



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

WANDERLÉA FÁTIMA DE SOUZA

GUARDA COMPARTILHADA: o combate ao dano afetivo

BARBACENA

2016

WANDERLÉA FÁTIMA DE SOUZA

GUARDA COMPARTILHADA: o combate ao dano afetivo

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Especialista Geisa Rosignoli Neiva

BARBACENA

2016

WANDERLÉA FÁTIMA DE SOUZA

GUARDA COMPARTILHADA: o combate ao dano afetivo

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ____/ ____/ ____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Geisa Rosignoli Neiva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^ª. Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^ª. Esp. Maria da Conceição Fajardo Monteiro
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho ao meu amado pai, que mesmo não estando presente nesses últimos dois anos, fez toda a diferença na minha formação e a ele sou grata pelo companheirismo, força, presença, participação, cuidado e dedicação, tornando-se um exemplo de pai, sendo minha fonte de inspiração para continuar acreditando que com amor tudo é possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, fonte inesgotável de superação.

A minha mãe, pelo carinho e amor.

Aos meus irmãos por todo cuidado de sempre.

A minha amiga Carol por todo carinho e dedicação neste momento tão decisivo na minha formação.

Aos mestres que me transmitiram seus ensinamentos e acrescentaram muito na minha bagagem de conhecimentos, em especial a professora Josilene à quem pude contar nos momentos bons e também nos mais difíceis da caminhada acadêmica e, não menos importante a professora Cristina Prezoti por todo ensinamento em sala de aula e no NPJ.

Com muito carinho agradeço a minha orientadora Geisa Rosignoli Neiva, a qual me apoiou e incentivou meu trabalho com toda dedicação.

O conhecimento nunca está terminado. É uma teia que vamos tecendo a partir da superação dos limites: eu respeito o limite do outro e estabeleço com ele o pacto do cuidado, ao mesmo tempo em que ambos avançamos. Não posso negar o que o outro é e nem encarar o não saber como limite. Toda estranheza cai por terra se dividimos nossas necessidades.

Padre Fábio de Melo

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo desenvolver um estudo sobre o Instituto da guarda compartilhada, aprofundando-se no que essa nova modalidade de guarda pode contribuir para coibir o dano afetivo causado no menor após a ruptura no relacionamento dos pais. Percorrer sobre esse universo de dúvidas na aplicação desse novo modelo, analisando os benefícios dessa nova maneira de guardar, manter e proteger os laços existentes entre pais e filhos, trazendo como principal objetivo resguardar os interesses do menor, visando a coparticipação dos pais na formação daquele indivíduo. Ainda, uma demonstração psicológica do quanto a ausência de afeto pode prejudicar a saúde mental dos filhos. Pretende-se ainda demonstrar os efeitos positivos que tem surgido na vida daquela criança que vive a guarda compartilhada e por outro lado os efeitos negativos na vida daquela que não vive nessa modalidade de guarda. Tendo-se por fim, uma análise de como tem sido a aplicabilidade deste instituto, buscando-se compreender o que a guarda/cuidado compartilhado tem feito ou poderia fazer na vida e crescimento saudável daquela criança.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Dano afetivo. Coparticipação. Corresponsabilidade.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to develop a study on the Shared Guard Institute, deepening in what this new modality of guard can contribute to restrain the affective damage caused in the minor after the rupture in the relationship of the parents. To explore this universe of doubts in the application of this new model, analyzing the benefits of this new way of guarding, maintaining and protecting the existing bonds between parents and children, having as main objective to safeguard the interests of the minor, aiming at the parental participation in the formation of that one individual. Yet, a psychological demonstration of how much lack of affection can harm the mental health of children. It is also intended to demonstrate the positive effects that have arisen in the life of the child who lives the shared custody and on the other hand the negative effects on the life of the one who does not live in this mode of custody. Finally, an analysis of the applicability of this institute, seeking to understand what the custody / shared care has done or could do in the life and healthy growth of that child

Keywords: SharedGuard. Affectiveharm. Coparticipation. Co-responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PODER FAMILIAR	12
2.1 Aspectos históricos	12
2.2 Conceito de poder familiar	14
2.3 Irrenunciabilidade do poder familiar	15
2.4 Suspensão, perda e extinção do poder familiar	15
2.5 Poder Familiar com o fim do relacionamento.....	16
3 CONCEITO DE GUARDA DE FILHOS E AS MODALIDADES DE GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	17
3.1 Conceito de guarda de filhos	17
3.2 A legislação sobre a guarda de filhos	18
3.3 A aplicação da guarda na ruptura conjugal.....	19
3.4 Modalidades de guarda	20
3.5 Quanto a prestação de alimentos.....	22
4 GUARDA COMPARTILHADA E O COMBATE AO DANO AFETIVO	25
4.1 Conceito da guarda compartilhada	25
4.2 A evolução dessa nova modalidade de guarda.....	26
4.3 A guarda compartilhada na prática	29
4.4 O dano afetivo	31
5 CONSTATAÇÕES SOBRE A REALIDADE DA GUARDA NO BRASIL.....	36
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

1 INTRODUÇÃO

Estamos diante de uma sociedade que se abriu a um novo contexto, uma evolução em todos os aspectos ligados a vida humana, que clamaram e clamam por mudanças e adequações. Diante dessa nova realidade, a entidade familiar também modificou e a lei também precisou evoluir.

Neste cenário inovador emergiu-se um moderno conceito familiar e com a nova maneira de definir o Poder familiar, a guarda de filhos também precisou se adequar.

Com o passar dos tempos os rompimentos conjugais ficaram cada vez mais constantes, atualmente tem sido muito comum casais se divorciarem ou até mesmo terem filhos sem nem mesmo existir de fato um relacionamento consolidado.

Assim, diante dessa evolução em que vivemos foi necessário que houvesse transformações na maneira de permitir que pais usem seus direitos de convívio e contato mais efetivo com seus filhos e, da mesma maneira os filhos se beneficiem do seu direito de ter uma formação amparada por ambos os pais, estando assim, diante de uma relação mútua e igualitária.

É nesse sentido que o instituto da guarda compartilhada entra com sua importante missão e o papel principal de dar continuidade ao poder familiar, fazendo com que as necessidades da criança e do adolescente sobressaiam aos interesses dos pais. Viabilizando assim, uma maneira de eliminar a possibilidade desse menor crescer e se tornar um indivíduo complexado, emocionalmente frágil, com autoestima baixa, ou principalmente acometido por danos afetivos que na maioria dos casos podem ser irreparáveis.

É inquestionável que crianças e adolescentes em fase de formação, tanto emocional quanto física, sejam incapazes de se estruturarem sozinhos. As crianças são seres dinâmicos que a todo momento interagem com a realidade, essa interação com o ambiente, objetos e pessoas, faz com que elas construam estruturas mentais capazes de auxiliá-las em sua adaptação ao meio em que vivem, por isso, os pais são fundamentais na condução desses menores à sua formação e desenvolvimento no que envolve o crescimento intelectual, moral, social e afetivo.

Sendo assim o instituto da família sofreu mudanças nas quais a sociedade precisou se adequar e se desenvolver, voltando-se ao interesse do menor e, é nesse sentido que o presente tema vem ganhando força. Alguns magistrados já vinham

aplicando esta modalidade de guarda, porém, foi depois de 2008 que se tornou lei, o que vem demonstrar, compreender e clarear o objetivo geral da guarda compartilhada que é o interesse daquele menor em formação.

Mesmo já tendo previsão legal e já sendo aplicada, a guarda compartilhada ainda se trata de um tema novo e que vem sendo muito discutida, afinal, a eficácia na aplicabilidade depende de um fator muito importante que é o equilíbrio emocional de ambos os pais, e o principal que é abdicarem-se de seus interesses próprios e focarem no melhor para seus filhos, cuja responsabilidade de formar fica a cargo de ambos.

É com esse novo olhar de preservação do interesse do menor que surgiu a guarda compartilhada, diferentemente daquela guarda que tem apenas o objetivo de responsabilidade aos fins de semana, a guarda compartilhada busca a corresponsabilidade e a coparticipação diária dos responsáveis legais na vida dos seus filhos, exercendo de maneira conjunta o poder familiar que não pode ser perdido com a ruptura conjugal.

Instituída pela Lei nº11.698/2008, a qual trouxe modificações nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, a guarda compartilhada foi se estruturando no cenário familiar, porém, várias foram as interpretações e as determinações na justiça, necessitando assim de novas alterações no Código Civil, dessa forma com a entrada em vigor da Lei 13.058/2014, novas mudanças surgiram nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, que trouxeram outros parâmetros para a fixação dessa nova modalidade de guarda.

Não podendo ser confundida com a sistemática de divisão de tempos e sim de participação, de maneira conjunta nas decisões em prol do menor, ou seja, ambos sendo responsáveis pelo menor.

O que se busca com o presente tema, é demonstrar por vias de pesquisas e estudos, que a guarda compartilhada é um caminho que consegue levar consigo uma maneira de coibir o dano afetivo que as rupturas conjugais trazem na vida do menor. Tratando de maneira justa o interesse da criança e do adolescente, permitindo que ambos os pais exerçam seu direito de participação na vida de seus filhos de maneira uniforme e, ainda, fazer com que reflitam que o rompimento dos laços conjugais não pode ser visto como um rompimento no poder familiar, deixando de lado a emoção e passando a agir com a razão.

2 PODER FAMILIAR

2.1 Aspectos históricos

O Pátrio Poder ou “*pátria potestas*”, como era conhecido, tem sua origem romana. Tratava-se de um poder liderado pelo pai, ou seja, o patriarca que detinha o poder absoluto, onde não se permitia um convívio de modo mais afetivo.

De acordo com a ilustre doutrinadora Quintas (2010, p.9):

No Direito Romano, o *pátria potestas* era exercido com autoridade exclusiva e absoluta pelo *pater familias*, o chefe da família, ascendente mais antigo do sexo masculino. A família seria o conjunto das pessoas e bens que constituiriam sua propriedade e sobre ela poderia dispor como bem entendesse.

O Chefe da família detinha todo o poder, a ele cabia qualquer decisão, seja ela no sentido de justiça, de religião, nos negócios ou na economia familiar. Tal poder dava ao chefe autonomia para dispor da vida de seus filhos, fazer deles aquilo que melhor lhe fosse conveniente. A figura da mulher era meramente ilustrativa no que se refere aos filhos, a ela não cabia nenhum poder, nem para gerir a própria vida nem a de seus filhos, vista como incapacitada de exercer o pátrio poder.

Esse poder paterno autoritário e absoluto, não permitia seus filhos a possuírem bens próprios, sob a alegação que não eram capazes de possuir direito *alieni iuris*, apenas ao pai *sui iuris* cabia a capacidade de exercê-lo.

Com o passar dos tempos, o Pátrio Poder, foi sofrendo influências e consequentes evoluções, e com a nova ideia de igualdade no âmbito familiar modificou-se, passando a ser chamado de Poder Familiar.

Na legislação Brasileira, a evolução embora ainda entrelaçada no conservadorismo, começou a tomar sentido com o Código Civil de 1916, o qual em seu artigo 380 dispunha:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos genitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único: Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvando a mãe o direito de recorrer ao juiz da divergência.¹

Ficava claro que a vontade do pai prevalecia à da mãe, porém, comparando com o antigo pátrio poder, podemos perceber um sinal de evolução mais próximo ao sentido de igualdade, quando dá à mulher o direito de recorrer em caso de divergência.

O Código Civil passou por diversas influências, ficando cada vez mais evidente a ideia de igualdade, a qual se abrangia ao exercício dos Direitos e Deveres de ambos os pais para com seus filhos.

Com relação às mudanças do poder familiar Quintas (2010, p.11), esclarece que, *“ao longo de sua existência o Código Civil sofreu manifestas e delicadas alterações, impulsionadas pela evolução dos ideais de igualdade entre os filhos e de busca aos direitos da mulher”*.

Dando sequência ao sentido de igualdade entre homens e mulheres, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, veio para assegurar tais direitos e deveres sem nenhuma distinção, conforme artigo 5º, inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...]²

O artigo 226, *caput*, e em seu parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988 traz ainda um amparo que ressalta a igualdade entre homem e mulher em seu papel social e familiar:

Art. 226. 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.
[...]³

¹ BRASIL. **Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em 04/12/2016.

² Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 04/12/2016.

³ Idem.

Finalmente com o advento do Código Civil de 2002, o Poder Familiar teve sua efetiva alteração, equiparando-se a atual realidade vivida, como destaca Quintas (2010, p.13), *“uma inovação foi no tocante à denominação “pátrio poder”, a qual o novo Código chama de poder familiar, pois sendo função de ambos os cônjuges, não fazia sentido mais a utilização da denominação anterior”*.

2.2 Conceito de poder familiar

Embora não se tenha de maneira expressa na legislação brasileira um conceito específico, pode se considerar unânime a conceituação dada pela doutrina, definindo poder familiar como um conjunto de direitos e deveres relativos aos pais com seus filhos. Tratando-se de uma responsabilidade comum de ambos os genitores.

Nos dizeres de Diniz (2009, p.571), *“é o conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”*.

Corroborando com este pensamento, Lôbo (2003 p. 197) nos diz:

O poder familiar, concebido como múnus, é um complexo de direitos e deveres. O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo estado para o exercício de poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai e a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho.

Esse novo conceito inovador de família tira totalmente o pensamento de atribuir o poder apenas ao pai, trazendo assim a ideia de compartilhamento e coparticipação de ambos os pais nos interesses do menor.

Deste modo, fica clara a evolução no que se diz respeito ao interesse, passando este a ser voltado ao dos filhos e não mais a imposição trazida pelo antigo pátrio poder.

Diante desse compartilhamento de obrigações, percebe-se que o poder familiar visa os direitos e deveres em relação a pessoa dos filhos, devendo ambos pais exercitarem o poder familiar.

2.3 Irrenunciabilidade do poder familiar

Não há de se falar em renúncia ao poder familiar, afinal essa é a principal característica deste instituto. Sendo inadmissível que pais desistam de assumir as responsabilidades com sua prole, ou até mesmo transfiram para outrem seu poder familiar.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229 traz consigo as funções do poder familiar:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.⁴

Desde modo, aos pais que possuem o poder familiar, cabe a obrigação de assistir, criar e educar seus filhos menores, dando a eles condições de suprir as necessidades que sozinhos não conseguem, cuidando tanto da parte física quanto emocional de seus filhos.

Com o advento da Lei nº13.058/2014, o artigo 1.634 do Código Civil estabelece ainda que além dos deveres já existentes, foi acrescentada a competência de exercer a guarda unilateral ou compartilhada, ficando cada vez mais evidente a obrigação dos pais, em conjunto, exercerem o poder familiar.

O poder familiar engloba todo o dever no sentido de educar e criar, como também de fiscalizar, vigiar e guardar o filho, com a finalidade de garantir para aquele menor a integridade moral e civil, não podendo haver renúncia desse poder familiar.

2.4 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

Aos pais cabe o cumprimento do exercício do poder familiar, a eles ficam incumbidos deveres instituídos em lei e deste mesmo modo está também a previsão de situações em que os pais podem ser suspensos, perdem ou extinguem o poder familiar.

⁴ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 04/12/2016

Ao Estado cabe a função de fiscalizar e de controlar o poder familiar, havendo, portanto o surgimento de situações que estejam em conflito com o que está estabelecido, aplica-se a suspensão ou perda deste poder. Segundo o Código Civil, a suspensão do poder familiar significa a privação temporária do exercício do poder familiar, podendo ocorrer quando o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes, arruinando os bens do filho ou deixando em risco a sua segurança pessoal.

A perda do poder familiar se dará quando o pai ou a mãe castigar imoderadamente o filho deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e/ou incidir, reiteradamente, nas faltas que causam a suspensão.

A Extinção do poder familiar ocorre com a morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial.

2.5 Poder Familiar com o fim do relacionamento

Não restam dúvidas de que o poder familiar nada mais é que o conjunto de direitos e deveres exercidos por ambos os pais. Tratando-se de um interesse que visa a melhor qualidade na vida dos filhos, cabendo aos pais de maneira conjunta exercerem o poder familiar.

Há de se destacar que somente com as causas de extinção, suspensão ou perda do poder familiar que será afastado dos pais o direito de atuarem conjuntamente das obrigações com seus filhos.

O Código Civil é claro no sentido de que com a desunião do casal ou até mesmo no caso de pais solteiros que contraírem núpcias sem haver um relacionamento estável, estes não perdem o poder familiar, ou seja, independente da forma que os pais se utilizarem para seguirem a vida, não é motivo impeditivo de exercer o poder familiar.

Destaca Quintas (2010, p.17):

Durante o casamento, os pais estão legalmente investidos dos mesmos direitos e deveres em relação aos filhos, a mesma autoridade para tomar decisões e o dever de cooperar no alcance de uma solução. Quando não estiverem mais juntos encerrarão os papéis de marido e mulher ou companheiros em relação um ao outro, porém os papéis de pai e mãe continuam a existir, com todos os seus direitos e responsabilidades sobre os filhos, salvo se alguma razão especial dite o contrário em benefício do interesse da criança.

No entanto, não existe previsão legal, entendimentos ou quaisquer outros meios que afastem o direito ao poder familiar dos pais, seja pelo rompimento conjugal, pelo término da união estável e namoro, ou até mesmo, por nunca ter havido uma união entre eles.

3 CONCEITO DE GUARDA DE FILHOS E AS MODALIDADES DE GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 Conceito de guarda de filhos

A guarda de modo geral diz respeito a custódia e a proteção de um menor, sendo tal dever e poder decorrente do poder familiar, nessa linha esclarece Quintas (2010, p.20), *“guardar nos traz a idéia de proteger, manter seguro, entre seus sinônimos encontra-se vigilância, cuidado, defesa e direção. Portanto, através da guarda, compete aos pais vigiar, defender, cuidar, proteger e dirigir a vida de seus filhos”*.

Diante da fragilidade de uma criança ou até mesmo de um adolescente em desenvolvimento, nos deparamos com uma necessidade maior de cuidados especiais, de atenção e orientação.

Nesse sentido de fragilidade que surge a necessidade de estabelecer os critérios da guarda de filho. E, como o próprio nome já diz, é preciso guardar, ter o filho sob a proteção, cuidado, participação e assistência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 33:

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.⁵

Ao longo dos anos, tem se tornado uma prática cotidiana a discussão no tocante a guarda de menor. Com o fim da união, seja por divórcio, dissolução de união estável, rompimento do namoro ou até mesmo na inexistência de um

⁵ BRASIL. **Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acessado em: 04/12/2016.

relacionamento surge a indagação de quem ou como será a guarda do filho ou filhos menores.

É nesse sentido que a guarda vem com sua importante missão que é resguardar os interesses do menor, procurando atender às suas necessidades, seguindo os critérios de cuidado, proteção, desenvolvimento e orientação.

3.2 A legislação sobre a guarda de filhos

Muitas foram às mudanças ocorridas na legislação para conseguir acompanhar a evolução da sociedade.

Ao que consta, o primeiro regulamento no tocante aos interesses do filho menor se deu com o Decreto nº181, de 24 de janeiro de 1890. Sobre o assunto Filho (2010, p. 58) alude:

Decreto nº181, 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 sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 em seus artigos 325 e 326, §1º, a proteção da pessoa dos filhos ganha mais destaque em detrimento ao comportamento e atitude dos pais.

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.⁶

Nesse sentido, várias foram as alterações sofridas ao longo dos tempos, algumas trouxeram consigo divergências no que diz respeito a responsabilidade da guarda, porém, a Constituição Federal de 1988, “assegurou, à criança, como dever, primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, o direito de convivência

⁶ BRASIL. Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em 04/12/2016.

familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)”, conforme exposto por Filho (2010, p. 62)

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os interesses do menor tiveram sua permanência, atribuindo a ambos os pais o direito na guarda sem que os motivos da separação tornassem empecilho para o exercício da guarda a um deles.

A legislação mencionava então os direitos de ambos os pais em terem a guarda de seus filhos, porém, tal direito era de um ou de outro, ou seja, a guarda unilateral, podendo ter o pensamento de que o poder familiar se rompia, sendo apenas daquele que detinha a guarda.

Ocorre que diante da modernidade e do surgimento de um novo conceito familiar, ambos os pais passaram a sentir interesse na guarda de seus filhos e muitos estudos verificaram que os filhos precisavam da participação de forma mais ativa dos seus pais.

Deste modo, a Lei nº11.698/2008, trouxe a modalidade de guarda compartilhada, que embora já viesse sendo aplicada por alguns magistrados, foi com o advento da citada lei que se tornou expressa no nosso ordenamento jurídico, alterando-se assim os artigos 1.583 e 1.584.

Na entrada em vigor da Lei nº13.058/14, o Código Civil sofreu novamente mudanças em seus artigos 1.583, 1584, 1.585 e 1.634, voltando-se as alterações para a guarda compartilhada nos casos em que houver litígio, objetivando ainda mais o sentido de preservar o melhor para a criança e adolescente, garantindo a ambos os pais o convívio e guarda de seus filhos.

3.3 A aplicação da guarda na ruptura conjugal

Com o fim da união inicia-se o processo de guarda de filhos, alimentos e demais situações que não tem como deixar de existir com a ruptura familiar.

Diante de toda evolução que passamos ao longo dos tempos, percebemos que atualmente a legislação tem buscado que os pais coloquem a situação dos filhos em primeiro lugar independente da maneira que a união se rompeu.

É sabido que com o fim do relacionamento a vida do casal passará por imensas mudanças, mas o bem maior que são os filhos precisa de atenção.

A legislação tem buscado amenizar o sofrimento dos filhos diante dessa ruptura, tendo a finalidade de dar àquele menor as mesmas condições que existiam no período que os pais estiveram juntos.

As famílias modernas têm mudado muito nesse sentido, hoje os pais têm as mesmas condições que as mães de cuidar dos filhos, eliminando totalmente o tabu de que apenas as genitoras têm melhores condições ou maiores obrigações em relação ao cuidado com os filhos.

O objetivo da guarda é saber com quem ou como aquele menor irá ficar podendo ser com um dos pais (guarda unilateral) ou ficando sob a guarda de ambos, podendo a criança ter uma residência fixa e os pais manterem de forma conjunta os cuidados (guarda compartilhada).

Independente dos motivos que levaram a separação do casal e mesmo em caso de litígio sempre será o juiz que irá determinar a guarda, a ele caberá a aplicação da guarda que melhor atender aos interesses do menor, analisando o contexto e equilibrando sua decisão resguardando sempre o bem maior que é a criança e o adolescente, salvo se o casal em audiência já chegarem determinados a compartilhar ou um deles decidido que não tem interesse na guarda.

A decisão do magistrado não dependerá do que melhor atender aos pais ou o que a eles for mais conveniente, durante todo o período de análise do caso concreto, o juiz deverá observar o que for conveniente a criança, colocando ênfase na convivência com ambos os pais, sendo uma forma de coibir o dano emocional e psicológico causado na criança devido a ruptura.

Esclarece Quintas (2010, p.22):

Enquanto conviverem os pais, a guarda dos filhos será compartilhada por ambos, mas a partir do momento em que cessa essa convivência, poderão ser feitos arranjos para determinação da guarda. Desta feita, a guarda se apresentará de formas diferentes, sempre com vistas a atingir o melhor interesse da criança.

O Juiz determinará o que mais for cabível, analisando cada caso com um único objetivo, o interesse do menor.

3.4 Modalidades de guarda

O ordenamento jurídico juntamente com a doutrina existente apresenta uma série de modalidades de guarda, dentre elas se destaca a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral é aquela que confere a apenas um dos genitores a guarda do filho menor, a ele caberá o cuidado, proteção e responsabilidade na maior parte do tempo. Ao outro genitor caberá o direito de visitas e a supervisão do menor.

Nas palavras de Diniz (2015):

A guarda unilateral é conferida a um dos genitores, ou seja, àquele que, objetivamente, apresentar mais aptidão para propiciar aos filhos uma boa educação, para assegurar a eles saúde física ou psicológica. Tal guarda obrigará o genitor-visitante a supervisionar os interesses da prole. E para tornar possível essa supervisão qualquer um dos genitores poderá, legitimamente, solicitar informações ou prestação de contas, de ordem objetiva ou subjetiva, sobre assuntos ou situações relacionadas, direta ou indiretamente, com a saúde física ou psíquica e a educação dos seus filhos. [...]

Essa modalidade não tira do genitor que não detém a guarda o direito ao poder familiar conforme artigo 1.583, §5º, do Código Civil:

Art.1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
[...]

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.⁷

Sendo essa, portanto uma modalidade de guarda que atribui ao genitor que apresentar melhores condições e que atender aos interesses do filho, restando ao outro genitor o direito de visitas conforme ficar estipulado.

Outra modalidade de guarda conhecida é a guarda alternada, que visa alternar aos genitores a guarda do menor, tratando-se de um período em que o pai detenha a guarda e o outro o direito de visitas e no período seguinte a inversão dos papéis, alternando-se assim o tempo de convívio de ambos.

No entendimento de Quintas (2010, p.27), tal modalidade:

⁷ BRASIL. **Lei nº10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 04/12/2016.

[...] é legalmente admitida no direito brasileiro com base no art. 1.586 do Código Civil”, porém, em continuação, de modo geral essa “modalidade de guarda não é bem recebida na doutrina jurídica, uma vez que torna a vida do menor instável, alternando sua rotina e deixando sua vida confusa diante de mudança de maneira constante, sendo assim, foge do objetivo geral que é o melhor interesse da criança.

A guarda alternada embora traga o desconforto de modificar de tempos em tempos a vida do menor é a que mais se aproxima da principal preocupação do legislador que é o interesse do menor, porém na prática traz confusão ao menor em ter sua vida instável a cada período.

Em muitas situações, a guarda alternada vem se confundindo com a guarda compartilhada, porém a diferença está no sentido de coparticipação e corresponsabilidade e não a alternância de lares como sugere a guarda alternada.

A guarda compartilhada por sua vez, vem sendo cada vez mais difundida na sociedade moderna, porém, ainda precisa de ajustes e de expansão do seu significado para que sua aplicabilidade tome a proporção desejada.

Trata-se de uma modalidade de guarda que melhor atende o interesse do menor, afinal atribui a ambos os pais o direito a convivência com os filhos de maneira igualitária, uniforme e equilibrada.

Nessa modalidade de guarda, os filhos permanecem sob a responsabilidade de ambos os genitores, tendo por finalidade darem continuidade de maneira conjunta a criação dos filhos, no tocante as decisões, cuidados, atenção, criação e demais necessidades dos filhos que não devem ser prejudicados com o rompimento conjugal.

Muitos magistrados já vinham se utilizando da guarda compartilhada na decisão de atribuir guarda, porém, apenas com o advento da Lei nº11.698/2008 e posteriormente com a entrada em vigor da Lei nº13.058/2014 que a guarda compartilhada tornou-se efetiva na legislação brasileira.

Tal modalidade tem sido preferencial na aplicação por juízes, porém, serão analisados os requisitos necessários e o interesse dos pais em obter a guarda dos filhos.

3.5 Quanto a prestação de alimentos

Diante das transformações que o instituto da família vem passando, falar em separação tornou-se algo muito comum quando o assunto é manutenção de uma casa, o que difere de tempos atrás que as pessoas mantinham seus casamentos mesmo sem haver harmonia, exclusivamente pelos filhos ou pela falta de condições da mulher em conseguir se manter após o rompimento.

Atualmente, com a evolução da mulher no mercado de trabalho e com o considerável espaço que vem conquistando na sociedade, aquele receio que existia em como sobreviver após o rompimento de um casamento ou de como criar um filho fora dele tornou-se algo infundado.

Nesse sentido, foi necessário que a legislação se adequasse as mudanças ocorridas ao longo dos tempos, sendo necessário demonstrar a maneira de agir diante da obrigação de alimentar.

No que se diz respeito a alimentos, a inovação trazida pela legislação assegura aos pais a proporcionalidade da obrigação de alimentar e assegura aos filhos o direito de serem alimentados.

O Código Civil de 2002 prescreve no artigo 1.566, inciso IV:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
[...]
IV – sustento, guarda e educação dos filhos.
[...]⁸

Ainda nesse sentido de proporcionalidade o Código Civil esclarece em seu artigo 1.694, §2º, e no artigo 1.695:

Art.1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
[...]
§2º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-lo, sem desfalque do necessário ao seu sustento.⁹

⁸ BRASIL. **Lei nº10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 04/12/2016.

⁹ Idem.

O juiz ao estabelecer a guarda fixará os alimentos, partindo-se do binômio da necessidade de quem recebe e da possibilidade de quem paga, priorizando a necessidade da criança.

Isso também se aplica a nova modalidade de guarda que é a compartilhada. Mesmo sendo um assunto novo, ainda em discussão e com poucas respostas na sua real aplicabilidade, a questão alimentar permanece a mesma, afastando-se completamente a ideia de que sendo compartilhada a guarda exclui a necessidade de pagamento de alimentos.

Não se pode permitir que haja interferência material na responsabilidade de compartilhar decisões, na obrigação de educar e formar o menor em questão. Os pais ao compartilharem a guarda estarão ainda mais próximos das necessidades da criança ou do adolescente, não havendo, portanto, motivos para excluir ou diminuir a qualidade de vida do seu filho.

Pensar em não assegurar ao filho o mínimo necessário a sua subsistência quando o mesmo não estiver na sua companhia é o mesmo que atribuir valor material à guarda compartilhada e isso foge claramente do objetivo que é o interesse do menor.

Em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Waldyr Grisard Filho, publicada em 07/08/2013, esclarece pontos importantes que dão sentido a obrigatoriedade na prestação alimentar mesmo havendo a guarda compartilhada, o mesmo afirma que *“a guarda compartilhada não dispensa, não faz desaparecer nem cessar a obrigação alimentar”*¹⁰.

Ficando evidente que o fato de compartilhar as responsabilidades e decisões de maneira conjunta na vida dos filhos não exclui a obrigação em alimentar, afinal, as necessidades do menor se estenderá a todos os momentos de sua vida.

Ainda nas palavras do citado doutrinador em sua entrevista:

É equivocada a idéia de que a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos menores de idade deixa de existir na guarda compartilhada, pois a responsabilidade parental não se esvazia. Por isso não há dispensa ou exoneração da obrigação alimentar.¹¹

¹⁰ Assessoria de Comunicação IBDFAM. **Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5495/Guarda+Compartilhada%3A+diretor+do+IBDFAM+comenta+o+modelo+de+guarda+rec%C3%A9m+aprovado+no+Senado+como+regra+em+casos+de+dissolu%C3%A7%C3%A3o+conjugal>>. Acesso em 10/09/2015.

¹¹ Idem.

Portanto, não há de se falar em meação ou divisão no que diz respeito a alimentação do menor durante a guarda compartilhada, o que existirá é a ponderação sobre as responsabilidades diante das possibilidades e necessidades, podendo o Juiz aplicar a pensão diante do caso concreto, mantendo sempre o principal objetivo que é resguardar o interesse do menor.

4 GUARDA COMPARTILHADA E O COMBATE AO DANO AFETIVO

4.1 Conceito da guarda compartilhada

Segundo Waldyr Grisard Filho em sua entrevista ao *site* IBDFAM (2013):

Entende-se por guarda compartilhada, na dicção legal, a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres, por ambos os pais, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, não se refere apenas à tutela física, mas também aos demais atributos do *múnus* a eles atribuídos, criar, assistir, sustentar os filhos menores de idade¹².

A Guarda Compartilhada tem por finalidade trazer a coparticipação e a coobrigação, fazer com que os pais atuem de maneira conjunta na educação, criação, participação e cuidado na vida de seus filhos, não simplesmente uma forma de divisão e sim de corresponsabilização na formação daquela criança.

Tal modalidade pretende coibir os danos que uma separação traz na vida da criança e do adolescente, fazendo com que a presença materna e paterna continue em efetivo exercício na vida do filho da mesma maneira que existia antes do rompimento.

Nas palavras de Quintas (2010, p.28):

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o

¹² Assessoria de Comunicação IBDFAM. **Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5495/Guarda+Compartilhada%3A+diretor+do+IBDFAM+comenta+o+modelo+de+guarda+rec%C3%A9m+aprovado+no+Senado+como+regra+em+casos+de+dissolu%C3%A7%C3%A3o+conjugal>>. Acesso em 10/09/2015.

controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.

É natural que pais que exerciam uma convivência de maneira diária com os filhos queiram desfrutar dessa mesma convivência após o rompimento da união, sendo assim, se faz necessário viabilizar os meios de atribuir esse direito a ambos os pais, respeitando os acordos instituídos no momento da decisão pela guarda compartilhada.

A modernização atinge a vários fatores da vida humana. A sociedade contemporânea tem revelado cada vez mais homens que enquanto pais, demonstram seriedade e condições de criar seus filhos, equiparando ao que as mães, em predominância, sempre fizeram ao longo dos tempos, desvinculando assim, a preferência materna na criação.

Para Filho (2010, p. 91):

A guarda jurídica 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 igualitariamente. 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 na qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

A principal proteção que a guarda compartilhada visa é o interesse e a necessidade da criança. Dando uma solução ao sofrimento daquele menor que não pode receber uma punição pelas decisões que os pais tomaram. Não permitindo que pais desatem os laços com seus filhos devido a separação e se obriguem ao exercício do poder familiar de forma que conjuntamente cuidem do bem maior, que são os filhos.

4.2 A evolução dessa nova modalidade de guarda

A guarda compartilhada no Direito Brasileiro tendo em vista o desenvolvimento e a modernização que alcançou a estrutura familiar, tornou inevitável que a legislação brasileira viesse a acompanhar tamanha mudança.

Diante dessa evolução e da preocupação do legislador em equiparar os direitos e deveres do homem e mulher e de igualar o exercício do poder familiar é que se viu a necessidade de criação de novas leis com a finalidade de se adequar à nova realidade da estrutura familiar.

No que diz respeito a igualdade no exercício familiar que a própria Constituição Federal Brasileira prevê, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Ficando desde logo evidente que a igualdade no exercício familiar deve prevalecer independente dos rumos que a relação conjugal tomar, não restando dúvidas de que a guarda dos filhos deve obedecer a igualdade que a Constituição Federal assegura.

No tocante a evolução das leis o Código Civil de 2002 trazia em seu artigo 1.583: *“No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar se á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”*.¹³

A leitura do referido artigo trazia a ideia de que os pais ao acordarem sobre a guarda dos filhos tinham em suas mãos a oportunidade de observar o melhor interesse do menor, porém, na prática isso normalmente não acontecia e na grande maioria das vezes o menor ficava sobre a guarda da mãe e ao pai cabia apenas o direito de visitas, o que levava ao distanciamento dos pais com os filhos.

Ocorre que diante do aumento de rompimentos conjugais e da evolução da mulher no mercado de trabalho, o interesse dos filhos vem sendo uma preocupação ainda maior no que diz respeito a esse novo cenário, sendo necessário desvincular-se do costume das mães terem a guarda exclusiva e aos pais caberem apenas o direito de visitas e prestação de alimentos, tornando o compartilhamento o melhor caminho e equilíbrio sem prejuízo aos filhos.

Com o advento da Lei nº11.698, de 13 de junho de 2008, essa realidade mudou e com a chegada da guarda compartilhada ambos os pais passaram a ter o direito de coparticiparem e se coresponsabilizarem de maneira conjunta na vida de seus filhos.

A nova Lei introduziu no sistema jurídico a opção da guarda compartilhada colocando-a como prioridade na aplicação, além de esclarecer de maneira expressa

¹³ BRASIL. **Lei nº10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 04/12/2016.

a definição de cada modalidade de guarda, modificando-se assim, os artigos 1.583 e 1.584.

Com as mudanças nos artigos do Código Civil foi possível um olhar mais original sobre o entendimento da nova Lei, permitindo ao magistrado diante do caso concreto aplicar essa modalidade de guarda e de clarear aos pais o significado da guarda compartilhada e dos benefícios trazidos na vida do filho.

As dúvidas sobre a aplicação dessa modalidade de guarda foram surgindo ao longo do tempo e dificultando sua aplicação, tendo várias críticas como, por exemplo, o termo “sempre que possível”, que deu margem a não aplicação da modalidade em casos em que o litígio prevalecia mais que os interesses do menor, conforme se vê no artigo 1.584, parágrafo 2º, do Código Civil de 1916, *“quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”*.

Mesmo a mudança tendo vindo com o intuito de tornar a guarda compartilhada legal no ordenamento jurídico, as dúvidas e críticas dificultou a aplicação da guarda compartilhada, sendo necessárias algumas mudanças em sua leitura.

Diante disso surgiu a Lei nº13.058 de 2014 que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, dando mais força a aplicação desse instituto, tornando-se a guarda compartilhada como regra nos casos de ruptura conjugal.

As diferenças trazidas com o advento da nova lei logo se apreciam já no primeiro artigo sobre a proteção dos filhos, pois mesmo com a guarda compartilhada já introduzida pela lei anterior, ainda demonstrava uma fraqueza pela guarda unilateral, dizendo no parágrafo 2º do artigo 1.583 que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e que propiciasse aos filhos afeto, saúde, segurança e educação, apontando certa insegurança na aplicação. Deste modo a nova redação ao parágrafo trazida pela nova Lei nº13.058/2014, revela um direcionamento maior ao compartilhamento.

O legislador diante da nova lei que alterou alguns artigos do Código Civil demonstrou a sua preocupação em evidenciar ainda mais o interesse do menor, colocando a guarda compartilhada como uma regra a ser seguida desde que sejam demonstradas as condições para tal modalidade e propiciando a ambos os pais desfrutarem da presença de seus filhos e de estarem cientes do significado dessa nova modalidade.

Toda a evolução da guarda compartilhada tem o intuito de manter e fortalecer os laços entre pais e filhos, fazendo com que ambos compartilhem, desfrutem e alcancem o melhor para os filhos, coibindo os danos que inevitavelmente podem ocorrer com o rompimento, tendo-se a participação de ambos os pais na continuidade do poder familiar.

4.3 A guarda compartilhada na prática

Trazendo consigo a finalidade de manter os laços existentes entre pais e filhos, a guarda compartilhada vem alcançando um cenário cada vez mais efetivo, objetivando progressivamente o interesse do menor.

O Juiz ao analisar o caso concreto irá pontuar primeiramente o interesse do menor, sendo criterioso ao aplicar a guarda e considerando aspectos que não tragam prejuízos a criança ou adolescente. Dessa forma, o magistrado diante de uma situação em que ambos os pais revelem interesse e aptidão ao exercício da guarda aplicará a guarda compartilhada, mesmo que estes não entrem em acordo, tendo em vista que os interesses da criança deverão sobressair aos interesses dos pais.

Importante ressaltar que a guarda compartilhada terá mais eficácia quando não houver conflitos que deixem em dúvida se a sua aplicabilidade trará efeitos positivos, sempre observando o bem estar da criança.

É de tamanha importância a audiência de conciliação, na qual o juiz irá informar aos pais o significado da guarda compartilhada, demonstrando a sua importância, deveres e direitos inerentes aos genitores e tirando a ideia de posse que a guarda unilateral traz sob os filhos e, principalmente demonstrando para aqueles pais que o poder familiar não se rompe com o fim do relacionamento, ou até mesmo sem ter existido relacionamento, ambos são capazes de cuidar e de manter o poder/dever para com os filhos.

A aplicabilidade da guarda compartilhada observará a inteligência emocional dos pais, que deverão deixar de lado todas as questões pessoais para que juntos possam criar mecanismos que facilitem a aplicação da guarda e não somente atenderem a regra diante do juiz, sendo que na prática não darão seguimento ao verdadeiro significado da guarda compartilhada.

A decisão do juiz é uma tarefa um tanto complexa, afinal, lidar com os interesses do menor comporta uma série de fatores importantes que devem ser levado em consideração na hora da aplicação, nesse sentido, o magistrado, *“de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional e da equipe interdisciplinar, como a própria legislação prevê, assim com esse estudo social ajudará a equilibrar a decisão a ser tomada”*.¹⁴

Muitas críticas têm sido feitas sobre a guarda compartilhada ser uma regra na aplicação de guarda, porém, a legislação é clara que tal modalidade será estabelecida quando os pais se revelarem dispostos e aptos ao exercício desse poder familiar.

Se faz necessário deixar evidente que o convívio dividido com os filhos deva ser feito de forma equilibrada com ambos os pais. Não se revela uma alternância de lar e tampouco a confusão da guarda compartilhada com a guarda alternada, ficando claro que o objetivo da guarda compartilhada não é uma alternância de obrigação na vida dos filhos e sim de um compartilhamento nas decisões que se refiram aos filhos, deixando de lado a divisão de tempo e priorizando a coparticipação de forma igualitária nas tarefas e responsabilidades diária sobre os filhos.

Cabe ressaltar, que o convívio com os filhos de maneira igualitária vem demonstrar que é possível continuar com a mesma rotina equilibrada que supõe ter existido antes da separação, como por exemplo, buscar na escola, fazer tarefas de casa, levar ao médico, ficar com o filho mais tempo e não se resumindo apenas em fins de semana como a guarda unilateral propõe.

Essa nova modalidade de guarda, ainda que prematura na sociedade, busca manter na vida dos filhos na presença de ambos os pais, destacando que cada um tem papel relevante na vida dos filhos, a cada um cabe um acréscimo e existindo um convívio mais cotidiano certamente fará a diferença na formação daquele indivíduo.

Torna-se evidente que a vida dos pais tenderá a mudanças, como por exemplo, contraírem novas núpcias, terem novos filhos e demais situações que possam ensejar mudanças em suas vidas, porém, vale ressaltar que o poder familiar não se rompe pelas mudanças, uma vez que, até mesmo estando os pais juntos os filhos estão sujeitos a tais acontecimentos (QUINTAS, 2010, p.75).

¹⁴ BRASIL. **Lei nº10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Art. 1.584, §3º. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 04/12/2016.

A guarda compartilhada tem a intenção de unificar a presença dos pais na vida dos filhos e tornar menos danosa a separação, sendo necessários entendimentos e esclarecimentos para que a sociedade conheça e desfrute de uma modalidade de guarda que vem sendo a mais próxima da atual realidade das famílias.

Um grande marco na evolução da guarda compartilhada é esclarecer que diferentemente de outras modalidades de guarda esta visa uma modernidade e um acompanhamento na evolução tecnológica, afinal, a corresponsabilização e a coparticipação na vida dos filhos podem ser muito mais simplificadas do que parece, como traz Quintas (2010, p.76): *“as decisões em conjunto, mesmo a longa distância, deverão permanecer, pois amenizam o afastamento físico de um dos pais que estará de certa forma presente na vida dos filhos”*.

Não restando dúvidas que esta nova modalidade de guarda traz consigo uma modernidade que acompanha a realidade das famílias e que estando os pais conscientes que o principal interesse é o dos filhos, caberá a ambos ampliarem suas mentalidades e serem mais abertos na busca de melhores respostas para lidarem com a nova realidade.

4.4 O dano afetivo

Afeto nada mais é do que um sentimento de carinho e amor transmitido à alguém, sendo um sentimento essencial ao ser humano, todas as relações que envolvem sentimento precisam de afetividade para que sejam construídas de maneira natural.

No que diz respeito a criança, pesquisas revelam que o afeto tem um importante significado nas relações de família. Uma criança em convivência com a afetividade tende a ser um indivíduo cuja formação demonstrará mais equilíbrio, segurança, harmonia, e demais elementos que asseguram uma formação sadia, cabendo aos pais o dever de prestar esse afeto ao filho.

A relação dos pais com a criança é de extrema importância e com um papel indispensável em sua formação, sendo ambos essenciais no amor e na dedicação desde bebê. Segundo a psicologia, mesmo o primeiro contato sendo com a mãe, o papel do pai não tem menos importância e se esse pai tiver presente nas ações conjuntas com a mãe, o bebê irá aceitá-lo com facilidade.

Helen Bee e Denise Boyd, estudiosas sobre o desenvolvimento humano, revelam no livro *A Criança em Desenvolvimento*, que *“o afeto tem sido difícil de definir e de medir, mas parece intuitivamente óbvio que ele é altamente importante para a criança e pesquisas a cerca desse tema tem apoiado essa intuição”* (BEE e BOYD, 2011, p.366).

Não obstante, as citadas estudiosas (2011, p.366), ressaltam ainda na obra, tendo como referências estudos de outros pesquisadores, *“que pais afetuosos se preocupam mais com os filhos, são mais amorosos e colocam as necessidades dos filhos em primeiro lugar”*. Ainda nesta linha de pensamento, asseguram segundo estudos, *“que crianças em famílias afetuosas e amorosas possuem autoestima mais alta, são mais empáticas, mais altruístas e mais responsivas às dores e aos sofrimentos dos outros e saem melhores na escola”*.

Importante ressaltar que uma formação mental de maneira sadia e uma pessoa com sentimentos da infância bem resolvidos tendem a ser adultos com mais facilidade em lidar com os problemas que forem surgindo em sua vida ao longo do tempo.

Esclarecem as autoras Bee e Boyd, (2011, p.366), que *“estudos psicológicos revelam que as crianças que são criadas com a ausência de afeto, são passíveis de problemas psicológicos sérios e que podem levar a caminhos irreversíveis em sua saúde mental”*.

As mesmas aludem ainda que:

Estudos de neuroimagem comprovam a importância da afetividade e da responsabilidade parental, nessa perspectiva, uma criança cujos pais exibem afetividade desenvolvem um modelo neurológico para afeto parental que pode ser transportado para seus outros relacionamentos sociais e para seu próprio comportamento parental na idade adulta.
(BEE e BOYD, 2011 p.367)

É no sentido de ausência de afeto que entra a preocupação de estudiosos da psique da criança e do adolescente em desenvolvimento no que diz respeito ao dano que pode ser causado em suas vidas, principalmente no que envolve a criação afastada de um dos pais.

A realidade da sociedade brasileira é voltada a uma modernidade no âmbito familiar, novas relações de família surgiram ao longo do tempo modificando a maneira de criação dos filhos.

Estamos diante de uma realidade em que as separações conjugais estão cada dia mais comuns e naturais, porém, no que diz respeito a criação de filhos requer atenção e cuidado para que não haja prejuízo emocional a estes indivíduos em formação.

Analisando por esta ótica de modernidade, muitos são os casos de pais que tiveram seus filhos sem ter existido um relacionamento, o que requer a mesma cautela no sentido de afeto, o fato de não ter havido um laço entre os pais, não exime qualquer uma das partes de sua responsabilidade diante da formação da criança.

No que diz respeito a rompimentos conjugais ou a pais que nunca tiveram um relacionamento, a situação psicológica das crianças tendem a sofrer alterações e é nesse momento que o afeto tem seu principal papel que é manter o carinho e amor com aquela criança, assim o sentimento de perda fica minimizado diante da realidade.

Toda separação é traumática na vida das pessoas envolvidas, principalmente quando se tem filhos envolvidos na relação. Em muitos casos, os pais têm dificuldade de lidar com os próprios sentimentos e acabam de alguma maneira transmitindo isso aos filhos, fazendo com que os filhos virem peça de vingança, de disputa ou de arma para atingir um ao outro.

Nessa fase de separação, diversos são os sentimentos que surgem na cabeça da criança, como por exemplo, a mágoa, a sensação de abandono, instabilidade emocional, regresso, dificuldades de aprendizado e demais efeitos negativos que surgem com a ruptura.

Durante todo esse processo de separação os danos que são causados ao menor precisam ser minimizados de maneira que os prejuízos emocionais sejam reduzidos, principalmente que os pais não se esqueçam da saúde mental de seus filhos e propiciem a eles os mesmos cuidados, acompanhamento e afeto que existia antes da separação.

Estando os pais conscientes de que a separação e os desentendimentos não podem ser estendidos aos filhos, a decisão sobre a guarda poderá ser mais simplificada e atenta ao melhor interesse dos filhos.

Óbvio que se trata de um momento delicado na vida de todos os envolvidos, afinal, diante do traumático momento vivido ainda entra em questão com quem irá ficar ou como irá ficar o filho. Isso afeta tanto uma criança com noção limitada do

que está acontecendo quanto o adolescente que precisa digerir toda situação que se passa a sua volta em meio às transformações hormonais características da sua idade. Sem contar que até mesmo um bebê poderá sentir a mudança em sua rotina.

Tendo em foco a guarda compartilhada como uma maneira de coibir o dano afetivo, entende-se como a modalidade que melhor se equipara com a realidade vivida nos últimos tempos, pois esta traz a consciência de que estando ambos os pais responsabilizados pelo cuidado com a criança, denota uma presença mais ativa na vida desse menor, fazendo com que os laços de afetividade não se rompam de maneira nenhuma pela separação.

Quando a guarda é unilateral, o pai que não detém a guarda fica apenas com o direito de visita e a possibilidade de participação ativa na vida do filho fica mais restrita, sendo assim, a criança pode pensar que o afeto está diminuindo e assim começa o dano afetivo no sentimento da criança.

A ideia de que apenas um detém a guarda, dá ao outro que não a detém a sensação de impotência com o próprio filho, e aquele que possui a guarda a sensação de poder sobre o filho, ou em muitos casos o fato de não deter a guarda permite o pensamento de que não precisa cuidar, nesse sentido o compartilhamento é um importante passo para direcionar o dever com o filho.

Para se chegar a esse entendimento de coibir o dano afetivo através da guarda compartilhada, foi necessário passar por experiências que demonstraram que a guarda unilateral afasta a parte que não a detém, ora porque o detentor da guarda se utiliza dela para afastar ora porque o que não detém a guarda pensa que não tem obrigação de cuidados diários com o filho pelo fato de não possuir a guarda.

Embora alguns pais consigam dar a atenção necessária aos filhos mesmo em caso de guarda unilateral, grande se faz os casos em que ocorre o contrário, pais que acabam se utilizando apenas do direito de visita, não participando de maneira ativa e com tendência ao distanciamento entre pais e filhos, o que acarretará o abandono de afeto na cabeça daquela criança.

Deste modo a guarda compartilhada afasta a possível falta de afeto e conseqüentemente, permite o convívio sem limitação de visitas, resguardando a participação nas decisões a ambos os pais e permite a obrigação de cuidado e interesses do menor de maneira conjunta, o que ao final dará ao filho a sensação de proteção, cuidado, preocupação e afeto de ambos os pais.

Dias (2006, p.107, *apud* Silva, 2012) aponta que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento de elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.

Diante da iminência de danos psicológicos na vida do menor é que a guarda compartilhada busca sua eficácia, visando amenizar a dolorosa separação e assegurando ao filho a presença de ambos em sua criação.

Filho (2010, p.187) anuncia ainda que:

Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procuram amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação.

Quintas (2010, p.70) esclarece o seguinte:

[...] que o processo de separação já é por si só, doloroso e a disputa pela guarda dos filhos o torna mais desgastante emocionalmente para os envolvidos. Essa situação demanda a busca de soluções para amenizarem o processo e a guarda compartilhada vem a ser uma possibilidade de enfrentar a separação familiar de maneira mais tranquila e satisfatória.

A guarda compartilhada se estende além dos direitos e deveres que o ordenamento jurídico e o ECA dispõem, ultrapassa o direito de família e ganha forças na psicologia, buscando um resultado mais satisfatório no cenário emocional e dando bases para uma formação mais sadia e mais estruturada na vida dos filhos.

As vantagens que a guarda compartilhada traz na vida do menor tendem a coibir os dados emocionais causados pela ausência de um dos pais, afinal a presença de ambos genitores garantirá ao menor a sensação de proteção mútua e o verdadeiro sentido de guardar os interesses e decisões de maneira que a criança se sinta parte ativa na vida dos pais.

A guarda compartilhada tem como principal objetivo preservar o interesse do menor, associando a isso uma maneira de reduzir o dano afetivo, afinal, a criança sendo criada por ambos os pais e estes atuando de forma conjunta nas decisões

dos filhos minimizam os reflexos negativos ao psicológico do menor que a dissolução conjugal por si só traz.

5 CONSTATAÇÕES SOBRE A REALIDADE DA GUARDA NO BRASIL

Ao percorrer pelo universo da realidade das famílias, podemos observar o quanto as pessoas possuem dificuldades em lidar com situações que envolvem sentimento humano, seja pela ausência ou pelo excesso de sentimentos, o que acaba por influenciar nas decisões que envolvem filhos. Deste modo, conflitos existentes no relacionamento de um casal tornam mais relevantes que os próprios filhos.

É nesse sentido de conflito que percebemos a importância da mediação e da conciliação no momento da decisão sobre o bem maior que é o filho.

Atualmente, a guarda compartilhada recentemente introduzida no ordenamento jurídico vem surgindo no cenário das famílias e ganhando forças para que a eficácia seja plena.

Diariamente em programas de TV, sites e artigos da internet nos deparamos com conflitos que envolvem discussões sobre guarda de filhos, situações de fato que rodeiam a realidade vivida na atualidade.

Diante de uma realidade desatualizada consegue-se observar o quanto a guarda compartilhada precisa ser esclarecida, principalmente pelo fato de ser um ponto chave de coibir danos na vida do menor pela ausência de um dos pais de maneira diária.

Existem pessoas que demonstram muita facilidade em lidar com esta nova realidade de guarda, que de fato conseguem separar o lado pessoal do conflito e colocar o filho como prioridade. Em contrapartida existem pessoas que se utilizam dos filhos como uma peça de vingança e fazem do poder familiar uma exclusividade de quem detém a guarda, esquecendo que ambos têm o dever de dar continuidade ao poder familiar.

O que causa estranheza também são situações que envolvem pais que no período que estão juntos conseguem administrar a vida dos filhos de maneira conjunta, havendo a participação de ambos em todos os cuidados com a prole, porém, quando há o rompimento e é instituída a guarda, a parte que não a detém

passa a se sentir desobrigada ao afeto e cuidado, considerando que a guarda sendo da outra parte não lhe cabe obrigações.

Contudo, o avanço que a modernidade tem alcançado, vem feito com que os genitores busquem de forma mais ativa a guarda dos filhos, demonstrando que possuem os mesmos deveres de cuidado que as genitoras.

É nítido que sentimento não se obriga, por mais que um juiz durante uma audiência proponha conciliação, não é possível colocar apego e afeto na cabeça dos pais, porém, como a ação de guarda não transita em julgado, várias podem ser as tentativas de aproximação e demonstração dos benefícios que a guarda compartilhada pode trazer e dar a uma criança a oportunidade de contato.

Nesse sentido percebemos a necessidade de abranger o tema de forma que os pais consigam se conscientizar dos danos que podem evitar no futuro de seus filhos, a saúde mental é o principal cuidado que deve ser tomado, deixar de lado o psicológico de uma criança é criar problemas e gastos futuros, sem contar que em muitos casos podem ser irreversíveis.

Comuns são os casos de adolescentes que por má formação emocional cometem suicídio, entram no mundo das drogas e violências, tudo porque querem de alguma maneira chamar atenção. Onde muitas coisas passam despercebidas na vida dos filhos e os pais por egoísmo ignoram.

Por fim, é possível perceber o quanto a sociedade precisa de informações sobre o que significa realmente a guarda compartilhada e do quanto precisa progredir emocionalmente para que a mediação e a conciliação consigam ter mais forças que uma medida judicial. Sendo assim atenderá ao principal objetivo do legislador que é colocar as crianças e adolescentes como prioridade na vida de seus pais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das modificações que o instituto familiar sofreu ao longo do tempo, a legislação brasileira precisou alcançar tais mudanças, fazendo com que as novas necessidades da sociedade familiar tivessem amparo legal e deste modo atingissem a igualdade do poder familiar a ambos os pais.

Não se fala mais em “*pátrio poder*” ou chefe de família, nem mesmo de um poder familiar instituído à apenas um dos pais, atualmente a sociedade moderna prioriza as necessidades e interesses dos filhos menores.

Devido às demandas relacionais contemporâneas, mudou-se a forma de estar junto, assim como a forma de se separar. Relacionamentos estáveis ou instáveis geraram uma realidade nova, o divórcio passou a ser algo mais aceito num mundo em constante transformação, assim a situação dos filhos necessitou de uma maior atenção, afinal, com este rompimento o filho ficava a mercê de uma decisão judicial a qual na maioria das vezes atendia aos interesses dos pais, e a situação dos filhos ficava em segundo plano.

A atenção que a legislação dava no momento de instituir a guarda do filho a um dos pais era apenas no sentido de resguardar quem possuía melhores condições de cuidado com esse menor, o que na maioria das vezes era com a genitora e ao genitor cabia apenas o provimento de alimentos, valorizando mais a guarda e deixando de lado o poder familiar, com isso as necessidades emocionais ficavam em descuido.

Com a chegada da Lei nº11.698 a guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico, passando a verificar o interesse do menor, observando que com o fim do relacionamento a obrigação dos pais com os filhos deve ser mantida independente dos motivos que levaram ao rompimento.

Com o advento da Lei nº3.058/2014 a guarda compartilhada tornou-se regra na disputa pela guarda dos filhos, buscando preservar o convívio e participação ativa de ambos os pais na vida de seus filhos, resultando em uma relação de cuidados mútuos e de maneira igualitária, porém, na realidade mesmo o magistrado entendendo que a modalidade traz benefícios para a criança e que é a melhor forma de atender a realidade vivida, ainda tem sido pouco eficaz devido aos conflitos dos pais que acabam interferindo na decisão do magistrado.

Com as pesquisas realizadas para a efetivação do trabalho, podemos perceber que a sociedade evoluiu, porém, não atinge a evolução no que diz a interesses próprios, as pessoas têm se tornado cada vez mais egoístas e isso afasta a tentativa de minimizar problemas que no momento de litígio os pais não percebem.

O caminho da introdução da lei até a eficácia plena da guarda compartilhada deve primeiramente percorrer aos operadores do direito, colocando a mediação e a conciliação como medida preliminar, nessa oportunidade a explicação sobre o que é a guarda compartilhada deve ser esclarecido e assim tendo a oportunidade de educar os pais no sentido de respeitar os interesses e as necessidades dos filhos.

O segundo passo é retirar o pensamento de que a guarda compartilhada é alternância de lares, divisão de tempo, ausência na prestação de alimentos, clichês estes que foram introduzidos na mentalidade dos pais e que acabam por interferir na funcionalidade da guarda compartilhada, desde modo, fazer com que separem os problemas pessoais e coloquem os filhos como prioridade, buscar maneiras que os façam perceber que o rompimento conjugal não pode impedir a responsabilidade, a participação e a obrigação na vida dos filhos.

O pensamento seguinte para tornar a guarda compartilhada em sua plenitude é alcançar um entendimento de que o poder familiar não se rompe juntamente com a união e que o direito de intervir na criação do filho deve permanecer. Os pais precisam compreender que se antes do rompimento conjugal as decisões eram tomadas em conjunto e com o fim do relacionamento esse vínculo precisa permanecer, de maneira respeitosa e com diálogo, mas caso não haja esse entendimento, ainda assim a Lei deve ser aplicada, não como uma forma de obrigar, mas como uma maneira de impor aos pais suas obrigações, afinal o filho não pode pagar pelo mau relacionamento dos pais.

Conclui-se através das inúmeras pesquisas acerca do tema que a guarda compartilhada é a melhor opção para atender as necessidades psicológicas, físicas e materiais de uma criança, sendo imensamente importante para coibir o abandono afetivo causado no emocional da criança. Se aplicada cuidadosamente, a guarda compartilhada pode ser um remédio para minimizar os prejuízos que a separação traz na vida daquele ser em desenvolvimento, porém, precisam ser criados arranjos que sejam capazes de tornar a eficácia de forma plena, colocando em prática o amparo legal, a conciliação e a mediação, para que deste modo se resguarde o principal que é o interesse da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assessoria de Comunicação IBDFAM. **Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de dissolução conjugal**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5495/Guarda+Compartilhada%3A+diretor+do+IBDFAM+comenta+o+modelo+de+guarda+rec%C3%A9m+aprovado+no+Senado+como+regra+em+casos+de+dissolu%C3%A7%C3%A3o+conjugal>>. Acesso em 10/09/2015.

BEE, Helen. BOYD, Denise. **A criança em desenvolvimento**. Tradução: Cristina Monteiro; revisão técnica: Antônio Carlos Amador Pereira. 12^a Ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08/09/2016.

BRASIL. **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 08/09/2016.

BRASIL. **Lei nº11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 07/09/2016.

BRASIL. **Lei nº13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 07/09/2016.

BRASIL. **Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 07/09/2016.

BRASIL. **Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 01/11/2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 5º V. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Guarda unilateral ou compartilhada:** uma primeira impressão da Lei n. 13058/2014. Disponível em:<<http://www.folhadajabuticaba.com.br/maria-helena-diniz/maria-helena-diniz---guarda.html>>. Acessado em 06/12/2016.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial.** arts. 1.591 a 1.693. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. 16.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada. De acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Mabel Tibes da. **Abandono afetivo parental:** responsabilidade Civil por abandono afetivo na relação paterno-filial. Disponível em:<<https://mabeltibes.jusbrasil.com.br/artigos/111192077/abandono-afetivo-parental#comments>>. Acessado em 06/12/2016.