

GUARDA DE FILHOS: A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS NOVOS PARADIGMAS

Renato Santos Veras Saldanha¹

Bruno Tavares Padilha Bezerra²

RESUMO

O direito a guarda dos filhos sofreu recentemente mais uma alteração, qual seja, o estabelecimento da guarda compartilhada como regra a ser aplicada pelo juiz de forma preferencial. Trata-se de uma modalidade de guarda onde o exercício diário do poder familiar será posto em prática por ambos os genitores de forma jurídica e material. A partir da elaboração de um artigo de revisão, aliado ao método dedutivo de abordagem, objetiva-se compreender o sentido e conceito do instituto e a sua provável repercussão no mundo fático, com a finalidade de contribuir com as discussões acadêmicas e sociais no tocante ao tema. O presente artigo pautou-se em análise doutrinária e legal.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Nova Lei da Guarda Compartilhada.

CHILD CUSTODY: THE SHARED CUSTODY AND ITS NEW PARADIGMS

ABSTRACT

The right to custody has recently undergone another change, namely, the establishment of joint custody as a rule to be applied by preferentially judge. It is a guard mode where the daily exercise of family power shall be implemented by both parents of legal form and material. From the preparation of a review article, coupled with the deductive approach, the objective is to understand the meaning and institute the concept and its likely impact on the factual world, in order to contribute to the academic and social discussions regarding the theme. This article was marked in doctrinal and legal analysis.

Keywords: Shared Custody. Family Power. New Law of Shared Guard.

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.
E-mail: renato.svs@hotmail.com.

² Advogado e Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.
E-mail: bruno@padilhaevasconcelos.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O tema da guarda de filhos possui extrema relevância, seja no nosso ordenamento jurídico, ou no cotidiano da sociedade como um todo. Em especial, a guarda na sua modalidade compartilhada, por ser ainda tão recente.

Essa novidade foi instituída legalmente no Brasil apenas no ano de 2008, através da Lei de nº 11.698/2008, que alterou os artigos do Código Civil referentes a guarda, criando a guarda compartilhada e incentivando a sua prática.

Mais contemporânea ainda, é a Lei de nº 13.058/2014, que estabeleceu tal modalidade como regra, não se aplicando apenas aos casos em que um dos genitores não queira exercê-la, ou não esteja apto.

Faz-se muito necessário o estudo desse instituto para entender como poderá ocorrer o seu funcionamento, já que se exige certo grau de maturidade daqueles que pretendem partilhar tamanha responsabilidade.

Os objetivos desse trabalho passam por estudar e analisar a profundidade deste tema, que não pode ser encarado de forma simplista ou ter minimizados os seus fundamentos.

É preciso compreender a dinâmica das transformações pelas quais vive a família e a sociedade. Debatendo de modo a formular o conhecimento do assunto e concluir se, de fato é o mais positivo e se representou um ganho ao nosso ordenamento jurídico civilista.

O jogo de forças entre homens e mulheres, apesar de ser um processo enfrentado lentamente, já possibilitou diversas conquistas à figura feminina, outrora bastante renegada a um segundo plano.

Inseridas em papel de destaque na sociedade, as mulheres conseguiram galgar cada vez mais direitos, rumo à igualdade sem distinções. Tal feito foi constitucionalmente alcançado através da nossa atual Constituição Federal de 1988.

Nessa mesma linha, as mulheres passaram a desempenhar na integralidade as funções do poder familiar, antes, pátrio poder.

Caminhou-se nesse rumo até uma conquista já cultural de que são elas as mais aptas a exercer a responsabilidade da guarda dos filhos menores.

Porém, gerou-se uma situação nacional em que a maioria dos pais exercia na prática um papel menor em relação aos filhos, quando não havia mais a existência do casal.

Apesar de todas as prerrogativas asseguradas pelo poder familiar, o instituto da guarda ainda possibilita a maior convivência com os filhos, e consequentemente, maior influência na criação e educação.

Nesse contexto, diante de uma aplicação maciça da guarda unilateral em favor das mães, muitos pais possuíam apenas o direito de visitas como forma de terem um contato pessoal com seus filhos.

No ano de 2014, foi aprovado o Projeto de Lei da Câmara de nº 117/2013, entrando em vigor a Lei no dia de sua publicação. Tal medida deve proporcionar uma grande mudança na aplicação da guarda de filhos no Brasil, onde a forma compartilhada deve experimentar um crescimento.

Cabe então, com base em pesquisa realizada por meio de doutrinadores com notável saber jurídico, buscar a resposta, ainda que não definitiva, se tais medidas foram realmente acertadas. Utilizando-se do método dedutivo de abordagem, serão postas em exame as ideias gerais que tratam do assunto e as premissas teóricas com a finalidade de instruir o alcance das conclusões propostas.

Serão abordados os temas referentes à família, analisando o seu conceito e definição e fazendo um breve esboço do que vem a ser o direito de família.

Do mesmo modo, será necessário entender do que se trata o poder familiar, quais são as suas atribuições e prerrogativas.

Caberá também analisar algumas críticas feitas ao instituto, respondendo-as de forma a buscar entender o verdadeiro caráter desta novidade jurídica.

Bem como, por fim, o estudo direto da guarda de filhos no ordenamento jurídico brasileiro, a definição da guarda compartilhada e os novos paradigmas levantados pela Nova Lei da Guarda Compartilhada, que trouxe relevantes alterações ao nosso sistema e merece especial atenção.

2 A FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é o ramo da ciência jurídica encarregado de disciplinar as relações familiares e as consequências delas decorrentes, seja no plano afetivo ou patrimonial, visto que também regula relações obrigacionais e de ordem econômica.

O conceito de família mais puro se estabelece no tocante as questões de vínculo biológico, sendo seu núcleo principal composto por pai, mãe e filhos. A Constituição, nossa

Carta Magna, garante a integral proteção ao instituto da família, denominando-a como a base da sociedade.³

2.1 Contexto Histórico

Historicamente o conceito e a definição do que seria família sofreram alterações até chegar ao padrão atual que ainda não pode ser considerado estático.

Através dos séculos tivemos os agrupamentos familiares sendo formados em busca de suprir uma necessidade de subsistência mútua e também motivados pelas questões religiosas, como na Roma antiga em que as famílias eram responsáveis pela perpetuação dos cultos aos deuses familiares, e a afeição tão predominante na família atual não era fato determinante.

A religião influenciou de forma substancial essa construção histórica, observando-se claramente esta ingerência no tocante as diferenças na composição familiar em diferentes partes do mundo, quais sejam, as famílias monogâmicas e as poligâmicas. Com a força do cristianismo no mundo ocidental, temos em nossa estrutura a presença do casamento monogâmico.

Reconhecidas como a base de sustentação social, as famílias são as grandes responsáveis pela construção e manutenção dos valores morais e éticos prezados numa sociedade, sendo também por estas razões tão valorizadas pelo Estado. Mas sua definição não é inalterável e exemplos disso são percebidos e vividos nos dias atuais quando da valorização jurídica do afeto e a sobreposição, em alguns casos, da socioafetividade em relação aos critérios biológicos e consanguíneos.

No âmbito Constitucional temos a definição do casamento, este entendido como o evento principal ensejador de um núcleo familiar, como união entre um homem e uma mulher. Também de forma equiparada temos a união estável entre um homem e uma mulher, com sua conversão de forma facilitada em casamento.

O Código Civil brasileiro também traz o estabelecimento do casamento na condição de vínculo estabelecido perante o juiz entre pessoas de sexo oposto (BRASIL, 2002, art. 1.514). Salientando, porém, não ser o casamento ou a união estável as únicas maneiras de se ter uma formação familiar, resguardando também nossa Constituição as famílias monoparentais, compostas por qualquer dos pais e seus descendentes.

³ BRASIL, 1988, art. 226.

Um exemplo clássico e bastante atual das alterações pelas quais a definição familiar vem passando foi a recente manifestação do nosso Supremo Tribunal Federal que, baseado nos princípios da igualdade, liberdade e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou qualquer forma de discriminação, criou a novidade jurídica do casamento civil por pessoas do mesmo sexo, sendo posteriormente assegurado também pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que através de sua Resolução nº175 (BRASIL, 2013), tornou obrigatória sua celebração ou conversão da união estável homoafetiva em casamento civil pelos cartórios de todo o país.

Apesar de tantos avanços, como a aplicação cada vez mais presente do princípio da isonomia nas relações familiares e entre os seus membros, ainda são muitas as questões a serem mais bem resolvidas no âmbito jurídico e jurisprudencial, como por exemplo, a carência de uma normatividade que promova maior proteção para as famílias socioafetivas.

2.2 Direito de Família

O ramo do direito de família compreende-se por ser bastante amplo, diferindo-se dos demais do direito civil no que concerne ao seu caráter extrapatrimonial. O direito de família nasce das relações familiares e afins, seja quando se tem o estabelecimento do parentesco advindo do casamento e união estável ou as relações entre ascendentes e seus descendentes, bem como as socioafetivas.

Assim também pensa Gonçalves: “Os direitos de família, como foi dito, são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer a uma determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho, etc.” (2014, p.15). Enquadrando-se também nas normas desse direito os tutores, curadores e seus pupilos.

Por vezes, também disciplina as relações patrimoniais, por exemplo, prevendo as questões relacionadas aos regimes de bens no casamento civil. Enxergamos ainda o seu caráter obrigacional quando prevê a prestação de alimentos.

Por tratar das mais íntimas relações afetivas e pessoais, esta pode ser considerada a área mais dinâmica do direito e que a todo instante requer atualizações, numa medida em que o nosso legislativo e judiciário não conseguem acompanhar em tempo real.

No Código Civil o direito de família é regulado em seu Livro IV, daí por diante são detalhados diversos temas, como o casamento, seus regimes de bens e dissolução; a filiação e suas consequências como o poder familiar, o dever de proteção, cuidado, educação e sustento

dos filhos, dentro outros; as questões patrimoniais como prestação de alimentos entre parentes, cônjuges e conviventes e o direito ao usufruto dos bens dos filhos menores. Inúmeras questões com as quais o legislador ateu-se.

Além das inúmeras e já mencionadas faces da concepção familiar pelo Estado e sociedade, o direito precisa regulá-las da forma mais acertada possível, ainda que, não seja fácil a missão de exaurir todas as hipóteses fáticas que podem vir a ocorrer.

Um dos seus grandes desafios é suportar e se adaptar a todas as evoluções sociais e tecnológicas, que a todo instante alteram o cenário das relações. As novas famílias e as diferentes formas de filiação também se inserem nesse contexto.

A bioética e o biodireito são assuntos nos quais o direito das famílias deve também se pautar nos dias de hoje para solucionar e normatizar trazendo respostas a questões relevantes como as ligadas a paternidade genética, relações socioafetivas, a proteção aos direitos dos nascituros, técnicas de reprodução assistida, eutanásia, clonagem humana, dentre tantos outros temas.

Pelo seu caráter extremamente importante e de sua natureza, predomina no direito de família as normas de ordem pública.

O Estado, estabelecendo ressalvas, dá aos particulares a liberdade de constituir família, ingerir no seu planejamento e liberdade na administração dos bens, mas impõe antes deveres, com o intuito de proteger e fortalecer as bases da sociedade, um exemplo é a determinação da atuação do Ministério Público nos litígios familiares.

3 PODER FAMILIAR

O poder familiar trata-se de uma expressão nova que surgiu com o advento do código civil de 2002, em consonância com os princípios constitucionais trazidos na Constituição Federal de 1988, substituindo o termo pátrio poder. Retirando então o protagonismo do sentido patriarcal, e inserindo a ideia de igualdade de posição paterna e materna na relação familiar, assegurando à mãe as mesmas prerrogativas e direitos no exercício diário em relação ao filho, visando com tal medida o melhor interesse do menor em processo de formação.

Ressalte-se ainda que apesar dos avanços trazidos pela nova nomenclatura, ainda pesa na doutrina o fato de permanecer a ênfase no sentido de poder, visto que, com todos os avanços históricos vivenciados no mundo jurídico, social e cultural a mudança foi além do compartilhamento do que seria o poder familiar entre ambos os genitores, introduzindo a

concepção de que o interesse dos pais e sua autoridade versem na medida do interesse do menor, condicionando-os a melhor formação possível que estes possam proporcionar a quem lhes cabe tal dever, entendendo que a melhor forma de denominar o que concerne aos pais seria o termo autoridade parental.

3.1 Titularidade do Poder Familiar

O Código Civil de 1916 trazia essa garantia apenas para a figura do pai enquanto chefe da família. Ao longo dos anos muitas mudanças ocorreram, seja em virtude do Estatuto da Mulher Casada, a redação da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e por fim, o Código Civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 226, § 5º trata: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Estabeleceu-se então uma paridade entre ambos os genitores de forma expressamente assegurada pela lei.

O advento do Código Civil de 2002 veio para reforçar a ideia de igualdade no exercício dessas atribuições, cabendo, infelizmente, uma crítica ao fato de o seu artigo de número 1631 tratar apenas das questões do poder familiar quando da vigência de um casamento ou união estável entre os genitores, o que é bem sabido, não estabelece nem extingue o poder familiar, sendo esse decorrente da filiação e extinto apenas nos casos previstos em lei.

3.2 Conteúdo do Poder Familiar

O poder familiar constitui-se de direitos e deveres atribuídos aos pais quando da existência de filhos menores e versam a respeito da pessoa dos filhos e seus bens. São incumbências jurídicas que atingem diversas esferas da vida na relação familiar, interferindo na vida social e privada dos envolvidos.

Nosso ordenamento leciona que aos pais, detentores do poder familiar, recaem as obrigações quanto ao sustento, guarda e educação dos filhos menores, trazendo, porém, que a

falta ou carência de recursos não é causa justificadora da perda desse poder, como aduz o artigo 22 da Lei nº 8.069/90.⁴

No âmbito jurídico os pais são os legítimos representantes dos filhos menores de 16 anos e assistem aqueles com idade dos 16 aos 18 anos incompletos. No tocante aos bens, os pais são os administradores e possuem o usufruto, contando com algumas restrições como, por exemplo, não poderem alienar ou gravarem de ônus reais tais imóveis. Quanto às atribuições do poder familiar, diz o artigo 1634 do Código Civil – CC:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Como se pode ver, trata-se de um instituto extremamente amplo e abrangente, que atribui de forma exclusiva aos pais uma série de prerrogativas, que não cessam sem que por motivos graves, ou fato natural.

3.3 Suspensão e Extinção

Ambos os conceitos tratam de institutos diferentes, enquanto a suspensão tem caráter temporário, a extinção é definitiva. As causas em que se extingue o poder familiar podem ser decorrentes de fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial. Como por causas naturais, tem-se a extinção pela morte dos pais, falecendo apenas um, o outro concentrará

⁴ BRASIL, 1990

sozinho o poder familiar; a morte do filho, já que assim deixaria de existir a razão central do poder familiar, qual seja a proteção do menor; e ao atingir a maioridade.

Nos demais incisos do artigo 1.635 do Código Civil⁵ estão as outras causas, que são a emancipação, a adoção, meio pelo qual se extingue o poder familiar dos pais naturais e os pais adotantes o adquirem, e a extinção motivada por decisão judicial.

Nas decisões judiciais em que se extinguir o poder familiar, se extinguirá para todos os filhos, devido a gravidade do que acarreta. A destituição ou perda do poder familiar pode ocorrer quando o pai ou a mãe castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono, praticar atos contra a moral e os bons costumes ou cometer reiteradas faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

Já nas hipóteses de suspensão, a aplicação poderá ser direcionada a um filho específico, e por não ser definitiva cessará quando cessar o que lhe der causa. As hipóteses de suspensão trazidas no Código Civil são pelo abuso de autoridade dos pais quando estes faltarem com os deveres a eles inerentes e quando forem condenados, em sentença irreversível, em virtude de crime cuja pena exceda os dois anos de prisão.

4 GUARDA DE FILHOS

Como já fora visto, a guarda é uma das atribuições estabelecidas legalmente no seio do poder familiar, e a esse instituto está diretamente ligada. Porém, ambos constituem coisas distintas e que podem ser exercidas de forma concomitante ou não.⁶

Trata-se de uma tarefa atribuída de forma precípua aos pais quando da vigência do casamento ou da união estável⁷, nesse caso se vê a aplicação em conjunto dos dois institutos, mas em diversos casos pode-se restringir esse direito dos pais a possuir e exercer a guarda dos filhos, ainda que eles se mantenham com a posse do seu poder familiar.

Com o divórcio ou a dissolução da união estável, se dá fim a uma sociedade conjugal, e existindo filhos dessa união serão inúmeras as questões que irão repercutir no mundo fático e jurídico no tocante aos filhos menores, pois não haverá mais um único lar e os outrora casados já não constituirão uma família.

Todos estes fatos não poderão e nem devem prejudicar a quem o Estado tem como prioridade proteger, sendo assim, todas as medidas possíveis e cabíveis para assegurar o

⁵ BRASIL, 2002.

⁶ GRISARD FILHO, 2009, p. 40.

⁷ WALD; FONSECA, 2009, p.243.

crescimento e o desenvolvimento mais saudável e sadio possível a essa criança ou adolescente devem ser tomadas, em constante observância ao princípio do melhor interesse do menor.

Da mesma forma e com o mesmo empenho deve-se proceder no sentido de proteção em relação aos filhos havidos de forma extraconjugal.

Neste sentido, o artigo 227, § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”.

Consta-se então, de forma clara, que as garantias pertinentes aos filhos advindos de uma união conjugal serão também dadas aos filhos gerados fora desta.

Com cada genitor residindo separadamente, deve-se estabelecer quem será o guardião do filho, e quanto a isso, é consenso que o acordo entre os pais é a melhor forma de solução, evitando conflitos desde o início. Porém, quando não se proceder dessa forma, a decisão será tomada em juízo, onde o magistrado irá observar quem detêm as melhores condições para prover os deveres de cuidado, educação e assistência, dentre outros.

A guarda é uma das atribuições do poder familiar, difícil de ser conceituada por ser composta de elementos materiais e imateriais. Pode-se dizer que é uma reciprocidade entre direitos e deveres inerentes a quem a detenha, com o intuito de se constituir sempre em favor dos filhos menores de 18 anos, a quem cabe à proteção estatal e da família na busca dos seus interesses.

Os deveres atribuídos a quem recai tal responsabilidade vão desde obrigações relacionadas com a educação, cuidados com a saúde, atenção psicológica e emocional. Nesse sentido, esclarece Fujita:

Guarda é um instituto pelo qual uma determinada pessoa, seja parente ou não, vem a assumir a responsabilidade sobre um menor de dezoito anos de idade, consistente na assistência material e imaterial, ou seja, prover as suas necessidades vitais de alimentação, vestuário, higiene, moradia, assistência médica e odontológica, de educação e lazer. (FUJITA, 2003, p.308)

A guarda carrega o sentido de cuidado e proteção que o guardião deve proporcionar ao protegido, num sentido muito mais amplo do que seria uma simples posse de fato.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas conceitua o instituto da guarda da seguinte forma:

Guarda nos traz a ideia de proteger, manter seguro, entre seus sinônimos encontra-se vigilância, cuidado, defesa e criação. Portanto, através da guarda, compete aos pais vigiar, defender, cuidar, proteger e dirigir a vida de seus filhos. (QUINTAS, 2009, p.20)

Há décadas a atribuição da guarda estava de forma muito intrinsicamente ligada a natureza do pátrio poder, no que seria uma influência do conceito romano e não sobrepujava o princípio essencial do melhor interesse da criança e do adolescente, porém, devido ao caráter não estático do direito das famílias muitas alterações normativas acompanharam e elevaram a lugar de destaque a preocupação estatal prioritária em relação aos menores e incapazes.⁸

Numa mostra da independência entre o poder familiar e a guarda, a lei 13.058/14 alterou o artigo 1.584 do Código Civil, estabelecendo em seu parágrafo 5º:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2014)

A citação acima prevê a hipótese em que um terceiro será guardião, ainda que os pais do menor disponham do poder familiar, respeitando-se uma ordem de preferência por grau de parentesco, que objetive a permanência do filho em sua família extensiva.⁹

4.1 Evolução histórica do instituto da guarda

O instituto da guarda sofreu ao longo dos anos inúmeras alterações na legislação brasileira, tornando-se mais atual a cada mudança e refletindo a face de seu tempo.

Consoante às questões morais, sociais e culturais, por muitos anos o nosso ordenamento sustentou a previsão da culpa quando da dissolução de uma sociedade conjugal, e isso influenciava de forma direta a relação jurídica familiar.

A primeira tratativa da guarda no país se deu através do Decreto 181/1890 (BRASIL, 1890), que delegava à guarda dos filhos ao cônjuge inocente, ou seja, que não concorreu em culpa no que tiver dado causa a essa dissolução conjugal.

O Código Civil de 1916 continuou influenciado pelo patriarcalismo da sociedade. Porém, tratou da proteção da pessoa dos filhos, trazendo as hipóteses de aplicação da guarda

⁸ GRISARD FILHO, 2009.

⁹ TARTUCE, 2011.

nas distintas possibilidades, quais sejam, a dissolução amigável ou judicial da sociedade conjugal.

Àquele momento, já se deu a preferencia pelo acordo entre as partes em relação a guarda dos filhos, quando se tratasse de dissolução amigável e sem cônjuge culpado. Havendo cônjuge inocente, este seria o guardião. Se ambos fossem culpados, ficaria a mãe com as filhas enquanto menores e os filhos até os 6 anos de idade, após essa idade seriam entregues ao pai.

Ainda pelo Código Civil de 1916 o juiz poderia ter uma participação mais ativa e com poder de decidir a guarda a um terceiro, quando em razão de causa grave nenhum dos pais pudesse ser o legítimo guardião.

Em 1941 o Decreto Lei 3.200/41 estabeleceu a guarda do filho natural, e determinou que a guarda do menor fosse do genitor que reconhecesse a filiação, ou quando ambos os pais o reconhecem, o pai seria o guardião.

Dando curso a essa evolução, a lei 6.515/1977, conhecida como a Lei do Divórcio, trouxe novas alterações. Porém, não deu fim a previsão de culpa, disciplinou as hipóteses de dissolução do casamento, embora não mudasse de forma substancial a aplicação da guarda.

A Constituição Federal de 1988 tem enorme responsabilidade pelas concepções normativas que temos na atualidade em relação ao assunto. Foram inúmeros os princípios garantidores trazidos por ela, que encarregou o cuidado das crianças à família, comunidade e ao Estado, seguindo essa ordem de responsabilidade. Tais princípios e normas foram ainda mais disciplinados no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Mais recente, porém sem esgotar o tema, dado as constantes alterações em que sofreu após sua promulgação, temos o Código Civil de 2002 que vem reforçar a intenção da busca constante ao que for do melhor interesse do menor.

O que rege hoje a decisão do juiz é, sem dúvidas, o interesse do envolvido a quem se busca proteger. Não cabendo mais a previsão de culpa na dissolução da sociedade conjugal, bem como, a punição que isso acarretava.

A guarda agora decorre do divórcio dos pais ou a prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo a preferência por manter os filhos com sua família natural, ou seja, a guarda enquanto atribuição do poder familiar. Mas no intuito de proteção, o ECA traz as previsões de quando será necessário a colocação em família substituta.

4.2 Modalidades de guarda

Quando da vigência do casamento ou união estável, havendo filhos menores, a guarda será exercida de forma comum por ambos os genitores. Com o divórcio ou a dissolução da união estável poderão se iniciar os conflitos em busca da resolução dessa questão.

Quanto a isto, pensa Lisboa: “Uma vez separados ou divorciados, poderão os interessados dispor sobre a guarda dos filhos menores nos próprios autos alusivos à extinção do casamento ou, ainda, em processo destinado especificamente para esse fim.” (LISBOA, 2009, p. 141).

Será respeitada a decisão dos pais, caso cheguem a um acordo, não se procedendo dessa forma, o juiz determinará a modalidade a ser exercida e por quem.

4.2.1 Guarda unilateral

Ainda a modalidade mais comum no Brasil, a guarda unilateral consiste em atribuir a apenas um dos pais a guarda dos filhos incapazes, enquanto ao outro caberá o direito de visitas (LISBOA, 2009).

Para não haver uma espécie de abandono moral, o Código Civil estabelece que o genitor que não detenha a guarda, seja ele o pai ou a mãe, tem o dever de fiscalizar o desempenho de quem a detiver.

Tal modalidade tem sua eficácia questionada pelo fato de não proporcionar ao filho um convívio diário com seu genitor que possui apenas direito de visitas.

Nesse sentido, Gonçalves: “Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um de seus genitores.” (GONÇALVES, 2014).

O direito de visitas e a sua frequência podem ser decididos de forma consensual, quando não, o judiciário o faz, definindo os dias em que o genitor não guardião terá com seu filho, inclusive mencionando datas festivas e especiais.

Ademais, tal modalidade possui outras fragilidades, podendo até favorecer a prática da alienação parental por parte do genitor guardião, levando às crianças e/ou adolescentes ao sofrimento causado pela síndrome da alienação parental.

Muitas vezes movidos por um sentimento de vingança que é nutrido em relação ao ex-cônjuge ou companheiro, o genitor que possui a guarda de forma unilateral inicia um processo de ameaças, manipulação e falas agressivas em relação ao genitor “visitante”, de modo a interferir na relação do filho com ele ou ela.

Todo esse processo de alienação que culmina na síndrome já é preocupação do Direito, constando inclusive na nossa legislação através da Lei 12.318/2010, chamada de Lei da Alienação Parental.

Embora o judiciário possa intervir, caso seja constatado que o guardião dificulta essa convivência e prejudica a relação, as consequências para o menor podem ser graves e difíceis de ser dirimidas.

4.2.2 Guarda alternada

Não prevista no nosso Código Civil, consiste numa modalidade em que a guarda do menor pertence a ambos os pais, porém, é exercida de forma exclusiva por um e outro alternadamente.

Pode-se enxergar uma confusão na concepção desta forma de guarda, uma vez que, apesar de ambos a possuírem, o exercício na prática estará sempre vinculado a apenas um dos guardiões.

Neste sentido, Grisard Filho: “Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.” (GRISARD FILHO, 2009).

A alternância será definida e o seu tempo pode ser de mês a mês ou quinzenalmente, por exemplo. É um sistema que pode abrir brechas a um comprometimento da estabilidade do menor, que pode ter sua rotina totalmente alterada e de forma constante.

4.2.3 Aninhamento ou nidificação

Assim como na guarda alternada, o aninhamento não é visto com bons olhos pela doutrina jurídica e pelos especialistas da psicologia e serviço social. É uma espécie de guarda muito inviável, onde o menor reside numa determinada residência e os pais é que se alternam no lar.

Se por um lado tenta-se preservar a rotina do menor, as consequências das constantes mudanças impostas aos pais podem afetar a qualidade da criação e do desenvolvimento do filho.

5 GUARDA COMPARTILHADA

5.1 Conceito e contexto histórico

A guarda compartilhada nada mais é do que a busca pela manutenção da presença ativa tanto do pai quanto mãe na vida dos filhos menores, quando da situação de um divórcio, dissolução de união estável, ou mesmo para pais que não mantiveram um relacionamento duradouro.

A intenção desse modelo é dirimir da melhor forma possível os prejuízos e o sofrimento causado após o desfazimento da família da forma em que se compunha anteriormente. Muito difícil alcançar esse objetivo por completo, porém, se busca amenizar de modo a garantir que a criança e o adolescente terão presentes em sua rotina as duas pessoas que serão seus maiores espelhos no início de suas vidas.

Neste sentido, esclarecem Wald e Fonseca:

Decorre daí que o conteúdo da guarda compartilhada identifica-se, em toda a sua plenitude, com um dos aspectos do poder familiar: dirigir a criação e a educação dos filhos. A co-responsabilidade pela educação dos filhos não pode ser considerada como uma obrigação facultativamente assumida ou mesmo como o fruto de uma imposição judicial, como agora se pretende. É isso sim, dever legal que compete a ambos os genitores. (WALD e FONSECA, 2009).

Na guarda compartilhada ambos os genitores partilharão a tomada de decisões a respeito dos filhos, irão dirigir a sua educação, prover-lhes sustento, cuidados médicos, atenção psicológicas, e todos os demais quesitos do poder familiar serão postos em prática de forma mútua.

A esse respeito, Grisard Filho: “O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.” (GRISARD FILHO, 2009).

A guarda dos filhos pressupõe-se, será exercida de forma igualitária, os pais estarão em situação de equidade em relação aos filhos.

Pelo fato de incumbir aos filhos a existência de duas residências, muitos confundem esse instituto com a tão criticada guarda alternada, porém, são claras as diferenças.

Enquanto na modalidade alternada a guarda, ainda que pertença a ambos os genitores, só pode ser exercida por cada um durante a constância do tempo que foi determinada, alternando-se sucessivamente. Assim o filho possui dois lares na mesma proporção.

Sendo no regime da guarda compartilhada, será estabelecido um lar base, tido como principal, mas o exercício do poder familiar, as atribuições da guarda e suas responsabilidades permanecem sendo de ambos os genitores.

O menor não irá mudar de residência diariamente, o que poderia influir em prejuízos de ordem psicológica e educacional, mas, o que de fato vai existir é o compartilhamento igualitário de sua criação, no sentido de que nas principais decisões que regem sua vida dos primeiros anos até a adolescência nenhum dos pais será excluído.

Desde dezembro de 2014 aplicada como via de regra, a guarda em sua modalidade compartilhada foi por muitos anos ignorada no nosso ordenamento jurídico, vindo a se estabelecer legalmente somente a partir de 2008, quando também passou a ser incentivada pela Lei 11.698/2008. Antes disso, vigorava apenas em casos específicos, aplicada por força jurisprudencial.

Durante toda a história, assim como o conceito de família e o conteúdo do poder familiar, a guarda e a forma dos pais se relacionarem com os filhos também experimentaram diversas fases e mudanças.

De início, privilegiava-se o homem, que era julgado como o melhor e mais capaz para dirigir a criação e a educação dos filhos, muito disso influenciado pelas questões econômicas. Neste contexto as mulheres careciam de maior independência, e também eram subjugadas a presença da autoridade exercida pela figura masculina.

Com o passar dos anos, as mulheres mostraram cada vez mais a sua importância e firmaram-se no propósito de conquistar seu espaço na família e na sociedade.

Quando a preocupação do Estado no tocante as famílias passou a dar prioridade a figura dos filhos, partes mais hipossuficientes nesse contexto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passou também a ser perseguido como um ideal a se garantir.

As mulheres, cada vez mais, vistas com autonomia e importância, galgaram direitos a cada nova alteração sofrida pelo nosso ordenamento, como a garantia de igualdade entre os sexos, a equidade entre pai e mãe em relação ao poder familiar e a conquista nas leis como, por exemplo, a Lei do Divórcio.

No cuidado com os filhos e exercício do poder familiar, as condições econômicas deixaram de ser fundamentais na decisão da guarda dos filhos, visto que, o genitor não

guardião teria ainda que contribuir financeiramente, podendo isso ser pleiteado através da Ação de Alimentos.

Cada vez mais se passou a atribuir a guarda dos filhos menores de forma unilateral às mães, entendendo-se serem elas as mais capacitadas para exercer tal função, encarregando-se também de todas as responsabilidades delas decorrentes.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁰, relativamente recentes, porém, anteriores a Lei 13.058 (Nova Lei da Guarda Compartilhada), indicam que no ano de 2011, de todos os processos de divórcio em 87,64% teve-se a determinação da guarda unilateral outorgada à figura da mãe.

Gerou-se mesmo juridicamente uma cultura que creditava às mulheres o melhor exercício do poder familiar, relegando aos pais o simples direito de visita, acrescido da obrigação de fiscalização.

A guarda compartilhada vem para dissipar a ideia de posse no contexto parental, o que deve prevalecer é, então, o que for do melhor interesse da criança ou adolescente, primando-se pela continuidade do vínculo afetivo e a convivência diária dela com seus pais, ainda que eles não mantenham um relacionamento amoroso.

5.2 Guarda Compartilhada e Alimentos

Devido ao caráter da aplicação da guarda compartilhada, muitos chegam a pensar que não há mais a necessidade de se prover quanto a obrigação alimentar, visto que, cada genitor contribuiria naturalmente de forma igualitária para o sustento do menor.

Tal ideia é bastante errônea, a obrigação alimentar persiste mesmo em casos onde se aplique a guarda compartilhada. O art. 1.703 do Código Civil não sofreu nenhuma alteração e diz: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, o texto também esclarece que, embora as responsabilidades e direitos em relação aos filhos sejam igualmente exercidos, no tocante ao sustento destes, a contribuição não é equiparada. Cada um deve contribuir na medida de suas possibilidades.

¹⁰ BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas do Registro Civil 2003-2011: Divórcios – responsável pela guarda de filhos menores. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores>>. Acesso em: 7/11/2015.

A obrigação de prestar alimentos é, por sua vez, decorrente do poder familiar de que os pais detêm, e este não finda com o divórcio ou o fim da união, permanece para com os filhos. Trata-se do dever de prestar assistência e não deixa-los ao desalento, sendo um dever constitucional.

5.3 Lei 13.058 (Nova Lei da Guarda Compartilhada)

Advinda do Projeto de Lei da Câmara de nº 117 (PLC 117/2013), a Nova Lei da Guarda Compartilhada foi aprovada em dezembro de 2014, sendo, portanto, ainda muito recente, e suas consequências ainda não conhecidas por completo.

De modo geral, a Lei 13.058 alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, estabelecendo um novo parâmetro jurídico brasileiro em relação a guarda dos filhos menores.

Trata-se de uma alteração substancial, não tanto no instituto da guarda compartilhada, criado formalmente no Brasil em 2008 através da Lei 11.698, mas na concepção e no entendimento jurídico sobre a guarda, criação e interesse do menor.

A partir deste marco, a guarda compartilhada passa a ser uma espécie de modelo ideal, e é a regra que deve ser aplicada pelo judiciário sempre que possível.

O que houve não foi uma interferência impensada do legislador nessa questão, não se trata de impor esse modelo, repleto de nuances e que requer responsabilidade, a alguém despreparado para tanto.

A redação trazida pela Lei deixa claro no art. 1584, §2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.” (BRASIL, 2014).

Portanto, não será imposta. É preciso que ambos queiram exercê-la, bem como, também se demonstra o respeito pela vontade das partes. Em consonância com os princípios constitucionais e civilistas, a preferência será dada ao que for acordado, caso haja consenso.

A Lei também não é omissa quanto a qualidade dos pais, posto que, para que compartilhem a guarda, ambos devem estar em plena aptidão para o exercício do poder familiar.

Dentre as conquistas que foram acrescentadas ao Código Civil, percebe-se a intenção do legislador de facilitar a interação dos genitores no tocante à vida dos seus filhos, enquanto menores.

Prevê-se agora que, pai ou mãe, o que não possua a guarda de seus filhos, tem além da obrigação de supervisão, a facilitação por força de lei para solicitar prestação de contas, algo que pode ser de extrema relevância.

Também dá fim a uma prática comum, os estabelecimentos, públicos ou privados, não poderão mais negar o acesso do genitor não guardião as informações sobre seus filhos, a lei prevê inclusive uma multa diária no valor de R\$ 200,00 a R\$ 500,00 reais para quem negar-lhes.

Trata-se de uma lei muito recente, mas madura do ponto de vista do seu conteúdo, privilegia a continuação dos vínculos e da responsabilidade parental.

6 CONCLUSÃO

Ao longo dos capítulos aqui escritos, pode-se constatar o quanto o conceito de família é mutável e, em razão disso, o ramo do direito especializado nas famílias não pode ser estático, é preciso que esteja sempre se adaptando aos tempos em que vigore.

A força da mulher na sociedade a levou, nesse aspecto, de alguém subordinado, ao patamar da paridade em relação aos homens no contexto das relações familiares, gozando ambos igualmente do poder familiar.

No tocante ao poder familiar, conclui-se que é o conjunto de todos os direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos, e vice versa.

A Nova Lei da Guarda Compartilhada estabeleceu novos paradigmas ao ordenamento jurídico brasileiro.

É o poder judiciário dizendo que, quando possível de ser aplicada, a modalidade de guarda em que pai e mãe dividem igualitariamente as responsabilidades com a criação, formação e educação dos filhos é a maneira ideal de garantir a todos os envolvidos a melhor solução possível.

Após a análise e o estudo realizado ao longo dos capítulos deste trabalho, ficou-se constatado que a aplicação da guarda compartilhada, quando atender ao melhor interesse do menor, é, de fato, um grande acerto do nosso legislador.

Iniciada em 2008 de forma muito tímida, a guarda compartilhada tem todo o escopo possível para se desenvolver e se estabelecer de forma mais incisiva na nossa sociedade, à medida que ganhe executividade em nossa jurisprudência por força de lei.

Por muitas vezes, percebemos o nosso sistema legislativo atrasado em relação aos costumes da sociedade, desta vez não. Pode dizer que, por ora, o que houve foi o caminho inverso.

Em muito devido ao seu desconhecimento, esteve fadada nos anos anteriores a uma pequena parcela das crianças e adolescentes do nosso país.

O que se espera para os próximos anos, é um amadurecimento da sociedade caminhando no sentido de compreender o real significado do compartilhamento da guarda, não sendo este uma simples divisão por igual do tempo de convivência do filho com cada genitor, mas algo muito mais amplo.

Abrange um sentido muito maior, a presença de cada um dos genitores será sentida pelos filhos forma muito maior, ainda que um ou outro goze de maior convivência.

O presente artigo alcançou os seus objetivos ao elucidar no desenvolvimento deste texto os nuances da modalidade de guarda de filhos na qual se comprometeu.

Os resultados efetivos da aplicação da guarda compartilhada, da forma como designa a sua nova lei, serão conhecidos de forma prática nos próximos anos, quando crescer sua aplicação, seja por meio das ações de modificação de guarda, ou através de novos casos.

Enquanto isso cabe à apreciação teórica do modelo e a observação dos casos já existentes, só assim se chegará de forma concreta ao conhecimento dos pontos realmente positivos e negativos do modelo.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Leis e decretos. **Decreto-Lei nº 3.200 de 19/04/1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm. Acesso em: 7/11/2015

BRASIL. Leis e decretos. **Decreto de nº 181 de 24/1/1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em: 7/11/2015

BRASIL. Leis e decretos. **Lei nº 11.698 de 13/06/2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 11/10/2015.

BRASIL. Leis e decretos. **Lei nº 12.318 de 26/08/2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 24/10/2015

BRASIL. Leis e decretos. **Lei nº 13.058 de 22/12/2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 11/10/2015

BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas do Registro Civil 2003-2011: **Divórcios – responsável pela guarda de filhos menores.** Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores>>. Acesso em: 7/11/2015.

CONRADO, Paulino da Rosa. **Nova Lei da Guarda Compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Alienação parental na guarda compartilhada. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Incesto e alienação parental – De acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental).** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 147-153.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 24/10/2015

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a lei nº. 11.698\08.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil: Volume único.** São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de família.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.