso culmina na existência de uma pluralidade de organizações que se considera família, o reconhecimento da afetividade nas relações de família se torna irrefutável.

Como exemplo da real existência e aplicabilidade da “socioafetividade” como caracterizadora de relação paterno-filial, apresentamos decisões nos Tribunais de Justiça pátrios, a exemplo do que se segue:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ADOÇÃO À BRASILEIRA - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família. DJ 04/02/2002, Relator Accácio Cambi).

Percebe-se com este exemplo que a configuração de paternidade deriva do amor e da forma companheira como uma pessoa se entrega a outra, ficando a consangüinidade no papel secundário.

2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio da Prioridade Absoluta de plena implementação das normas pertinentes ao seu sistema surge do entendimento global de que as crianças e adolescentes necessitam de proteção especial. Sendo as crianças e adolescentes considerados em sua condição especial ou peculiar de desenvolvimento pela qual vivenciam (o amadurecimento físico e psíquico estarem em formação) e que existam métodos capazes de resguardar o necessário cumprimento dos seus direitos.

A norma exige uma priorização administrativa, adequação da política econômica e fiscal e mobilização dos recursos humanos para atender às exigências dessa parcela específica da população. O artigo 4º do ECA, em conformidade com o art. 227 da CF já prescreve essa necessidade, como por exemplo, prioridade para receber proteção e socorro em qualquer circunstância; precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder; entre outros.

A Lei Magna estabelece que a todos seja assegurado um rol mínimo de direitos e garantias fundamentais para a sua existência digna, porém para a população infanto-juvenil as garantias possuem cumprimento prioritário. Apesar disto, importante registrar que a legislação não institui a exclusividade. Assim, não estaríamos em caso de conflito de executividade dos direitos dos indivíduos adultos e dos que se encontram em fase de desenvolvimento.

O poder público deve dar celeridade aos casos em que estejam inseridos crianças e adolescentes, visto que estas possuem um direito a mais em relação aos direitos dos demais cidadãos, apesar destes casos serem cumpridos junto aos demais.

Como já vimos, no Princípio da Prioridade Absoluta, inserido na Constituição Federal, a criança e o adolescente devem estar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, mas o que nossa realidade brasileira retrata caracteriza-se como uma afronta ao mencionado princípio constitucional, mediante descaso como é tratado.

O Poder Judiciário não pode condenar o Executivo a uma obrigação de fazer ou não-fazer, sob pena de ser vulnerado o postulado da discricionariedade administrativa, pois o

não-acolhimento da pretensão deduzida em juízo em favor da criança e do adolescente em muitas das vezes decorre, do "poder discricionário" do Administrador Público.

Por discricionariedade entende-se ser o poder do administrador que, nas matérias de sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de sua conveniência e oportunidade.

Cabe ao Judiciário, a tarefa de exigir do administrador público o cumprimento da norma direcionada aos direitos da criança e adolescente, pois este possui o dever de cumpri-lo.

A introdução do princípio da prioridade absoluta dos direitos das Crianças e dos Adolescentes foi uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988 e está previsto pelo seu art. 227. Nenhum outro grupo social recebeu proteção tão abrangente, visto que além de impor dever de proteção pela família, pela sociedade e pelo Estado aos direitos fundamentais da criança e adolescente (vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão) que serão protegidos com prioridade absoluta, nos termos do dispositivo constitucional.

De tal forma que ainda que não houvesse norma prevendo o direito à vida e à liberdade da criança e do adolescente haveria a proteção em razão do que preceita o art. 5º.

Em comparação aos outros grupos, ou pessoa, somente os idosos no âmbito da legislação infra-constitucional é que foram beneficiados com a previsão de prioridade absoluta e de proteção integral, embora com previsão em lei ordinária o que torna esta proteção normativa menos abrangente por não dispor de nível constitucional.

O que é fato é a gama de desafios à teoria e à prática constitucional brasileira, diante da amplitude da proteção constitucional do direito da criança e do adolescente, notadamente com a instituição da norma que prevê a sua prioridade absoluta.

Houve uma ampliação os desafios trazidos pela doutrina da proteção integral e pelo princípio da prioridade absoluta com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que criou um sistema nacional de garantia de direitos da Criança e do Adolescente acompanhada de uma política nacional, especialmente com a previsão do seu art. 4º que pretendia conformar este princípio constitucional, *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos

referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Quanto aos dois primeiros itens do parágrafo único acima mencionado, já era uma prática muito empregada pelo menos em relação as crianças de colo e sua ampliação pode ser reconhecida sem maiores surpresas.

Já no que concerne aos dois últimos, porém, levanta questões jurídicas complexos que desafiam o significado da separação de poderes no Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que surge o princípio da prioridade absoluta e da proteção integral, e a previsão de preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude o que era uma decisão política de acordo com as prioridades de cada governante transforma-se em norma jurídica de observação lógica pelos agentes do Estado.

Assim sendo, este princípio estabelece que os direitos das Crianças e dos Adolescentes devem ser protegidos em primeiro lugar, inclusive com a possibilidade de tutelar judicial de seus direitos fundamentais.

Além de ser prioritário, o direito da Criança e do Adolescente, a Assembléia Constituinte ainda achou por bem conferir prioridade absoluta.

O Judiciário, atento ao disposto no art. 227, conformado pelo art. 4º do ECA, reconhece esta prioridade determinando intervenção judicial sempre que instado em ações individuais e coletivas quando havia omissão do ente federativo responsável.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também vem aplicando este princípio reforçando o caráter de prioridade da Infância e da Juventude, inclusive com a condenação dos entes federativos em obrigação de fazer, bem como rechaçando, nesta situação, a tese de que haveria quebra da harmonia entre os poderes.

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

De acordo com a situação ou motivos de rompimento da relação conjugal dos pais, sempre existirá em primeiro plano a proteção do melhor interesse do menor, incluindo-se neste rol o direito de convivência com ambos os pais (CHAVES, 2011).

É inquestionável a prevalência do interesse dos filhos menores, naturalmente valorizado pelos pais, seus parentes mais próximos. A guarda representa a convivência efetiva entre os filhos e os pais e o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais, foi a partir daí que motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada. Na guarda compartilhada, os pais dividem a responsabilidade em relação aos filhos. Todas as deliberações sobre a rotina da criança, como escola, viagens, atividades físicas, passam a ser tomadas em conjunto, visando o interesse concreto do menor, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade.

Enquanto os genitores vivem juntos, a guarda dos filhos menores é exercida em igualdade de condições, como pode ser observado na atual Constituição Federal, capítulo VII que trata da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, mais precisamente no seu artigo 226, § 5º *in verbis* “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

No entanto, quando essa convivência conjugal é perturbada, dá-se a cisão da guarda comum, passando os filhos a conviver com apenas um dos seus genitores, o que acarretará uma relação mais estreita com o mesmo. Em relação ao genitor que não exercerá a guarda, o direito assegura-lhe a manutenção das relações paterno-familiares através do sistema de visitas e fiscalização, como controle e limitações a guarda do outro, uma vez que, mesmo com a cisão da guarda, ambos os pais possuem a titularidade da autoridade parental, por continuar existindo os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos. (GRISARD FILHO, 2009).

Vale salientar, que sempre deve ser observado em primeiro lugar, o interesse da criança ou do adolescente. Logo, essa mesma análise será feita em relação à guarda compartilhada, deixando para segundo plano qualquer pretensão do pai ou da mãe.

No Brasil, os princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança foram abordados na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

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.

DIAS (2007, p. 377) comenta que o ECA seja anterior ao Código Civil constituir-se em um microssistema. Dispondo de um centro de gravidade autônomo, suas regras têm prevalências. As codificações pelo seu grau de generalidade, não possuem qualquer capacidade de influência normativa sobre os estatutos.

A doutrina pátria adotou um sistema em que o Estado tem o dever de proteção absoluta e completa à assistência social a infância, dando ao menor uma atenção especial.

A sugestão da guarda compartilhada não traz consigo a finalidade de generalizar seu uso em qualquer caso de separação. Desta forma, para a sua correta aplicação, deve-se observar, antes de tudo, o princípio do melhor interesse para a criança, analisando o ajustamento dos filhos na sua referência de moradia e se coexistem harmonia e respeito entre os pais.

Em alguns casos os pais enfrentam a decisão de quem ficará com guarda do filho como uma disputa, atitudes competitivas, situações conflitantes, na disputa chegam até mesmo a jogar os filhos contra o outro pai, esquecendo que o importante não são os seus interesses pessoais, e sim, o bem estar da criança. DIAS (2007, p. 394) comenta a respeito:

O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período de vida em comum. Passa a haver verdadeira disputa pelos filhos, além de excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos.

Na guarda compartilhada essa situação não pode acontecer, pois como se trata de uma modalidade de atendimento da criança, onde tanto o pai quanto a mãe tem graus de convivência e envolvimento similares com o filho, não pode haver espaço para questionamentos da forma como cada um o faz. É preciso ter claro que ser pai e ser mãe é algo vinculado à personalidade de cada pessoa, e não à sua condição de parceiro amoroso ou sua posição conjugal. Sendo aplicada corretamente de acordo com sua adequação no caso concreto, a guarda compartilhada não contribuirá somente aos filhos, mas toda família, isso

porque, mesmo estando separado o casal, é indispensável o convívio de ambos na criação de seus filhos.

4 A DISCIPLINA DA LEI 11.698/2008

Na tentativa de alcançar os avanços sociais e efetivar uma medida de proteção aos direitos dos menores, foi publicada a Lei 11.698/08, que entrou em vigor na data de 13 de junho de 2008, conferindo de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes a ambos os pais. Já há muitos anos notava-se na sociedade brasileira uma reclamação por não existir em nosso ordenamento jurídico uma lei que tratasse especificamente da guarda compartilhada, porém agora, tendo esta intenção de suprir esta necessidade promulgou-se a lei 11.698 de 13 de junho de 2008, alterando os arts. 1583 e 1584 do Código Civil.

DIAS apud GONÇALVES (2009, p. 268) reforça a segurança que esta Lei apresenta, permitindo

a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não-guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249).

Uma alteração relevante é que as novas redações dos artigos não se referem mais, em relação à guarda dos filhos, somente nos casos de divórcio e separação do vínculo conjugal, mas em qualquer situação que os pais não vivam sob o mesmo teto, como nos mostra o art. 1583, caput § 1º, que definem as modalidades de guarda:

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

Conforme o art. 1584, I e II a guarda unilateral ou compartilhada pode ser requerida pelos pais quando houver um consenso, ou será decretada pelo juiz observando as necessidades específicas do filho.

De acordo com Wald e Fonseca (2009), a Guarda Compartilhada, tal como regulada pela referida lei visa, sem dúvida, uma maior colaboração dos pais no dia-a-dia dos filhos, fazendo com que estes participem em igualdade de condições, de tarefas e decisões atinentes à prole (acompanhamento dos estudos, condução às atividades escolares

extracurriculares, às consultas médicas, as sessões de terapia, festas, escolha dos profissionais que a atenderão - médicos, terapeuta, professores, etc.).

Para os autores acima é imperioso que se reconheça que a Guarda Compartilhada nada mais representa do que o exercício conjunto de um dos atributos do poder familiar: dirigir a criação e a educação dos filhos (art.1.634, I, do CC). Este, como legalmente ou dissolução da união estável dos genitores. E o que textualmente estabelece o art. 1632 do Código Civil: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. E, como se não bastassem os claros termos do art. 1.633, o art.1.579 também preceitua que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Segundo DIAS (2007), o critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores, expresso no art. 1.612 do Código Civil Brasileiro: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.”

Antes da lei 11.698/2008, havendo dissolução da sociedade conjugal, a regra era a aplicação da guarda unilateral, bem diferente da atual redação do art. 1584, § 2º, “*quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada*”.

Neste pensamento, deve o juiz explicar na audiência de conciliação, para os genitores, o significado da guarda compartilhada, reforçando assim, a idéia de sua aplicação. Em última análise, se o juiz verificar que não é aconselhável aplicar a guarda compartilhada, de qualquer forma será obrigado a concedê-la à apenas um dos pais, ou seja, àquele que revele melhores condições para exercê-la, de acordo com o que provavelmente será melhor para o filho.

Ao sancionar a Lei 11698/08, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva vetou o artigo onde a guarda compartilhada poderia ser fixada por "consenso ou por determinação judicial". Ficou estabelecido que os termos da guarda poderão ser formulados em comum acordo pelas partes, entretanto somente o juiz poderá fixá-los.

A nossa legislação passou a prever dois tipos de guarda: Compartilhada - a criança ou adolescente mora com um dos pais, mas não há regulamentação de visitas nem limitação de acesso à criança em relação ao outro, as decisões são tomadas em conjunto e ambos dividem responsabilidades quanto à criação e educação dos filhos; Na unilateral - a criança mora com um dos pais que detém a guarda e toma as decisões inerentes à criação, o outro

passa a deter o direito de visitas, regulamentada pelo juiz. A pensão alimentícia, fixada mediante acordo entre as partes ou pelo judiciário, passa a ser obrigação do pai que detém o direito de visita.

Sendo importante destacar que continua valendo a obrigação da pensão alimentícia para os dois tipos de guarda, no entanto, os valores poderão ser revistos, diante do aumento ou redução das despesas dos responsáveis.

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos, como pressupostos do novo modelo.

5 DA JURISPRUDÊNCIA PRIVILEGIANDO A GUARDA COMPARTILHADA

A título de exemplos práticos relacionados à decisão da justiça quanto à ação de guarda compartilhada, apresentamos algumas jurisprudências, que se seguem:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO LITIGIOSO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - PLEITO FORMULADO PELO GENITOR VISANDO A CONCESSÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR OU A ESTIPULAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA - REQUISITOS AUSENTES – DECISÃO MANTIDA. 1. Legislação, doutrina e jurisprudência se norteiam no sentido da proteção do menor, que prevalece sobre tudo o mais. Nas questões de família, está o juiz investido do Poder Geral de Cautela e assim, nas questões incidentes, decidir de modo a resguardar os interesses dos menores e a sua harmonia. 2. É entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência que a criança de tenra idade, em geral, deve permanecer com a mãe, sendo sua guardiã natural. Na hipótese dos autos, nada informa que o menor, caso na guarda provisória da mãe e em convívio com o pai, na forma em que estipulado o regime provisório de visitas, encontrar-se-á privado da devida assistência, educação e dedicação, nem que seu estado de saúde seja abalado. Frise-se que restou assegurado ao genitor agravante o direito de ter em companhia seu filho, na forma razoavelmente estabelecida de forma provisória pelo Juízo monocrático. 3. Nestes termos, e até que se conclua a instrução processual e atento às circunstância dos autos, buscando-se sempre o bem-estar da criança, a r. decisão agravada não merece qualquer reparo. Frise-se que a manifestação preliminar deste entendimento não importa na antecipação do julgamento da causa, que deverá enfrentar as alegações e as evidências das provas produzidas no curso do processo. Inviável decidir-se o mérito da ação nos lindes estreitos do Agravo de Instrumento, sob pena de supressão de instância. 4. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (20100020184178AGI, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 02/03/2011, DJ 17/03/2011 p. 166)

17021696 - GUARDA E RESPONSABILIDADE - Quando a verdade da razão se apresenta, em sintonia com a verdade dos fatos é de se concluir pela verdade da justiça, assim é que há que ser reconhecido de direito o que já existe de fato, ou seja, a guarda compartilhada dos menores pelos conviventes. (art. 5º da LICC). Provimento do recurso para a concessão da guarda como requerida. (TJRJ - AC 3347/2001 - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Antônio Felipe Neves - J. 03.09.2001).

2004.001.10565 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. NASCIMENTO POVOAS VAZ - Julgamento: 05/10/2004 - DÉCIMA OITAVA CAMARA CÍVEL

GUARDA COMPARTILHADA INTERESSE DE(O) MENOR SENTENÇA CONFIRMADA

AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DE POSSE E GUARDA DE FILHA. SOBRELEVÂNCIA DO BEM ESTAR DA PROLE. NA GUARDA E PROTEÇÃO DE MENORES HÁ DE SE LEVAR EM CONTA O SEU BEM ESTAR MATERIAL, A SUA FORMAÇÃO MORAL, INTELECTUAL E SOCIAL. SITUAÇÃO QUE, SEGUNDO ESTUDO DE ASSISTENTE SOCIAL, PRESERVA TAIS VALORES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INFORMATIVOS CAPAZES DE RECOMENDAR ALTERNATIVA DIVERSA DA CONSTANTE NA DECISÃO MONOCRÁTICA.Confirmação do julgado.

Percebe-se com estes exemplos que ao manter as decisões, o egrégio Tribunal, além de condensar todo o equilíbrio que a guarda compartilhada fornece, através do aumento da disponibilidade para os filhos, e do grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos mesmos, entre outros, concede ao menor o benefício de não ter que se sentir coagido e até mesmo culpado, por ter que optar, entre um de seus genitores.

Cabe mencionar ainda que algumas decisões judiciais também determinam a guarda compartilhada de um dos pais com terceira pessoa, reforçando-se a amplitude que estas causas requerem, como a questão de afetividade e afinidade. E, vale ressaltar também que, quer seja a determinação da guarda entre os genitores ou desta forma acima mencionada, é muito importante que o juiz convoque as partes, ouça os menores e recorram à consulta interdisciplinar.

Num outro contexto, mas sempre tendo em vista o melhor interesse das crianças, na ótica judicial, temos duas decisões contrárias:

CIVIL - FAMÍLIA - GUARDA COMPARTILHADA - MODIFICAÇÃO - MELHOR INTERESSE DOS MENORES - GUARDA CONCEDIDA UNILATERALMENTE À GENITORA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Segundo a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça, a guarda compartilhada somente pode ser concedida quando os pais mantêm uma boa convivência e diálogo a permitir a preservação dos interesses da criança. 2. Correta se mostra a r. sentença monocrática que modifica a guarda compartilhada e a

concede unilateralmente à genitora, se resta evidenciado que a mãe oferece melhores condições para exercê-la, porquanto se deve atentar para o melhor interesse das crianças, buscando sempre o seu bem estar.3.RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (20080710248050APC, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 23/02/2011, DJ 04/03/2011 p. 199)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. O menor se encontra desde maio de 2011 na **guarda** paterna, demonstrando que está bem vinculado e inserido no núcleo familiar paterno, como se vê no estudo social e laudo psicológico. À mãe está assegurado o direito de visitas, o que deve ser protegido e estimulado, pois o filho também tem com ela bom vínculo afetivo. Não é recomendável o deferimento da **guarda compartilhada** - de difícil sucesso na sua aplicação prática e somente viável quando fruto do consenso. O simples fato de se fazer desta pretensão uma disputa judicial vai contra o ânimo de composição e entendimento. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70057996324, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/03/2014)

Estas decisões retratam que a sociedade ainda não encontra-se pronta para entender os benefícios que a guarda compartilhada oferece, ela está em fase de amadurecimento, incluindo-se aí, questões básicas de convivência, prioridades, conceitos psicológicos relacionados ao desenvolvimento infantil, entre outros.

Outro ponto interessante a se mencionar, trata sobre a decisão do STJ sobre a guarda compartilhada determinando que a mesma pode ser decretada mesmo sem o consenso entre os pais, transcrita a seguir:

Informativo nº 52 – STJ decide que guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem o consenso entre os pais.

Prezados Colegas,

No final do ano de 2011, o Tribunal da Cidadania decidiu que a guarda compartilhada pode ser decretada mesmo sem o consenso entre os pais.

A Terceira Turma do Tribunal assinalou que os direitos garantidos aos pais em relação aos seus filhos são na verdade concessões legais que têm por objetivo a proteção da criança e do adolescente e são restringidos em sua extensão, ao melhor interesse do menor.

Esse entendimento converge com as lições de Tânia da Silva Pereira e Natália Soares Franco, no sentido de que:

A vulnerabilidade dos filhos deve ser atendida no intuito de protegê-los. Afastada a ideia de um direito potestativo, o poder familiar representa,

antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes. Assim é que, atender o melhor interesse dos filhos está muito além dos ditames legais quanto ao estrito exercício do poder familiar. (DELGADO, Mário e COLTRO, Matia – Coordenadores. *Guarda Compartilhada*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, in : *O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada* - PEREIRA, Tânia da Silva e FRANCO, Natália Soares, pag. 357)

Nesse diapasão, a Ministra Relatora Nancy Andrichi destaca que como o foco deve ser sempre o bem estar do menor, o fato que melhor se ajusta concretamente a esta premissa seria a concessão da guarda compartilhada pelo ex-casal.

Entendeu-se que os direitos garantidos aos pais referentes à guarda unilateral dos filhos em muito os prejudicaria e desestabilizaria o poder familiar, pois este passa a ser concentrado na mão de um genitor – o qual, por permanecer muito mais tempo com o menor, destitui os laços criados quando o poder era compartilhado.

Seguindo essa ordem de ideias, apontou-se que o genitor que não detém a guarda tende a não exercer os demais atributos do poder familiar, distanciando-se de seu filho e privando-o de importante referencial para a sua formação. Com os cuidados concentrados nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, pouco convive com o menor e se limita a um exercício inócuo.

Assim, conforme argumentou a Min. Rel. Nancy Andrichi:

Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo(a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda. (REsp nº 1.251.000/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011).

Frente ao entendimento exposto pela d. Ministra, infere-se que na medida do possível o poder familiar deve ser exercido por ambos os genitores e a regra deve ser a guarda compartilhada.

Nesse sentido leciona Belmiro Pedro Welter:

(...) com a adoção da principiologia constitucional, a regra é de que se presume, "juris tantum", a guarda compartilhada, em vista da necessidade da convivência e do compartilhamento do filho com o pai e a mãe. É dizer, como a regra é a guarda compartilhada, a guarda unilateral passa a ser a exceção. (WELTER, Belmiro Pedro. *Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família* - 2009)

Desse modo, o STJ concluiu que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial.

Da decisão prolatada pelo Tribunal da Cidadania depreende-se o intuito de organizar o poder familiar, com o objetivo de dar o melhor amparo possível à criança que está em meio a uma situação tão delicada que é a separação dos pais.

No entanto, uma ressalva pode ser destacada no tocante ao assunto, tendo em vista que a imposição da guarda compartilhada sem o consenso entre os pais pode representar, em última análise, outro tipo de guarda que não a pretendida, a chamada **guarda alternada**.

Nos casos de guarda alternada há uma participação independente de cada genitor no processo de desenvolvimento da criança, sem a tomada de decisões conjuntas, ocorrendo ausência de responsabilidade partilhada - situação em que o poder familiar é revezado, sendo exercido pelo genitor que se encontre temporariamente com a custódia física da criança.

A guarda alternada pode acarretar sérios problemas à criança, pois esta não possui um modo de vida consolidado que permita o florescimento de seus valores e sua própria personalidade, uma vez que ambientes diferentes provavelmente possuem orientações éticas e morais conflitantes.

A criança acaba por conviver em vários lugares - cada qual com suas regras e costumes distintos -, ficando sujeita a uma desorientação prejudicial à sua formação psíquica, uma vez que para crescer bem necessita de um ambiente conhecido e estável.

O exercício alternado do poder familiar em virtude desse tipo de guarda causa inequívoco prejuízo à saúde e higidez psíquica da criança em virtude da confusão nos seus referenciais básicos de moradia, pertences pessoais e convívio social. Por essas razões, a guarda alternada é contraindicada até mesmo nos casos em que for possível estabelecer clima harmônico ou amistoso entre os genitores.

Destarte, cumpre ao Poder Judiciário avaliar com muita cautela se as particularidades do caso concreto, especialmente aqueles em que se verifique a belicosidade entre os ex-cônjuges. Com efeito, no afã de buscar o melhor para a criança, o magistrado pode incorrer em decisões que prejudiquem o menor, aplicando, sem perceber, uma guarda alternada revestida de argumentos da pretensa guarda compartilhada.

Cordialmente,

Terezinha de Jesus Souza Signorini – Coordenadora

Rafael Conor – Estagiário de Direito

Referências do Informativo:

Notícia veiculada no site do STJ:

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.exto=103027

DELGADO, Mário e COLTRO, Matia – Coordenadores. Guarda Compartilhada, Rio de Janeiro: Forense, 2009, in : O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada - PEREIRA, Tânia da Silva e FRANCO, Natália Soares.

REsp nº 1.251.000/MG, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011.

WELTER, Belmiro Pedro. Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. – 2009.

É nesse contexto que se inserem as novidades introduzidas pela Lei nº 11. 698 de 13 de junho de 2008, em toda sua efetiva operacionalidade.

Nesse ponto, visualiza-se a contradição que embala a questão: Entende-se que não há possibilidade efetiva da guarda compartilhada sem que haja consonância entre o casal, mas vários doutrinadores expõem pensamento divergente, considerando que não somente pode determiná-la, mas deve ser aplicado pelo magistrado, mesmo sem acordo entre os pais.

A ex-desembargadora e advogada Maria Berenice Dias (2008, p. 401) expõe sobre o tema:

(...) a regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não mais fica à mercê de acordos firmados entre os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal, sob pena de se transformar em instituto destituído de efetividade. A tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, sob a justificativa de que é necessário o consenso entre as partes. Porém, a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser sim a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, a guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.

E continua (op.cit, p. 403):

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.584 I e II). Caso não estipula na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, pode ser buscada por um dos pais em ação autônoma (CC 1.584 I). Mesmo que tenha sido definida a guarda unilateral antes do advento da reforma da lei, pode qualquer deles pleitear a alteração. Ainda que eleita a guarda individual, mister que o juiz informe o significado e importância da guarda compartilhada.

O que nos falta ainda é um debate mais aprofundado sobre o tema, pois a falta de conhecimento adequado sobre a questão da Guarda Compartilhada, em confronto com outros conceitos e classificações de tipos de guarda, gera certa rejeição por parte da sociedade, principalmente quando os maiores envolvidos estão dentro de uma crise familiar, e até mesmo no âmbito jurídico, em relação a estas mudanças.

CONCLUSÃO

Este estudo objetivou trabalhar o instituto da guarda compartilhada sob um olhar multidisciplinar. Diante da pesquisa realizada sobre a Guarda Compartilhada como principal norteador da relação, criação e desenvolvimento da criança, observa-se que se trata do meio mais eficiente em garantir os reais interesses do menor em conviver com seus verdadeiros

pais, como também, auxilia na obtenção do êxito durante a divisão de responsabilidades e acompanhamento por parte dos cônjuges, de seus filhos.

O efeito positivo da Guarda Compartilhada pode ser observado diante da possibilidade dos genitores em exercerem em conjunto o cuidado em relação a prole, uma vez que tal fato permite o acompanhar o crescimento, a formação e a instrução dos filhos, diminuindo-se dessa forma a sensação de culpa e frustração por não poder cuidá-los como haviam programados anteriormente.

A Guarda Compartilhada surgiu em um momento de bastante discussão sobre os direitos da criança e do adolescente observados com o advento do ECA, diante de uma mudança sócio-conceitual da questão de família e de responsabilidades no lar, onde na maioria dos casos era delegada à mãe o cuidado dos filhos após a ruptura do relacionamento conjugal, o que prejudicava bastante a participação e o convívio do pai com seus filhos, por acreditar que o pai não saberia criá-los e educá-los corretamente. No entanto, diante das mais diversas modalidades de famílias surgidas ao passar do tempo, e o surgimento ainda que formal deste tipo de guarda compartilhado por muitos pais após a separação do casal, concluiu-se que tais conceitos precisavam ser analisados em prol dos cuidados necessários para o desenvolvimento físico-psíquico-social da criança.

Porém, a Guarda Compartilhada só poderá ser considerada no âmbito jurídico como a mais favorável diante do advento da separação, se não existirem mágoas e ressentimentos entre os pais após a separação, o que prejudicaria ainda mais o real interesse do exercício desta modalidade de guarda. Mesmo diante da formação de novas famílias, os pais devem ser amigos e parceiros neste tipo de investimento, de forma que possam além de contribuir com o crescimento e desenvolvimento de seus filhos, dividirem as tarefas necessárias para tal propósito além de permitir o convívio mais intenso com seus filhos.

Por fim, este artigo teve a pretensão de contribuir para uma reflexão sobre um tema que merece discussões conjuntas de diversos segmentos da sociedade, que apesar da evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa necessita de uma base mais sólida para que se possa dar efetividade aos direitos sociais em respeito aos princípios e garantias fundamentais previstos na nossa Constituição, especialmente da família.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7. ed. correta e aumentada de acordo com o Código Civil e legislação posterior. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CHAVES, Maria Claudia. **Guarda Compartilhada:** Pequenos Apontamentos. Revista da EMERJ, v. 14, n. 53, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_308.pdf> Acesso em: 06 Mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4.ed. ver. atual. e amp. São Paulo. RT, 2007.

FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE: Teoria e Prática do Direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. VI – Direito de Família, 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Um novo modelo de responsabilidade parental.** 4.ed. rev atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

[HTTP://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4382](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4382). Guarda compartilhada: uma abordagem completa. Laura Affonso Costa Levy, p. 1-9. Acesso em 26/02/2014.

<http://jus.com.br/artigos/22588/guarda-compartilhada-exclusiva-viabilidade-transacional#ixzz2zdjhoTNH>. Acesso em 22/04/2014.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Doutrina e Jurisprudência. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELO FILHO, Rogério Machado. A aplicação do Direito sob a ótica das Escolas de Interpretação das normas jurídicas. **Revista Jurídica Virtual.** V.4, n.50, jul. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_50/Artigos/Art_Rogério.htm. Acesso em: 10 abr. 2014.

WALD, Arnald; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Direito Civil: **Direito de Família.** 17.a. edição. São Paulo: Saraiva 2009.