

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Wlamir Pereira de Lima¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

O presente trabalho procura mostrar os preceitos acerca das questões mais complexas e atuais do Direito das Famílias: a guarda compartilhada dos filhos face à ruptura do matrimônio de seus pais. A pesquisa efetuada contempla o conceito do instituto da guarda compartilhada, como pressuposto gerador da responsabilidade familiar, com respaldo no Código Civil de 2002 e da Lei 11.698/08, os princípios fundamentais, a concepção da guarda compartilhada no Direito Brasileiro, o posicionamento jurisprudências dos Tribunais brasileiros. Concebe à criança o direito de conviver com os pais de forma pacífica e natural, assegurando todos os direitos reconhecidos pela sua condição peculiar de desenvolvimento. A metodologia utilizada fez-se a partir de uma revisão bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e do próprio amparo legal, configurando o método de abordagem dedutivo. Por fim, o presente artigo reforça a indispensabilidade do efetivo acompanhamento dos filhos pelos seus pais, independentemente da existência de uma relação conjugal, restando preservado o direito fundamental à convivência familiar, inclusive, como um direito de personalidade.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Famílias; Lei 11.698/08; Guarda Compartilhada.

GUARD SHARED FROM THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT OF FAMILIES

ABSTRACT

This paper seeks to show the precepts about the most complex and current issues of law of Families: the shared custody face the disruption of marriage of his parents. The research carried out includes the concept of shared custody institute, as a generator assumption of family responsibility, in reliance on the 2002 Civil Code and the Law 11,698 / 08, the fundamental principles, the concept of shared custody in Brazilian law, jurisprudence positioning Brazilian courts. Conceives the child's right to live with parents in a peaceful and natural way, ensuring all the rights recognized by his particular condition of development. The methodology used was made from a doctrinal and jurisprudential literature review and own legal support, setting the deductive method of approach. Finally, this article reinforces the indispensability of effective monitoring of children by their parents, regardless of the existence of a marital relationship, remaining preserved the fundamental right to family life, including, as a personality right.

Keywords: Civil Law. Law of Families; Law 11,698/08; Shared custody.

¹ Discente do Curso de Direito do UNIRN, e-mail: wplnatal@hotmail.com.

² Docente do Curso de Direito do UNIRN, e-mail: casimiroluciana@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de esclarecer a amplitude da guarda compartilhada dos filhos decorrente da extinção definitiva do vínculo afetivo e/ou conjugal dos seus genitores, o presente trabalho esclarece sobre os principais pontos divergentes na doutrina e na jurisprudência, contemplando as suas partes constitutivas e examinando cada questão, ora tratada, de maneira concisa e integrada.

Inicialmente será abordado o conceito genérico de guarda como premissa ao posterior entendimento da espécie compartilhada e sua aplicabilidade no Direito das Famílias, por se tratar de mais um instrumento legal à continuidade de exercício do poder familiar pelos ex-cônjuges, em respeito aos princípios de dignidade humana, segurança, bem estar e melhor interesse da criança e/ou adolescente, preservando-se os laços afetivos com os seus genitores, bem como um maior tempo de convivência desses com a sua prole.

Este estudo reside na direta e relevante influência do assunto no seio familiar, através de uma contínua responsabilidade existente dos genitores na fixação de um ambiente saudável, estável e seguro aos seus filhos, evitando traumas psicológicos e, conseqüentemente, futuros distúrbios de comportamento social.

Ademais, o melhor interesse da criança e/ou adolescente constitui princípio básico a ser respeitado, não obstante o respeito aos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º e seus incisos.

Do ponto de vista acadêmico, este estudo aponta falhas na lei acerca do assunto em tela, contribuindo de forma singela para o ordenamento jurídico brasileiro em sua busca incessante pelo ideal de justiça, descortinando a sua relevância social, que se fundamenta na premissa de que para todos que compõem a sociedade deve ser assegurada uma devida prestação jurisdicional, sempre apoiada no complexo de regras e princípios constitucionais, que não se abalam diante da aplicação da lei em foco.

Com o escopo de assegurar a supremacia da Constituição Federal e os seus ideais, o estudo tem a pretensão de expor de modo sucinto os princípios que dão suporte à lei, apresentando o perfil da legislação especial 11.698/08 no direito brasileiro, além de identificar as controvérsias existentes entre a lei em comento à luz da Constituição Federal de 1998 e a divergência entre a Lei 11.698/08 e o princípio do melhor interesse da criança, adolescente e/ou incapaz.

O principal referencial teórico da pesquisa é a Constituição Federal de 1988, uma vez que a Carta Magna instituiu a Ordem Social no Título VIII, Capítulo VII – Da Família, da criança, do adolescente e do idoso não obstante seu artigo 5º e incisos, utilizando-se também da análise dissertativo e exploratório, havendo o estudo de determinados escritos, como também o de tipo ideal, visto que foi feito um levantamento das características do assunto em comento, cuja técnica de pesquisa é a pesquisa bibliográfica, em que se procederá a leituras e discussões envolvendo os institutos constitucionais, infraconstitucionais e o conceito de justiça, utilizado como base para justificar a imposição da guarda compartilhada, como também, para apresentar suas implicações e consequências jurídicas.

A pesquisa jurisprudencial também será fixada em tela para demonstrar como os tribunais estão se posicionando, atualmente, acerca do assunto. Além da pesquisa virtual em sites da área por meio de artigos eletrônicos e revistas jurídicas. Serão apresentados os princípios que dão base à Lei 11.698/08.

Haverá também uma explanação acerca do instituto da Guarda Compartilhada, com explicações acerca de sua natureza jurídica, seus aspectos, limites e funções.

Trataremos do cerce do estudo, apresentando a relação entre guarda compartilhada, justiça e segurança jurídica, bem como as controvérsias no que diz respeito à imposição da aplicabilidade da Lei 11.698/08. Serão verificados os meios processuais de aplicabilidade da lei mediante o caso concreto, suas consequências e suas implicações jurídicas.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais do estudo em comento.

2. DA GUARDA COMPARTILHADA: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A família é imprescindível para assegurar a proteção, o desenvolvimento e a subsistência dos filhos, independentemente de qualquer ajuste familiar.

A Constituição Federal de 1988 estabelece nos direitos fundamentais, o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à educação e à proteção ao trabalho, garantidos ao menor como também está explícito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que o direito à convivência familiar é fator fundamental para a educação e criação da criança, enlaçado na comunidade que compreende os pais ou qualquer um deles e seus descendentes.

A criança por ser frágil e dependente, necessita de proteção e orientação para os caminhos da vida, exigindo cuidados também como nutrição e aprendizagem, sendo

indispensável o afeto nas relações familiares que decorre dos princípios do Direito de Família, e presentes na atual Constituição Federal e no Código Civil, bem como em leis específicas de proteção aos entes familiares. É por meio do afeto, do amor e do cuidado, que as relações entre os pais e os filhos tornam-se núcleo de proteção e compreensão, com a função de moldar e estruturar o desenvolvimento psíquico da criança. As relações afetivas incidem sobre a família, que é o campo do direito mais influenciado por ideias morais e religiosas, pois trata de pessoas unidas pelo matrimônio, dos filhos e das relações entre os familiares. É considerada uma instituição subordinada às condutas sociais e às normas.

Para que as relações entre as pessoas ocorram, bem como entre as famílias, é importante a troca de afeto, ou seja, sentimentos de ordem positiva como o amor, o cuidado com o menor, constituindo um processo fundamental de experimentação de sentimentos para a formação de sua personalidade.

De acordo com a doutrinadora Cenise Monte Vicente:

O vínculo familiar é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência, estar junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim vital.³

2.1 A Guarda e os Direitos à Convivência Familiar

A guarda tem como definição principal ter em posse para si, zelando pela integridade, vigilância e administração do bem protegido. Decorrente da ruptura do vínculo conjugal ou de união estável, não seria diferente no caso de guarda de criança, adolescente e/ou incapaz, já que neste caso, o bem a ser tutelado é a vida e o bem-estar destes, proporcionando amor, educação, proteção, adequado desenvolvimento e etc. Este poder-dever é derivação do poder familiar que detêm os pais, naturalmente, desde o nascimento de quem é submetido a tal poder, ou seja, a criança, o adolescente e/ou o incapaz (art. 1.631, CC/2002), conforme explicita Canezin:⁴

³ VICENTE, Cenise Monte “O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo”. 1998, p 51.

⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho, 2005, p. 5-25.

A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinados à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar. Destina-se a guarda primeiramente à assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

O direito à convivência familiar permite os primeiros contatos dos menores de idade com a sociedade. O direito de ser criado pela família natural é inerente a todo ser humano e com efeito no princípio da dignidade da pessoa humana, entalhado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, garantindo a convivência e educação pelos seus próprios pais. Além disso com base no princípio da proteção integral, expresso no art. 1º do ECA, é direito fundamental das crianças e dos adolescentes serem criados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, exclusivamente quando tal medida for essencial à proteção da criança.

Podemos afirmar que à convivência familiar é um Direito, e não uma garantia individual, pois permite a realização das crianças e/ou adolescentes na sua esfera de personalidade, este direito não está presente somente no artigo 227 da Constituição Federal, mas também se encontra enraizado por vários outros tais como artigos 226, 228 e 229. Sabemos que o casamento foi inserido na Carta Magna com o objetivo de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. E as crianças e adolescentes são protegidas pelo nosso ordenamento jurídico dentro do conceito de família. Logo, este direito fundamental de convivência familiar visa a garantir a dignidade humana, bem como o desenvolvimento de sua personalidade. Maria do Rosário Leite Cintra Apud Machado (2003, p.155) leciona:

Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz [...]. A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo...Outra realidade igualmente contemplada no art. 19 [da Lei nº 8.069/90] é que o recolhimento de crianças em internatos contra o direito fundamental, aqui reconhecido, da convivência familiar e comunitária, cujos benefícios aqui salientamos.

2.2 O Conceito da Guarda de Filhos

A princípio surge do poder familiar legalmente imposto aos pais prevendo à segurança do pleno desenvolvimento de seus filhos, a guarda legal, mas quando estes não apresentam condições de exercê-la, será atribuída a uma família substituta, através de uma decisão judicial, que é chamada de guarda judicial. Reza o art. 33 do Estatuto da Criança e do adolescente que a guarda de em família substituta obriga à prestação de assistência material, moral e educacional para a criança e adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se contra terceiros, inclusive contra os pais.

A guarda é um dos elementos do exercício do poder familiar, mas que com este não se confunde, pois a sua perda não implica necessária perda do aludido poder, “a guarda não é da essência, mas tão somente da natureza”⁵, tal seja, havendo a perda ou a cessação de seu exercício, compete aos pais vigiar, defender, cuidar, proteger e dirigir a vida de seus filhos. Assim, protege-se algo que é frágil, o dever e o querer de cuidado da prole no que se refere aos com idade inferior a 18 anos e aos maiores incapazes.⁶

Silvana Carbonera, ao fazer um desenho jurídico da guarda, lembra:

O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado de pelo menos duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.⁷

2.3 A Classificação de Guarda Familiar

A guarda pode apresentar formas diferentes de classificação, mas todas com um único objetivo: atingir o melhor interesse da criança, para evitar traumas e manter a estabilidade e boa relação entre o filho e seus pais, permitindo que a formação infantil enseje para que se torne um adulto socialmente responsável.

Duas características importante da guarda familiar é que o guardião tem uma forma diferente de exercer sua função neste exercício.

⁵ MONTEIRO, Washington, de Barros, op. Cit. P. 115.

⁶ Código Civil, art. 1.590.

⁷ CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de filhos na Família Constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 44.

A primeira forma é conhecida como legal ou jurídica, diz respeito apenas quanto às responsabilidades dos pais, onde ambos respondem pelos seus filhos e têm o direito de tomar decisões importantes em conjunto, buscando sempre o melhor interesse para o menor, independente do sistema de visitas obedecido pelo genitor que não tem a "posse" da criança.

A segunda maneira de se exercer a guarda compartilhada é dividir não o direito legal sobre a criança, mas aliado a isso, compartilhar a companhia do filho, de forma a descaracterizar a denominação de visita por parte de um dos cônjuges. Essa forma de exercício da guarda é denominada guarda compartilhada física ou material, pois, visa tornar comum aos dois genitores a convivência com a criança.

3. A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina brasileira desde o princípio compreende que, o que realmente importa nas decisões sobre guarda de filhos menores é o superior interesse destes, prevenindo sobre eventuais direitos que se atribuam aos pais. Entendimento este que encontra amparo na jurisprudência brasileira.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, para que uma ação possa ser decidida no seu mérito, é necessário que o autor preencha três requisitos, sob pena de ser padecer da ação: legitimidade de ser parte, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Cabe esclarecer que apesar de inexistir de norma expressa regulamentando o instituto da guarda compartilhada, também não existe nenhuma norma que o impossibilite de ser pleiteado em nossos tribunais. Portanto, não ser exercido não quer dizer que não exista possibilidade jurídica do pedido.

Entretanto, como instrumento introdutório do instituto da guarda compartilhada no Brasil, tem-se por veracidade os dizeres do art. 229 da Constituição Federal que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Tal preceito, não perde sua validade facilmente porque houve a dissolução conjugal, ambos continuam responsáveis pelos filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar.

3.1 Fundamentos Jurídicos do Instituto da Guarda

A guarda compartilhada possui seu fundamento no melhor interesse e bem-estar da criança, como também na isonomia de seus pais, o que garantiria a continuidade da convivência familiar. Esta modalidade de guarda propõe a efetividade aos princípios constitucionais que protege a família como princípio basilar da sociedade, que só sobrevive de forma saudável com a permanência dos laços familiares:

Os fundamentos jurídicos apresentados para a guarda compartilhada aspiram à conservação da unidade familiar de forma que se permaneça a mestria entre os pais, sobre a responsabilidade que possuem em relação aos filhos, seus deveres e obrigações. Esta modalidade de guarda busca esclarecer que a mudança que deve ocorrer é a referente ao estado conjugal de seus genitores e não na relação parental com os filhos, não devendo ser afetado em nada o poder familiar.

Anteriormente, a Lei nº 11.698/08 era possível a aplicação da guarda compartilhada, visto que, não havia nenhuma norma que proibisse a aplicação de tal instituto, baseando-se tão somente em dispositivos constitucionais e legais conforme diz Silva:⁸

Ao contrário desse intransigente posicionamento judicial, a guarda compartilhada mostrava-se lícita e possível em nosso direito e nos aliávamos, para sua aplicação, destacando primeiramente a constituição federal, que em seu artigo 5º prevê a absoluta igualdade entre homem e mulher, bem como a mesma igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, estampada no § 5º do artigo 226 e a devida proteção à criança, elevada em absoluta prioridade pelo artigo 227. Em consonância, o artigo 229 confere a ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

3.2 A Guarda no Novo Código Civil de Acordo com a Lei Nº 11.698/08

A igualdade entre homens e mulheres com relação a seus papéis diante da família, tem a concepção da prole desligada do casamento e os interesses dos filhos como prioridade absoluta, conceito este interpretado pela Constituição de 1988, influenciando na forma como a família se estabilizará, bem como as decisões a respeito da guarda das crianças, e o Código

⁸ SILVA, Ana Maria Milano, 2008. p. 94-96.

Civil de 2002 traz algumas importantes modificações neste tocante quando ocorre a ruptura familiar.

Na legislação atual, a guarda dos filhos obedece ao princípio do melhor interesse da criança. *A priori*, este princípio tem como objetivo propiciar a convivência com seus pais, que são os maiores interessados em sua proteção e sustento, como designa o Código Civil vigente no Brasil. Em conformidade com os arts. 1.566, IV, e 1.724, respectivamente, corroborando o art. 1.631 que atribui o poder familiar aos pais, na falta de um o outro poderá exercê-lo com exclusividade. A legislação brasileira passou a reconhecer a união estável como entidade familiar, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988.

O Código Civil em seus arts. 1.583, §§ 1º e 2º com nova redação dada pela Lei 11.698/08, estabelece que a guarda dos filhos após a dissolução conjugal será unilateral, atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua, ou compartilhada quando os pais forem imputados a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres relativos ao poder familiar. Ocorre uma preferência legal pela aplicação da guarda compartilhada nos §§ 1º e 2º do art. 1.584, quando o juiz fundamenta que deverá aplicá-la sempre que possível, devendo informar ao pai e à mãe o seu significado, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, segundo o § 4º do referido artigo, poderá implicar redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Buscando a proteção da criança, a legislação infraconstitucional concede ao juiz buscar orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar ao estabelecer a guarda compartilhada, quando ocorre do juiz verificar que a criança não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, sendo priorizado de preferência o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

3.2.1 Separação Judicial por Acordo e Divórcio Consensual

Quando ocorre a desagregação da sociedade conjugal, através da separação judicial ou do divórcio direto consensuais, o art. 1.584, I, do Código Civil, com nova redação dada pela Lei n. 11.698/08, permite aos pais em comum acordo requerer a guarda unilateral ou compartilhada. O acordo entre as partes, sempre será a melhor opção para o bem estar da

criança envolvida, tendo em vista que a solução dos problemas provenientes será muito mais fácil de resolver e menos penoso para criança. O art. 1.586, permite ao juiz decidir de maneira diferente garantido o melhor para a criança, porém sempre que possível respeitar o que os pais acordaram.

O art. 1.583 do Código Civil de 2002, na separação ou divórcio direto consensual seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos, podendo requerer qualquer espécie de guarda, a que melhor se adaptasse ao caso em si, a guarda poderia ser exclusiva do pai ou da mãe, de forma alternada, ou compartilhada, cabendo aos pais decidirem o que melhor atenderia a seus filhos. Porém, a Lei n. 11.698/08 limitou aos pais à opção pela guarda unilateral ou compartilhada, considerando que a guarda dos filhos deve sujeitar-se a cada caso concreto e observada a vontade dos pais, a redação do Código Civil não vislumbra todas as possibilidades para contemplar o interesse da criança na relação pais e filhos.

3.2.2 A Separação ou Divórcio Litigioso

Em se tratando de separação conjugal litigiosa, onde há a disputa pela guarda dos filhos, não existe um consenso entre os pais, mostra-se clara a necessidade de se buscar outras alternativas que viabilizem um bom convívio dos filhos com seus genitores.

O caminho eficaz nestes casos é o da concessão da guarda compartilhada pelo juiz de forma coercitiva, onde o julgador tem como prioridade assegurar aquilo que for mais benéfico para a criança, preservando sua integridade física e mental, na busca do melhor interesse da criança. A necessidade da concessão de forma coercitiva da guarda compartilhada em situações litigiosas se mostra visível em nosso ordenamento, quando observados os artigos 13 da Lei 6.515/77 e o 1.586 do atual Código Civil Brasileiro, sendo importante o referido art. 13, como se percebe:

Art. 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles com os pais.

Art. 1586 - Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles para com os pais.

No tocante a guarda, os artigos supracitados têm o poder de destituir qualquer outro referente à matéria, o que possibilita ao magistrado em detrimento do caso concreto, decidir no sentido daquilo que propicie de uma forma geral o bem estar da criança. Por outro lado, existem doutrinadores com entendimento que a sentença judicial não pode impor a parte o exercício de um direito subjetivo.

Atribuir um dever, que, no caso da guarda compartilhada, por não possuir respaldo legal expresso, teria que ofender o princípio constitucional do artigo 5º, inciso II da Constituição da República. Entretanto, a corrente doutrinária que entende ser admissível a aplicação da guarda compartilhada, utiliza-se do mesmo princípio constitucional, através da máxima de que o que não lhe é vedado é juridicamente permitido. Porém, o argumento mais relevante a indicar a inviabilidade da guarda compartilhada em tais situações decorre da própria discórdia entre os pais; nestes casos, a alternância temporal da posse dos filhos pode implicar em atitudes atentatórias à saúde psicológica e emocional da criança, onde os filhos certamente seriam utilizados como instrumentos de agressão entre ambos, numa guerra de nervos tão intensa que certamente prejudicaria o desenvolvimento emocional da própria criança.

3.2.3 A Separação de Corpos

O art. 1.585 regula a guarda dos filhos na medida cautelar de separação de corpos, observando proteger os filhos contra uma eventual discórdia dos pais que possa atingi-los, no caso de uma medida cautelar de separação de corpos, aplicar-se-á a guarda conforme art. 1.584, ou seja, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada, requerida por qualquer dos pais ou decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Na ação cautelar de separação de corpos suspende-se o dever dos cônjuges de coabitação até que seja ajuizada a ação principal de separação litigiosa, devendo a guarda dos filhos ser analisada na ação principal. Existe um entendimento jurisprudencial e doutrinário, voltado à decisão da Lei do Divórcio, de que deve permanecer o *status quo*, para evitar mudanças que muitas vezes são prejudiciais à criança, “quando a guarda é requerida no

pressuposto de uma preexistente separação de fato, a tendência é manterem-se as coisas como estão, até que se dissolva a sociedade através da separação judicial.⁹

3.2.4 A Invalidade do Casamento

Quando ocorre do casamento ser nulo ou anulável, o Código Civil, através do art. 1.587, ordena, no caso de invalidade, que se observe o disposto no art. 1.584, onde a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada, requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou decretada pelo juiz, em atenção às prioridades específicas do filho, ou em razão da divisão de tempo ao convívio do pai e da mãe. Deve-se nos casos de invalidade acatar o disposto no art. 1.586, em que por motivos graves o juiz pode decidir diferente do determinado nos art. 1.583 e 1.584. Se acontecer má-fé ou boa-fé dos cônjuges os efeitos civis do casamento sempre aproveitarão aos filhos.

3.2.5 A União Estável

A guarda dos filhos é dever dos pais durante a sua união, quando ocorria a dissolução do casamento a lei era omissa, porém, como a união estável é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, como entidade familiar e salvaguarda aos filhos a convivência familiar, apelava-se aos critérios adotados no fim do casamento. Com a instauração da Lei n. 11.698/08 o Código Civil passou a regular a guarda dos filhos no fim da união estável, da mesma forma que a regula para o fim do casamento. Em conformidade com o art. 1.584, I, a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada, requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles nas ações de dissolução de união estável.

⁹ CAHALL, Yussef Said. Divórcio e separação. 9. ed. ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 495.

3.2.6 A Possibilidade de Decidir Diferente ao Bem dos Filhos

Quando ocorre a separação litigiosa, a guarda da criança deverá ser compartilhada sempre ou exclusivamente para aquele que tiver em melhores condições de desempenhar este papel na vida da criança. O legislador, parte do princípio de que este entendimento seria o mais apropriado para o interesse do menor no caso concreto, deve-se decidir de forma diferente. Em conformidade com o art. 1.586 do Código Civil, poderá o juiz decidir de maneira diferente do que a lei designar, ao entender que por um motivo grave ou desavenças entre os pais que possa prejudicar os interesses da criança, a uma decisão poderá ser diferente ao acordado pelos pais.

3.2.7 Novas Núpcias do Guardião

A legislação não proíbe que o cônjuge que detém a guarda dos filhos possa unir-se em novas núpcias, como união estável, concubinato impuro, podendo casar-se novamente e prosseguir com a guarda dos filhos. De acordo com o art. 1.588, para que lhe sejam retirados os filhos, é necessário que se faça através de mandato judicial que prove que não estão sendo tratados corretamente.

3.3 Considerações sobre a Lei 11.698/08

A Lei 11.698/08, que produziu o aperfeiçoamento da guarda compartilhada, conduziu à luz o entendimento jurídico dessa nova modalidade de guarda dos filhos. A mencionada Lei surge para regular as alterações dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, visando a compreensão doutrinária desse novo paradigma jurídico.

A guarda compartilhada é o ajuste ou arranjo mais apropriado para o exercício em comum do poder familiar após a ruptura dos laços familiares para a criança, já apresentado em vários dispositivos legais, tendo em vista que o direito brasileiro não apresentava nenhum impedimento legal para a guarda compartilhada.

A Constituição Federal garante em seu art. 5º, I os mesmos direitos para homens e mulheres. O art. 226 assegura que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o art. 227 assevera à criança, com prioridade absoluta, o direito à convivência familiar. O art. 229 aplica aos pais e não aos cônjuges o dever de assistir, criar e educar os filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reitera a Constituição Federal creditando com prioridade absoluta à criança o direito à convivência familiar conforme art. 19 do ECA, o art. 22, confia aos pais e não aos cônjuges ou companheiros, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, estando claro na letra da lei. O Código Civil desde 1916 é claro ao permitir aos pais que acordassem o melhor para seus filhos.

Enfim, a aplicação da guarda compartilhada sempre esteve assegurada através do art. 1.579, ao assegurar que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, e no art. 1.632 ao afirmar que “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”. Contudo, a guarda compartilhada não era empregada no direito brasileiro, tendo em vista o desconhecimento e o receio do intérprete em aplicá-la. Assim, a elaboração de uma lei que regulasse a guarda compartilhada, conceituando e estabelecendo sua importância e as hipóteses para sua execução.

A Lei 11.698/08 veio para regulamentar, disciplinar a guarda compartilhada, motivando os pais e os juízes para decidir através da lei o melhor para o bem estar da criança. Esta lei alterou os art. 1.583 e 1.584 do Código Civil trazendo pontos positivos e alguns negativos. O ponto positivo da lei, é a inserção no Código Civil do conceito de guarda compartilhada, a qual foi anteriormente confundida com a guarda alternada ou até mesmo desconhecida.

A lei especial chegou com o objetivo de disciplinar e garantir a sua aplicação. Cabe ao juiz, baseando-se em orientação técnico-profissional ou interdisciplinar, a alternância de residência ou o que for mais conveniente para a criança, sendo assim um ponto positivo, como também em audiência o magistrado pode informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada, a similitude dos direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, tornado a guarda compartilhada conhecida e aplicada. Ademais, pela mesma lei, permitiu através do Código Civil vigente, a regulamentação da proteção dos filhos também no fim da união estável em seu art. 1.584, I, onde afirma que a guarda unilateral ou compartilhada poderá ser requerida em ação de dissolução.

Quanto aos pontos negativos, a lei estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada, esquecendo que existe o arranjo da guarda alternada, que pode se adequar melhor para os envolvidos. O art. 1.586 permite ao julgador e não aos pais a possibilidade de optar com outra modalidade de guarda, como a guarda alternada, e decide diferente do estabelecido nos art. 1.583 e 1.584. Outro ponto não positivo é atribuir ao juiz a possibilidade de fixar a guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais.

Por mais que permaneça algumas impropriedades da língua vernácula e também notadamente de desenvolvimento, é importante afirmar que a Lei n. 11.698/08 deu um passo importante para a democratização e humanização da guarda jurídica da criança e do adolescente, designando a guarda compartilhada como uma solução, se não definitiva, pelo menos admissível para a racionalidade conjugal com vistas à melhoria da qualidade de vida para o filho do casal separado.

4. ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família torna-se o centro para a comunhão plena da vida, isto é, a comunhão de afeto, de afirmação da dignidade da pessoa humana, de funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, igualdade, de solidariedade, de afetividade, de pluralidade de formas de família, de responsabilidade e de não discriminação e ainda para a promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.1 O Princípio da Dignidade Humana

A dignidade, em seu conceito mais simples, é uma prerrogativa ou valor espiritual e moral intrínseco à pessoa humana, proferida simplesmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida trazendo consigo a presunção de respeito por parte das demais pessoas.

No âmbito do Direito, considera-se que todos os outros princípios constitucionais do Direito de Família devem ser refletidos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de que aqueles visam à plenitude da realização da dignidade e personalidade de cada membro familiar.¹⁰

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, anuncia como um de seus princípios fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana, que será marco de uma nova ordem jurídica com efeitos cruciais ao direito de família. Emanando do desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade jurídica de todos os filhos obteve tal reconhecimento jurídico, ao ponto de se encontrar mencionada na Constituição Federal em seu art. 227, § 6º e repetida no Código Civil de 2002, nos art. 1.596 a 1.629, abrangendo taxativamente qualquer tipo de discriminação entre os filhos havidos ou da relação do casamento, ou por adoção.

Destarte, esse princípio garante uma igualdade plena aos filhos legítimos, naturais e adotivos no que concerne aos direitos de alimentos, de poder familiar, à identidade e às sucessões, protegendo desta forma todos os direitos dos filhos, sejam legítimos ou havidos em uma relação fora do casamento. Pondo fim à ideia de “filho bastardo” ou “filho ilegítimo”.

4.2 O Princípio do Melhor Interesse da Criança

Os interesses das crianças são prioridade absoluta. A ruptura familiar atinge diretamente o destino, proteção, criação e educação da criança, devendo-se priorizar seus interesses. O direito garante para a criança o seu melhor interesse. A lei entende que a criança é um ser ainda incompleto, sem plena competência para conhecer e resguardar seus interesses. São vistas como dependentes e necessitadas de cuidados diretos, íntimos e contínuos por parte dos adultos que conduziram e assumiria a responsabilidade de guardião. O melhor interesse da criança tem origem no instituto do *parens patriae*, uma atribuição do Rei da Coroa da Inglaterra, para proteger as pessoas que não poderiam defender-se sozinhas. Segundo Tânia da Silva Pereira, esta responsabilidade estaria entrelaçada à guarda de pessoas incapazes e de suas propriedades, tendo em vista que a posição e dever do guardião supremo era de proteger

¹⁰ Gonçalves, Denise Wilhelm. Adoção no novo código civil brasileiro. Jornal Síntese n.71. p. 35, jan.2005.Rio de Janeiro.

as crianças, os loucos e os débeis, ou seja, todos que não tivessem discernimento para administrar seus próprios interesses.¹¹

Na conceituação de Canezin¹²:

A guarda compartilhada, pai e mãe, divide a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo, e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho menor, quando aqueles estão separados. Esse novo modelo de guarda se originou na Inglaterra e, ao longo dos anos, se espalhou por vários países. Na América do Norte, a guarda compartilhada se tornou a opção mais escolhida pelos pais na ruptura da sociedade conjugal.

A Constituição de 1988, a doutrina jurídica da proteção integral à criança, em seu art. 227 reafirmado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a ser validado no Brasil, sendo garantido seus direitos em qualquer situação em que esteja sendo discutido sua vida e educação.

Assim, resume Maria Regina Fay de Azambuja¹³ acerca do assunto:

- a) A criança é sujeito de direito;
- b) A criança é pessoa em desenvolvimento;
- c) A criança é prioridade absoluta.

No âmbito internacional, a proteção à criança já aparecia na Declaração de Genebra em 1924, na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, mas foi com a Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959 que determinou-se que o melhor interesse da criança seria a consideração fundamental da lei. Em 1989, foi realizado a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada no Brasil com o Decreto 99.710/90. A Convenção conseguiu aumentar o melhor interesse da criança, em todos os atos atinente a elas.

A sociedade reconhece que a criança e adolescentes são detentores de direitos inalienáveis, inerentes à pessoa humana, é a só tempo consequência do implacável

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1 a 3.

¹² CANEZIN, Claudete Carvalho, 2005, p. 12-15.

¹³ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. “Criança e adolescente: prioridade absoluta”. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – DEF, op.cit., p. 150.

desenvolvimento qualitativo da humanidade e fruto de um processo de lutas que a história registra desde os primórdios da humanidade. Cabe muitas vezes, ao magistrado, o poder discricionário de decidir diferente da lei caso a situação melhor favorecer aos interesses da criança.

4.3 O Princípio da Igualdade

A Constituição Federal em seu art. 227, § 6º, prevê que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos, sendo proibidas quaisquer indícios de discriminação relativos à filiação. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tendo a mesma redação, consagrando, assim os dispositivos, o *princípio da igualdade entre filhos*. Esses comandos legais regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, caput, do Texto Constitucional, um dos princípios do Direito Civil Constitucional. Juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga, com material genético de terceiro.

Desta forma, não se pode mais utilizar as expressões filho adulterino ou filho incestuoso, as quais são discriminatórias. As expressões “filho espúrio” ou “filho bastardo”, não tem mais respaldo na sociedade contemporânea. Somente para fins didáticos utiliza-se a expressão “filho havido fora do casamento” porque, juridicamente, todos os filhos são iguais. Reflete-se no campo patrimonial quanto no pessoal, não podendo admitir qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desta forma, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

4.4 O Princípio da Pluralidade de Formas de Família

A Constituição Federal consagrou o princípio da pluralidade das formas de família ao dispor que a família oriunda da união estável e a família monoparental são entidades familiares, assim como aquela que tem origem no casamento. Rodrigo da Cunha Pereira entende que o rol de entidades familiares protegidas na Constituição não é taxativo, e sim

exemplificativo, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda o reconhecimento destas novas entidades familiares. Alguns doutrinadores acreditam que se os legisladores não ampliaram o rol de entidades familiares, é porque, teve a intenção de estabelecer um rol taxativo. Porém, a jurisprudência tem se inclinado mais no sentido do reconhecimento de um rol mais amplo de entidades familiares.

4.5 O Princípio da Afetividade

O afeto é visto, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não estando inserido no texto Constitucional como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

A defesa da aplicação da paternidade socioafetiva, hoje, é muito comum entre os atuais doutrinadores do Direito de Família. Tanto isso é verdade que, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 103. Na jurisprudência brasileira, o princípio da afetividade vem sendo muito bem ajustado, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico. O princípio da afetividade é importantíssimo, pois desfaz paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social.

4.6 O Princípio da Solidariedade Familiar

Constituição Federal Brasileira, reconhece a solidariedade social como objetivo fundamental, em seu art. 3º, inc. I, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse princípio, também repercute nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nas relações pessoais. Legaliza desta forma, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do Código Civil em seu art. 1.694. A solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Assim, “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e

finalmente ao Estado, conforme art. 227 da Constituição Federal, o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.¹⁴

Todavia, o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, segundo o art. 226, § 8º, da Constituição Federal, o que consagra também a solidariedade social na ótica familiar. Enfim, vale frisar que o princípio da solidariedade familiar também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

4.7 O Princípio da Responsabilidade

A responsabilidade é um princípio jurídico fundamental, para as relações familiares, conduzindo para uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos que, com certeza está ligada a liberdade, que tem sentido na ética da responsabilidade. Nas relações familiares, o princípio da responsabilidade está presente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela educação, criação e sustento material e afetivo de seus filhos. Quando os pais incorrem no não cumprimento de suas responsabilidades civis e afetivas para com seus filhos serão efetuadas sanções jurídicas. O Código Civil em seu art. 932, inc. I e II determina estas regras.

5. DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Os julgamentos de primeira instância e dos tribunais acerca da guarda compartilhada, trazem como requisito, praticamente, fundamental o consenso entre os guardiões, ou seja, havendo qualquer desentendimento entre os pais ocorrerá a unilateralidade do exercício referente ao poder de família. Diante de todas as concessões da participação igualitária quanto aos cuidados com os filhos, existindo conflito as decisões têm permanecido em significativo grau de semelhança pelo indeferimento da guarda comum.

A doutrina e a jurisprudência dominante priorizam que a adoção da guarda compartilhada só é viável quando não houver litígios entre os pais, porém, o instituto torna-se completamente possível nos casos de ausência de acordo, quando se tem por objetivo o princípio do melhor interesse da criança.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, op. cit., p. 62.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. FILHO COMUM. ESTUDO PSICOSSOCIAL. AMBOS OS PAIS POSSUEM CONDIÇÕES PARA EXERCER OS CUIDADOS DA PROLE. BOA CONVIVÊNCIA DOS GENITORES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE FIXA A GUARDA UNILATERAL PARA O PAI. APELAÇÃO DA MÃE. GARANTIA DE AMPLA CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS NÚCLEOS FAMILIARES. RESPEITO À SITUAÇÃO VIVENCIADA. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. REGRA. ART. 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ E DO TJDF. SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Acórdão n.819294, 20100910068367APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/09/2014, Publicado no DJE: 17/09/2014. Pág.: 111.

Os guardiões não necessariamente serão sempre os progenitores, existem ocasiões fáticas que levam na permissão da guarda para terceiros. Em decisão pioneira da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça foi deferida a guarda de uma adolescente de forma compartilhada entre a avó e o tio paterno, confirmando a aplicabilidade desta modalidade de guarda a outrem que não os pais biológicos, levando-se em consideração o bem-estar da menor:

GUARDA COMPARTILHADA. TIO E AVÓ PTERNOS. Os recorrentes, avó e tio paternos, ajuizaram ação de guarda e responsabilidade na qual alegam que estão com a guarda fática da menor desde os quatro meses de idade, ou seja, há 12 anos, e que seus genitores não têm condições de criar a filha. Necessitam da regulamentação da guarda da menor para incluí-la como dependente, daí originando direito a ela, inclusive assistência médica. Alegam, ainda, que os pais não se opõem ao pedido. A Turma conheceu e deu provimento ao recurso para conceder a guarda compartilhada ao tio e à avó, uma vez que não há outra perspectiva para a criança a não ser continuar recebendo o cuidado dos parentes que sempre fizeram o melhor para ela. Ademais, existem dois fatores que sopesaram na decisão: o desejo da própria criança em permanecer com os recorrentes e a concordância dos genitores com a guarda pretendida, havendo o reconhecimento de que a menor recebe bons cuidados. STJ, Quarta Turma, REsp 1.147.138-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 11/5/2010.

Ademais, esta preocupação com a guarda da criança foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, já na vigência da nova ordem constitucional:

HABEAS CORPUS-A CRIANÇA E O ADOLESCENTE- PERTINÊNCIA. À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, como prioridade, à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhe são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfin e, por conseguinte, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistem motivos morais que afastem razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem. HC 69.303/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Pleno, julg. 30-06-92, DJ 20-11-92, p. 21.612.

Na separação consensual existindo sintonia entre os pais, a guarda compartilhada será o modelo adequado a ser adotado. Os guardiões devem estar sempre decidindo em comum acordo sobre a vida das crianças, com os mesmos princípios e valores que são necessários para educação dos filhos. Quando há respeito, amizade, maturidade entre os pais, fica fácil dividir as responsabilidades da criação dos filhos, mesmo que não morem embaixo do mesmo teto.

Portanto, observa-se que é normal supor que ocorra mais dificuldades para o compartilhamento consensual, uma vez que não se espera ter o entendimento entre as partes. É uma situação supostamente mais tranquila e livre de conflitos. Porém, nem sempre o acordado é fruto de um entendimento, pois pode ter nascido de um interesse efêmero que, uma vez alcançado, tem como consequências ações modificadoras do acordo de compartilhamento. Por seu turno, a ideia de ser o consenso parental sobre a guarda de filhos suficiente para evitar o estabelecimento de conflitos nem sempre corresponde à realidade.

No caso que foi julgado pelo Tribunal de Justiça, verifica-se uma decisão importante sobre um caso de litígio que é convertido em consensual:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve decisão que admite a fixação da guarda compartilhada através de sentença acordado entre as partes que posteriormente passou a ter relação conturbada:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. VIABILIDADE. INTERESSE DOS MENORES. SENTENÇA MANTIDA. 1. NÃO SE MODIFICA REGIME DE GUARDA À MÍNGUA DE QUALQUER ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA EXISTENTE ENTRE AS PARTES, QUANDO COMPARADO AO MOMENTO EM QUE AMBOS OS GENITORES SE MOSTRARAM FAVORÁVEIS A QUE O CUIDADO COM OS FILHOS SE DESSE DE MODO COMPARTILHADO, TUDO NO INTERESSE DOS MENORES. 2. SENTENÇA MANTIDA. TJ-DF - APC: 20120910095212 DF 0009280-79.2012.8.07.0009, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 02/04/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/04/2014. Pág.: 314.

Corroborando com o entendimento acima demonstrado o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 5. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (70049349632 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 13/06/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/06/2012).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais destaca o fato de que a adoção da guarda compartilhada, ou qualquer forma de alteração da guarda, deve ter como prioridade o interesse do infante:

SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL — GUARDA COMPARTILHADA — INTERESSE DOS MENORES — AJUSTE ENTRE O CASAL — POSSIBILIDADE — Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos. (TJMG - AC 1.0024.03.887697-5/001 (1) - 4ª T. - Rel. Des. Hyparco Immesi - DJMG 24.02.2005)

A relação pós-conjugal dos guardiões não deve influenciar de forma desagradável para o bem estar dos filhos, haja vista, que os cônjuges deverá manter relações minimamente construtivas e civilizadas. Como mostra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

GUARDA DE FILHO - Estando os menores adaptados ao convívio do autor e sua família, inconveniente a retirada do meio familiar em que está vivendo. Igualdade constitucional de direitos entre os genitores. Guarda compartilhada que se mostra perfeitamente aplicável ao caso ante a livre circulação das crianças entre as residências. Recurso parcialmente provido. TJSP -AC 152.415-4/3 -4ª CDPriv. -Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani -J. 07.07.2005.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deixa claro que a guarda compartilhada não pode ser autorizada se presente a litigiosidade dos guardiões. Dessa forma, percebe-se que o Tribunal de Justiça entende pela aplicação da guarda compartilhada nos casos de separação consensual ou divórcio direto, desprezando o uso do instituto da guarda compartilhada quando da separação advém conflitos. Conforme às jurisprudência em apêndice, o que vem ao encontro dos melhores interesses das crianças:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RECONVENÇÃO PLEITEANDO A GUARDA COMPARTILHADA DO MENOR. DESCABIMENTO. Considerando a existência de animosidade entre os pais, mostra-se correta a sentença que não defere a guarda compartilhada do menor. Embora haja convívio diário do infante com seus genitores, para a instituição da guarda compartilhada, mostra-se necessária a existência de consenso entre os genitores. Alimentos mantidos no patamar em que fixados, 30% do salário mínimo, considerando que respeitados os vetores do binômio alimentar, necessidade/possibilidades. Apelação cível desprovida. Apelação Cível Nº 70054998406, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/09/2013.

Desta forma, a dificuldade dos pais em manter um relacionamento harmonioso após a ruptura é o principal óbice indicado pelos tribunais à fixação do compartilhamento da guarda, haja vista que o objetivo que se persegue é a participação de ambos na execução das atribuições emergentes do poder familiar, o que não será possível se houver a interferência dos fatores pessoais que motivaram a separação.

Portanto, percebe-se que as críticas feitas ao modelo da guarda compartilhada não podem ser tidas como autoritária, e o que domina no critério determinante de atribuição da guarda é o melhor interesse da criança e do adolescente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em consonância com a guarda compartilhada já firmada, entendeu que a alteração da modalidade de guarda exige prova inequívoca de que o interesse do infante não mais está sendo atendido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE GUARDA - DECISÃO QUE MANTEVE A GUARDA COMPARTILHADA DOS MENORES ENVOLVIDOS NA LIDE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA, POR PARTE DA RECORRIDA, QUANTO À EDUCAÇÃO, À SEGURANÇA E À SAÚDE DE SEUS FILHOS, A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. PROCESSO CIVIL - RECURSO VOLUNTÁRIO - AÇÃO DE COBRANÇA DE CHEQUES QUE POSSUI NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO DE CONHECIMENTO - ÔNUS DA PROVA CABÍVEL À PARTE AUTORA QUANTO AOS ASPECTOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO PLEITEADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 333, INCISO I DO CPC - CARACTERIZADA NOS AUTOS A NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA E LEGAL DA OBRIGAÇÃO OBJETO DA DEMANDA - CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO E CONSEQUENTE MANUTENÇÃO DO JULGAMENTO DE PRIMEIRO GRAU. TJ-RN, Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho, Data de Julgamento: 15/07/2010, 3ª Câmara Cível.

No mesmo sentido, assim deferiu:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE GUARDA - DECISÃO QUE MANTEVE A GUARDA COMPARTILHADA DOS MENORES ENVOLVIDOS NA LIDE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA, POR PARTE DA RECORRIDA, QUANTO À EDUCAÇÃO, À SEGURANÇA E À SAÚDE DE SEUS FILHOS, A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. PROCESSO CIVIL - RECURSO VOLUNTÁRIO - AÇÃO DE COBRANÇA DE CHEQUES QUE POSSUI NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO DE CONHECIMENTO - ÔNUS DA PROVA CABÍVEL À PARTE AUTORA QUANTO AOS ASPECTOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO PLEITEADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 333, INCISO I DO CPC - CARACTERIZADA NOS AUTOS A NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA E LEGAL DA OBRIGAÇÃO OBJETO DA DEMANDA - CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO E CONSEQUENTE MANUTENÇÃO DO JULGAMENTO DE PRIMEIRO GRAU. TJ-RN - AG: 25694 RN 2010.002569-4, Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho, Data de Julgamento: 15/07/2010, 3ª Câmara Cível.

Pode-se, assim, admitir que os tribunais pátrios reconhecem que a guarda compartilhada é legalmente prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, defendendo duas características: que ela atenda o melhor interesse da criança; e que a convivência dos pais seja pacífica, sob pena de, em caso de relação perturbada entre os genitores, causar danos a criança.

Confere-se em muitos julgados que o magistrado aplicando a guarda compartilhada a partir de um mútuo consentimento dos pais, pois o objetivo é resguardar o bem-estar do infante e impor uma guarda conjunta entre genitores que vivem em conflitos e com resquícios da separação conjugal, seria colocar em risco o desenvolvimento mental, físico e intelectual de sua prole.

Por tudo dito, é eminente a jurisprudência caminhar no sentido de que progressivamente se aplique a guarda compartilhada de filhos, fundamentando-se no bem-estar e interesse primordial da criança e do adolescente. A guarda única e o direito de visita, embora sejam os modelos predominantemente usados nas decisões judiciais, tendem a ficar ultrapassado se os juízes conservadores não considerarem para uma nova ordem jurídica e inovações do Direito de Família.

Enquanto algumas decisões com relação a guarda compartilhada convertem em consideração apenas com a harmonia entre os ex-cônjuges, deve-se lembrar que o que realmente importa é a relação entre os pais e as crianças, logicamente se os genitores não tiverem conflito, mas privar o infante da presença de um dos pais porque ambos não se interessam em resolver seus problemas pessoais é punir o filho por um conflito que não lhe diz respeito.

As vantagens que este tipo de guarda representa para a criança e a sociedade deve superar qualquer conflito pessoal entre os genitores mesmo que se faça necessário o auxílio de profissionais.

Assim, a guarda compartilhada apresenta-se como a forma mais justa de divisão de tempo entre os filhos e os pais separados. Neste modelo de guarda o tempo que o filho passa com cada um dos pais torna-se mais igualitário.

Por conseguinte, as divergências e diferenças, presentes nas relações entre os genitores, não devem, ser obstáculos a afastar, a aplicação da guarda compartilhada. Assim, a equipe interdisciplinar ou o profissional que já acompanha a criança ou a família podem desempenhar papel fundamental, sempre que chamados a auxiliar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal finalidade proceder a uma análise dos aspectos jurídicos que envolvem o direito de família referente a guarda compartilhada como forma de proteção dos filhos e os direitos à convivência familiar à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Objetivando compreender e esclarecer melhor essa modalidade de guarda, se realmente atende o melhor interesse dos filhos, foi realizada pesquisa com a promulgação da lei n. 11.698/08 e na jurisprudência brasileira, de como está sendo abordada nos dias atuais, que validou e incluiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

A guarda compartilhada é uma nova forma de proteção das crianças quando da dissolução da sociedade conjugal, visto que busca, primordialmente, alicerçar e solidificar bases para um saudável desenvolvimento da prole. O referido modelo de guarda mostra-se como um dos mais benéficos, para aquelas famílias que estão enfrentando uma separação ou divórcio. Efetivamente, todos saem beneficiados com este modelo de guarda, o que se busca com este modelo, é providenciar aos filhos, o mesmo ambiente de amor, que eles tinham, quando os pais estavam na constância do casamento ou da união estável.

Perante um tema tão inovador, pode-se concluir que a guarda compartilhada visa dividir a responsabilidade legal dos pais perante seus filhos, ou seja, compartilhando obrigações relativas a eles, enquanto sob o poder familiar e decidir aspectos inerentes a esta responsabilidade, quando os pais encontram-se separados.

A guarda compartilhada estimula e certifica o princípio constitucional que garante aos pais, apesar de dissolvida a sociedade familiar, o direito ao exercício de assistir, criar e educar seus filhos, como base na dignidade humana e paternidade responsável.

A visão dos vários tribunais brasileiros, identificam-se com clareza, que a guarda compartilhada busca primordialmente o bem estar social e psicológico da criança, procurando atender ao princípio do melhor interesse da criança preconizado no Estatuto da Criança e Adolescente, razão pela qual, possibilita e proporciona um maior legado de vantagens.

Através da breve análise apresentada, nota-se que nossa doutrina e jurisprudência dominante priorizam que a adoção da guarda compartilhada só é viável quando não houver litígios entre os pais, porém, o instituto torna-se completamente possível nos casos de ausência de acordo, quando se tem por escopo o princípio do interesse maior da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Fabio Luiz Guimarães; FIGUEIREDO, Emanuel. Da Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, v. 7, n. 2, p. 41-48, jul/dez. 2005.

AKEL, Ana Carolina Silveira, **Guarda compartilhada: um avanço para a família**/ Ana Carolina Silveira Akel. – 2. Ed. – 2ª reimpressão: - São Paulo: Atlas, 2010.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 5-25, fev/mar. 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes, **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO. 2009.

LEITE, Tatiana Morato. Guarda Compartilhada. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 40, n. 45, p. 367-398, jan/jun. 2006.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos do poder familiar**. 1. ed. São Paulo: Atlas, p. 53, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família** / Rodrigo da Cunha Pereira. – 2 ed. – São Paulo: Saraiva. 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda compartilhada de filhos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 50-71, out/dez. 2005.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, **Guarda compartilhada**/Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda** Compartilhada. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, p. 94-96, 2008.

_____. Acórdão n.819294, 20100910068367APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/09/2014, Publicado no DJE: 17/09/2014. Pág.: 111. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.STJ, Quarta Turma, REsp 1.147.138-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 11/5/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.HC 69.303/MG, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, julg. 30-06-92, DJ 20-11-92, p. 21.612. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.Recurso especial provido. REsp 1428596/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 25/06/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.TJ-DF - APC: 20120910095212 DF 0009280-79.2012.8.07.0009, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 02/04/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/04/2014. Pág.: 314. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.Recurso desprovido. (70049349632 RS, Relator: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, Data de Julgamento: 13/06/2012, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/06/2012). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.(TJMG - AC 1.0024.03.887697-5/001 (1) - 4ª T. - Rel. Des. HYPARCO IMMESI - DJMG 24.02.2005) Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.TJSP -AC 152.415-4/3 -4ª CDPriv. -Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI -J. 07.07.2005. Apelação Cível Nº 70054998406, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/09/2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.TJ-RN, Relator: Des. AMAURY MOURA SOBRINHO, Data de Julgamento: 15/07/2010, 3ª Câmara Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>

_____.TJ-RN - AG: 25694 RN 2010.002569-4, Relator: Des. AMAURY MOURA SOBRINHO, Data de Julgamento: 15/07/2010, 3ª Câmara Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br>