

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

FRANKLIN MANOEL DE BRITO

**ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA À LUZ DO SUPERIOR INTERESSE DAS CRIANÇAS E
ADOLESCENTES**

Aracaju

2014

FRANKLIN MANOEL DE BRITO

**ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA À LUZ DO SUPERIOR INTERESSE DAS CRIANÇAS E
ADOLESCENTES.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como pré-requisito de conclusão do curso de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Pro^o. Esp. José Carlos Santos.
COORIENTADORA: Pro^a. Me. Antonina Gallotti Lima Leão.

Aracaju

2014

FRANKLIN MANOEL DE BRITO
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA À LUZ DO SUPERIOR INTERESSE DAS CRIANÇAS E
ADOLESCENTES.

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA

Professor Especialista José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Professora Mestre Antonina Gallotti Lima Leão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Professor Especialista Luan Godinho Maynard
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico a meus filhos, Caio/Paula, Eliane/Miro, Cátia, Francisco/Kenia, a Antonia, companheira de todas as horas há 44 anos, e aos meus queridos netos Guga e Mari. Pelo amor, incentivo e proteção incondicional.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao bom DEUS, este Ser Supremo, que me permitiu realizar mais este desejo.

A Antonia Maria Santos de Brito, esposa e companheira, toda minha gratidão e reconhecimento, pela paciência e benevolência de permitir que eu dividisse nosso tempo com a família FANESE; agora estou de volta o tempo é só nosso. Te amo.

Aos meus queridos filhos, Caio / Paula, Eliane /Miro, Cátia, Francisco / Kenia. A dedicação e incentivo de vocês foi o combustível perfeito para que eu pudesse cruzar a linha de chegada. Amo muito vocês.

Aos meus familiares: irmãos, cunhados e sobrinhos, que mesmo de longe me transmitiram uma energia positiva, a qual me fazia ir adiante.

A todos os professores da FANESE, desde o primeiro período até o décimo, que com seus conhecimentos e dedicação, contribuíram para minha formação.

Como sempre digo vocês são os verdadeiros doadores universais, que doam o saber e conhecimento a todos, indistintamente para a formação de uma sociedade melhor.

A todos os funcionários desta instituição que contribuíram para o nosso bem estar, em especial a Consuelo Alves Silva, funcionária do núcleo de prática jurídica, que sempre demonstrou uma dedicação impar para com todos os alunos.

Ao meu ilustre orientador, José Carlos Santos, professor dedicado e comprometido sempre com o melhor de cada aluno, para o mesmo não bastava passar o conteúdo bem, era preciso oferecer o melhor, pois a vida é competitiva e só os melhores terão espaço.

Tive a honra de tê-lo como mestre desde o primeiro período, com a História do Direito, até o décimo com a Prática Jurídica. Sou muito grato a ele.

A minha coorientadora Antonina, pessoa muito inteligente e dedicada com a causa da criança e do adolescente, que muito contribuiu para o desenvolvimento deste trabalho. Admiro-a muito.

A professora Hortência de Trabalho de Conclusão de Curso, que com seu método simples e eficaz me fez vê, que não era tão difícil a tarefa de elaboração de um projeto monográfico. Sou muito grato a ela.

Aos meus colegas da FANESE, que durante estes cinco anos juntos formamos uma família, sempre nos ajudando mutuamente. Estarão sempre na minha lembrança. E em especial a Eduardo Wynne, Géssica Sousa e Lucimeire Mendonça, vocês foram peças fundamentais para a concretização desse meu desejo. Meu eterno agradecimento.

Para fechar, meus agradecimentos ao nosso coordenador do curso de DIREITO Vitor Condorelli, pessoa que desde o início quebrou paradigmas de que a coordenação do curso de DIREITO era formada por pessoas inatingíveis, fazendo-nos vê que na FANESE, sob sua coordenação, os alunos têm deveres, porém também têm direitos e voz. Pessoa altamente qualificada e de saber notório, que sempre esteve do nosso lado, a nos incentivar de que somos capazes, basta perseverar.

Ao falar do mestre Vitor Condorelli me faz surgir este velho pensamento.

“A águia gosta de pairar nas alturas, acima do mundo, não para vê as pessoas de cima, mas para estimulá-las a olhar para cima”.

Elizabeth Kubr Ross.

Todos desejam ardentemente ter a verdade do seu lado e muitos poucos optam por estar ao lado da verdade.

Joseph Campbell.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo procurar conscientizar aos pais e aos profissionais da área de direito, em especial aos advogados, promotores de justiça e principalmente, juízes, por força de sua palavra final, assim como ao poder legislativo e a sociedade de modo geral, que em decorrência de uma separação conjugal, isto é a não convivência entre os genitores, amigável ou litigiosa, os filhos menores e os maiores incapazes, seres em formação física e psíquica, são sujeitos de Direito tanto quanto os adultos que ora se separam, logo, em observância ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, seus interesses devem ser primordialmente considerados em toda e qualquer decisão legal, que os envolva conforme se observa na Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente nos seus artigos 3º e 6º, assim como na Constituição Federal do Brasil no seu artigo 227. A pesquisa buscou fundamentação não só na legislação vigente, mas também nas decisões dos Tribunais, nas doutrinas, (em um depoimento autêntico de um pai através da edição independente de um livro). Diante do exposto tem a criança, mesmo com pais separados, o direito da convivência com ambos os genitores, em atendimento ao princípio do melhor interesse do menor, e, por conseguinte, todos devem se unir para que os pais tenham a noção exata que o relacionamento entre eles pode terminar, seja por falta de amor, de afinidade seja por qualquer outro motivo, porém a convivência com seus filhos é um dever, não só moral, afetivo, mas também jurídico. O instituto da guarda compartilhada é o que melhor assegura esta convivência familiar. Por esses motivos, fica evidenciado que a guarda compartilhada necessita ser incentivada, desde o início de uma separação, pelos amigos, familiares e em especial pelos advogados, que em geral mantêm os primeiros contatos com a pessoa separada, e por todos que fazem parte do sistema judiciário, esclarecendo aos genitores que o que se fizer ausente na vida dos filhos afetivamente sofrerá as sanções cabíveis.

Palavras-chaves: Separação conjugal. Princípio da proteção integral à criança. Guarda compartilhada. Convivência familiar. Princípio do melhor interesse. Genitores ausentes. Sanções.

ABSTRACT

This work aims to seek awareness to parents and professionals in law, in particular lawyers, prosecutors and especially judges, by virtue of their final word, as well as the legislature and society in general, which due to a marital separation, namely not cohabitation between parents, friendly or litigious, minor children and unable of age, who are human beings in physical and mental development are subjects of Law as well as adults that separate, so according to the principle of fully child and adolescent protection, their interests must be primordially considered in any legal decision involving them, as seen in the Declaration of the Rights of Child and Adolescent in Articles 3th and 6th, as well as the Federal Constitution of Brazil in article 227. The research was based not only on the current legislation, but also on the decisions of the Law Courts, in doctrines, (in an authentic testimony of a parent through independent edition of a book). Given the above, has the child with separated parents the right of living with both parents, in compliance with the principle of the best interest of the minor, and therefore everybody must come together so that parents have the real notion that the relationship between them can finish, either for lack of love, lack of affinity or any other reason, however be in familiar terms with their children is a duty, not only moral, affective, but also legal. The institute of shared custody is what best ensures family living. For these reasons, it is evident that shared custody needs to be encouraged from the beginning of a separation, by friends, family and especially by lawyers, who generally keeps the first contacts with the separated person, and also by everyone who are part of judiciary, making clear for both parents which the one whom emotionally departs departs of the lives of children will suffer the appropriate sanctions.

Keywords: Marital separation. Principle of fully child protection. Shared custody. Family life. Principle of best interest. Absent parents. Sanctions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
3 CONCEITO DE GUARDA	18
4 MODALIDADES DE GUARDA	20
4.1 Guarda Única.....	20
4.2 Guarda Alternada.....	23
4.3 Guarda Compartilhada.....	27
5 ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS	40
5.1 Aspectos Jurídicos e Sociais à Luz dos Princípios Norteadores da Família.....	40
5.1.1 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.....	40
5.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	41
5.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	41
5.2 Jurisprudências acerca do Instituto.....	42
6 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, tem-se visto que juízes movidos por antigos paradigmas continuam dando a guarda dos filhos exclusivamente à mulher e ao homem o dever de pagar a conta, desconsiderando as leis pátrias, em que a Constituição Federal e o Código Civil colocam todos em igualdade de condições.

Neste contexto as crianças têm sido alvo de doenças psicológicas, dentre elas a Síndrome da Alienação Parental,¹ tornando-se muita das vezes mercadorias de troca e, dessa forma, a guarda compartilhada visa amenizar o sofrimento do menor ocasionada com a ruptura da vida conjugal dos seus genitores, buscando a garantia de uma convivência direta e diária com ambos, assegurando-lhes a proteção paterno-filial que advém do princípio do melhor interesse do menor.

Este estudo aborda a nova modalidade de guarda de filhos de pais separados, qual seja a guarda compartilhada, que embora tenha sido positivada apenas em 2008 com a entrada em vigor da Lei nº/11. 698/08, já era aplicada por meio de decisões de tribunais em diversos estados brasileiros, priorizando os seguintes objetivos: Desenvolver um estudo de modo a evidenciar a importância da guarda compartilhada, em face do interesse maior da criança; demonstrar à comunidade, através análise dos posicionamentos das doutrinas e jurisprudências, dos deveres e direitos dos pais para a efetiva felicidade dos filhos; procurar demonstrar que nos dias atuais a tendência dos tribunais e da própria família é a adoção da guarda compartilhada; fazer ver aos casais, que os casamentos ou mesmo as uniões estáveis podem acabar, porém o poder parental é imortal.

O instituto jurídico da Guarda Compartilhada por ser recente no Brasil vem trazendo diferentes posicionamentos acerca da sua aplicação e problemática se faz presente a tal estudo, a qual se traduz pela seguinte pergunta: Quais os efeitos jurídicos e psicológicos acarretados aos pais e aos menores submetidos a esta modalidade de guarda? E ainda, por que a guarda compartilhada precisa ser incentivada pelos operadores do direito? Na guarda compartilhada existe a

¹ Nas palavras de Carla Alonso Barreiro Nuñez, a alienação parental ocorre quando o genitor não guardião ou quem detenha sobre a criança a sua autoridade, acabe por implantar falsos fatos distorcendo a verdade e desfazendo a real imagem do genitor não guardião desqualificando-o, reiterada vezes, da sua conduta como pai ou mãe. NUÑEZ, Carla Alonso Barreiro. Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental. In: PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Equilíbrio, 2011. p. 31.

presunção de que os genitores irão compartilhar igualmente os gastos da prole? Na guarda compartilhada não haveria a obrigação de alimentar? Qual a punição ao genitor inadimplente em guarda compartilhada?

A guarda compartilhada – diferentemente do que ocorre em outras modalidades de guarda, as quais garantem o direito de ter a guarda dos filhos a apenas um dos genitores – tem sua aplicação bastante aceita pelos Tribunais e famílias brasileiras, haja vista, vem comprovando a sua eficiência por meio dos benefícios trazidos a todas as famílias que são submetidas a este novo instituto jurídico; desde que haja consonância de interesses entre os genitores e quando não houver o Estado deverá garantir um acompanhamento interdisciplinar dos genitores, composto de psicólogo e assistente social a fim de demonstrar para aqueles que o maior interesse da guarda é dos filhos, portanto, os genitores têm o poder-dever da guarda conjuntamente.

Esses deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos comuns, não se modificam ou se alteram com a separação dos genitores, nem mesmo com a nova união que venham a experimentar. Para a manutenção e guarda dos filhos, independentemente de permanecerem juntos ou não, ambos devem contribuir na proporção de seus haveres e recursos, como lhes impõem os artigos 1.634, I,II e 1.703 do Código Civil.

Art.1.634, CC. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos.

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda.

Art. 1.703, CC. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.²

O critério fundamental é o atinente ao *princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente* e a solidificação desse princípio é alcançada com a participação conjunta e igualitária dos pais na formação dos filhos comuns.

² BRASIL. Código civil brasileiro. **Vade Mecum**, 7 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p.255/256.

Um dos autores que mais disserta sobre o tema é Waldyr Grisard Filho em seu livro “**Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**”, obra que trata de maneira fiel como se dá essa guarda, suas consequências no mundo jurídico e familiar, e as razões que podem levar à sua maior aplicação no direito brasileiro.

O motivo que levou à escolha do tema desta monografia foi colocar em evidência o princípio do melhor interesse do filho menor e do maior incapaz, a fim de que a possibilidade de sua aplicação seja estudada, assim como os seus pontos positivos e negativos, cabendo ao magistrado ao analisar cada caso concreto, primando sempre pelo melhor interesse do menor, buscar a modalidade de guarda que seja mais conveniente para o seu modo de vida, ou seja, aquela que lhe traga maiores e melhores benefícios, evitando que eles sintam os efeitos negativos trazidos com a ruptura da sociedade familiar, assegurando-lhe o convívio permanente com ambos os pais.

Cabe aqui ressaltar que a família é a célula *mater* de uma sociedade, e para que tenhamos uma sociedade feliz e vivendo em paz, os filhos em qualquer situação, estejam os pais convivendo ou mesmo separados, são únicos, pois só o relacionamento deste pai com esta mãe poderia gerar este filho, de DNA exclusivo. Logo, para que seja tutelado o princípio do melhor interesse do menor, um ser em formação, ou mesmo do maior incapaz; os seus genitores tem o poder e o dever de prestar-lhe a guarda compartilhadamente.

O estudo deste instituto jurídico demonstra grande interesse social, face à sua aplicação direciona à toda sociedade, primando sempre pelo melhor interesse do menor, e buscando dirimir os conflitos sociais e familiares existentes quanto à guarda dos menores e às desigualdades que ainda existem entre os pais separados, para salvaguardar os interesses dos menores e maiores incapazes do Brasil.

O método e a maneira utilizada por vários autores, no desenvolvimento de suas teses, para a aplicação da guarda compartilhada é indutivo, pois observa o fenômeno da tutela ao interesse do menor em vista à separação de seus genitores, e o surgimento da necessidade de proteção deles com a positivação jurídica deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, com base na exposição apresentada, esta monografia, em seu contexto redacional, fora desenvolvida mediante pesquisas bibliográficas em doutrinas, revistas, artigos científicos e jurisprudências, demonstrando os diferentes posicionamentos de doutrinadores e de magistrados, referentes a esse instituto jurídico e às carências sociais decorrentes das mudanças ocorridas com a evolução da sociedade.

Na introdução foram revistos os conceitos de guarda compartilhada e enfatizados os motivos e as questões norteadoras, que me levou a escrever sobre o tema.

O desenvolvimento foi dividido em quatro capítulos, os quais versam sobre diferentes pontos de vista acerca do instituto da guarda compartilhada e seus aspectos jurídicos e sociais no seio da sociedade e família brasileira, distribuído da seguinte forma:

No primeiro Capítulo intitulado: aborda-se a evolução histórica do instituto da guarda no direito brasileiro, buscando verificar que com as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas, fizeram-se necessário adentrar em outros tipos de guarda, para acompanhar as referidas mudanças.

O segundo capítulo com a denominação: contempla o conceito de guarda ao longo da evolução da humanidade, com o advento da entrada em vigor das leis que a tutelava, em cada época.

O terceiro Capítulo com o título: é feita uma comparação entre as diferentes modalidades de guarda para demonstrar as vantagens e desvantagens de cada uma.

Já o quarto capítulo com o título:, resalta os aspectos jurídicos da guarda compartilhada, assim como os seus aspectos sociais, buscando explicar acerca das consequências legais e psicológicas, decorrentes da aplicação do instituto da guarda compartilhada e as responsabilidades advindas de sua aplicação.

Na conclusão deu-se ênfase à guarda compartilhada, por ser o instituto que melhor assegura o princípio do melhor interesse do menor e do maior incapaz.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É de grande utilidade uma breve abordagem com referência ao instituto da guarda no Brasil, vez que facilitará o entendimento da inserção do referido instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda sob influência Romana, vigorou no Brasil o Direito Civil Português, anterior ao Código Civil de 1.916.

Conservara, no entanto, resquícios do sistema romano no que se refere aos poderes conferidos ao pai, uma vez que nem a maioria cessava a sujeição dos filhos nem a relação a este.

Segundo Ana Carolina, a primeira notícia que se teve sobre o instituto da guarda estava contida na norma que disciplinou o destino dos filhos de pais que não mais conviviam através o Decreto nº 181, de 1890, no art.90:

A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim, como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.³

Na legislação civil de 1916, a matéria foi disciplinada no capítulo que cuida da dissolução da sociedade conjugal e da proteção dos filhos, que distinguia inclusive as hipóteses de separação amigável e litigiosa, ressaltando que, na primeira situação seria observado o acordo entre os cônjuges em relação à guarda dos menores, e, na segunda hipótese, seria levada em conta a culpa de um ou ambos, pela dissolução da sociedade conjugal, pelo sexo e pela idade do menor.

A referida legislação também previa que havendo motivos substanciais, ou seja, motivos graves, o magistrado consideraria sempre a prevalência do interesse do menor, decidindo da maneira mais conveniente para este, diferenciando, portanto, do estabelecido pelo antigo ordenamento jurídico.

Posteriormente, o Decreto nº 3.200/41, ao disciplinar a guarda de filhos naturais, determinou no art. 16, que o menor ficaria com o genitor pleiteante e, se ambos o fossem, ficaria sob o poder do pai, salvo se o juiz entendesse de forma diversa, levando em conta o interesse do menor.

³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2.ed.São Paulo:Atlas,2010. p. 76.

Dispondo sobre a realização do desquite judicial, o Decreto-lei nº 9.704/46 assegurava aos pais o direito de visitas aos filhos nos casos em que a guarda, oficializada a desunião, não fosse fixada a favor destes, mas a pessoa idônea da família do cônjuge inocente.

Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121) passou a regular a guarda dos filhos, definindo que, nos casos de separação litigiosa, haveria três probabilidades; na primeira delas, havendo cônjuge inocente, a este seria confiada a guarda; na segunda, se ambos os cônjuges fossem culpados, os filhos, geralmente, ficariam sob a guarda materna, a não ser que o juiz determinasse o contrário, a fim de salvaguardar o interesse do menor; e por último, caso o juiz entendesse que os filhos não deveriam ficar com nenhum dos genitores, conferiria a guarda dos menores a pessoa idônea da família de qualquer dos referidos pais, assegurando-lhes o direito de visitas.

Tais regulamentações perduraram até a entrada em vigor da Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, a qual, praticamente conservou o sistema até então vigente; prevalecendo até a entrada em vigor do código civil de 2002.

Segundo Guilherme Calmon constata-se, portanto, que o critério preponderante e principal para a definição da guarda do filho menor se associava à responsabilidade pela ruptura da sociedade conjugal.⁴

No entanto, o momento marcante e fundamental para a regulamentação do instituto da guarda dos filhos menores foi com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme se verifica no seu art.226, que dispõe sobre o direito à convivência familiar, assim como no seu art.227, que traz a família como base da sociedade. Assim especificados:

O Art. 226, assim preceitua.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais privadas.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. Guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008, p. 198.

§8º O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.⁵

Já o Art.227, assim se posiciona.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶

Cabe ressaltar que esta Carta Magna influenciou na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90 que em seu texto, ressalta a prioridade da família biológica de ter o menor consigo, só podendo ele ser colocado em família substituta se por motivos relevantes, for contra indicado a permanência do mesmo com os genitores.

Temos ainda, a nova legislação civil, em vigor desde 2002 e alterada pela Lei nº 11.698/2008, aplicando os conceitos constitucionais e obedecendo ao disposto no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, consagra o princípio da proteção integral do menor, qual seja:

A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei, ou outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando a este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.⁷

E, finalmente, a última evolução em termo de guarda que se tem notícia é a aprovação em caráter conclusivo,⁸ em 16/10/2013, do projeto de lei 1009/2011 de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB. SP), que altera o artigo 1584, § 2º e

⁵ BRASIL, Constituição Federal 1988. **Vade Mecum**, 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.p.72.

⁶ Id. Ibid., Art.226

⁷ Art. 2º Declaração Universal dos Direitos da Criança. BRASIL. **Lei nº 8.069 de 1990** - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15/jan/2014.

⁸ Rito de tramitação pelo qual o projeto não precisa ser votado pelo Plenário, apenas pelas comissões designadas para analisá-lo. O projeto perderá esse caráter em duas situações: - se houver parecer divergente entre as comissões (rejeição por uma, aprovação por outra); - se, depois de aprovado pelas comissões, houver recurso contra esse rito assinado por 51 deputados (10% do total). Nos dois Casos, o projeto precisará ser votado pelo Plenário.

o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.⁹

Cabe esclarecer que o Art. 1.584. § 2º, do Código Civil Brasileiro de 2002 em sua redação atual reza que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Continuando, o Art. 1584, § 2º, se aprovado em definitivo, ficará especificado que:

“Quando não houver acordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores declare ao magistrado não desejar a guarda do menor, caso em que se aplicará a guarda exclusiva ao outro genitor”.

O mesmo Código Civil, no artigo. 1584, § 2º, I, ressalta que:

“Independentemente de qual dos genitores detenha a guarda dos filhos, fica desde já proibido, sob pena de multa de um salário mínimo ao dia, a qualquer estabelecimento privado ou público, a negar-se a prestar informações sobre a criança, a quaisquer de seus genitores. Considerar-se-á corresponsável os representantes do estabelecimento”.

No Art. 1585, a redação atual, assim assevera:

“Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais. (se o melhor interesse do menor não for observado”).

Se o Art. 1585, for aprovado em definitivo, passará sua redação a ser:

“Em sede de medida cautelar de separação de corpos não se decidirá guarda, mesmo que provisória, de filhos, devendo esta, **somente após ouvir-se o contraditório**, ser decidida aplicando-se as disposições do artigo antecedente”.

A importância dessa última modificação é notória no que diz respeito ao que preceitua o artigo anterior nos seus parágrafos 1º; e 3º.

O Art. 1584, nos seus parágrafos primeiro e terceiro, desta maneira se posiciona respectivamente:

“Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude

⁹ Fato Notório. **Guarda compartilhada de filho será obrigatória quando não há acordo entre pais.** Disponível em:< <http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/14420/guarda-compartilhada-de-filho-sera-obrigatoria-quando-nao-ha-acordo-entre-pais>>>. Acesso em 15/0/2014.

de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

“Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério público, poderá basear-se em orientação **técnico profissional ou de equipe interdisciplinar**”. Grifo nosso.

3 CONCEITO DE GUARDA

O termo guarda se referia até pouco tempo como o pátrio poder, em que o filho menor era praticamente tratado como objeto do seu pai, não tendo a mãe nenhuma ingerência sobre ele, o seu papel limitava-se aos cuidados e a educação da prole.

Com o advento do código de 1916, em ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, a guarda dos filhos menores e maiores incapazes eram do cônjuge inocente, isto é, que não dera motivos para a separação.

Com a introdução do Código Civil de 2002, a regra geral era a concessão da guarda unilateral ao genitor que apresentasse melhores condições para manter consigo os filhos, sempre que não houvesse acordo entre o casal, nos termos do artigo 1.584 do Código Civil Brasileiro.

Atualmente, com a tutela da Constituição Federal de 1988 foi consagrado o princípio da igualdade entre homens e mulheres, reforçado pela promulgação do Estatuto da Criança e do adolescente que prevê a criança e o adolescente como titular de direitos fundamentais, assim como com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, a qual introduziu em nosso ordenamento jurídico, o instituto da guarda compartilhada, **a guarda é tida como um poder familiar**, isto é um poder-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com os filhos menores e maiores incapazes, para salvaguardar **o melhor interesse** destes filhos advindo de uma entidade familiar.

Segundo Rosana Barbosa:

Na atualidade, a ideia de entidade familiar não está associada, necessariamente, ao casamento e nem este, ao mero objetivo de procriação ou legitimador de relações sexuais geradoras de uma filiação dominada legítima. É viável, inclusive com contornos jurídicos, a existência do casamento sem procriação; procriação sem casamento; relações sexuais sem casamento e até mesmo uniões

familiares sem diversidade de sexo e procriação sem relações sexuais.¹⁰

O crescente número de rupturas conjugais dá ensejo a que, cada vez mais, se suscitem conflitos em relação à guarda de filhos por pais que não mais convivem.

Como sempre se mostraram escassas as regras gerais referentes à guarda, assistem a doutrina e a jurisprudência estabelecer as soluções que privilegiem a manutenção dos laços que vinculam os pais e filhos, eliminando a dissimetria dos papéis parentais que o texto constitucional definitivamente expurgou.

Como se vê no art. 226, § 5º da CF./88: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Logo, pode-se afirmar que a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos os encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho.

Desta forma, é válido fazer uma explanação a respeito dos diversos aspectos existentes dentro da seara da guarda no ordenamento jurídico pátrio, com ênfase maior ao instituto ora debatido, “a guarda compartilhada”.

¹⁰ SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. O abuso de direito no exercício do poder familiar. In Rodrigo da Cunha Pereira. **Guarda compartilhada**. Op. cit.,p.71.

4 MODALIDADES DE GUARDA

4.1 Guarda única

Este tipo de guarda ainda é predominante no Brasil. Conhecida também como uniparental por ser exclusiva de um só dos progenitores, que detém a “Guarda Física”, ou seja, quem possui a proximidade diária do filho e a “*Guarda Jurídica*”, cônjuge que dirige e decide questões que envolvem o menor.

Desta forma há uma divisão equitativa do tempo de convívio com os filhos entre os cônjuges separados ou companheiros. Há uma alternância temporal da posse dos filhos pendendo, neste caso, para quem conserva o direito de guarda, em detrimento daquele cônjuge ao qual é assegurado o direito de visitas, bem mais limitado.

Apesar de no sistema jurídico vigente no Brasil, estar positivado no seu art.1.584 §2ºCC. que; “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” o que acaba sempre acontecendo é, em caso de ruptura conjugal, o magistrado opta pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges ou parceiro será nomeado o guardião, detentor, portanto da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. Apesar dessa nomenclatura “guardião e não guardião” ambos continuarão a exercer a guarda jurídica. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem essa guarda de forma imediata, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho.

Assim, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, através dessa fixação de visitas, momento em que poderá constatar se o guardião vem corretamente prestando assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.

Para Roberta Alves Bello:

Por essa modalidade, um dos genitores fica com o encargo físico do cuidado aos filhos, cabendo ao outro exercer as visitas. A determinação sobre a qual dos pais será atribuída à guarda dos

filhos e conseqüentemente o exercício mais efetivo do poder familiar, podendo ser feita de dois modos: por acordo dos pais ou mediante decisão judicial. Ainda para este mesmo autor, este tipo de guarda não prevê a cisão ou diminuição dos atributos advindos do poder familiar, pois ambos os pais continuam responsáveis pelos filhos. A própria Lei diz isso ao estabelecer que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha, supervisionar os interesses dos filhos” (art. 1583, §3º, Código Civil).

A guarda física dos menores, ou maiores incapazes, será atribuída ao genitor que apresentar melhores condições de exercê-la e, objetivamente, que tenha mais aptidão para garantir direitos, como, dar afeto, saúde, segurança, educação e lazer aos filhos (art. 1583, §2º, Código Civil), cabendo ao genitor não guardião supervisionar e zelar pelos interesses da prole.

Para o mesmo este modelo de guarda pode conduzir e pode obter bons resultados quando não há rigidez nas combinações, prevalecendo o respeito ao momento de vida experimentado pela criança, além da harmonia e do respeito entre pai, mãe e filhos.¹¹

Na visão de Grisard Filho:

A guarda única, exclusiva, ou, ainda, uniparental, é aquela na qual a criança é colocada sob a guarda de um dos pais, que exercerá uma relação contínua com o filho, enquanto o outro, adstrito apenas a visitas, mantém relações mais restritas, descontínuas e esporádicas com a prole, propiciando o afastamento entre eles. Percebe-se, deste modo, que no regime tradicional de guarda, ocorre efetiva quebra dos vínculos de intimidade, bem como de continuidade na relação entre pai e filhos.¹²

Para o promotor Valdir Aparecido, vice-presidente do Instituto Brasileiro do Direito de Família: A guarda unilateral é aquela exercida por um genitor, restando ao outro o direito de visitas e de vigilância da educação e criação do filho.¹³

Na concepção de Guilherme Calmon:

A guarda uni-parental, ou exclusiva, é não apenas física, mas também jurídica, no sentido de abranger o direito de reger a vida do filho, dirigindo-lhe a criação e a educação, com deliberação sobre as questões mais importantes que se refiram ao desenvolvimento físico, psíquico e existencial do menor, ao passo que o não guardião passa

¹¹ BELLO, Roberta Alves. **Guarda alternada versus compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387&revista_caderno=14. Acesso em 15 jan.2014.

¹²GRISAR FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed.rev.atual e ampl.São Paulo.RT,2013.p.143.

¹³ APARECIDO, Valdir. **Palestra sobre guarda compartilhada**. Disponível em: http://www.defensoria.rr.gov.br/ndex.php?Option=com_content&view=article&id=583&catid=37.> Acesso em 15 jan. 2014.

a ter o direito de visitas, de ter o filho em sua companhia e o de fiscalizar o exercício das demais atribuições do “pátrio poder” do outro. O genitor guardião exercerá atribuições no campo patrimonial, incumbindo-se pela administração dos bens do filho, nos termos do art. 1689 do Código Civil, mas de outro lado assume deveres como o de reparar danos causados pelo filho em razão da denominada responsabilidade civil indireta, com base no art.932, I, do código Civil.¹⁴

Para Liane Maria Busnello Tomé, pessoa com vasto conhecimento na área do Direito de família, a guarda única não é a mais indicada, para o atendimento do melhor interesse do menor, e tão pouco para o próprio interesse dos pais, que em sua totalidade é o dar o melhor para sua prole.

Na guarda única o genitor não guardião perde a imediatidade do exercício do poder familiar, pois uma decisão tomada apenas pelo detentor da guarda única só poderá ser alterada por meio do poder judiciário.

O não guardião mantém o poder familiar com a ruptura afetiva, exercendo o poder de fiscalização sobre o guardião em relação à manutenção e educação dos filhos, mas esta desigualdade de posição parental pode gerar maiores disputas e conflitos entre genitores, pois o guardião pode sentir e achar que não deve qualquer satisfação ao não guardião propiciando um afastamento progressivo do não guardião que só vê os filhos em finais de semana alternados e não acompanha intensamente seu desenvolvimento e crescimento pessoal, acarretando na prática, prejuízo para os filhos e para todos os membros desta família transformada pela ruptura conjugal.¹⁵

Já para a ilustre professora de Direito Civil, Claudete Carvalho Canezin, a guarda única não preserva o melhor interesse da criança, nem do genitor nem do não guardião, pois o direito de vigilância que terá este não deverá transformar-se num direito de ingerência. Por isso, o seu titular não dispõe de um direito de ação nem de um direito de veto em relação às decisões tomadas pelo guardião.

Da insatisfação relativa às consequências da guarda única surgiu a necessidade de novas formas de guarda que visem por um lado garantir o direito da criança a relacionar-se com ambos os pais e por outro promover a igualdade de direitos e responsabilidades entre os pais.

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**, Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. São Paulo: Atlas, 2008. p. 210.

¹⁵ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem consenso dos pais**. Disponível em: <WWW.direitodasfamilias.com.br.Ano 2 (2013), nº 14, 17637-17663 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567>. Acesso em 22 fev.2014.

A espécie de guarda que vem ganhando espaço é a guarda compartilhada, ou conjunta, em que o pai que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, como na unilateral, pois ambos (guardião e não guardião) participam efetivamente dela, como detentores de poder e autoridades equivalentes nas tomadas de decisões diretamente concernentes aos filhos, em qualquer tipo de assunto em relação à vida do filho em todas as áreas.

Ora, enquanto pais e filhos estiverem vivendo sob o mesmo teto, a guarda é comum, e as decisões tomadas por um dos pais é naturalmente aceita pelo outro. Com a ruptura, nesse tipo de guarda, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente na maioria dos casos concretos.

O fim do casamento, da união estável ou mesmo de um relacionamento, não altera o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica normalmente com um deles, com o encargo de prestar assistência material, moral e educacional assegura ao não guardião o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos por parte do guardião.

O exercício, neste caso, por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do progenitor privado da guarda, porque o outro os exercerá, em geral, individualmente; não sendo mais concebível nos dias atuais, só mesmo por motivos grave ou por decisão de vontade de um dos genitores não desejar participar da guarda.

4.2 Guarda Alternada

Esta modalidade de guarda também ocorre eventualmente. Nessa guarda cada genitor detém a guarda do filho seguindo um esquema pré-estabelecido. Os papéis se invertem, de acordo com a inversão da guarda, ficando o menor ora com um ora com outro, e este genitor no período estipulado para ele assume todos os atributos próprios da guarda. Em resumo, a guarda alternada se caracteriza pela possibilidade dos pais, em deter de maneira alternadamente, os poderes-deveres inerentes ao poder parental de forma exclusiva.

De certo modo, a guarda alternada é também unilateral porque só um dos pais num certo espaço de tempo detém a guarda do filho, logo exercendo o poder parental único.

Ora, o exercício de forma revezada deste poder vai de encontro ao princípio do melhor interesse do menor, pois, desta forma há a quebra da continuidade do lar, a qual deverá sempre ser respeitada, e o poder parental exercido por ambos os genitores.

Não há que se olvidar que o convívio dos filhos, numa estreita relação com os seus genitores, onde há uma participação igualitária de direitos e deveres dos mesmos, tanto no campo material, quanto no campo afetivo, só trará benéficos à prole, amenizando ansiedades e desgastes, que por certo virão com o rompimento da união dos pais.

Maria Antonieta Pisano Mota, assim se posiciona a respeito da guarda alternada:

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor reside com cada um dos pais. 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. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.¹⁶

Conforme ensinamentos de Roberta Alves Bello a guarda alternada, como a própria designação indica, caracteriza-se pelo exercício exclusivo de forma alternada da guarda, segundo um critério pré-determinado, por acordo das partes ou por determinação de ofício da autoridade competente.

Como se percebe não há compartilhamento, embora os pais atestem que a guarda não é exclusiva de nenhum dos dois, em certo período de tempo, sabem também que não é de ambos ao mesmo tempo, pois enquanto é de um deles não será do outro.

Neste sistema criam-se regras, espaços próprios, tempos próprios e o menor ficam sujeitos a estas alternâncias sistemáticas e periódicas de convivência.

Para seus defensores, o interesse do menor estará resguardado enquanto o mesmo estiver dividindo a convivência, com seus genitores, mesmo que seja ora com um e ora com outro, porque o vínculo emocional e afetivo não será desfeito enquanto durar o duplo convívio.

¹⁶ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Op.cit., p. 95.

Afirmam ainda que a guarda alternada se faz vantajosa porque o genitor afastado momentaneamente da guarda se manterá ciente do que ocorre com o filho, resguardando assim vínculo emocional.

Ainda para estes, embora a guarda alternada não tenha previsão legal, e amplamente criticada pela maioria da doutrina, por ser vista como uma opção que visa apenas os interesses dos pais, há casos em que é a melhor solução a ser aplicada, para que o menor tenha um pouco de convívio com ambos os genitores.

A solução ideal, segundo Waldyr Grisard Filho, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é o acordo entre os pais, “caso contrário, a guarda será imposta por uma decisão judicial”. Para ele, o antigo modelo de guarda alternada não prioriza o melhor interesse da criança ou adolescente, mas atualmente os tribunais impõem o modelo compartilhado de responsabilidade parental. Nesse sentido, é importante esclarecer as diferenças entre esses dois modelos.¹⁷

De acordo com o citado especialista em Direito de Família, havia uma tendência em atribuir a guarda a um só dos pais, reservando ao outro o papel secundário de visitante do próprio filho. Ele explica que os filhos menores de idade vivem um período de tempo com um dos pais e sucessivamente com o outro. O genitor que detém a guarda exercerá com exclusividade todos os atributos do poder familiar.

Entretanto, como se observa essa alternatividade nem oferece segurança e estabilidade à criança, provocando conflitos e perturbações psíquicas irremediáveis, nem garante segurança jurídica, pois alternando a guarda de um genitor para o outro, periodicamente, o usufruto e a administração dos bens da criança e a responsabilidade civil por atos por ela praticados mudariam, sucessiva e periodicamente, de titular e, “por isso, e outras circunstâncias, os trabalhadores jurídicos e sociais condenam e desaconselham a prática da guarda alternada”, disse.¹⁸

Conforme exposto, a guarda alternada não tem mais tantos adeptos quanto à época da sua aplicação, afirmando-se assim que a sua inserção no seio

¹⁷ GRISARD FILHO, waldir. Op. Cit.,p. 133. Disponível em:<<http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/14420/guarda-compartilhada-de-filho-sera-obrigatoria-quando-nao-ha-acordo-entre-pais>>. Acesso em 17 jan. 2014.

¹⁸ IBDFAM. Assessoria de comunicação. **Guarda alternada ou compartilhada?** Disponível em:<www.ibdfam.org.br/.../Guarda+alternada+ou+guarda+compartilhada%3F>. Acesso em 17 jan.2014.

familiar não traz tantos benefícios quanto o que se esperavam no momento de sua criação; mesmo porque a guarda alternada não se encontra positivada em nosso ordenamento; observe-se o que assegura o Art.1.583, do Código Civil Brasileiro.

“A guarda será unilateral ou compartilhada”. Redação dada pela Lei 11.698/2008.

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

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

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

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

§ 4. (vetado)

Já o Art. 1.584, CC, assim se posiciona. Aguarda unilateral ou compartilhada, poderá ser:

- I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
- II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível a guarda compartilhada.

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

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

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

§ 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, definirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida,

considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.¹⁹

Corroborando com o atual pensamento, verifica-se a decisão jurisprudencial do Des. Fernando Caldeira Brant, 5ª Câmara Civil do TJMG, em 09/01/2014.

[...] Conforme a doutrina da Maria Berenice Dias: “não dá prá confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais no interesse dos pais que nos dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança”. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores. “Reside, por exemplo, 15 dias na casa de cada genitor, ou períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro.” No mesmo sentido, a lição de Dimas Messias de Carvalho: “Neste arranjo de guarda [alternada], todavia não existe compartilhamento, pois a diferença de guarda unilateral comum é a alternância”. Trata-se, na realidade, de uma espécie de guarda unilateral exercida por períodos alternados entre os pais, sem cooperação, reservando ao outro apenas o direito de visitas e fiscalização [...].²⁰

Como se pode notar, a guarda alternada é a alternância do poder parental sobre os filhos, por um tempo preestabelecido pelos pais, com revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou corresponsabilidade; sendo a mesma indesejável e inconveniente no atendimento ao melhor interesse da criança, atendendo apenas os interesses dos pais.

4.3 Guarda compartilhada

Entende-se por guarda compartilhada a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres, por ambos os pais, com relação ao poder familiar dos filhos comuns. Mesmo sendo considerada, por muitos operadores do Direito, a melhor forma de guarda dos filhos após o divórcio dos pais, ainda existem muitas dúvidas e conceitos errôneos acerca de como é aplicada a obrigação alimentar nesses casos.

¹⁹ BRASIL, Art. 1.583 e 1.584 Código civil brasileiro de 2002.

²⁰ BRASIL, 5ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 5ª câmara civil. **Apelação Civil nº 1.0056.09.208739-6/002** – COMARCA DE BARBACENA – Relator Apelante: L.F.F. Apelado: E.C.S.S. Relator: Fernando Caldeira Brant. Minas 2014. Disponível em: <[HTTPS://www.facebook.com/jj/post/604068659642126](https://www.facebook.com/jj/post/604068659642126). Acesso em: 15fev.2014>.

Segundo Ana Carolina, a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira de fazer com que os pais, não guardião de sua prole, pudessem manter um vínculo afetivo e constante com a prole, embora não convivesse mais com o outro genitor.²¹

Esse modelo de guarda é de suma importância para os laços familiares, pois valoriza o convívio do menor com ambos os pais, pois assim mantém apesar do não relacionamento marital entre os guardiões, o exercício comum do poder familiar, reservando assim a cada um deles o poder dever de participar das decisões importantes que dizem respeito aos filhos, Isto é, a guarda compartilhada não se refere apenas à guarda física do menor, mas e, principalmente, a guarda jurídica e todas os nuances de poderes e deveres positivados nela em nosso ordenamento e reclamados pela sociedade.

Nesse sentido, é o parecer do magistrado Ronaldo Martins:

Os filhos têm o direito de conviver com ambos os pais, e o fato de viverem estes separados não pode retirar da criança esse direito, como fazem alguns, causando-lhes traumas, sofrimentos e angústias pela espera e pela incerteza da companhia daquele que é o responsável por sua existência num certo fim de semana – que pode não acontecer, eventualmente, em razão de um compromisso profissional urgente e inesperado, de um médico, dentista ou advogado que necessitou atender a um cliente no horário da ‘visita’. [...] O convívio do filho com o pai ou a mães que não pode ser esporádico como é adotando-se o sistema padrão, [...] Entendo que, mesmo separados, os pais devem permanecer unidos quanto aos interesses dos filhos, exercendo em conjunto o poder familiar.²²

Para Roberta Alves, embora sendo um instituto novo, a guarda compartilhada, vem sendo utilizada em diversos países com o propósito de solucionar problemas sentimentais, emocionais, morais psicológicos e sociais.

Ainda segundo a mesma autora, no Brasil, este instituto vem sendo examinado a partir das últimas décadas, sendo positivado em nosso ordenamento jurídico, através da lei 11.698/08, embora alguns magistrados já proferissem decisões nesse sentido antes desta positivação, podendo definir a guarda compartilhada, como sendo um sistema onde os filhos de pais que não mais se relacionam, maritalmente, tenham o direito de conviverem sob o poder familiar de ambos os genitores, aos quais cabe tomarem as decisões importantes para o bem

²¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. Op.cit., p.103.

²² MATINS, Ronaldo. **Parecer sobre guarda de filhos de pais separados**. Rio de Janeiro: Apase, 2010. Disponível em:< www.apasepr.com.br/parecer.asp>. Acesso em: 15 ago.2013.

estar, em sentido amplo, pois só os pais, em sentido estrito, são os responsáveis pela geração dos filhos. Procura-se assim através dessa espécie de guarda, manter-se e até mesmo estreitarem-se as relações mães/filhos ou pais/filhos o quanto possível, para o bom desenvolvimento físico e mental das crianças.²³

O compartilhamento da guarda não implica necessariamente na participação da guarda física, vale ressaltar que os pais podem estar sempre presentes e atuantes, embora não estando presentes física, afetiva e juridicamente em todas as ocasiões em que os filhos necessitarem, corroborando para o melhor interesse de sua prole, estamos na era da informática e isso é inteiramente viável e possível, mesmo morando longe.

Nesse sentido Grisard Filho, assim se posiciona:

Enquanto os genitores vivem juntos, a guarda dos filhos menores é por eles exercida em igualdade de condições. Esse é o regime vigente que resulta veemente do texto constitucional, art.226,§ 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Ela decorre do dever comum de ambos os pais no casamento, como lhes impõe o art.1.566, IV, do CC e se acomoda dentre os atributos do poder familiar, previsto no art.1.634, II, do mesmo código. As relações paterno-filiais que daí se estabelecem não se alteram com as situações que venham a abalar a convivência conjugal, conforme arts. 1.579, 1.632 e 1636 do CC e 21 do CCA.²⁴

Para Guilherme Nogueira da gama, as mudanças operadas no meio social, com o crescente desenvolvimento econômico e social, assim como com a equiparação dos direitos, entre os homens e as mulheres, as transformações que se processaram na economia de modo geral e principalmente na economia doméstica, na qual ambos os cônjuges têm que trabalhar, para prover o sustento familiar, já que, cada vez mais, torna-se insuficiente o ganho de apenas um dos genitores, a realidade familiar atual é totalmente diferente daquela família existente há trinta ou quarenta anos. O mundo globalizado, a mudança comportamental advinda dessa globalização, no mundo contemporâneo, é de tal magnitude que hoje é questionável o chamado instinto maternal, pois com essas mudanças ocorridas aflorou-se o instinto paternal.

²³ BELLO, Roberta Alves. Op.cit.,[n.p.].

²⁴ GRISARD FILHO, Waldir.Op.cit., p. 103.

Ressalta-se que à luz da Constituição Federal, os pais durante a constância do casamento ou mesmo em qualquer tipo de relacionamento, têm o poder/dever de assumirem o poder familiar de forma igualitária, submetendo-se, ambos, aos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, com relação aos filhos menores e maiores incapazes.²⁵

Nesse sentido, cabe ficar atento que a dissolução de um relacionamento, quando há filhos, atinge-os diretamente, já que a estrutura da família formada é alterada, o que por certo produzirá efeitos variados, se não for de imediato, será a longo prazo, reflexos como jurídicos, psicológicos, sociais, econômicos além de outros; portanto, o problema da atribuição da guarda é de suma importância.

Sobre este instituto Grisard Filho complementa: “[...] Ou decorre de acordo entre os pais, tida como a mais ideal, ou ela é atribuída a um deles por sentença, indeferindo aí o judiciário no ambiente familiar”.²⁶

A segunda opção só deveria ocorrer em casos extremados, pois conforme citado acima o poder familiar, já devidamente positivado em nosso ordenamento, é de ambos os pais. Logo, pelo melhor interesse do menor, os genitores deveriam acordar pela guarda compartilhada, mesmo que para isso fosse necessário recorrer à orientação de uma equipe interdisciplinar ou mesmo a orientações de amigos, ou familiares mais estruturados socialmente.

Ainda segundo Guilherme Calmon, diante do exposto, faz-se necessário que os profissionais da área de direito, e em particular os advogados que atuam em especial na área de família, assim como os promotores de justiça e, principalmente, os juízes, os quais têm a palavra final, sejam bastante sensíveis para terem a exata noção que uma liberação sobre o instituto da guarda de um menor, refletirá por toda a sua vida; e nada mais salutar para este menor, que o caso seja estudado com bastante atenção e sempre que possível o Estado disponibilize uma equipe interdisciplinar (psicólogos e assistentes sociais), para tomar a decisão mais acertada embasada em relatório técnico profissional para o atendimento ao princípio do melhor interesse deste menor, e ao poder familiar, procurando estabelecer, sempre que possível, a corresponsabilidade parental. Perseverando neste posicionamento, a guarda compartilhada é um modelo que visa permitir a ambos os genitores exercer compartilhadamente a guarda da sua prole, criando-os e

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op.cit. p.212.

²⁶ GRISARD FILHO, Waldir. Op.cit., p.104.

educando-os e ainda possibilitando uma civilizada comunicação entre eles, conclui o autor. Logo a modalidade de guarda compartilhada tem por objetivo principal dar continuidade a relação da criança ou do adolescente com seus pais, no período posterior ao término do relacionamento entre os genitores, de modo que seja resguardado o melhor interesse do menor, e também assegurado a igualdade entre pai e mãe no exercício da autoridade parental.²⁷

Reforçando este entendimento, Grisard Filho assim se posiciona:

A guarda compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.²⁸

Para Ana Carolina,²⁹ normalmente o judiciário determina a guarda uni-parental, ou exclusiva que naturalmente distânciava o menor daquele genitor que não detém a guarda, tendo apenas o direito de visitas.

Este distanciamento entre pai e filho ou mãe e filho vem, ultimamente, causando uma preocupação muito grande entre todos os setores da sociedade como todo, o que faz surgir outras modalidades de guarda, e dentre elas a guarda compartilhada, já inserida em nosso ordenamento jurídico vem sendo discutida e vista com muito agrado pelos profissionais da área e pela sociedade em geral.

Percebe-se que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os casais que não mais se relacionam maritalmente e coabitam num mesmo lar, pudessem manter um convívio afetivo e harmonioso com seus filhos, após o rompimento da união.

Segundo a mesma autora, à medida que esse tipo de guarda valoriza o convívio dos filhos com seus dois pais, assume uma importância fundamental, pois, além de manter o poder da autoridade familiar, reserva a cada um dos genitores o direito de participarem das decisões importantes referentes aos interesses da criança.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Op.cit., p.214.

²⁸ GRISARD FILHO, Waldir. Op.cit., p.96.

²⁹ AKEL, Ana Carolina Silveira. Op.cit.p 103-106.

Ora, diz ela, levando-se em consideração o melhor interesse da criança, entendemos haver a necessidade de uma intervenção do Estado, na figura do magistrado, propiciando uma orientação interdisciplinar aos pais, para garantir um bom relacionamento pai e filho, mãe e filho, pois se na constância do casamento, como é natural, há vulnerabilidade nas relações quanto mais após a ruptura deste relacionamento o que poderá potencializar o risco dos desacordos. Continuando, comenta que esta maneira de guarda é efetivamente a ideal, pois, ambos os pais podem participar efetivamente da vida cotidiana dos filhos, tornando-se ambos atuantes e corresponsáveis pelos filhos, diferentemente daquele tipo de guarda onde o genitor não guardião é um mero espectador dos acontecimentos da vida dos seus filhos com direito apenas a visitação. Aduz ainda que o exercício da guarda compartilhada, dentre outras vantagens, preserva os vínculos afetivos, uma vez que pais e filhos estarão sempre em contato.

Para Rodrigo da Cunha Pereira³⁰, a guarda compartilhada significa romper paradigmas e instalar uma nova concepção para a criação e educação de filhos separados; e se realmente se pensar no melhor interesse dos menores, os genitores não fariam dos filhos um escudo, devido ao fim do relacionamento conjugal. Ainda esclarece que não é justo que filhos de pais separados sejam privados da convivência com seus pais, nem mesmo na separação litigiosa.

Quanto a isso o ordenamento é muito claro, que em separação não consensual, a guarda sempre que possível será compartilhada.

Com o mesmo ponto de vista o autor conclui que a guarda compartilhada pode ser uma fórmula e uma saída para que os filhos não percam a convivência dos seus genitores, e esta deve funcionar como uma possibilidade a mais para que os filhos tenham uma educação e uma vida mais saudável, com a convivência de ambos os pais, para no futuro não venha a apresentar distúrbios emocionais.

Evandro Luiz Silva,³¹ assim se posiciona a respeito: A guarda compartilhada é a alternativa mais adequada à saúde psíquica e ao bem estar da criança, por diminuir o tempo de convivência tanto com o pai quanto com a mãe, impedindo assim a sensação de abandono, que as crianças têm, quando da separação dos casais evitando-se, assim, transtornos psíquicos.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dois lares melhor que um**. Op.cit., p 13-14.

³¹ SILVA, Evandro Luiz. In. Rodrigo da Cunha Pereira. Op.cit., p. 15-22.

Ainda segundo o mencionado autor, o contato frequente com ambos os pais, através da guarda compartilhada, traria os seguintes benefícios: redução do estresse, e ,consequentemente, maior aproveitamento escolar; melhor qualidade de vida; menor custo num processo judicial; diminuição da gravidez na adolescência; diminuição de suicídio em crianças e adolescentes; diminuição da evasão escolar, redução de problemas emocionais ou comportamentais e ainda diminuição de apreensões de menores.

Isto porque os filhos percebem que, embora separados maritalmente, os seus pais se sentem responsáveis por eles, ao contrário da guarda unilateral onde a própria palavra visita, por si só caracteriza que o progenitor que detém a guarda é o responsável, enquanto o não guardião será um visitante, sem nenhuma autoridade sobre a prole, podendo nesta situação induzir a criança ao afastamento deste.

A criança amada, que confia nos pais, tem ampla possibilidade de administrar bem a nova rotina, mesmo com a separação dos pais, pois o seu ego estará fortalecido pela convivência dispensada por ambos, o que se traduz em amor e atenção. Aduz ainda, quanto à guarda exclusiva, acredita o mesmo que deva ser utilizada apenas quando um dos cônjuges apresentar algum distúrbio ou vício que possa pôr em risco, material ou moral, a vida do filho ou, então, quando um dos genitores declarar expressamente ao magistrado não desejar a guarda do filho.

Os pais, que realmente amam seus filhos, não devem disputar a guarda da prole, e sim unirem-se a fim de guardarem-nos, vez que, são seres vulneráveis que estão em formação necessitam da presença de ambos, para que possam vir a ser adultos felizes e sem traumas, contribuindo para um mundo melhor.

Já quanto ao aspecto psicológico, o autor cita que é muito importante a convivência dos filhos com ambos os pais, para que eles construam uma relação mais estreita e possam formar, por si só, uma imagem melhor de cada um de forma independente.

Esta convivência está relacionada ao tempo em que pais e filhos estão em contato, que não necessariamente precisa ser físico, hoje, temos a internet, telefonia móvel/fixa e vários outros meios de comunicação, mas o essencial é que seja de boa qualidade, isto é, haja uma demonstração de carinho e de interesse pelo cotidiano do filho.

Quando isso não ocorre, ou ocorre de maneira eventual em intervalos de tempo longos, normalmente a imagem do progenitor, que não mantém a guarda, é

formada de maneira negativa pelo outro cônjuge, na maioria das vezes, devido a sentimentos de rancor ou mesmo pelo próprio filho por sentir-se abandonado.

Logo a convivência com o pai e a mãe, estreitando as relações é de suma importância para que os filhos sobrevivam à separação do casal; e, optando-se pela guarda compartilhada, no mínimo, o direito a convivência com ambos os pais estaria priorizado.

A falta psíquico-afetiva provocada pela ausência de um dos pais poderá trazer consequências desastrosas de ordem não material, assim, a separação que é seguida de uma guarda, a qual não atenda às necessidades da criança, pode e deve levar muitas vezes à ausência de um dos pais na sua vida, que ocasionará por certo uma interferência no desenvolvimento da prole, e afetar drasticamente ao afeto dos pais, que por certo desejariam ter mais contato com os seus filhos.

Devido a esta complexidade sobre um processo de guarda de filhos, que se torna necessário que o judiciário conte sempre com uma avaliação interdisciplinar, sobre todos os envolvidos, a fim de que as decisões não acabem tendo por parâmetro só os argumentos trazidos pelos advogados, pelos pais dos filhos ou os colhidos apenas pelo Serviço Social.

Neste contexto, a ilustre autora Carla Alonso assim se posiciona; filho necessita de pai e de mãe para solidificar uma personalidade e poder enfrentar a vida sem receios, e a guarda compartilhada é o instituto mais propício para inibir a insegurança advinda de uma separação entre os pais, e a Alienação Parental no seio familiar, pois na maioria das vezes quando do rompimento das relações entre os pais deixa pulverizado o rancor por parte de um deles, os filhos podem ser afetados. E complementa a autora: Desta forma, havendo a convivência dos filhos com ambos os pais separados, essa vingança deixará de existir, porque ambos terão igualdade de contato, convivência e responsabilidade, com a aplicação da guarda compartilhada, deixando, desse modo, que os filhos sejam usados para atingir ao outro cônjuge.³²

Para Eliane Riberti, compartilhar a guarda é assumir responsabilidades, isto é, comprometer-se a proporcionar as melhores condições, materiais e afetivas, para o desenvolvimento psicossocial dos filhos e lhes garantir um futuro sem traumas. E ainda mais, a guarda compartilhada precisa de um acordo sob medida, que venha

³² NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. Op. Cit., p. 42.

atender a vários fatores como a idade da criança, possibilidades objetivas e subjetivas dos pais, avaliação interdisciplinar da convivência antes da separação, como também, se não houver consenso, submeter os pais a uma conciliação para que esse compartilhamento se realize de forma sadia, pois a guarda compartilhada, isto é, a responsabilidade parental, atribuída a ambos os pais, é um passo importante para oferecer condições mínimas de felicidade e equilíbrio àqueles que um dia formaram um núcleo familiar. Conclui dizendo que a guarda compartilhada bem elaborada e acompanhada poderá contribuir em muito para o desenvolvimento de algo que no futuro poderá chamar-se Disposição de Inclusão Parental (DIP).³³

No mesmo sentido está o parecer de Patrícia Pimentel³⁴, a guarda compartilhada é um dispositivo legal que visa à valorização das relações sócio afetivas e do convívio de ambos os pais com os filhos assim como a efetiva participação destes pais na vida dos filhos. Nada mais importante e necessário para os filhos, do que a atenção, o amor e o carinho de ambos os pais durante o seu desenvolvimento físico e mental.

Não esquecendo que é por intermédio da convivência que os laços de afeto e a percepção de vida são sedimentados. A relação afetiva parental não aflora apenas pelos laços biológicos, e sim por um fenômeno espiritual, social e cultural, o qual vai se construindo através do afeto cultivado no dia a dia, pela demonstração de cuidados maternal e paternal.³⁵

Assim, mesmo sem consenso dos pais, a criança pode ter a guarda compartilhada, pois o instituto da guarda era geralmente homologado pelo poder judiciário devido acordos celerado pelos pais de forma consensual, fundamentados por dispositivos do código Civil, da Lei do Divórcio e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já com a introdução da Lei 11.698/2008, pode o juiz de ofício decretar o compartilhamento da guarda, em atenção às necessidades específicas dos filhos e não mais em razão do consenso dos pais.

4.3.1 Histórico de Vida de Ilan Gorin.

³³ NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda Compartilhada e Mediação familiar. **A importância da convivência.** In Rodrigo da Cunha Pereira. Ob.cit.p.105/106.

³⁴ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Dois lares é melhor que um.** Equilíbrio, 2011.p.119.

³⁵ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **A moderna visão da autoridade parental.** In Rodrigo da Cunha Pereira. Ob.cit.p.108.

Ilan Gorin é advogado tributarista, contador e sócio da Gorin Auditoria Fiscal; participa de trabalhos voluntários em instituições filantrópicas, educacionais e religiosas. Autor dos livros “sem medo de saber” e “A importância do diagnóstico precoce do câncer”.

Em sua vivência, diária, o mesmo assevera que quando o relacionamento entre o homem e a mulher deixa de existir, os filhos não devem perder a oportunidade de conviver com o pai e também com a mãe, compartilhando ambos com o poder/dever familiar. Se este acordo não for espontâneo, deve-se procurar inicialmente apoio de um antigo amigo do casal, e se necessário abrir determinadas concessões para atingir o objetivo, o melhor interesse do menor, pois não há nada mais importante que o convívio constante pai/filho e mãe/filho. De maneira geral, depois de uma separação em que advém filhos, a guarda unilateral é cedida para a mãe e o homem passa a ver esses filhos apenas em finais de semana, em feriados, dias dos pais, ou de 15 em 15 dias, isso na melhor das hipóteses, para passeios, compras no shopping, um lanche, almoço; depois um beijo um abraço e tchau. Para Ilan, isto não é justo, embora a maioria dos homens já se conforme com esta situação devido ao medo de não conseguir criar sozinho os filhos, achando sempre que o lugar do menor é sempre junto da mãe.

Os pais são tão capazes de criar os filhos quanto às mães; hoje está mais do que provado, que os pais podem não amamentar seus filhos nos seios, porém podem amamentá-los dando-lhes a mamadeira e muito amor.

Na verdade, segue o autor, o que aqui se discute é a guarda compartilhada, isto é, a convivência mútua dos filhos com o pai e a mãe, onde cada um dos genitores terá poderes e deveres, não deixando nenhum dos dois de conciliarem seus momentos felizes com a presença dos filhos o que por certo será muito mais prazeroso. Para ser realmente pleno, nem o pai nem a mãe pode se transformar num mero visitante a conduzir seus filhos em passeios festivos, parques de diversões, jantares, enfim, num concretizador de sonhos e desejos consumistas, assim como num simples apanhador e entregador de crianças, em eventos escolares e datas comemorativas.

A plenitude da paternidade é conviver de perto com o ente amado, e ter uma rotina cotidiana com o mesmo. É ter tempo suficiente de convivência, para dar-se ao luxo de não fazer nada de hora marcada e poder dispor de todo o tempo para ele quando o filho necessitar.

Mesmo depois de uma separação, os pais têm o direito e o dever de passar juntos aos filhos qualquer momento que seja bonito e enriquecedor, por mais simples que seja, sem ter que estar a olhar para o relógio, para ver se ainda lhe resta tempo, pois desse modo nada é feito de maneira normal devido à ânsia de aproveitar os poucos dias ou as poucas horas de convívio com o ente amado.

Outra questão, na opinião do Ilan, a ser debatida é a seguinte: na guarda única quem fiscaliza as mães que detêm esse tipo de guarda, pois algumas mães, mesmo presente fisicamente, estão ausentes emocionalmente, por certo não é a justiça, muito menos o pai não guardião, já que lhe fora tirado a responsabilidade da guarda física, sendo apenas lhe concedido o direito de uma visita e o dever da pensão. Por isso, em caso de separação, o ideal é que a guarda seja compartilhada, vez que ambos os pais são responsáveis, tanto pela guarda física como pela guarda jurídica. No obstante pondera que cada caso deve ser examinado minuciosamente, dentro de suas particularidades.

Outro ponto que o Ilan, defende ser muito relevante, contempla o cuidado que se deve ter na hora de explicar aos filhos o porquê da separação, isto é, se os filhos já tiverem entendimento, sem entrar em muitos detalhes e com a habilidade de fazer com que os filhos entendam que a separação é justamente para evitar maiores conflitos, novos desgastes, mas que eles, os pais, continuarão sendo amigos, que ambos desejam conviver com os filhos e farão de tudo para terem a guarda compartilhada.

O primordial é que os filhos percebam que tanto o pai como a mãe querem-lhes bem, e não abrem mão da convivência com eles. Também, o cuidado na guarda compartilhada, especialmente quanto a outro relacionamento. Os novos pretendentes devem ser avisados da existência destes filhos, e o tipo de guarda, assim como deve ser verificado se eles têm afinidade com crianças, para que no futuro as crianças não venham a sofrer desgastes e traumas além dos sofridos com a separação.

Todos devem ter em mente que o relacionamento pode terminar, porém a cumplicidade do pai e da mãe em relação ao melhor interesse, bem estar, formação, felicidade da prole deve ser par sempre.

O menor, o filho precisa de um terreno fértil para trilhar, de uma direção, de um lugar seguro para viver, com incentivo de ambos os pais, para poder construir uma identidade equilibrada e seguir seu caminho por conta própria. E isso só será

possível quando os filhos perceberem que os pais mesmo separados, demonstram que se importam com eles, dedicando-lhes amor e um interesse por tudo que lhes diz respeito e estando presente sempre que necessitarem. Porém de qualquer maneira não há como evitar que haja estresse e preocupação mesmo adotando-se a guarda compartilhada, pois como sabemos, o estresse e a preocupação faz parte da rotina de qualquer pessoa que decide ter um filho.

É bom que os casais ao adotarem a guarda compartilhada, tenham em mente que não há lugar para divergências desnecessárias, para que os filhos não saiam prejudicados, devem ter em mente que só eles serão responsáveis pela felicidade da prole, logo não há motivos para procederem de maneira diferente.

Nessa perspectiva, vale resaltar que não é a responsabilidade que faz a felicidade dos filhos e do casal, a responsabilidade faz com que haja cumplicidade entre o casal para que não se impeça a convivência entre filhos e pais a fim de que eles tenham a melhor formação como pessoa humana.

Para que a instabilidade dos filhos como também do casal separado, principalmente, quando ele já tenha um novo relacionamento, inclusive com novos irmãos, o ideal é que a rotina pré-estabelecida pelo casal ou pelo judiciário seja mantida; só mesmo em casos excepcionais a rotina deverá ser modificada. E quando isso ocorrer, o genitor que provocou esta alteração deve estar consciente que possivelmente numa próxima modificação de rotina ele poderá ceder. Quando a quebra da rotina, pré-estabelecida, se torna corriqueira, é mais que natural que isso venha afetar a convivência não só do casal como de todos os envolvidos. As regras só devem ser mudadas por motivos relevantes ou em situações em que haja uma negociação prévia do pai e da mãe, pois quase sempre se organizam as férias, as viagens com antecedência levando-se em consideração os períodos em que cada um estará com os filhos.

É sempre bom que estes detalhes sejam pensados e discutidos, quando do estabelecimento das regras. Mesmo que exista problema financeiro, se o ex-casal mantiver um mínimo de cumplicidade em relação à convivência com os filhos, esse relacionamento em prol dos filhos será benéfico, pois os filhos são prioridade; e dentro desta prioridade é que os filhos têm a possibilidade de se tornarem pessoas bem preparadas para a vida, o que por certo será gratificante para os pais.

Por último, deixa uma mensagem muito válida para os pais: “Não basta os pais serem presentes, se os exemplos são ruins”.³⁶

³⁶ GORIN, Ilan. **A guarda compartilhada e a paternidade**. 2.ed. produção independente, 2010.

5 ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS

5.1 Aspectos jurídicos e Sociais à Luz dos Princípios Norteadores da Família

5.1.1 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

Conforme Mariana Sobral, está previsto no art. 227, caput da Constituição Federal de 1988, assim como no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, que este princípio assevera entre outras coisas, a condição peculiar da Criança e do adolescente, como pessoa vulnerável, isto é, um ser em formação, dando ao mesmo prioridade absoluta. Devido a esta particularidade, este princípio fez surgir uma vasta gama de meios de proteção a tal garantia constitucional.³⁷

“Art. 227, caput, CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

“Art. 3º, ECA (Lei 8.069/90). A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se a eles, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Deste modo os pais, pessoas adultas e maduras têm o dever absoluto ao atendimento às necessidades desses seres, enquanto pessoa em desenvolvimento. Não se pode olvidar que sendo as crianças e adolescentes o futuro da humanidade, são os mesmos merecedores desta proteção integral por parte dos pais, da família,

³⁷ SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>, acesso em 04 maio, 2014.

da sociedade e do Estado; o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa desses direitos, através políticas públicas e eficazes, capaz de propiciar o pleno desenvolvimento dessa parcela vulnerável da população; e isso se completa com o apoio e incentivo permanente dos pais.

Por esses motivos é que se rompendo o vínculo de união entre os genitores, o vínculo afetivo entre as crianças e os pais jamais poderá deixar de existir, e o instituto da guarda compartilhada é o que melhor assegura esta permanência.

5.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Nas palavras de Mariana Sobral, este princípio previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 227, caput, assim como no Estatuto da Criança e do adolescente no seu art. 4º, caput, e 5º, possui status de direito fundamental, e assim sendo, a sua observância deve ser cumprida por todos, pais, família, sociedade e Estado; representado principalmente pelo judiciário, fazendo com que a lei seja cumprida.³⁸

“Art.4º. Caput, ECA (Lei 8.069/90). É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Sendo o melhor interesse da Criança e do Adolescente um interesse básico, isto é, essencial para que este possa viver com saúde, física emocional e intelectual, cabe aos pais inicialmente assegurá-los e se negligenciados, o Estado deve intervir energicamente para concretizá-los efetivamente.

Segundo FONSECA, todos os atos relacionados à Criança e ao Adolescente, deverão considerar os seus melhores interesses. Logo o Estado deverá prover proteção e cuidados quando os pais ou responsáveis não o fizerem.³⁹

5.1.3 Princípio da Dignidade Humana

³⁸ Op. Cit. [n. p.]

³⁹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 1ª ed. Atlas, 2011. São Paulo, p. 52.

Ainda conforme a posição de SOBRAL, o princípio da Dignidade Humana é o fundamento maior de nossa Constituição Federal de 1988, sendo introduzida por nossa Carta Magna como cláusula pétrea, no inciso III artigo 1º, e o mesmo devem ser obrigatoriamente observados em todas as relações, seja ela pública ou privada, incluindo-se, portanto, as relações familiares. Assim, as relações jurídicas privadas familiares devem sempre estar orientadas pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família e em especial às Crianças e Adolescente, para assegurar os direitos à personalidade, que nada mais é do que o respeito à dignidade da pessoa humana, através da não utilização de preconceitos, valorizando-se apenas o juízo de existência desse ser vulnerável.⁴⁰

“Art. 1º, III, CF/88. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. Inciso III, a dignidade da pessoa humana”.

Desse mesmo modo VENOSA assevera que essa cláusula deve, rigorosamente, estar presente em todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, principalmente do Direito de Família, já que este é um ramo do direito civil com características única e orientado por elevados interesses moral e bem-estar social, principalmente quando há menores envolvidos.⁴¹

5.2 Aspectos Jurídicos e Sociais à Luz da Jurisprudência

O judiciário brasileiro tem como fundamento principal em suas decisões, acerca do instituto da guarda, levar em consideração os aspetos jurídicos e primordialmente os aspectos sociais para preservar sempre o melhor interesse do menor, um ser em formação, não olvidando, contudo os deveres inerentes à paternidade.

⁴⁰ Op. cit., [n. p.]

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo. In. Mariana Andrade Sobral. Op.cit. [n. p.]

Segundo Ronner Botelho,⁴² assim como a Associação dos Magistrados do Estado de Goiás,⁴³ com o divórcio dos pais, a guarda de uma criança era disputada, junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais por ambos os pais.

Em primeira instância o juiz havia decidido pela guarda compartilhada, o pai recorreu, mas o TJMG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) manteve o julgado anterior por considerar que não havia motivos para que se alterasse a modalidade da guarda, pois os interesses do menor eram melhores atendidos dessa maneira.

No recurso ao STJ (Superior Tribunal de Justiça), o pai alegou que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas teria contrariado os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Porém, a relatora do processo ministra Nancy Andrighi, lembrou que a guarda compartilhada era um instituto novo, e que os direitos dos pais em relação aos filhos são, na verdade, outorgas legais que têm por objetivo a proteção à criança e ao adolescente, acrescentando que exigir consenso para a guarda compartilhada, não se pode ignorar a busca do melhor interesse do menor.

Logo, neste caso, mesmo não havendo consenso dos pais, a guarda compartilhada era a que melhor se adequava, para se atingir o melhor interesse da criança.

A decisão deixa bem claro, que: “a guarda compartilhada é o ideal que se procura atingir no exercício do poder familiar, mesmo entre pais separados, embora sejam necessários por parte deles, reestruturações, concessões e outras adequações, como orientações de uma equipe interdisciplinar, para que seus filhos possam usufruir de um ideal psicológico de duplo referencial, pai e mãe, a fim de terem uma formação sadia e um futuro sem traumas”. E complementa “apesar da separação, geralmente, coincidir com o ponto de maior distanciamento entre os casais, o melhor interesse dos filhos requer que se aplique a guarda compartilhada como regra, mesmo não havendo consenso entre os casais”.

Botelho ainda complementa que mesmo com a alegação de um dos pais que o outro genitor estava indo morar em outra cidade e que ele tinha melhores condições financeiras para criar a criança, a Ministra manteve o seu voto e

⁴² BOTELHO, Ronner. **Mesmo sem consenso dos pais, criança pode ter guarda compartilhada.** IBDFAM, 2010. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2822486/mesmo-sem-o-consenso-dos-pais-crianca-pode-ter-guarda-compartilhada>>, acesso em 20 jan.2014.

⁴³ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em. <<http://asmego.jusbrasil.com.br/noticias/2824230/stj-guarda-compartilhada-pode-ser-decretada-mesmo-sem-consenso-entre-pais>>, acesso em 20 jan. 2014.

fundamentou pela guarda compartilhada, a fim de assegurar uma convivência saudável à criança com seus dois pais.⁴⁴

Como já dito, é realmente para assegurar e proteger o melhor interesse da criança, que foi criada a guarda compartilhada em nosso ordenamento, e não para atender aos interesses dos pais, os quais têm o dever de assegurar esse melhor interesse da prole.

Destaca-se ainda um agravo de instrumento de ação de modificação de guarda, ao qual o relator Des. Joel Dias assim se posiciona: [...] pais que apresentam iguais condições para deter a guarda das filhas adolescentes. Guarda unilateral desaconselhada. Efeito translativo do recurso. Implementação de ofício da guarda compartilhada. Princípio do melhor interesse das gêmeas [...]. Continua ainda, [...] para definição da guarda, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades das adolescentes, de ordem afetiva, social, cultural e econômica.

Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda das filhas gêmeas, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada [...].

A mesma ação de modificação de guarda determina ainda que:

[...] Assim, diante do conjunto de evidências, considerando-se o efeito translativo que se agrega ao presente recurso, ao devolver o conhecimento de toda a matéria objeto de controvérsia para este tribunal, de ofício, deve ser estabelecida a guarda compartilhada das gêmeas em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos tem interesse e condições de bem desempenhar esse elevado é mister intrínseco ao poder familiar.⁴⁵

Ainda sobre o instituto da guarda compartilhada tem-se o seguinte julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

“FAMÍLIA – APELAÇÃO – AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA – GUARDA COMPARTILHADA DO MENOR COM SEUS GENITORES – COMPARTILHAMENTO DA GUARDA FÍSICA – INVIABILIDADE – VÍNCULO AFETIVO INTENSO COM O PAI – PROVIMENTO DO RECURSO”

A alternância da posse física do menor entre os genitores, sendo aquele submetido ora aos cuidados do pai, ora da mãe, configura guarda alternada, repudiada pela doutrina e pela jurisprudência, e

⁴⁴ BOTELHO, Ronner. Op., cit. p 72

⁴⁵ BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Vara da Família. Órfãos. Infância e Juventude. Comarca de Tubarão SC. Agravo de Instrumento nº 2013.044708-8 Modificação de Guarda. Agravante F.de S.C (genitora), Agravado E.P. de O. (genitor) Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior. Tubarão 2013. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/jfgontijo/posts/610166695698989?stream_ref>. Acesso em 03 jan. 2014.

não guarda compartilhada, na qual os pais regem, em conjunto, a vida da prole, tomando as decisões necessárias à sua educação e criação. - Apurando-se através dos estudos sociais realizados nos autos que a criança tem maior vínculo afetivo com seu pai, deve ser fixada sua residência naquela do genitor. (Número do processo: 1.0324.07.057434-2/001 / Relator: Dídimo Inocêncio de Paula / Data do Julgamento: 16/04/2009 / Data da Publicação: 26/06/2009).⁴⁶

Como já visto, a guarda alternada além de não ter previsão em nosso ordenamento jurídico, não é bem aceita pelos nossos tribunais e nem pela nossa doutrina, pois no entendimento deles, este tipo de guarda não atende aos interesses do menor, e sim satisfaz apenas aos pais.

No mesmo sentido, verifica-se decisão tomada junto à comarca de Guararapes, onde a magistrada leva em consideração laudos de uma equipe interdisciplinar, sobre as condições emocionais da genitora, para estabelecer o julgado, para tutelar o princípio do melhor interesse do menor.

Ementa: Apelação Cível. Ação de regulamentação de guarda de menor, Laudos social e psicológico que demonstram evolução emocional da genitora, que está reorganizando sua vida para assumir a guarda de sua filha Evolução favorável à fixação de guarda compartilhada entre a genitora e avós paternos, que permanecerão com a criança nos dias da semana Necessidade do fortalecimento dos laços afetivos entre a menor e sua genitora, que se mostra necessário para o desenvolvimento da criança.⁴⁷

Outra decisão, onde o magistrado procurando tutelar o maior interesse do menor, assim como procurando sempre manter o convívio do filho com ambos os pais, para preservar o seu estado psicológico, dessa maneira se posiciona.

Ementa: [...] Guarda provisória do menor deferida ao pai, após oitiva de testemunhas em audiência de justificação prévia - Imputações de alcoolismo e uso de drogas feitas à mãe. [...] Manutenção, por ora, da guarda com o genitor, visando o interesse maior da criança. Ampliação, no entanto, para os sábados e domingos, alternadamente, durante todo o dia - Ausência de perigo de dano ao menor e necessidade de restabelecimento de maior convívio materno.⁴⁸

⁴⁶ BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Vara de Família, Processo nº 1.0324.07.057434.-2/001. Guarda Compartilhada. Agravante (genitora). Agravado (genitor). Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula. Minas Gerais 2009. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16573263/agravo-1-art-557-do-cpc-em-agravo-de-instrumento-ai-299893-sc-2009029989-3/inteiro-teor-18862500>>. Acesso em 03 jan.2014.

⁴⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 5ª Comarca de Direito Privado de Guararapes. Apelação Cível nº 0000367-74.2008.8.26.0218. Regulamentação de Guarda. Relator: Christine Santini. Guararapes, 2011. Disponível em< <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20245017/apelacao-apl-3677420088260218-sp-0000367-7420088260218>>. Acesso em: 14 jan. 2014>.

⁴⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 10ª Câmara de Direito Privado de São José dos Campos. Agravo de Instrumento nº 0030280-08.2010.8.26.0000./Guarda Provisória. Relator: João

Agora atendendo ao anseio de ambos os pais e em prol do melhor interesse do menor, o magistrado homologa o acordo para a guarda compartilhada.

Ementa: MODIFICAÇÃO DE GUARDA - [...] Manifestação superveniente de ambos os pais a favor do exercício conjunto da guarda - Homologa-se acordo de guarda compartilhada e julga-se extinto o processo.⁴⁹

0002988-94.2008.8.26.0363 Apelação / Guarda

Relator(a): Natan Zelinschi de Arruda

Comarca: Mogi-Mirim

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/03/2010

Data de registro: 12/04/2010

Outros números: 0692980.4/9-00, 994.09.282531-9

Ementa: Regulamentação de guarda. Estudos social e psicológico indicam que a criança necessita mais dos cuidados maternos. Interesse predominante do menor é reconhecido. Regime de visitas deve levar em consideração a situação fática. Devido processo legal observado. Prova técnica suficiente para a entrega da prestação jurisdicional no mérito. Apelo provido em parte.

Embora a guarda compartilhada seja o ideal buscado pela maioria dos doutrinadores e dos magistrados, não pode ser aplicada como regra geral, pois há casos em que o melhor interesse do menor é estar sob a guarda do genitor ou mesmo da genitora. Observam-se os exemplos a seguir:

Ementa: Modificação de guarda. Genitora apresenta melhores condições de exercer a guarda dos filhos. Interesse maior dos infantes deve sobressair. Ausência de comprovação de conduta irregular da apelada. Estudo social destacou a existência de vínculo afetivo entre a ré e a prole, ligação esta que deve ser fortalecida. Beligerância entre os pais não pode prejudicar os menores. Devido processo legal observado. Apelo desprovido.⁵⁰

Ementa: Guarda. Modificação em favor do genitor. Preservação do interesse dos menores, em face do abandono materno. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido.⁵¹

Carlos Saletti. São José dos Campos, 2010. Disponível em: < tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17889748/302800820108260000-sp >. Acesso em: 14 jan. 2014.

⁴⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0285600-93.2009.8.26.0000. Modificação de Guarda. Relator: Piva Rodrigues. Tupã, 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/ipiranga/noticias/guarda-compartilhada>. Acesso em 16 jan. 2014.

⁵⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº. 0326971-37.2009.8.26.0000 / Modificação de Guarda. Relator: Natan Zelinschi de Arruda. Marília, 2009. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2967592/apelacao-com-revisao-cr-5744184400-sp> >. Acesso em: 14 jan. 2014

⁵¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0324321-17.2009.8.26.0000/ Modificação de Guarda. Relator: Caetano Lagrasta. Araraquara 2009. Disponível em: <http://www.ambito-p://www.legale.com.br/SISTjuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12248&revista_caderno=14httEMA/Curso/MaterialDidatico/ARQUIVOSVIS/9875704/-

Considerando o quanto foi analisado, sobre o ponto de vista das doutrinas, jurisprudências, e dos anseios da sociedade contemporânea, positivados através os seus representantes no parlamento, faz-se notório que a guarda compartilhada é o instituto que melhor tutela os direitos do menor, principalmente, sob os aspectos do princípio do melhor interesse dessa classe em formação, física e psíquica, assim, uma vez que há uma corresponsabilidade dos pais na guarda daquele ser, que só eles, devido os seus relacionamentos, são os reais responsáveis pela existência.

Assim, nada mais racional, que os pais reflitam sobre o princípio do melhor interesse das crianças, deixando o egoísmo de lado e adotem o instituto da guarda compartilhada, para que os filhos gozem de uma infância saudável na convivência de ambos os genitores.

6 CONCLUSÃO

Com base no estudo realizado, procurou-se entender as razões que levaram os magistrados de diversos Estados brasileiros a aplicarem o instituto da guarda compartilhada, mesmo antes do referido instituto estar positivado no ordenamento jurídico pátrio, com a introdução da Lei 11.698/08, baseando-se tão somente nas vantagens advindas do compartilhamento e como solução dos problemas sociais que a separação e a falta de convivência dos filhos, com os seus dois pais, ocasionavam aos filhos dos separados, quando se era adotado outro tipo de guarda, que não a compartilhada.

Como é do conhecimento de todos, os problemas que a separação dos pais ocasiona aos filhos são grandes e de diversas formas e naturezas, com reflexos físicos e principalmente psicológicos, podendo, inclusive levar a uma perda total de identidade e referencial de pai e mãe, considerando-se que menores são seres em formação necessitando, pois de uma base sólida para o seu pleno desenvolvimento.

No Brasil, até pouco tempo, a modalidade de guarda adotada era a “única”, ou seja, a que assegurava a apenas a um dos genitores, a guarda do filho menor, cabendo ao outro, tão somente o direito de visitas e o dever da pensão alimentícia. Esse entendimento vem mudando, desde o advento do Novo Código Civil de 2002, assim como em razão de diversos entendimentos de inúmeros juízes e tribunais brasileiros, os quais já vinham aplicando o instituto da guarda compartilhada, antes mesmo da positivação deste instituto com a edição da Lei 11.698/2008.

Cabe ressaltar que embora o Código Civil de 2002, trouxesse uma nova redação pautada na Carta Magna de 1988, ainda assim se mostrava omissa quanto ao instituto da guarda compartilhada cabendo, desta forma, aos juízes e tribunais assegurarem este direito/dever aos pais, sempre em prol do princípio do melhor interesse do menor, pautados nas jurisprudências que versam sobre o tema.

Com a positivação desse instituto os cuidados com os menores e maiores incapazes, a sua criação, educação, companhia e guarda, são realizadas com a intenção de diminuir os efeitos patológicos negativos causados pela ruptura da sociedade familiar.

Embora ainda sejam adotadas pelo Brasil, diferentes modalidades de guarda, a compartilhada é a que apresenta melhor prevalência tem sobre de

interesses. dos menores, haja vista ser a intenção fundamental desse instituto atender também aos interesses dos pais em ver os filhos felizes

Do mesmo modo, faz com que haja uma corresponsabilidade dos pais na guarda daqueles que são seus dependentes.

A convivência familiar plena e sadia somente é possível dentro de um núcleo familiar, com atenção, carinho, amor, afeto e demonstração de interesse, por ambos os pais, que por certo são as maiores referências para sua prole.

A sua aplicação é marcada pela conservação do vínculo entre pais e filhos, divisão de poderes e deveres, isto é, divisão de responsabilidades, visando ao melhor desenvolvimento do vínculo afetivo, também entre os pais e no melhor desenvolvimento do vínculo afetivo.

Sendo conferida aos pais a oportunidade de continuarem continuem exercendo, conjuntamente, a autoridade parental como ocorria na constância da sociedade conjugal, união estável ou qualquer outro tipo de relacionamento.

Cabe resaltar que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes legais no Congresso Nacional, tem procurado cada vez mais dar maior clareza sobre a real intenção de tutelar esse melhor interesse do menor e do maior incapaz, aprimorando e esclarecendo a utilização da guarda compartilhada, como é o caso da aprovação em caráter conclusivo, em 16/10/2013, do projeto de Lei 1009/2011, o qual altera o artigo 1584, no seu parágrafo 2º e o artigo 1585, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002.

No primeiro caso o texto determina que quando não houver acordo entre pai e mãe, quanto à guarda do filho, será aplicada sempre que possível, a guarda compartilhada. Se aprovado em definitivo, passa a determinar que quando não houver acordo entre pai e mãe, quanto à guarda do filho, estando ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores declare ao magistrado não desejar a guarda do menor, caso em que será aplicada a guarda exclusiva ao outro.

Penso que nesse caso o legislador deveria ir mais além, aplicando ao genitor que declarasse não desejar a guarda do filho, as sanções previstas, sujeitando-se ainda aos danos morais que atualmente vem a jurisprudência e a doutrina majoritária entendendo o cabimento.

No segundo caso o texto atual assim determina: havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular maneira diferente da

estabelecida nos artigos antecedentes, a situação com os pais, se o melhor interesse do menor não for observado.

Se aprovado, nesse caso passará a determinar que em sede de medida cautelar de separação de corpos não se decidirá guarda, mesmo que provisória de filhos, devendo esta, somente após ouvir-se o contraditório, a ser decidida aplicando-se as disposições antecedentes.

É totalmente inaceitável que tenha de exigir, lutar, penalizar, para que direitos tão fundamentais, tais como direito à vida, a ser feliz e o direito ao amor, sejam respeitados e aplicados pelos próprios pais e pelos órgãos competentes para essa proteção.

Não se pode olvidar que a família é a célula *mater* da sociedade, e os filhos fazem parte deste contexto, pois, necessário se faz que estes cresçam felizes e sem traumas de maneira saudável, porque se tivermos nossas crianças e adolescentes crescendo com traumas psicológicos, é como termos células doente e, por conseguinte, a família também se torna doente e toda a sociedade se contamina. Desse modo, dificilmente teremos um mundo em paz, pois estaremos sempre em conflito permanente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <<http://asmego.jusbrasil.com.br/noticias/2824230/stj-guarda-compartilhada-pode-ser-decretada-mesmo-sem-consenso-entre-pais>>, acesso em 20 jan. 2014.

APARECIDO, Valdir. **Palestra sobre guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.defensoria.rr.gov.br/ndex.php?Option=com_content&view=article&id=583&catid=37>. Acesso em 15 jan. 2014.

Art. 2º Declaração Universal dos Direitos da Criança. BRASIL. **Lei nº 8.069 de 1990** - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2.ed.São Paulo:Atlas,2010. p. 76.

BELLO, Roberta Alves. **Guarda alternada versus compartilhada**: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares Disponível em: Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387&revista_caderno=14>. Acesso em 15 jan. 2014.

BOTELHO, Ronner. **Mesmo sem consenso dos pais, criança pode ter guarda compartilhada**. IBDFAM,2010. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2822486/mesmo-sem-o-consenso-dos-pais-crianca-pode-ter-guarda-compartilhada>>, acesso em 20 jan. 2014.

BRASIL. Código civil brasileiro de 2002. **Vade Mecum**, 7 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p.255/256.

_____. Constituição Federal 1988. **Vade Mecum**, 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.p.72.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** 5ª câmara civil. **Apelação Civil nº 1.0056.09.208739-6/002** – COMARCA DE BARBACENA – Relator Apelante: L.F.F Apelado: E.C.S.S. Relator: Fernando Caldeira Brant. Minas 2014. Disponível em: <[HTTPS://www.facebook.com/jj/post/604068659642126](https://www.facebook.com/jj/post/604068659642126)>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Vara da Família. Órfãos. Infância e Juventude. Comarca de Tubarão SC. Agravo de Instrumento nº 2013.044708-8 Modificação de Guarda. Agravante F.de S.C (genitora), Agravado E.P. de O.(genitor) Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior. Tubarão 2013. Disponível em: < https://pt-br.facebook.com/jfgontijo/posts/610166695698989?stream_ref >. Acesso em 03 jan. 2014.

_____. **Tribunal de justiça de São Paulo.** 5ª Comarca de Direito Privado de Guararapes. Apelação Cível nº 0000367-74.2008.8.26.0218. Regulamentação de Guarda. Relator: Christine Santini. Gaurarapes, 2011. Disponível em < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20245017/apelacao-apl-3677420088260218-sp-0000367-7420088260218>>. Acesso em: 14 jan. 2014>.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo,** 10ª Câmara de Direito Privado de São José dos Campos. Agravo de Instrumento nº 0030280-08.2010.8.26.0000./Guarda Provisória. Relator: João Carlos Saletti. São José dos Campos, 2010. Disponível em: < tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17889748/302800820108260000-sp>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0285600-93.2009.8.26.0000. Modificação de Guarda. Relator: Piva Rodrigues. Tupã, 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/iperanga/noticias/guarda-compartilhada>. Acesso em 16 jan. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº. 0326971-37.2009.8.26.0000 / Modificação de Guarda. Relator: Natan Zelinschi de Arruda. Marília, 2009. Disponível em: < <http://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2967592/apelacao-com-revisao-cr-5744184400-sp
>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0324321-17.2009.8.26.0000/ Modificação de Guarda. Relator: Caetano Lagrasta. Araraquara 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12248&revista_caderno=14http://www.legale.com.br/SISTEMA/Curso/MaterialDidatico/ARQUIVO_SVIS/9875704/-%20FAMILIA%20e%20SUCESSOES%2002%20e%2003%20-%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20-%20PROF.%20KATIA%20-%2029.10.11.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 8ª Câmara de Direito Privado. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0324321-17.2009.8.26.0000/ Modificação de Guarda. Relator: Caetano Lagrasta. Araraquara 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12248&revista_caderno=14http://www.legale.com.br/SISTEMA/Curso/MaterialDidatico/ARQUIVO_SVIS/9875704/-%20FAMILIA%20e%20SUCESSOES%2002%20e%2003%20-%20GUARDA%20COMPARTILHADA%20-%20PROF.%20KATIA%20-%2029.10.11.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2014.

Fato Notório. **Guarda compartilhada de filho será obrigatória quando não há acordo entre pais**. Disponível em:<<http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/14420/guarda-compartilhada-de-filho-sera-obrigatoria-quando-nao-ha-acordo-entre-pais>>. Acesso em 15 jan. 2014.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 1ª ed. Atlas, 2011. São Paulo, p. 52.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. Guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008, p. 198.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**, Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. São Paulo: Atlas, 2008.p.210.

GORIN, Ilan. **A guarda compartilhada e a paternidade**. 2.ed. produção independente, 2010.

GRISAR FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed.rev.atual e ampl. São Paulo.RT,2013.p.143.

GRISARD FILHO, waldir. Op. Cit.,p. 133. Disponível em: <http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/14420/guarda-compartilhada-de-filho-sera-obrigatoria-quando-nao-ha-acordo-entre-pais>. Acesso em 17 jan. 2014.

IBDFAM. Assessoria de comunicação. **Guarda alternada ou compartilhada?** Disponível em:< www.ibdfam.org.br/.../Guarda+alternada+ou+guarda+compartilhada%3F> Acesso em 17 jan. 2014.

MATINS, Ronaldo. **Parecer sobre guarda de filhos de pais separados**. Rio de Janeiro: Apase, 2010. Disponível em:< www.apasepr.com.br/parecer.asp>. Acesso em: 15 ago. 2013.

NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda Compartilhada e Mediação familiar. **A importância da convivência**. In Rodrigo da Cunha Pereira. Ob.cit.p.105/106.

NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental. In: PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Equilíbrio, 2011. p. 31.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dois lares melhor que um**. Op.cit., p 13-14.

SILVA, Evandro Luiz. In. Rodrigo da Cunha Pereira. Op.cit., p. 15-22.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Dois lares é melhor que um.** Equilíbrio, 2011.p.119.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **A moderna visão da autoridade parental.** In Rodrigo da Cunha Pereira. Ob.cit.p.108.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. O abuso de direito no exercício do poder familiar. In Rodrigo da Cunha Pereira. **Guarda compartilhada.** Op. cit.,p.71.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem consenso dos pais.** Disponível em: <WWW.direitodasfamilias.com.br.Ano 2 (2013), nº 14, 17637-17663 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567>. Acesso em 22 fev. 2014.

