

GUARDA COMPARTILHADA: A IMPORTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA DOS FILHOS COM SEUS PAIS SEPARADOS

Bárbara Rayssa Oliveira da Fonseca

RESUMO

Os conflitos existentes entre os casais com filhos menores nem sempre possuem um desfecho favorável em relação ao interesse maior de seus filhos. Diante dessa premissa, este artigo procura discutir acerca da importância da convivência dos filhos com ambos os genitores após o rompimento dos laços conjugais. Sobre a questão da guarda dos filhos, observou-se um esforço no âmbito jurídico de permitir a garantia da convivência destes últimos com seus genitores ou da melhor solução para todos os envolvidos, seja através da guarda unilateral ou da guarda compartilhada. Como metodologia, foi utilizada uma pesquisa bibliográfica sobre a temática abordada e a análise jurisprudencial de dois casos distintos, ocorridos após a mudança no texto da nova lei que versa sobre a guarda compartilhada aumentando a sua possibilidade de deferimento em detrimento da guarda unilateral. De acordo com as análises observadas das jurisprudências, percebe-se que em ambos os casos a guarda compartilhada atende aos requisitos da norma jurídica em garantir o maior interesse dos filhos menores após a separação dos pais, mas que entra em conflito com o seu propósito ao decidir que a guarda compartilhada seja deferida inclusive diante da falta de consenso entre o casal sobre o melhor futuro de seus rebentos. O texto anterior da Lei 11.698/08, neste sentido, atendia melhor a este tipo de impasse por exigir que os pais fossem preparados o suficiente para dividir a guarda dos filhos menores e administrar o futuro de seus filhos através do diálogo e do comprometimento de ambos com seus deveres e responsabilidades, caso contrário, trabalhava-se em função da guarda unilateral com melhor solução.

Palavras-chave: Dissolução do vínculo matrimonial. Guarda compartilhada. Convivência dos filhos.

1 INTRODUÇÃO

Diante de vários acontecimentos e desencontros ocorridos nas relações familiares contemporâneas, muitos filhos acabam sendo privados de sua convivência com seus pais biológicos ou com um deles, simplesmente porque os mesmos se separaram e impediram que seus filhos pudessem ter contato direto com seu pai ou sua mãe, diante da perda de sua guarda. Este tipo de decisão judicial era conhecida como guarda unilateral, e permitia inclusive o fenômeno de alienação parental, onde aquele que tem em posse a guarda do filho, além de não permitir que o mesmo entre em contato com o outro genitor, cria um contexto psicológico

negativo no filho menor de que o genitor ausente não é confiável, que o outro é o maior culpado da separação, entre outros.

Na maioria dos casos de dissolução do vínculo matrimonial, o que se observava antes do advento da Guarda Compartilhada era a justiça dar a guarda para a mãe da criança e o pai apenas tinha o direito de acompanhar a criação do filho e pagar a pensão. Este tipo de ajuste foi denominado como guarda unilateral. Existia a Guarda Compartilhada, mas só era colocada em prática em casos especiais através de algumas doutrinas e jurisprudências, uma vez que não existia uma lei específica para tal propósito. (PADOAN et al., 2003 apud CAVALCANTE, 2011).

Com o surgimento da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 modifica-se os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, surgindo de forma definitiva a Guarda Compartilhada na legislação brasileira, cabendo o seu uso sempre que possível e no caso do pai e mãe quando não chegam a um acordo. Tal evento acaba fortalecendo a opção pela Guarda Compartilhada, inclusive nos tribunais brasileiros, cujo pensamento está sempre voltado ao interesse do menor e de seu pleno desenvolvimento, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, que a Guarda Compartilhada pode vigorar na constância do casamento ou da união estável fática, findando-se com o término desses, garantindo a manutenção dos vínculos parentais, aplicando a cada caso concreto a melhor solução, defendendo o melhor interesse do filho menor, visto que a família é a base de nossa sociedade.

Diante do exposto, procura-se através deste artigo, tecer uma discussão mais aprofundada sobre a melhor forma de solucionar os problemas existentes da separação dos filhos do convívio com seus genitores, diante da ruptura dos pais, buscando esclarecer a importância do instituto da Guarda Compartilhada diante do seu papel de tornar menos dolorosa essa situação para os filhos, diante da inevitável separação dos pais que acaba influenciando no desenvolvimento psicossocial e na educação dos filhos menores. Neste sentido, o principal objetivo deste artigo é discutir a importância da Guarda Compartilhada como garantia de convivência dos filhos com os pais separados. Para que este objetivo seja alcançado, torna-se necessário a realização dos seguintes passos: realizar uma abordagem crítica sobre a Guarda Compartilhada, mostrando que o que importa é o interesse do menor; analisar a aplicabilidade da Guarda Compartilhada durante a ruptura conjugal; levantar informações sobre o percentual de guardas compartilhadas aplicadas no

Brasil; relatar a guarda dos filhos de acordo com a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente; e por último, apontar as principais vantagens da Guarda Compartilhada.

Trata-se de um estudo bibliográfico sobre a temática abordada, sendo suas principais fontes de pesquisa, revistas, periódicos, artigos eletrônicos, livros, além do acervo literário da doutrina jurídica brasileira sobre o assunto e as respectivas Leis que se referem à Guarda Compartilhada. Para a realização desta pesquisa, optou-se pelo método dialético por se tratar de um método investigativo da realidade, que buscará compreender as mudanças de posicionamento doutrinário. Quanto à forma de abordagem, esta foi realizada a partir de dados empíricos, análise doutrinária, que buscam esclarecer este instituto no direito de família. Dessa forma, permite-se discutir a partir da ideia de uma pesquisa que vai de fatos mais particulares para leis e normas mais abrangentes e quais os verdadeiros motivos que dificultam o cumprimento da norma jurídica.

A sua relevância pode ser observada diante da grande importância que o mesmo apresenta para a sociedade e para o meio Acadêmico, uma vez que o objetivo principal da Guarda Compartilhada é de proteger os interesses dos filhos de uma forma geral, sendo que os casos de guarda das crianças são avaliados de maneira individualizada. O juiz é quem decide que tipo de guarda deve ser aplicada, prevalecendo o interesse maior da criança. a guarda unilateral só é deferida quando se percebe que existe um grau acentuado de conflito entre os pais e que tal ação irá comprometer o crescimento e desenvolvimento do filho menor. No entanto, vale salientar que existem muitos casos em que o magistrado terá que intervir segundo suas especificidades como forma de garantir a justiça e o bem-estar de todos

2 GUARDA COMPARTILHADA: DEFINIÇÃO E EVOLUÇÃO

O advento da guarda é um recurso antigo diante da norma jurídica brasileira, sendo tratado de uma forma mais ampla a partir do advento da Constituição Federal de 1988, quando no seu capítulo VII, artigo 226, § 5º que trata das Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, afirma que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Este artigo elimina o poder cultural que o homem possuía sobre a família, diante de outras Constituições Federais no passado, possibilitando dessa forma uma melhor

harmonia entre o casal sobre a distribuição de responsabilidades, como também, auxilia a educação de seus próprios rebentos. (BRASIL, 1988).

No entanto, essa guarda comum é interrompida a partir do momento em que essa convivência conjugal é perturbada, momento em que os filhos passam a conviver com apenas um dos seus genitores, o que acarretará uma relação mais estreita com o mesmo. Em relação ao outro genitor que não exercerá a guarda, o direito assegura-lhe a manutenção das relações paterno-familiais através do sistema de visitas e fiscalização, como controle e limitações a guarda do outro, uma vez que, mesmo com a cisão da guarda, ambos os pais possuem a titularidade da autoridade parental, por continuar existindo os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos. (GRISARD FILHO, 2014).

Historicamente, era praticamente responsabilidade da mãe em ficar com a guarda dos filhos menores, uma vez que na maioria dos casos o pai não tinha condições ou experiência em cuidar do filho. Como desde cedo meninos e meninas costumavam utilizar brinquedos e brincadeiras diferentes e o mercado de trabalho sempre foi mais voltado para os homens do que para as mulheres, era normal que a tarefa de cuidar da casa e dos filhos menores ficasse sobre os cuidados da mãe. Na realidade, este foi um dos motivos para que a guarda unilateral fosse tão bem aceita no ordenamento jurídico brasileiro, antes do advento da Guarda Compartilhada, permanecendo ainda depois do primeiro texto expresso pela Lei 11.698/08 uma grande resistência da justiça em homologar os pedidos do compartilhamento da guarda, sob o fundamento de ainda não existir uma previsão legal ou um texto mais explícito sobre este novo tipo de guarda (DIAS, 2008).

A partir do advento da Guarda Compartilhada através da nova normalização legal, é assegurado a ambos os genitores a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres e concernentes ao poder de família, conforme se encontra explícito o artigo 1.583 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que representa o Código Civil Brasileiro. Mas adiante o artigo 1.589 esclarece que nenhum dos genitores não se limita apenas a fiscalizar a educação dos filhos menores quando na guarda do outro, uma vez que, com a guarda compartilhada, ambos possuem agora todos os direitos do poder de família, sendo inclusive penalizado aquele que agir de forma dolorosa ou culposa e relação aos seus filhos (BRASIL, 2002).

Diante da separação dos pais, cabe ao legislador buscar o meio que possa garantir o equilíbrio entre os direitos e as obrigações de cada genitor, com o principal

objetivo de garantir o maior interesse do filho, que diante da separação dos pais sofre as maiores consequências com a ruptura do relacionamento dos pais, atingindo a sua vida e modificando a estrutura de sua família e todo o seu relacionamento parental. Dessa forma, a Guarda Compartilhada procura garantir o equilíbrio da vida cotidiana dos filhos menores após o divórcio, de forma que o relacionamento entre os seus genitores seja da melhor forma possível, sem que exista a necessidade dos filhos em ter que optar por um deles (GRISARD FILHO, 2014).

2.1 GUARDA COMPARTILHADA E GUARDA ALTERNADA: PRINCIPAIS DIFERENÇAS

A Guarda Compartilhada é observada como o principal elemento norteador na educação dos filhos por pais separados. No entanto, torna-se imprescindível que a família, o advogado que representa ambas as partes do litígio, como também os próprios órgãos judiciais competentes observem a existência da reciprocidade ou da amizade entre casal que agora se encontram separados. O motivo da separação é o ponto crucial para se tomar uma decisão delicada como esta, onde os interesses de uma das partes, paternos ou maternos, não podem sobressair-se da outra ou entrar em conflitos, diante da criação de seus rebentos. Dessa forma, precisa-se identificar as diferenças existentes entre Guarda Compartilhada e guarda alternada, e qual a melhor solução que atenda aos reais interesses da criança ou do adolescente, principal vítima dessa ruptura familiar.

Apesar de serem expressões diferentes, a Guarda Compartilhada e guarda conjunta significam a mesma coisa no ordenamento jurídico. Pais e mães dividem a mesma responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pela criação e desenvolvimento dos mesmos. Neste contexto, utiliza-se o terminologia Guarda Compartilhada, mesmo sabendo-se que os diferentes termos, como por exemplo, conjuntura, dividida ou repartida são geralmente utilizados para descrever o mesmo arranjo, que podem significar formas mais amplas de visitação. Quanto do ponto de vista da criança ou adolescente, a guarda parece ser “compartilhada” ou “dividida” tanto quanto “conjunta”, dependendo da extensão do conflito de seus genitores diante do advento da separação (GOLDSTEIN et al. 1998).

No cenário jurídico, bem antes do advento da Guarda Compartilhada, já se observava a terminologia guarda física compartilhada, onde neste tipo de arranjo, a criança vive alguns períodos com um dos genitores e outros períodos com o outro. Em outras palavras, o período de vida da criança ou do adolescente é dividido entre as residências dos dois genitores (BASTIEN; PAGANI, 1996).

De acordo com a terminologia guarda legal conjunta, utilizada antes da Guarda Compartilhada, observa-se algumas características que diferem do anteriormente citado, uma vez que os dois pais exercem conjuntamente a autoridade parental partilhando as decisões importantes na vida dos rebentos, como por exemplo, o bem estar dos filhos, mas somente um dos genitores detém a guarda física legal. Em outras palavras, a criança ou adolescente vive com um dos genitores, mas o outro participa de todas as decisões, responsabilidades e de grande parte dos cuidados sobre a vida e o desenvolvimento do mesmo, sendo estes cuidados divididos de comum acordo entre os pais (BASTIEN; PAGANI, 1996).

No advento da guarda alternada, que prevê seu estabelecimento ou homologação judicial, significa que por períodos de tempo estabelecidos por lei, geralmente de forma equilibrada entre ambos os genitores, cada um deles passa a deter de forma exclusiva, todos os poderes e deveres que integram o poder parental. Trata-se de um assunto tão expansivo, que o Código Civil, a Constituição Federal e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente não foram suficientes para atender os direitos e deveres dos pais em relação aos seus rebentos, diante do advento da separação, surgindo dessa forma a Lei da Guarda Compartilhada.

A guarda alternada pode ser identificada pelas constantes mudanças de guarda física do filho menor, possibilitando que, ao mesmo tempo em que permite que os pais detenham a guarda do filho conforme um determinado período de tempo, é criticado pela doutrina diante das constantes mudanças de residência a que fica sujeita a criança, fazendo com que a mesma acabe perdendo sua referência de lar e de família (GRISARD FILHO, 2014).

Diante dessas reflexões sobre a Guarda Compartilhada e a guarda alternada, torna-se relevante neste momento observar como a convivência dos filhos com seus respectivos genitores influenciam na sua vida, lhe garantindo o direito de viver em dignidade, conforme lhe assegura esse direito a Constituição Federal vigente e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

Torna-se relevante observar a presença da guarda unilateral neste contexto, que segundo o artigo 1.583, § 1º do novo Código Civil trata-se da guarda “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Trata-se da forma mais comum, onde Gonçalves (2010, p. 266) esclarece que neste tipo de guarda “um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas”. Para este autor, este tipo de modalidade apresenta como inconveniente, a questão da privação da criança, da convivência diária e contínua com um dos genitores, ferindo dessa forma, o princípio de melhor interesse da criança.

Ainda sobre a guarda unilateral, Wald e Fonseca (2009, p. 244) afirmam que a guarda será unilateralmente deferida a apenas um dos genitores “quando este revelar melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, cuidados com a saúde e segurança da prole, bem como com a educação desta.” Neste caso, observa-se a incapacidade, segundo a doutrina, de um dos cônjuges em não poder permanecer com a guarda dos filhos, ou de não concordarem com tal advento. Caso contrário, poderiam optar pela guarda compartilhada.

2.2 O DIREITO DE CONVIVÊNCIA DOS FILHOS COM SEUS GENITORES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A questão da dignidade da pessoa humana trata-se de algo subjetivo, uma vez que determinadas circunstâncias pode causar danos a uma pessoa e não a outra, da mesma forma que determinada ação poderá ser positiva para uma pessoa e pra outra não. Na realidade, não existe um conceito formulado sobre tal assunto, pelo principal motivo de que, em cada momento da história, de acordo com a civilização em questão, este tema foi tratado de forma específica sobre o momento contingencial, surgindo a partir daí, diversas correntes para ser estudadas. Segundo Reale (2002, p. 210), “o homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas.” Dessa forma, observa-se que o aspecto personalista se apropria como base a importância de cada

indivíduo e a sua dignidade, como sendo um princípio absoluto de maior valor sobre todos os demais, sendo a sua dignidade, algo superior a qualquer interesse coletivo.

Ao observar o seu desenvolvimento histórico, verifica-se que os primeiros registros sobre o tema são atribuídos ao pensamento estóico e ao Cristianismo. Para os estóicos, a dignidade pode ser observada como uma qualidade inerente ao ser humano que o distingue dos demais. Tal ideia ganha reforço com o advento do Cristianismo, uma vez que, além de defender esta característica inerente ao ser humano, este foi criado segundo a imagem e semelhança de Deus. Dessa forma, violar a dignidade da criatura seria em última análise, violar a vontade do próprio Criador.¹

Este princípio foi criado com o principal objetivo de dar mais ênfase à proteção do ser humano, sendo dessa forma, considerado o mais universal de todos os princípios, uma vez que a dignidade da pessoa humana deve ser refletida como um meio de refrear as injustiças sociais, principalmente aos indivíduos menos favorecidos que, na maioria dos casos, são tratados de qualquer jeito. Sobre a questão da proteção, o Estado deverá ter como meta constante a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, uma vez que a figura da dignidade está diretamente associada a posição social do homem perante a sociedade. Por esta razão, a dignidade deve ser observada como um caráter inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do estado democrático de Direito mantê-la (SARLET, 2011)

Diante disso, Moraes (2015, p. 18) afirma que sobre o verdadeiro conceito de dignidade da pessoa humana, torna-se relevante dizer que será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. Para este autor, a dignidade da pessoa humana trata-se de “um princípio que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”. Neste sentido, a dignidade deve ser observada como um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana.

Antes do advento da Guarda Compartilhada, percebe-se por exemplo que as modalidades de guarda vigentes apresentavam o inconveniente de privar os filhos

¹ “Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.” (Gênesis 1:27).

da convivência diária e contínua com um de seus genitores. Tal fenômeno, sendo a doutrina jurídica, caracterizava o cerceamento e limitação do princípio de convivência e do compartilhamento em família, uma vez que não privilegiava os melhores interesses do menor, que segundo a Lei, deve ter estes direitos sempre resguardados e buscados, na medida do possível (GONÇALVES, 2010).

Neste sentido, o direito do filho menor de poder conviver com ambos os pais separados trata-se de um direito adquirido por Lei para a garantia do seu bem-estar e do seu normal desenvolvimento físico, psíquico e social. Viver em família significa conviver com ambos os pais e o fim do relacionamento destes não pode de forma alguma prejudicar o direito do filho ao cuidado de quem o ama. Para a garantia da formação de sua identidade e da construção de sua personalidade, de forma plena, tanto os pais quanto os juízes, promotores, advogados, psicólogos, psiquiátricos, assistentes sociais e demais atores envolvidos devem ter como principal objetivo atentar ao melhor interesse da criança e do adolescente em ter assegurada a sua convivência familiar, assim como preza a Constituição Federal vigente e demais normas jurídicas sobre o assunto. (DIAS, 2017).

A Guarda Compartilhada implica neste contexto, o exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar, afastando-se portanto, a dicotomia entre guarda exclusiva, de um lado, e direito de visita, do outro, fixando-se a partir de então o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, através da participação ativa e cotidiana nas questões fundamentais da vida de seu filho,, como por exemplo, estudo, saúde, esporte, lazer, entre outras necessidades (ALVES, 2009).

De acordo com os autores acima e a doutrina jurídica sobre a Guarda Compartilhada e o direito dos filhos em conviverem com seus genitores, pode-se afirmar que os filhos também são dotados de personalidade jurídica, além de possuírem seus interesses pessoais, priorizados pelo poder judiciário. Diante do instituto da guarda compartilhada, tais interesses podem ser utilizados como controle da situação, utilizando-se como critérios de acordo com o caso específico, a avaliação dos interesses morais e materiais da criança, sem desprezar a particularidade das partes envolvidas. Isto porque quando ocorre uma separação entre a relação marido e mulher, extinguindo-se o vínculo de convivência que existia antes entre ambos, observa-se que o mesmo não ocorre com os filhos em relação

aos pais ou vice-versa. Dessa forma, qualquer atitude arbitrária que desconsidere os interesses dos filhos, poderá prejudicar a relação da guarda destes, seja esta compartilhada ou não.

3 O ADVENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado. Neste sentido, a família é tanto estrutura pública quanto relação privada, uma vez que identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar, como também, partícipe do contexto social. Diante disso, a Guarda Compartilhada surge com o intuito de prestar assistência material moral e educacional ao menor, diante da separação de seus pais, onde os direitos e deveres do poder familiar são atribuídos a ambos os genitores, mesmo diante da ruptura do casamento ou da união estável (DIAS, 2017).

No entanto, a Guarda Compartilhada a princípio não foi totalmente aceita e compreendida em seus momentos iniciais, pela população e até mesmo no âmbito jurídico, diante da falta de conhecimento adequado sobre a sua verdadeira função diante da separação dos pais, como também, da ausência de um debate mais aprofundado sobre o assunto. Neste sentido, A Guarda Compartilhada deve ser analisada em dois momentos distintos: a partir da sua incorporação no ordenamento jurídico através da profunda alteração no Código Civil, mais precisamente no que se refere o conteúdo de seus artigos 1.583 e 1.584, dando origem a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, como também, a partir do advento da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que altera mais uma vez os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do atual Código Civil Brasileiro, para estabelecer o significado da expressão “Guarda Compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

3.1 O ADVENTO DA GUARDA COMPARTILHADA A PARTIR DA LEI 11.698/08

O instituto da Guarda Compartilhada passou a ser incorporado no ordenamento jurídico a partir da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, como forma de satisfazer os principais questionamentos de estudiosos, pesquisadores e

doutrinadores do Direito de Família, que há muito tempo discutia-se uma forma de tratar sobre esse assunto de uma forma mais justa. Ao mesmo tempo, observa-se que o seu propósito encontra-se em total harmonia com a Constituição Federal de 1988, mais precisamente o seu artigo 226, § 5º quando afirma que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo (BRASIL, 2008).

Para o Direito Brasileiro, a Guarda Compartilhada tornou-se uma realidade concreta de garantia dos direitos fundamentais dos filhos menores em poder conviver com ambos os pais, uma vez que até o momento de seu surgimento, o que se aplicava no Brasil eram normas amparadas no Direito Comparado, oriundo de doutrinas referentes a outros países, tais como: França, Espanha, Portugal, Cuba e Uruguai. Uma das principais novidades que a Guarda Compartilhada apresenta é permitir que ambos os pais possam participar de todas as decisões tomadas, relacionadas aos seus filhos menores, de forma mais igualitária (ALVES, 2009).

Como principal objetivo da Guarda Compartilhada, observa-se o compartilhamento dos deveres inerentes ao poder familiar, isto é, tirar a responsabilidade de apenas um dos genitores e compartilhá-la com ambos. Neste caso, todos podem sair beneficiados com o advento da Guarda Compartilhada. Os filhos passam a ter mais contato com os pais, a mãe passa a ter mais tempo para cuidar de sua vida pessoal e profissional e o pai, por sua vez, irá participar e conviver muito mais com seus filhos, algo praticamente impossível no passado.

Neste primeiro momento, a Guarda Compartilhada tem também como objetivo, interagir com o fenômeno da separação ou do divórcio que diretamente atinge os filhos, verificando possíveis conflitos na guarda dos filhos, como também, verificar com qual dos pais a criança gostaria de ficar, ou se com ambos, o que possibilitaria o compartilhamento da guarda. Deve-se observar que seja qual for a decisão tomada, primeiro necessita-se pensar o que é melhor para os filhos, e as suas opiniões devem ser consideradas como norteadores deste processo. Portanto, essa mudança inovadora no ordenamento jurídico brasileiro foi motivada pela busca da satisfação das alterações da realidade social, buscando-se dessa forma diminuir os efeitos negativos que a separação traz para toda a família, mais precisamente para os filhos (GRISARD FILHO, 2014).

3.2 A GUARDA COMPARTILHADA E A NOVA LEI 13.058/2014

A Lei 13.058, de 23 de dezembro de 2014 trouxe algumas novidades para a regulamentação do regime da guarda, uma vez que anteriormente o regime de guarda unilateral era o mais aplicado pelo judiciário brasileiro, onde o filho mora com um dos pais, sendo este o principal responsável por tomar as decisões sobre a sua criação, enquanto o outro genitor tem o direito de visitas, regulamentadas pelo juiz, além de ter a obrigação de pagar a pensão alimentícia. Em contrapartida, o genitor que não possui a guarda tem o direito de supervisionar a criação do filho, resguardando o interesse da criança.

A nova redação sobre a Guarda Compartilhada traz uma importante mudança no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, aumentando a aplicação da Guarda Compartilhada mas ainda colocando em dúvida a sua diferença entre o seu conceito e o que pode ser entendido como Guarda Alternada. Na realidade, acredita-se que esta Lei se trata mais de uma norma sobre a guarda alternada obrigatória do que a guarda compartilhada propriamente dita. Com a alteração também do § 2º do artigo 1.583, ficou determinado que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições táticas e os interesses dos filhos (TARTUCE, 2015).

Como a Guarda Compartilhada, diferentemente da guarda alternada, consiste na responsabilização conjunta no exercício de direitos e deveres advindos do poder familiar e não há regulamentação de visitas ou divisão exata de tempo de convívio, a divisão equilibrada de tempo dos filhos com cada um dos genitores acaba trazendo um grande risco de se aplicar a guarda alternada, algo repudiado no meio jurídico, por acarretar malefícios aos filhos menores que ficam se revezando entre os pais, em prejuízo do seu desenvolvimento. Como se presume que os genitores sejam pessoas maduras e conscientes de seus deveres e suas responsabilidades junto com os filhos, estes poderiam muito bem decidir quanto tempo ficar na casa de cada genitor.

Sobre esse assunto, Grisard Filho (2009) esclarece que na Guarda Compartilhada, o que se compartilha não é a posse e o tempo igualitário de convívio dos filhos com ambos os genitores, e sim, a responsabilidade pela formação dos filhos. Neste sistema de guarda, ambos os pais continuam deliberando conjuntamente as questões relacionadas à prole, independentemente de estarem

separados, decidindo sobre educação, saúde, lazer, viagens, enfim, partilham todas as decisões, evitando a sobrecarga econômica e emocional para um deles, como ocorre na modalidade exclusiva, podendo dessa forma exercerem tanto a guarda jurídica quanto o poder familiar na mesma medida.

3.3 PRINCIPAIS VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Há bastante tempo, deixou de ser observada apenas como uma célula do Estado, passando a ser encarada como uma célula da sociedade, necessitando-se para tanto, toda a especial atenção do Estado conforme apregoa a Constituição Federal em seu artigo 226, sendo a sua maior missão (do Estado) preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases.

Sobre as principais vantagens da guarda compartilhada, estas podem ser observadas nitidamente na apresentação dos seus próprios objetivos, uma vez que tudo gira em torno do interesse das crianças ou adolescentes. Através de um tipo de guarda conjunta, os pais acabam tomando decisões conjuntas, dividem inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino de seus filhos. A participação de ambos na condução da filha do filho se torna extremamente salutar tanto para os filhos quanto aos seus próprios genitores, uma vez que possibilita minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura dos laços conjugais (LEITE, 2003).

Observa-se também que a possibilidade do filho, quando já possui certo grau de discernimento, de decidir com que genitor ficar acaba lhe causando sofrimento uma vez que se vê dividido entre os seus pais. Neste sentido, a guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como seu guardião, o que lhe causaria angústia e medo de magoar o genitor preterido. Através deste sistema de guarda, o sentimento de culpa ou frustração do genitor não guardião, diante da ausência de cuidados em relação aos filhos, são diminuídos de forma significativa. (AKEL, 2009).

Mesmo assim, a guarda compartilhada é uma modalidade que acaba beneficiando toda a família. Em relação aos pais, observa-se múltiplas vantagens pois, além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões

conjuntas relativas ao destino de seus filhos, compartilha-se também o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimizando o conflito parental, como também, diminuindo os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajudando a atingir os objetivos planejados anteriormente de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole (GRISARD FILHO, 2014).

3.4 PRINCIPAIS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Assim como em qualquer outro advento da guarda em relação aos filhos menores, a Guarda Compartilhada também possui suas desvantagens. Para os filhos, a estabilidade do casal é algo muito importante durante a sua convivência, sendo praticamente impossível a opção pela Guarda Compartilhada para pais que vivem em conflitos após a dissolução conjugal. Dessa forma, pais em conflitos constantes, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e que sabotam um ao outro, acaba contaminando o tipo de educação que proporcionam a seus filhos. Neste caso, a Guarda Compartilhada não seria uma boa alternativa (GRISARD FILHO, 2014).

Com a nova redação exposta pela Lei 13.058 de 2014, surge uma desvantagem para os filhos, diante da possibilidade de se instituir a Guarda Compartilhada quando não há acordo entre os pais. Tal procedimento contraria o entendimento de que este tipo de guarda só deve ser aplicado quando existe uma boa relação entre o pais. Além do mais, essa imposição passa a ocorrer muitas vezes diante de famílias que não possuem condições de estabelecer uma guarda conjunta, principalmente por viverem em intenso conflito, sendo as consequências dessa decisão bastante negativas para os filhos, que passam a conviver com seus pais em um ambiente de constantes desentendimentos (ROCHA, 2015).

Diante dessa explanação sobre as principais vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, torna-se relevante observar na prática como os juristas passam a interpretar o advento deste tipo de guarda, em detrimento da guarda unilateral. ainda muito utilizada durante o texto anterior, apresentado pela Lei 11.698/08.

4 A PRÁTICA E A EFICÁCIA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

Como análise de efeito da Guarda Compartilhada em território nacional, torna-se relevante observar dois casos de deferimento da guarda, após o novo texto introduzido através da Lei n. 13.058/14, observando-se melhor os comentários anteriormente citados sobre possibilidades de vantagens e desvantagens deste tipo de guarda, ambos ocorridos no Estado do Rio Grande do Sul, com julgamentos realizados em junho de 2015 e novembro de 2015 respectivamente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. DERAM PROVIMENTO (Agravado de Instrumento Nº 70064723307, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 25/06/2015).

(TJ-RS - AI: 70064723307 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 25/06/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2015).

Neste primeiro caso, observa-se claramente que a mudança no regime da Guarda Compartilhada poderá influenciar de forma negativa a convivência dos filhos menores com seus genitores, diante da afirmação de que, mesmo em caso de dissenso entre o casal, a guarda compartilhada deverá ser aplicada. No entanto, o que se pode entender como dissenso, na maioria dos casos, seria o atrito e a falta de diálogo entre o casal diante da ruptura de sua união conjugal. Se a Guarda Compartilhada surgiu com o principal objetivo de dar amplo poder familiar para ambos os genitores, dividindo toda a responsabilidade de forma igualitária sobre a criação e educação de seus rebentos, esse amplo poder e essa educação se encontrarão comprometidos pela falta de compromisso e companheirismo entre o casal.

Observa-se também o texto em que afirma ser a única hipótese da não opção pela Guarda Compartilhada, diante da *inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda*. No caso acima, a justiça entendeu proferiu a guarda unilateral, de forma que a mãe continua com o direito da guarda da filha e ao pai, cabe-lhe o direito de visitas, regulamentadas pelo juiz, também poderá supervisionar a criação de sua filha, sem se esquecer do direito que ela possui e a obrigação de pagar a pensão alimentícia.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA. AMPLIAÇÃO DO CONVÍVIO. A convivência do pai com a filha é direito desta mostrando-se adequado que ambos os pais compartilhem as decisões relativas à menina. Nos termos do art. 1.584, § 2º, CC, mesmo quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda da filha, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada. Diante da disponibilidade da parte, amplia-se o convívio familiar. Apelo provido (Apelação Cível Nº 70066453358, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 12/11/2015).

(TJ-RS - AC: 70066453358 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 12/11/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2015)

Neste segundo caso, observa-se que a guarda unilateral entre mãe e filha foi transformada em Guarda Compartilhada, pelo entender do juiz que é o direito da filha em conviver com ambos os genitores e que ambos se encontram aptos para exercer o poder familiar. Esta é uma decisão que demonstra o lado positivo da mudança exercida a partir do novo texto da Lei 13.058/14, permitindo que as famílias possam reivindicar a mudança da guarda unilateral para guarda compartilhada, buscando-se dessa forma garantir o direito da filha em desejar também conviver com o seu genitor.

Este tipo de decisão revela que os pais possuem maturidade o suficiente para compreender que seu filho não pode ser privado do direito de convivência entre ambos. Muitas vezes a guarda unilateral é decidida diante do momento conflituoso da separação, levando a tomar uma decisão precipitada. Ao passar do tempo, o próprio desejo expresso pelos filhos menores de conviverem com ambos os

genitores e a convicção de que o compartilhamento da guarda irá ajudar na sua criação, desenvolvimento e educação, além da divisão de despesas, acaba convencendo ambas as partes a remediarem este prejuízo em benefício do bem-estar de seus filhos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, esta pesquisa chega aos eu final, como um resultado concreto e engessado sobre a questão da guarda compartilhada, observando-se que tal instrumento ainda precisa de muito estudo e pesquisa, quando se trata de direitos indisponíveis a um dos genitores em participar da educação e do desenvolvimento de seus filhos diante da guarda unilateral, como também, observando-se a impossibilidade dos filhos menores em conviver harmonicamente com ambos os genitores, após a separação conjugal dos mesmos.

A nova redação da guarda compartilhada surgiu como forma de diminuir as sequelas que a guarda unilateral deixava nos relacionamentos familiares, principalmente para os filhos e o genitor que não possuía o poder familiar com a perda da guarda dos filhos. Vale salientar inclusive que a guarda unilateral incentivava inclusive a presença da alienação parental, dependendo do grau de atritos e desafetos existentes entre os pais separados.

Como a doutrina jurídica prima pelo interesse maior da criança em viver harmoniosamente com seus genitores, garantindo-lhe dessa forma o princípio da dignidade humana como ser humano e como ser em desenvolvimento perante a sociedade, o impedimento por parte da própria justiça de que um dos genitores possa participar da educação e da criação de seus filhos, cabendo-lhe apenas o direito de visita e de manutenção dos mesmos através da pensão não era observado como a melhor solução para os próprios filhos, penalizados por um conflitos que não lhe diz respeito.

Dessa forma, observa-se que a guarda compartilhada atende melhor ao interesse não apenas dos filhos menores, como também aos anseios que ambos os pais têm na educação e no futuro de seus filhos. No entanto, percebe-se que a Lei n. 13.058/14 precisa de um olhar mais apurado sobre o seu novo texto, principalmente quando os genitores não chegam a um consenso e a justiça se ver no direito de

garantir a guarda compartilhada conforme prega-se a Lei. A falta de consenso indica que os genitores não vivem em harmonia e que não estão preparados para dividirem as responsabilidades da criação de seus rebentos, olhando principalmente para o interesse maior dos mesmos e tal situação, diante do teor desta pesquisa, seria mais que suficiente para que a guarda compartilhada não fosse deferida.

ABSTRACT

Conflicts between couples with smaller children do not always have a favorable outcome in relation to the greater interest of their children. Given this premise, this article seeks to discuss the importance of the children's coexistence with both parents after the breakup of marital ties. Regarding the issue of child custody, an effort was made in the juridical sphere to guarantee the coexistence of the latter with their parents or the best solution for all involved, either through unilateral custody or shared custody. As a methodology, a bibliographical research was used on the subject matter and jurisprudential analysis of two distinct cases, which occurred after the change in the text on shared custody, increasing its possibility of deferment to the detriment of unilateral custody. According to the observed analysis of jurisprudence, it can be seen that in both cases shared custody meets the requirements of the legal norm to guarantee the greater interest of the minor children after the separation of the parents, but that conflicts with its purpose to the decide that shared custody is deferred even in the face of the lack of consensus between the couple on the best future of their offspring. The previous text of Law 11688/08, in this sense, better served this type of impasse by requiring parents to be prepared enough to divide the custody of the minor children and manage the future of their children through dialogue and commitment of both with their duties and responsibilities, otherwise they worked on the basis of the unilateral guard with the best solution.

Keywords: Dissolution of the marriage bond. Shared guard. Children's coexistence.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada:** uma nova realidade. São Paulo: Método, 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n.2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12592>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BASTIEN, Catherine; PAGANI, Linda. **Impact des Facteurs Individuels et Familiaux sur L'Ajustement des Enfants Vivant en Garde Partagée**. La Revue Canadienne de Psycho-Éducation, vol.25, n.2, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf> Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1583 e 1.584 da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a Guarda Compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 6.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/722/codigo_civil_6ed.pdf?sequence=11> Acesso em: 13 nov. 2017.

CAVALCANTE, Patrícia de Oliveira. **O desafio de reconhecer o dever de indenizar como efeito de uma nova realidade: o abandono afetivo**. Monografia (Bacharel em Direito) Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/419/3/20702059.pdf>> Acesso em 12 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOLDSTEIN, Joseph, et al. **The best interests of the child: the last detrimental alternative**. New York: The Free Press, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7.ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Bruna Neves. **O instituto da guarda compartilhada: avanços e retrocessos no âmbito familiar.** 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-guarda-compartilhada-avancos-e-retrocessos-no-ambito-familiar,53821.html>> Acesso em: 19 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9.ed. Revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória: Análise crítica da Lei 13.058/2014. Parte I.** Migalhas [on-line]. 24 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliasSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+aternada+Analise>> Acesso em: 18 nov. 2017.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família.** 17.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.