



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA/FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SABRINA VARGAS FERREIRA

A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**BARBACENA
2015**

SABRINA VARGAS FERREIRA

A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC - como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Marco Antônio Xavier
de Souza.

BARBACENA
2015

SABRINA VARGAS FERREIRA

A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC - como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

APROVADA EM ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Marco Antônio Xavier de Souza
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este presente trabalho aos meus queridos avós.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor, cujo seus caminhos são perfeitos e seus mistérios fazem cumprir as leis que regem este universo numa serena e silenciosa dança dos ciclos da vida.

Aos meus familiares, que são cúmplices deste momento. São parceiros desta conquista.

Aos mestres que tive ao longo da vida.

Ao meu orientador Prof. Dr. Marco Antônio pela sinceridade e paciência.

A todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

O Amor não precisa de razão. Ele fala com a sabedoria irracional do coração.

Deepak Chopra

RESUMO

O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de esclarecer uma questão norteadora por dúvidas e perspectivas discriminatórias quanto a sua aplicação prática. Recentemente, após a promulgação da nova Lei nº 13.058 de dezembro de 2014 que trata expressamente do instituto da Guarda Compartilhada, em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário um olhar diferenciado para esta modalidade pertencente ao Direito de Família, que à luz do princípio do melhor interesse da criança e adolescente, busca fornecer uma nova visão sócio afetiva diante das transformações sociais em paridade com novo modelo de família. O ordenamento jurídico brasileiro assegura à criança a convivência familiar. Deve esta ser guardada pelos genitores, no exercício efetivo do poder familiar. Determinando, que a dissolução conjugal, não prejudica as relações entre pais e filhos e que a escolha da guarda tem como prioridade absoluta o bem da criança. Através da aplicação do referido instituto, deseja-se retirar os filhos do centro do conflito instalado entre os pais. Discutida no mundo há aproximadamente trinta anos a Guarda Compartilhada é ainda timidamente usada por nossos Tribunais, o que justifica a sua escassa literatura e a necessidade de novas pesquisas e estudos. Pouco conhecida, a guarda compartilhada tem sido confundida erroneamente com outras modalidades de guarda. Não é nossa pretensão apresentá-la como regra absoluta, cada caso concreto possui singularidade e subjetividade diante de sua interpretação. Portanto, posto que seja o arranjo de guarda que mais se aproxima do interesse e da preservação do bem maior da criança, tendo como finalidade amenizar o impacto a ruptura familiar causa sob todos os envolvidos no processo. Assim, espera-se, com o presente trabalho, contribuir para uma maior reflexão e entendimento sobre o tema proposto, merecendo uma séria consideração e apreciação sob a luz do seu novo texto legal aplicado ao direito de família, em que o filho deixa de ser considerado objeto de conflito para ser alcançado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade aos demais integrantes da família se fazendo efetivamente presente nas decisões dos Tribunais inerentes à guarda compartilhada dos filhos o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sempre amparado por um caso concreto visando à proteção do menor em sua totalidade.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The present work was prepared with the objective to explain a question orientated by doubts and discriminatory perspectives as for his practical application. Recently, after the promulgation of the new Law n.13. 058 of December of 2014 that treats definitely the institute of the Shared Police, in our legal order, makes necessary to itself a glance differentiated for this kind pertaining to the Right of Family, for which by the light of the beginning of the best interest of the child and adolescent, it looks partner supplies a new affectionate vision before the social transformations in equality with new family model. The Brazilian legal order secures to the child the familiar familiarity. This one must be guarded by the genitors, in the effective service of the familiar power. Determining, that the conjugal debauchery, it does not damage the relations between parents and children and that the choice of the policewoman takes the good of the child as an absolute priority. Through the application of the above-mentioned institute, it wants to remove the children of the center of the conflict installed between the parents. Discussed in the world approximately thirty years ago to Shared Police it is still used by our Courts, which justifies his scarce literature and the necessity of new inquiries and studies. Little acquaintance, the shared policewoman has been confused erroneously with other policeman's kinds. It is not our claim you present it as an absolute rule, each concrete case has peculiarity and subjectivity before his interpretation. So, although it is the policeman's arrangement that more near of the interest and of the preservation of much bigger than the child, having as finality eases the impact to familiar break causes under all the wrapped ones in the process. So, one waits, with the present work, to contribute to a bigger reflection and understanding on the proposed subject, deserving a serious consideration and appreciation under the light of his new legal text devoted to the right of family, in which the son stops being considered an object of conflict to be reached to right subject, in other words, the human person of protection of the legal order, but with absolute priority to the too integrant ones of the family when juvenile is making effectively present in the decisions of the Courts inherent in the policewoman shared in the children the beginning of the best interest of the child and of the adolescent, always supported by a concrete case aiming for the protection of in its entirety.

Key- words: Parenting Power. Guard. shared custody. Applicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1 PODER FAMILIAR E SEUS TITULARES DE DIREITO	12
1.1.1 Evolução Histórica do Poder Familiar sob a Ótica da Guarda Compartilhada	13
1.1.2 Atribuições do Poder Familiar quanto à Pessoa dos Filhos e seus Bens	16
1.2 EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR	17
2. O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	19
2.1 CONCEITO DE GUARDA	19
2.1.1 Guarda Física e Guarda Jurídica após a Ruptura Familiar	21
2.1.2 Direito de Visita	22
2.2 ESPÉCIES DE GUARDA	23
3. A GUARDA COMPARTILHADA	28
3.1 PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	28
3.1.1 Vantagens da Guarda Compartilhada	29
3.1.2 Guarda Compartilhada Aplicada com e sem Alternância de Residência	30
3.1.3 Guarda Compartilhada no Direito Comparado	31
3.2 GUARDA COMPARTILHADA, UMA ABORDAGEM À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	33
3.3 CONSIDERAÇÕES A RESOLUÇÃO DA NOVA LEI Nº 13.058/14	35
4. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DA UNIÃO ESTÁVEL E SUAS ATRIBUIÇÕES QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA E AS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS	38
4.1 A MEDIAÇÃO NA EFETIVA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA ..	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia que ora temos a honra de lhes apresentar presta-se a examinar o instituto da guarda compartilhada à luz do efetivo exercício do poder familiar.

Valendo-se, para sua realização de pesquisas bibliográficas por meio de livros, publicações, artigos, textos eletrônicos, doutrinas, entrevistas, análise sistemática da nova Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, consultas a jurisprudência pertinente, a legislação nacional, esparsa e internacional que permitirá delinear os conceitos atinentes ao tema proposto.

O presente estudo inicia-se com a delimitação do tema, dividido em quatro capítulos. Assim, em seu primeiro capítulo, abordamos de forma sucinta o conceito do exercício do Poder Familiar, anteriormente denominado “Pátrio Poder”, bem como, suas atribuições, suas formas de suspensão, extinção e perda do Poder Familiar, observando as mudanças trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002 e suas alterações.

No segundo capítulo, apresentamos de forma geral, o exercício da guarda e suas prerrogativas, a Guarda diante da ruptura familiar, as diferentes formas de Guarda admitidas no nosso ordenamento jurídico, os benefícios da aplicação da Guarda Compartilhada, a Guarda Exclusiva sob o ponto de vista negativo e o sistema de visita que a acompanha, princípio basilar que melhor atende a Guarda Compartilhada.

No seguinte capítulo, abordamos os pressupostos necessários para o exercício efetivo da Guarda Compartilhada, encimados pelo melhor interesse da criança e do adolescente e pela igualdade dos gêneros, como uma tentativa de resposta mais eficaz á continuidade da relação do menor com ambos os genitores no ponto de vista legal objetivando a efetivação do Poder Familiar, mantendo apesar da ruptura familiar a família parental.

Procuramos esclarecer os aspectos polêmicos no que nortearão sua aplicação prática, questões quanto à alternância ou não de residências por parte dos filhos, instituição dos alimentos e visita quando se opta por este modelo e por fim, as vantagens e desvantagens que acarretam a todos os envolvidos na ruptura familiar inclusive a Justiça.

Neste último capítulo, a Guarda Compartilhada, como um novo modelo de guarda mais adequado e atual a realidade social pelas inovações trazidas pela nova Lei nº. 13.058/2014 com o intuito de preencher o espaço deixado pela lei nº. 11.698/2008, nosso país, agora entra para o cenário da igualdade parental, aprovando a guarda compartilhada como o regime prioritário de guarda entre casais separados.

Por essas razões é de suma relevância fazer considerações claras sobre a dissolução de sociedade conjugal, trazendo referências quanto ao divórcio litigioso, consensual e o término da união estável, não podendo ignorar os casos de pais que nunca conviveram, diante da Guarda Compartilhada, destarte, a importância da mediação para a aplicabilidade do referido instituto.

A Guarda Compartilhada passou a ser expressamente admitida como texto legal em nosso ordenamento jurídico.

E assim, encerramos nossos capítulos, dedicando um tópico exclusivo para as considerações finais sobre a Lei nº. 13.058/2014, sancionada sem vetos pela presidente Dilma Rousseff.

Por certo, o objetivo deste estudo não foi defender irrestritamente a aplicação da guarda compartilhada, mesmo porque, existem situações expressas em que não se permite sua adoção.

Mas, existem questões que são muitas vezes ignoradas no caso concreto, prejudicando a manutenção do vínculo afetivo, o contato regular entre o genitor não guardião e seu filho, privando-se dos valores primordiais da família contemporânea, que transpõe a barreira do simples direito de visita, manutenção e fiscalização da prole. Pais e filhos não se visitam, convivem! É o que enfaticamente abordamos no presente trabalho.

CAPÍTULO I

1. O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

Para uma melhor elucidação do instituto da guarda compartilhada devemos genericamente compreender as transformações que o poder familiar sofreu desde os tempos remotos aos dias atuais.

As mudanças realizadas nesse instituto estabelecem direitos e deveres que asseguram a manutenção e segurança dos laços familiares.

1.1 PODER FAMILIAR E SEUS TITULARES DE DIREITO

Da relação pais e filhos surge um feixe de direitos e deveres, determinados por lei, a serem exercidos de forma a atender o melhor interesse dos filhos, que se denomina poder familiar. A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos.

Após a evolução social o instituto do poder familiar sofreu transformações consideráveis quanto a sua titularidade. Atualmente, não há mais diferenciação entre os seus titulares dentro da entidade familiar, pois ambos exercem juntos os direitos-deveres que integram o conteúdo do poder familiar.

Nesse sentido, observa-se o disposto na lei nº. 13.058 de 2014, em seu art. 1.634.

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

VENOSA, define o poder familiar como um “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados com relação à pessoa destes e seus bens”.

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §5º, são sujeitos da titularidade do poder 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.

Nesse sentido, também acentuou a Lei nº. 8.069/90 em seu art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21 – O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma em que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Destarte, nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com o divórcio judicial, este é uma obrigação destinada a ambos os pais, para preservarem os bens dos filhos, desde sua concepção até sua maioridade tendo como prioridade absoluta os interesses dos filhos menores.

1.1.1 Evolução Histórica do Poder Familiar sob a Ótica da Guarda Compartilhada

Antes de iniciar o tema propriamente dito, são necessárias algumas pontuações quanto à evolução histórica do instituto do poder familiar e, excepcionalmente, uma análise das modificações e do desenvolvimento do seu exercício ao longo dos tempos até os tempos atuais sobre as perspectivas do sistema de guarda vigente no Código Civil de 2002.

O poder familiar, na nossa legislação, tem sua origem no *patria potestas* do Direito Romano. O Direito Civil Brasileiro já se deparou com as diversas modificações e influências que sofreu o Direito Romano, mas manteve o seu espírito patriarcal fundado no *pater familias*, em que autoridade familiar era exclusivamente do sexo masculino, de onde se originou a denominação pátrio poder, que só veio a ser modificada em nosso ordenamento com o advento do nosso Código Civil de 2002.

Para COSTA : "(...) A figura do *pater familia* era incontestável e sua autoridade era total sobre os outros membros da família." (COSTA, p.49).

A figura do *pater familia* funcionava segundo o próprio interesse do patriarca, tanto

quanto aos filhos legítimos como os que ingressavam na família por adoção ou outro motivo qualquer.

O *pater familias* poderia dispor da vida dos filhos, vendê-los, abandoná-los e puni-los. Quanto à esposa, o *pater familias* exercia o *manus*, ou *patestas maritalis*, que era análogo ao *patria potestas*, não permitiam a mulher nenhum poder sobre os filhos, vez que estaria sobre a tutela de seus filhos homens quando da morte de seu marido.

Ao longo dos anos o *patria potestas* romano sofreu inúmeras alterações dado às influências do Direito Canônico, às suas interpretações e adaptações ao tempo. Ainda no Direito Justiniano deixou seu caráter absolutista, sofrendo importantes limitações.

Já no Direito Germânico objetivavam a proteção aos filhos menores e a mulher tinha alguns direitos, não estando totalmente subordinada ao homem.

O Direito Civil português foi aplicado no Brasil, até a promulgação do Código Civil de 1916, através das Ordenações Filipinas, que vigoraram por aqui mesmo após a sua independência e após a sua revogação em Portugal.

Caracterizavam-se as Ordenações Filipinas como uma coleção de normas do Direito Romano, normas estas já baseadas no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, amenizadas pelo Direito Canônico.

A influência do Direito Romano, sobre todo o mundo europeu e conseqüentemente sobre o Brasil, foi um fenômeno admirável, levando em conta a existência, então, de um mundo destituído de qualquer veículo que facilitasse a comunicação de ideias.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 seguiu o sistema patriarcal até então instalado. O texto original do Código Civil de 1916 determinava em sua Parte Especial, Direito De Família, Do Pátrio Poder em seu artigo 379 que:

Art 379 – Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder enquanto menores. (Código Civil/1916. Acesso em 14/02/2015)

O pátrio poder era exercido pelo pai, e os filhos eram classificados de forma discriminatória com tratamentos desiguais, mas já se apresentavam como *múnus público* dos pais para com seus filhos, por ser temporário, se extinguir com a maioridade, e trazer alguns deveres impostos por lei ao seu cumprimento.

BEVILÁQUA, ao comentar o Código, já ressaltava a busca ao melhor interesse do filho e o pátrio poder como *múnus público*:

"[...] Esse conjunto de direitos é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais ao interesse do filho que por sua idade necessita de um guia e

protetor, do que ao interesse do pai como no antigo direito. A autoridade dos pais é um poder familiar, quer dizer, uma autoridade que mantém os laços de família, e dentro do círculo das relações desta se circunscreve; todavia, está sobre ela vigilante o poder social para impedir os abusos." (BEVILÁQUA, Clóvis, op. Cit., p.279.)

Ao longo de sua existência o Código Civil sofreu manifestas alterações, impulsionadas pela evolução dos ideais de igualdade entre os filhos e de busca aos direitos da mulher.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1962 modificou o texto do Código Civil, determinando que o marido exercesse a chefia da sociedade conjugal com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos. Conferiu ainda a preferência da guarda dos filhos à mãe em caso de separação por culpa recíproca, a guarda unilateral ou exclusiva.

A Constituição Federal de 1988, baseado no princípio da dignidade humana, trouxe um novo conceito de família, ao celebrar a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer designação discriminatória e a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres na sociedade conjugal. O Estatuto da Criança e Adolescência reiterou a Constituição e ressaltou a igualdade entre pai e a mãe no exercício do pátrio poder.

Diante de tantas modificações, principalmente no campo do direito de família, resolveram adequar o Código Civil ao seu tempo e, em 2002, em meio a muitas discussões sobre sua necessidade ou não, foi promulgado o novo Código Civil.

Uma inovação foi tocante à denominação “pátrio poder”, a qual o novo Código chamou de poder familiar, pois sendo função de ambos os cônjuges, não fazia sentido mais a utilização da denominação anterior.

A previsão expressa apareceu com o advento da Lei nº. 11.698, de 2008, representou uma importante mudança de paradigmas, através da intervenção de varias disciplinas, para acompanhar as transformações sentidas na sociedade e no modelo familiar, trazendo como responsabilidade o afeto em suas relações.

A guarda compartilhada foi então, introduzida no direito brasileiro, resgatou e equilibrou o exercício do poder familiar no pós-divórcio, reafirmou a necessidade da convivência paterna e materna na formação e desenvolvimento dos filhos.

Sucessivamente, houve o surgimento da Lei nº. 13.058, de 2014, trazendo novas alterações ao Direito de Família no que diz respeito à guarda compartilhada, de forma a modernizar o antigo texto legal.

Em seu artigo primeiro, a referida Lei estabelece:

Artigo primeiro - Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

A nova lei, sancionada pela presidente Dilma Rousseff, trouxe transformações para a regulamentação do regime de guarda. A legislação vigente prevê a guarda unilateral e a guarda compartilhada, sendo que esta última deve ser agora priorizada, conforme prescreve a nova lei.

Ao despertar de uma nova visão de guarda compartilhada, que respeita o direito fundamental de toda criança e adolescente à convivência familiar plena, prevista no art. 227, da Constituição Federal de 1988, vemos:

Art. 227 - 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Portanto, estas evoluções históricas, vieram afirmar que competem “a ambos” os pais o exercício do poder familiar, independentemente de sua situação conjugal. Grande marco no nosso ordenamento jurídico.

1.1.2 Atribuições do Poder Familiar quanto à Pessoa dos Filhos e seus Bens

O art. 1.630 do Código Civil de 2002 determina que os filhos estejam sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Todos os filhos, já que a Constituição Federal, em seu art. 227, VII, §6º, proibiu qualquer distinção no tocante a filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos, estando sujeitos não somente os filhos menores mas também os maiores inválidos.

Art. 227 - 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Neste sentido, compete então ao poder familiar ao pai e à mãe, independentemente da disposição em que se forma a família. 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 continuaram a existirem,

com todos os seus direitos e responsabilidades sobre os filhos, salvo se alguma razão especial expressa em lei dite o contrário em benefício do interesse da criança.

Tais direitos e responsabilidades serão atributos dos pais, que os exercerão com exclusividade na falta do outro ou na falta de reconhecimento do filho pelo o outro. Mesmo que não vivam juntos os pais a relação com seus filhos permanecerão inalteradas, nos art. 1.632 do Código Civil, dispõe-se:

Art. 1632 - A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

No que se refere aos bens, o art. 1.689 do Código Civil de 2002, confere aos pais através do poder familiar, o usufruto e a administração dos bens dos filhos, devendo, de acordo com o parágrafo único do art. 1.690, decidirem em comum as questões relativas à pessoa dos mesmos e a seu patrimônio.

Art. 1.689 - O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Art. 1.690 - Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

No caso de conflito entre os pais ao exercerem essa função, pode o Juiz decidir por eles, em benefício maior da criança. Sendo assim, é notório e essencial o laço afetivo entre pais e filhos, fazendo com que o amor sobreponha as vaidades e desilusões conjugais.

1.2 EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar não é absoluto, é como já dito, um múnus público. O Estado fiscaliza seu exercício, podendo suspendê-lo ou até mesmo destituí-lo.

Art. 1.637 - Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A perda ou destituição constitui espécie de extinção do poder familiar, decretada por decisão judicial, assim como a suspensão, constitui sanção aplicada aos pais pela infração ao dever genérico de exercer o poder familiar com consonância com as normas regulamentares, que visam atender o melhor interesse do menor.

Tratando-se da extinção do poder familiar, traz expressamente o art. 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635 - Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A perda do poder familiar é definitiva e sempre abrangerá todos os atributos, caso não ocorra nenhuma dessas situações referidas acima, é dos pais o direito de exercê-lo, pois como visto, não há pessoa que possa melhor desempenhar os atributos do poder familiar que o pai e a mãe, já que ele visa à proteção e ao interesse dos filhos menores.

O poder familiar é o conjunto de direito e deveres exercido pelos pais e que só poderá ser alterado ocorrendo uma das causas de suspensão ou destituição.

Não pode a desunião do casal, ou apenas o fato de os pais nunca tiverem vividos juntos, interferir no poder familiar, pois se tratam de relações diversas e independentes, a do casal e a deste com seus filhos, nem mesmo o fato de contrair novas núpcias poderá abalar o poder familiar dos pais.

CAPÍTULO II

2. O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Independentemente do arranjo familiar, a família é indispensável para assegurar a proteção, o desenvolvimento e a sobrevivência dos filhos. E, nos apoiando no instituto da guarda, reconhecemos sua importância na manutenção do vínculo afetivo entre os pais e filhos, vítimas da ruptura familiar.

Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, masse ambos possuem as condições necessárias diante da guarda dos filhos menores.

2.1 CONCEITO DE GUARDA

Dentre os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à educação e à proteção ao trabalho, assegurados ao menor pela convivência familiar, isto é o direito de ser criado e educado no seio da família natural. que através da Constituição e do Estatuto, proclamam a necessidade da família no desenvolvimento da criança e do adolescente.

A fragilidade da criança é o que explica a necessidade de protegê-la, ela precisa de cuidados como nutrição e aprendizagem, mas nada disso é possível se não encontrar um espaço de afeto.

Sendo, a perda do vínculo familiar, ou seu rompimento, temporário ou definitivo causadores de tamanho sofrimento para a criança. Por isso, a importância de que o menor esteja guardado e protegido. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em seu art.7, assegura:

Art. 7:

1 - A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2 - Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

Já, o Código Civil do ano de 2002, em seu art. 1.630, confere que: "Os filhos estão sujeito ao poder familiar, enquanto menores."

O parágrafo único do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente completa afirmando que:

Art. 23 - A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009).

Devemos entender a família, de acordo com a Constituição, num sentido amplo, abrangendo não apenas a família fundada no casamento, mas também a união estável, a família adotiva, e ainda as famílias monoparentais.

O art. 229 da Constituição Federal refirma que:

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.

Contudo, não estando os pais aptos a exercer o poder familiar, a vida da criança não pode ser lesada e, para impedir que tal situação ocorra, o juiz poderá optar pela procura de uma família substituta, ou seja, sempre que não for possível a permanência do menor em sua família natural, a quem a guarda é imposta, assegurado estará seu desenvolvimento, através de sua colocação em uma família substituta, por tutela, guarda ou adoção, sendo esta medida sempre excepcional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao dispor sobre o conceito de guarda, em seu art. 33, reza:

Art. 33 - A guarda obriga a 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. (Lei nº 12.010, de 2009).

§1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§2º - Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§3º - A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§4º - Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

O instituto da guarda é um dos elementos do poder familiar, mas que com este não se confunde. A perda da guarda não implica perda do poder familiar. Guarda nos traz a ideia de proteger, manter seguro, defender, cuidar, proteger e dirigir a vida de seus filhos.

Carbonera, claramente a define:

"O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda esta dotado de pelo menos duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda". (CARBONERA, 2000, p.44).

A importância da guarda demonstrou-se no fato de que, ao dirigir a vida dos filhos, os pais direcionam seu destino, para o bem ou para o mal.

No controle e direção dos filhos, devem respeitar seus direitos estabelecidos em normas nacionais e internacionais. Não é um poder absoluto, estando subordinado a tais normas e, sobretudo, ao princípio do melhor interesse da criança, pois se trata, como elemento do poder familiar, de um direito e de um dever.

Destarte, a guarda é o direito de comandar a vida dos filhos, vigiando-os e determinando-lhes a formação moral, sempre em busca de seu melhor interesse, com o poder de retirá-los de quem ilegalmente o detenha.

É ao mesmo tempo, um dever, um múnus público de vigiar, orientar e cuidar, a que estão os guardiões, ou guardião obrigados a cumprir. Se os pais descumprem este dever, cometem delito e sujeitam-se a sofrer sanções penais, podendo até perder o poder familiar.

A guarda encerra deveres como proteção, cuidado, vigilância que, envolvem sentimentos de afeto, também indispensáveis ao desenvolvimento da criança.

2.1.1 Guarda Física e Guarda Jurídica após a Ruptura Familiar

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 vários arranjos para a determinação da guarda. Desta feita, a guarda se apresentará de formas diferentes, sempre com vistas à atingir o melhor interesse da criança.

Mister, antes de qualquer definição legal de modalidade de guarda, dividi-la em legal e física, já que estas podem apresentar-se de formas distintas.

A guarda legal ou jurídica, isto é, aquela atribuída por lei como elemento do poder familiar, refere-se à responsabilidade dos pais de decidir o futuro dos filhos, direcionando-os, vigiando-os e protegendo-os. Já a guarda física é a presença do menor na mesma residência

dos pais. Portanto, a guarda legal ou jurídica não se confundi com a guarda física. O Código Civil em seu art. 76, parágrafo único, estabelece:

Art. 76 - Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.

Assim sendo, dentre das possibilidades de arranjo que se pode buscar na guarda jurídica, múltiplas são as soluções: só com o pai, só com a mãe, com ambos, com um dos pais e um terceiro, ora com um, ora com outro.

Logo, a guarda jurídica, se atribuída aos pais, apresentar-se em três modalidades: primeiro, guarda exclusiva, atribuída a apenas um dos genitores que conseqüentemente deterá a guarda física; segundo, alternada, atribuída ora a um, ora ao outro genitor, alternando-se também a física; e, finalmente a guarda compartilhada, ou seja, de ambos os genitores.

O Código Civil no art. 71, dispõe: "Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas".

Neste caso, a guarda física poderá ser alternada ou fixa, já que ambos os pais detém a guarda jurídica da criança, hipótese em que a criança poderá vir a ter duas residências ou apenas uma.

2.1.2 Direito de Visita

O cônjuge não guardião, ou seja, aquele que não ficou com a guarda dos filhos, tem direito a visitas, acordada entre os pais ou regulamentada pelo juiz. Nosso Código Civil, em seus arts. 1.589 e 1.632, dispõe:

Art. 1.589 - O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)

Art. 1.632 - A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

GONÇALVES, em sua obra diz:

"[...] Mesmo o cônjuge declarado culpado na ação de divórcio litigioso e que não ostentava melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, tem o direito de visita-los." (p.289)

O direito de visita baseia-se no princípio do direito natural, para que se mantenha os vínculos familiares, e a adequada comunicação entre o não guardião e seu filho que esta sob a guarda do outro genitor, como é no caso do instituto da guarda exclusiva ou unilateral.

No tocante o dever de alimentos, este é conceituado, como o dever de caráter patrimonial, após a ruptura familiar.

O Código Civil de 2002, traz em seu art. 1.566 e incisos:

Art. 1.566 - São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Assim, em seu art. 1.568 e art.1.696 do mesmo dispositivo anterior, dispõe:

Art. 1.568 - Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Art. 1.696 - O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Cabendo, tanto ao genitor guardião quanto ao genitor não guardião o dever de prestar alimentos aos filhos, em caso de desunião, independentemente do motivo desta.

É importante destacar, que o dever alimentar está vinculado às condições econômicas do obrigado, inexistindo regras fixas, respeitando cada caso concreto, reservando ao próximo capítulo desse estudo o seu exame quanto a o instituto da guarda compartilhada.

2.2 ESPÉCIES DE GUARDA

A guarda dos filhos menores é um assunto recorrente nos nossos Tribunais, em especial, quando gera profundos conflitos entre os pais durante o processo de divórcio.

Geralmente, a guarda dos menores era na maioria das vezes concedida à mãe, mas a Justiça diante de uma melhor observação do interesse da criança, tende a admitir novos

arranjos legais em suas decisões. Suscintamente iremos abordar cada tipo de guarda e suas propostas em nosso ordenamento jurídico.

A guarda exclusiva, ou unilateral, após a promulgação da nova lei nº. 13.058/2004 se faz efetiva somente quando houver acordo entre os pais ou quando o juiz achar necessária sua aplicação.

O guardião deverá ser aquele que apresentar melhores condições, atendendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo assim, o Código Civil em seu art. 1.583, §5º, do Código Civil de 2002, traz expressamente em seu texto legal os deveres impostos ao não guardião, que não se eximirão de suas obrigações após a ruptura familiar:

Art. 1.583 - A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Por ser direito das crianças e dever dos pais não pode o guardião obstar a visitação, sob pena de alienação parental e de perda da guarda dos filhos, através dos meios processuais.

É através da visita que o não guardião fiscaliza e supervisiona a atuação do guardião, podendo recorrer ao judiciário para questionar o interesse dos filhos.

A presença dos pais na vida da criança é tão importante que se tenta, nesta modalidade de guarda, através da visita mantê-la, devendo acomodá-la da melhor forma a cada família, sendo os períodos de visita, horários e datas não estipulados em lei, ficando acordados entre os pais ou a critério do juiz.

No que se refere aos alimentos, nesse tipo de guarda, quem residir com o filho, tem uma presunção de que já contribui para o sustento deste. Normalmente os pais que não moram com os filhos é quem são procurados para pagar alimentos, de acordo com suas possibilidades, mas isso não significa que o que convive não deva contribuir também.

Quando, se trata da guarda alternada, outra modalidade de guarda não usada em nosso ordenamento jurídico, cuja sua aplicação não é comum e tem recebido muitas críticas da doutrina jurídica, pois este instituto afeta o princípio da continuidade, que deve ser respeitando quando se busca o bem estar e equilíbrio emocional dos filhos.

Para o psicanalista Françoise Dolto:

"[...] Quando pequeno, o filho não pode suportar a custódia alternada sem permanecer débil na sua estrutura até, eventualmente, se dissociar ao sabor da sensibilidade de cada um. A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança." (DOLTO, pág. 65.)

A guarda alternada é atribuída a ambos os pais, alternadamente e muitas vezes confundidas com o instituto da guarda compartilhada, o que não é o caso.

Os filhos passam um período sob a guarda do pai e outro sob a guarda da mãe, o que implica, necessariamente, uma alternância de guarda física. Tem como fundamento proporcionar a convivência com ambos os pais, na mudança de residências.

Na verdade, não deixa de ser uma guarda exclusivamente exercida pelos pais, só que de maneira alternada. Não há um consenso e nem participação de ambos, mas tomada de decisões em separado, o que pode colocar a criança em meio a conflitos entre os pais.

Esta forma de compor a guarda apresenta fatores positivos e negativos. Tem a seu favor a possibilidade de manter a relação mais intensa entre pais e filho, assegurando os pais no exercício do poder familiar.

Por outro lado, o filho será dirigido, a cada período de mudança, de forma diferente, tendo que se adequar a decisões diferenciadas no que concerne a sua educação, criação, proteção, que gera confusão a falta de referenciais, contrariando além do mais, sua necessidade de estabilidade.

Não existindo direito a visitas, pois ambos os pais alternam a guarda física de seus filhos e quanto aos alimentos, ficam ambos os pais responsáveis pela manutenção de seus filhos, de acordo com as condições de cada um, em determinado caso concreto.

Portanto, diante de nossa atual realidade social, e dos novos modelos de família temos constatado que muitas doutrinas já demonstram serem favoráveis à guarda compartilhada, não obstante as decisões judiciais ainda serem, em sua maioria, a favor da guarda exclusiva.

Hoje, ainda se confunde o instituto da guarda compartilhada com o instituto da guarda alternada, alguns juízes, apresentavam-se e apreensivos em aplicá-la, apesar do Código Civil de 2002 não terem apresentado impedimentos para a sua aplicação.

Mister, se faz necessária a construção de uma nova lei, de forma a modernizar o texto legal de acordo com o que vem sendo aplicado pelos Tribunais.

GRISARD, apresenta as vantagens não somente aos filhos, mais aos pais também, a respeito da Guarda compartilhada:

"[...] além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos mesmos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. A guarda compartilhada oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica. Não deixa a citada guarda de reafirmar a igualdade parental desejada pela Constituição Federal." (GRISARD FILHO, Acesso em 25/04/2015)

A guarda compartilhada é benéfica para os filhos por mais se aproximar da relação existente entre pais e filhos quando da união do casal.

O fato de os pais não estarem mais juntos, não implica ao fim da convivência dos filhos com um deles, levando em conta que o sistema de visita com dias determinados os afastam.

No instituto da guarda compartilhada não se pretende que o ex-casal mantenha uma relação entre si como fora antes, apenas que as decisões no que diz respeito aos filhos sejam tomadas em conjunto e que ambos possam manter contato com seus filhos sempre que possível e da forma que acordarem.

Guarda compartilhada não significa tempo igual com a criança, mas que esta tenha acesso aos pais sempre que necessário e desejado e nem que os pais devem procurar um ao outro toda vez que precisar decidir se a criança poderá dormir na casa do amiguinho (a) ou se poderá tomar refrigerante.

Não existem regras predeterminadas de como a guarda compartilhada se opera na prática. Os pais devem acordar sobre suas próprias regras, compartilhando direitos e responsabilidades, de maneira igualitária, dependendo de cada caso em si.

QUINTAS ressalva:

"[...] Cada acordo de guarda compartilhada é único e deverá ser homologado pelo juiz como garantia de visar o bem-estar do menor."

"[...] em tais acordos estipula-se que os pais estão aptos a exercer a guarda e que reconhecem a importância da contribuição que cada um tem a oferecer para o pleno desenvolvimento dos filhos. Nestes acordos, costumam-se acordar também a guarda física, alimentos e mediação ou arbitragem em casos de desentendimento entre os pais." (p.69)

Quanto à questão de alimentos, estes são devidos de acordo com as condições do alimentando e com as necessidades do alimentado, onde quer que ele esteja. MENESES, afirma:

"[...] É errônea a ideia de que durante a guarda compartilhada não mais subsiste a obrigação de pagamento da pensão alimentícia. Como afirmado anteriormente, muito embora as decisões a respeito dos filhos sejam tomadas por ambos os pais, a guarda, evidentemente, fica com apenas um deles. Assim, àquele que não ficou com a guarda cabe a obrigação de ajudar financeiramente." (MENESES, Acesso em 25/04/2015)

Porém, há uma divisão proporcional dos gastos na criação dos filhos, na medida das condições financeiras de cada um dos pais, levando em consideração o que foi previamente acordado.

Assim, além de dividirem os cuidados e as principais decisões sobre os filhos, os pais também devem dividir as despesas.

A guarda compartilhada pode ser modificada sempre que deixar de atender o melhor interesse da criança. Este instituto a pode ser aplicado com ou sem a alternância de residências, com possibilidade de alternância da guarda física.

A alternância de residências não é bem vista nem pela doutrina jurídica e nem pela jurisprudência, o que revela a preferência da Justiça pela não alternância de residência, conhecida como a guarda compartilhada legal, estabelecendo uma espécie de visitação para o genitor não residente, a que se tem chamado de acesso e não visita, geralmente livre, de acordo com as possibilidades de cada família.

CAPITULO III

3. A GUARDA COMPARTILHADA

A ruptura de uma união é sempre um momento difícil para todos os envolvidos, em especial para os filhos.

Ao instituir a Guarda Compartilhada, como regra, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Lei nº. 13.058/2014 recolhe os metaprincípios constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente menor e da convivência familiar e estabelece preceitos de direito material e processual, que asseguram a preservação e manutenção do vínculo familiar entre pais e filhos.

Assim, veremos seus fundamentos, pressupostos, benefícios e vantagens, objetivo e considerações à referida lei.

3.1 PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Apesar de flexível, podemos constatar que a guarda compartilhada possui alguns pressupostos exigidos judicialmente.

O primeiro é que os pais estejam aptos a exercer a guarda, através da habilidade, capacidade legal, moral e intelectual e condições de desempenhar as atribuições do poder familiar, caso contrário, a criança será conduzida apenas ao genitor capaz.

A convivência com ambos, sendo um inapto, acarretará sérios problemas que comprometerão melhor interesse da criança, tornando-se uma ameaça para os filhos em seus aspectos psicoemocionais.

Um bom relacionamento entre os pais e respeito recíproco entre eles devem ser priorizados, caso estes pressupostos não seja viável por sentimentos associados à mágoa, raiva e intolerância não poderão chegar a um acordo, tornando este fato prejudicial à criança que possivelmente sofrerá por se sentir o centro da discórdia, dependendo do critério do juiz o tipo de guarda estipulada.

Vejam os art. 1.584, I, II e §2º do Código Civil do ano de 2002, diante de um caso concreto:

Art. 1.584 - A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº. 11.698, de 2008).

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; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Destarte, a guarda compartilhada terá êxito diante de um relacionamento saudável entre os pais em prol do melhor interesse dos filhos.

As diretrizes quanto ao futuro e desenvolvimento da criança deverão caminhar de comum acordo, pois não será compartilhada a guarda que os pais agem e decidem de forma diversa quando na presença da criança.

3.1.1 Vantagens da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes, com o intuito de privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores, responsabilizando a ambos nos cuidados rotineiros relativos à educação e criação do menor, assegurando aos filhos o direito de ter os pais de forma contínua em suas vidas, ficando assim, mantida a ligação emocional com seus pais.

Os benefícios que a guarda compartilhada proporciona, afetam todos os envolvidos: os filhos, os pais e a Justiça. Outro benefício é que já que ambos terão a guarda dos filhos, estes deixaram de ser o centro da discussão judicial.

Os pais poderão continuar resolvendo outras questões na Justiça, mas os filhos não serão objeto delas. A criança sente-se por muitas vezes culpada pela separação dos pais, quando elas são motivos de discussão judicial.

Além disso, a guarda compartilhada proporciona aos filhos mais contato com os avós e familiares de ambos os lados, não privando a criança da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus pais.

Em relação aos pais, a guarda apresenta como principal benefício a igualdade quanto aos direitos e obrigações, assegurando que nenhum dos pais perca a convivência com seus filhos e que ambos em comum acordo tomem decisões que melhor se adapte ao interesse da criança.

Ao se tratar das obrigações a guarda compartilhada é mais justa ao atribuí-las aos pais, possibilitando maior flexibilidade nas suas vidas profissionais e sociais, levando em conta a nova realidade social.

A guarda compartilhada evita uma disputa entre os pais quanto a forma de educar seus filhos, evitando mágoas e conflitos.

Para os pais, que em grande parte são os não guardiões, no instituto da guarda exclusiva, percebe-se uma significativa mudança quanto ao instituto da guarda compartilhada, que faz com que os pais mantenham uma relação mais próxima dos filhos, ajudando a minimizar o sentimento de perda ou culpa que muitas vezes cerca a ruptura familiar.

Para as mães, em sua maioria detentoras da guarda, quanto da modalidade de guarda exclusiva ou unilateral, a guarda compartilhada é extremamente benéfica, as permitindo desfrutar de mais liberdade para suas atividades pessoais, e investimentos profissionais, já que não detém a inteira responsabilidade pelos seus filhos.

Essa liberdade poderia ser traduzida numa maior flexibilidade, para competir no mercado de trabalho, praticar um exercício físico regular ou até mesmo aumentar seu círculo de amizades e convívio social.

A guarda compartilhada propicia ao casal em entendimento ou ao juiz uma decisão fundada no princípio do melhor interesse da criança, que é dar continuidade ao bom e saudável relacionamento com os seus pais, direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 227 e no Estatuto da Criança e Adolescente em seu art. 19, como já descritos anteriormente nesse tema proposto.

3.1 2 Guarda Compartilhada Aplicada com e sem Alternância de Residência

A alternância de residências não é bem vista nem pela doutrina jurídica e nem pela jurisprudência. Muitos autores só concebem a guarda compartilhada legal, não admitindo a alternância de residências.

Porém, a favor ou contra não se pode negar a possibilidade de aplicar a guarda compartilhada também com residência alternada, sendo esta decisão tomada através do entendimento dos pais e dos juízes por um melhor interesse da criança.

QUINTAS, define a guarda compartilhada legal, onde não existe a alternância de residências, sendo:

"[...] A guarda compartilhada legal estabelece direitos e responsabilidades exercidos em conjunto, havendo a possibilidade de alternância da guarda física. Mesmo alternando entre a casa do pai e da mãe, o filho deve ter o mesmo horário para sair e

voltar, as mesmas determinações sobre o que pode e o que não pode fazer, garantindo-lhe a estabilidade necessária a toda criança, para que não ocorra como na guarda alternada, na qual em cada casa a educação, criação e limites são diferentes, uma verdadeira confusão sobre o que é certo e errado." (QUINTAS pag. 76)

Não há de que se questionar que a alternância de residências, possui desvantagens, quanto a não alternância de residências, principalmente quando os pais não resolvem os conflitos que levaram a ruptura familiar.

A alternância de residências também levará ao aumento dos custos, já que a criança terá duas casas. Mas quanto a obrigação de prestar alimentos não implica nenhuma modificação, como preceitua OLIVEIRA e MUNIZ:

[...] A obrigação de alimentos deriva da lei que prevê uma determinada situação de necessidade da qual se encontra uma pessoa que não pode prover a sua manutenção é expressão de solidariedade familiar, que independe de arranjo de guarda. (OLIVEIRA e MUNIZ, p.55).

Como ainda não é pacífico o entendimento em torno da alternância de residências, deve-se analisar caso a caso, para se tomar uma decisão, levando em consideração o desejo dos pais e suas capacidades e os desejos e sentimentos dos filhos.

Destarte, os argumentos utilizados a favor da aplicação da guarda exclusiva invés a guarda compartilhada, baseiam-se nas dificuldades que a criança teria em adaptar-se em duas casas, e na necessidade de que ela tenha um único referencial de lar.

O desconhecimento, das partes, da possibilidade de se adotar a guarda compartilhada com residência fixa, em que o filho mantém apenas uma residência, ou seja, a guarda compartilhada legal.

Portanto, na guarda compartilhada, poderá ser atribuída a guarda jurídica da criança a ambos os pais, permanecendo apenas um com a guarda física, sendo livre para o pai não residente o acesso a criança (não se usa nessa modalidade o termo visitação), participando este ativamente de sua vida, contribuindo para o seu desenvolvimento e se fazendo presente, e não somente exercendo o papel de manutenção e fiscalização, havendo assim, uma distribuição coerente de direitos e deveres relacionados aos filhos.

3.1.3 Guarda Compartilhada no Direito Comparado

A guarda compartilhada já é uma realidade em vários países do mundo, trazendo para nossa realidade experiências vivenciadas por famílias de diferentes costumes, culturas e fatores socioeconômicos do mundo. Em muitos países já existe legislação que a permite, e

outros ainda buscam consegui-la. Nestes países, como no Brasil, o melhor interesse da criança, a igualdade entre os sexos e o poder familiar como um direito e um dever dos genitores, fazem da guarda compartilhada uma prática judiciária.

A guarda dos filhos sofreu alterações na sua estrutura a partir da Revolução Industrial, onde o melhor interesse da criança tomou lugar de destaque, bem como, a igualdade entre os genitores.

A primeira lei que mencionava a guarda compartilhada surgiu na França, na década de 1970, com o objetivo de amenizar as injustiças causadas pela guarda exclusiva ou unilateral. A jurisprudência, começou a partir deste momento a optar por este instituto.

Segundo DOLTO, em 1984, o Tribunal de Cassação proibiria as decisões a favor da guarda alternada, acabando com a possibilidade quanto à alternância de residências. (DOLTO, Françoise, p.74).

Atualmente, com a nova lei, o Código Civil da França estabelece em seu artigo 372 que o pai e a mãe exercem em comum a autoridade parental, devendo o juiz em caso de discórdia decidir conforme o melhor interesse do filho, levando em conta os sentimentos exprimidos pela criança; atitude de cada um dos pais ao assumirem seus deveres e forma como respeitam o direito do outro; a idade da criança; as informações obtidas pelas pesquisas sociais e as experiências tidas anteriormente pelos pais.

A guarda exclusiva na França, diferentemente do Brasil, continua sendo exceção, de acordo com o artigo 373-2-1, sendo exercida apenas quando interessar a criança, assegurando o direito de visita, e o direito e dever de fiscalizar sua manutenção e educação.

Na Itália, o poder atribuído a ambos os pais pode ser encontrado em seu Código Civil, no arts. 316 e 317, assegurando não cessar o exercício do poder familiar por nenhum dos genitores após a separação.

Na Espanha, a guarda compartilhada foi marcada por protestos nas ruas das cidades, resultando em seus arts. 92 e 154 do Código Civil a previsão em que o divórcio ou a nulidade do casamento não eximem os pais de suas obrigações para com seus filhos e a ambos os pais é atribuído o exercício em conjunto sempre se baseando no interesse destes.

Na Bélgica, desde 1994, a guarda dos filhos após a separação permanece com ambos os pais, salvo os casos em que a Corte decida ao contrário.

No Japão, após a reforma do Direito de Família, o Código Civil Japonês passou a admitir a guarda compartilhada.

Na Inglaterra, na década de 1970, a guarda compartilhada tomou lugar de destaque, sendo atualmente a maioria das decisões em função da guarda exclusiva, sendo esta atribuída

apenas para as mães, o que motivou para muitos protestos por parte dos pais o que ensejou a criação de vários grupos de apoio a estes genitores.

Nos Estados Unidos da América, a guarda compartilhada surge com a igualdade entre os sexos e a busca do melhor interesse da criança.

Sendo na Califórnia, a partir da criação de um estatuto da guarda compartilhada que o novo arranjo tomou força e cresceu, atualmente, mais de 40 estados possuem estatutos onde a guarda compartilhada é prevista.

Em Portugal, a guarda compartilhada já vigora desde 1995, a Constituição de 1976 veio por fim no sistema patriarcal, igualando ambos os sexos e a eles dando o poder parental.

Portanto, foi em 1995, que a Lei n. 84/95, de 31 de agosto, alterou o Código Civil em seu art.1906, incluindo o interesse da criança e a opção dos pais pelo exercício em comum do poder familiar, não mencionando a possibilidade de na guarda compartilhada haver alternância de residências.

Percebe-se portanto que vários países destaca a importância da Guarda Compartilhada ao longo dos tempos.

3.2 GUARDA COMPARTILHADA, UMA ABORDAGEM À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

De acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art. 33 assim estabelece:

Art. 33 - A guarda obriga a 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. (Vide Lei nº 12.010, de 2009)

No que se refere à titularidade do poder familiar diante dos seus filhos menores ou maiores inválidos, o Código Civil de 2002, acentua que:

Art. 1.634 - Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Porém, nada é absolutamente definitivo no tocante ao instituto da guarda no nosso Direito de Família, mesmo que os pais se apresentem aptos, o que realmente prevalecerá é o interesse da criança diante do caso concreto, que poderá apresentar algumas exceções ao princípio da necessidade da presença de ambos os pais em seu desenvolvimento.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que tem força de lei, em seu art. 7, §1º, preceitua:

Art 7

§1º A criança é registrada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.

Como visto anteriormente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança ressalta a importância dos pais na vida de seus filhos, ao assegurar que a criança os conhecerá e será cuidada por eles, salvo se as autoridades competentes decidirem ao contrário.

Sendo assim, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, os Estados Partes, respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com estes, salvo se mostrar contrário ao princípio do melhor interesse da criança, senão vejamos:

Art. 9.

3 - Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

A presença dos pais é tão importante de fato na vida das crianças que o art. 10, da mesma Convenção, assegura:

Art. 10.

2 - A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.

Se os pais não vivem juntos, a guarda compartilhada é um arranjo de guarda que possibilita a manutenção das relações pessoais e do contato direto entre pais e filhos.

Ambos são importantes na vida da criança, não podendo determinar qual deles exercerá melhor a guarda se ambos estiverem capacitados.

Sendo assim, a guarda compartilhada se justifica na diferença das funções do pai e da mãe que se completam igualmente.

Não deve a Justiça, então, permitir que as desavenças do casal interrompam os vínculos com a criança e as atribuições de pai e de mãe que a própria natureza estabeleceu.

A psicóloga e professora da USP, Belinda Mandelbaum, discorre sobre as diferenças entre a função materna e paterna, definindo-as como:

"[...] a função materna é a do acolhimento, do cuidado, da contenção das angústias do filho. Quem exerce a função materna pode atender às necessidades da criança e promover uma situação de conforto e bem estar. Toda essa vivência é incorporada pela criança que desenvolve a sensação de segurança, de confiança. Já a função paterna, em linhas bem gerais, envolve tanto a função de acolhimento quanto à imposição de limites e regras claras. A criança precisa saber conter seus impulsos, voracidade, desejos e ansiedade, para a sua própria segurança, todo esse cuidado é muito importante para o desenvolvimento da criança." (MANDELBAUM, Acesso: 08/05/2015)

Defender o interesse das crianças, significa não apenas defender sua saúde física, mas também permitir que elas tenham a oportunidade de conhecer e desfrutar da importância e da riqueza do amor de seus pais.

Belinda Mandelbaum, ressalva ainda:

"[...] É fundamental que as famílias trabalhem essas questões conjuntamente. É preciso estimular a reflexão sobre o que é ser pai e o que é ser mãe. Pensar sobre o que representamos para nossos filhos e quais as nossas responsabilidades no desenvolvimento deles. E levar essas discussões para todos dentro da família." (MANDELBAUM, Acesso: 08/05/2015)

Destarte, que o melhor interesse da criança, é evocado pelo poder judiciário quando se trata de decisões envolvendo menores no âmbito da família.

O princípio do melhor interesse do menor permanece como prioridade absoluta, considerando as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais.

Cabe acrescentar, que o princípio exposto, possui estreita ligação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos humanos, fundamentos primordiais da Constituição Federal de 1988.

3.3 CONSIDERAÇÕES A NOVA LEI N°. 13.058/2014

O Código Civil de 2002 instituiu a guarda compartilhada dos filhos menores em caso de divórcio do casal através da Lei n°. 11.698, de 2008, que veio alterar alguns artigos do citado Código Civil.

Recentemente, no dia 22 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei n°. 13.058, trazendo novamente novas alterações ao Código Civil no que diz respeito à guarda compartilhada, de forma a atualizar o texto legal, alterando os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 do Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação em seu artigo primeiro:

Artigo primeiro - Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

A guarda compartilhada visa o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe após a ruptura familiar diante de uma convivência equilibrada entre ambos os genitores com seus filhos, tendo em vista os interesses dos mesmos.

Há de se pontuar que a aplicação da guarda compartilhada não significa que os filhos menores terão obrigatoriamente duas moradias e permanecerão morando ora com um ora com outro, pois este se trata do instituto da guarda alternada.

Como preceitua, em seu art.1.583, § 2:

Art. 1.583

§2 ° - Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

As modificações que vieram com as alterações da Lei nº 13.058, de 2014 foi que não havendo mútuo acordo em relação à guarda, o magistrado priorizará a guarda compartilhada, desde que ambos os pais tenham condições de exercer o poder familiar.

Portanto, após o término da sociedade conjugal, na hipótese dos cônjuges não entrarem em acordo quanto a guarda dos filhos e, caso ambos possuam condições de exercê-la, a regra será não mais a guarda exclusiva ou unilateral, e sim, a guarda compartilhada.

Como podemos verificar em seu art. 1.584, §2°:

Art. - 1.584

§2° - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

A única exceção admitida será quando nenhum dos genitores possuir interesse na guarda da criança, situação em que caberá ao Juiz, designar uma audiência de conciliação prévia para ouvi-los e definir quem exercerá a guarda do filho do casal.

Confere-se, neste caso, a prerrogativa ao juiz de conceder atribuições a cada um dos pais em relação ao dia a dia dos filhos menores.

A guarda compartilhada é uma evolução, portanto, para que ocorra a sua efetivação no que tange o seu exercício, necessita-se o mínimo de contato e possibilidade de negociações entre os genitores.

No que diz respeito à moradia, nada se alterou, continuou-se priorizando o melhor

interesse da criança, com quem e em que cidade os filhos menores irão residir.

Quanto às visitas, devem ser acordadas entre os pais ou definida pelo juiz, já que o exercício das obrigações diárias referentes à guarda e ao poder familiar não tira da parte que não reside com o filho menor o direito de manter a convivência e de exercer prerrogativas.

Acredita-se que mais decisões decretando a guarda compartilhada aos pais em relação aos filhos surgirão a partir desta nova Lei. Há de se destacar que a relação entre as partes envolvidas devem ser menos conflituosas o possível para o sucesso efetivo desta modalidade de guarda.

Destarte, ambos os pais deverão possuir boas condições físicas e emocionais para obterem o direito do exercício da guarda compartilhada, protegendo e cuidando de seus filhos menores, como dispõe o art. 227 da Constituição Federal de 1988 e art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. – 227. 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.

Art. – 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Assim, a Lei n.º 13.058, de 2014, assegura aos filhos menores a convivência com seus pais, tendo estes o dever de proporcionar um desenvolvimento sadio e pleno à criança, fundamental a sua formação.

CAPÍTULO IV

4. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DA UNIÃO ESTÁVEL E SUAS ATRIBUIÇÕES QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA E AS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

Após promulgação da nova Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada tornou-se regra, com ou sem acordo entre os pais. A guarda compartilhada passou a ser a prioridade, a primeira opção em todos os casos, a menos que haja motivo excepcional, contrário a sua aplicação, sendo assim:

QUINTAS, preceitua:

"[...] Configura-se a dissolução da sociedade conjugal de fato, quando os cônjuges manifestam o desejo de não mais viverem juntos ou coabitarem, rompendo o vínculo conjugal sem ou com intervenção do Judiciário quando houver filhos menores ou incapazes." (pag. 98, A guarda Compartilhada)

Em se tratando especificamente do divórcio litigioso, nem sempre o foco do conflito envolve os filhos, muitas vezes o acordo não acontece, apenas por questões patrimoniais, podendo a guarda compartilhada, atualmente ser aplicada também nas dissoluções familiares litigiosas.

O art.1.584, §2º, do Código Civil de 2002, alterado pela Lei nº. 13.058/2014 estabelece:

Art. - 1.584

§2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Portanto, não se deve atribuir a guarda de uma criança ao pai que não tenha interesse em assumi-la, pois a guarda, não obstante seja sua obrigação, não tornaria conveniente manter a criança em sua companhia, ferindo o princípio basilar desta instituição que é pelo melhor interesse da criança.

A guarda compartilhada será como regra geral aplicada mesmo que os pais estejam travando uma batalha judicial, desde que os filhos não sejam o ponto de discussão, daí a importância da mediação.

O código civil em seu art. 1.579, parágrafo único, manteve as mesmas regras da legislação especial no que tange o divórcio, sendo elas não modificar os direitos e deveres dos

pais em relação aos filhos e nem o novo casamento de um deles ou de ambos importar restrições a esses direitos e deveres, veremos:

Art. 1.579 - O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

O Código Civil, quanto ao descumprimento imotivado da guarda decretada, em seu art. 1.584, §4º e em seu art. 942, parágrafo único, cc/ Art. 932, I, também dispõe:

Art. 1.584

§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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 932 - São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Art. 942 - Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Responderão, objetivamente e solidariamente os pais, sobre os atos danosos perpetrados pelos filhos menores, após a dissolução da sociedade conjugal, sendo esta consensual ou litigiosa.

Assim, considerando o instituto da guarda na União Estável, disciplinou o referido artigo da Constituição Federal de 1988:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Ao se tratar da guarda na união estável, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §3º, referido acima, criou um novo modelo de entidade familiar, garantindo aos filhos a convivência familiar, recorrendo-se aos mesmos critérios adotados na dissolução da sociedade conjugal propriamente dita,

Cabe observar, quando se tratar de famílias monoparentais, cujos pais nunca haviam estado juntos, a guarda será dada exclusivamente a mãe com todos os atributos da modalidade

da guarda exclusiva ou unilateral e se for de seu desejo, poderá através de pedido judicial requerer a guarda compartilhada.

4.1 A MEDIAÇÃO NA EFETIVA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A mediação é o instrumento adequado para se conseguir um bom entendimento entre os pais. A decisão nasce em comum acordo das partes, fazendo com que sua aplicabilidade não seja passiva de discussões e desentendimentos.

Sendo a mediação um espaço precioso para a organização da nova situação enfrentada, através da ajuda de um terceiro mediador, que com técnicas apropriadas facilite a comunicação e propicie que as soluções e tomadas de decisões sejam propostas e acordadas pelas partes.

A resolução da mediação, faz com que as partes fiquem mais satisfeitas do que quando não são impostas por um juiz competente.

A mediação é um acordo que se baseia no real interesse das partes e prioriza o melhor interesse da criança, apontando a importância e a responsabilidade de ambos os pais no desenvolvimento de seus filhos, cujos pais deverão possuir um bom relacionamento entre eles, caso contrário, não seria possível a sua aplicabilidade.

A mediação, portanto, favorecerá a negociação das diferenças e a comunicação entre os pais quanto à modalidade de guarda que melhor se aplica ao interesse de seus filhos.

Importante, destacar, que na mediação o mediador não opinará, não decidirá e não irá propor soluções, sendo proibido de usar seus artifícios e conhecimentos profissionais para induzir as partes.

O mediador deve ser imparcial, podendo ser um advogado, um psicólogo, um médico, preparado para auxiliar as partes, através de uma negociação consensual para resolverem os seus conflitos.

Mesmo que não se chegue a um acordo, terá havido uma tentativa de comunicação com intuito de amenizar o conflito, o sofrimento das partes. Os juízes não perdem suas funções com a mediação, podendo a qualquer tempo rever a situação, pois, importante destacar, que os acordos mediados, não obrigam nem os envolvidos e nem os juízes até que sejam homologados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe reiterar novamente que o propósito deste estudo não foi esgotar totalmente o assunto proposto no referido trabalho.

No entanto foi percebido que a Guarda Compartilhada tem como objetivo fortalecer o referido instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Passando a ser regra no país mesmo não havendo acorde entre os genitores.

A guarda compartilhada não se confunde, no entanto, com a guarda alternada. A residência fixa da criança será determinada e o genitor que não possuir a guarda física terá o seu direito de convivência garantido, bem como, as decisões conjuntas quanto às responsabilidades e o exercício de seus direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, buscando-se sempre priorizar o melhor interesse da criança, promovendo o equilíbrio e o bem estar do menor.

Não se tratará, portanto, de fazer com que a criança submeta-se a alternância de residências, por se tratar de sobrecarga contrária aos seus interesses e preservação de sua identidade.

Importante ressaltar que ainda que a guarda compartilhada tenha se tornado regra, ela não é obrigatória e muito menos absolutamente definitiva, devendo ser minuciosamente analisado cada caso concreto, podendo ser alterada a qualquer tempo por autoridade competente.

Se um dos genitores voluntariamente abrir mão da guarda compartilhada ou se o juiz considerar que um deles não possui as condições necessárias para exercê-la, outra forma de guarda será determinada.

Ao que se refere aos acordos ou decisões firmados anteriormente a nova Lei a mudança para a guarda compartilhada não será automaticamente necessária, a não ser que um dos pais deseje expressamente sua revisão na Justiça.

A pensão alimentícia também permanece como foi acordada ou fixada entre as partes, sendo que eventual alteração também deverá ocorrer judicialmente, a fim de que lhe seja atribuída valor jurídico.

De todo o exposto durante o trabalho, os princípios norteadores do Direito de Família, presentes em nosso ordenamento jurídico e na nossa Constituição Federal, devem ser assegurados no que concerne ao instituto da guarda compartilhada, principalmente o melhor interesse da criança e do adolescente, a maternidade e paternidade responsável, e a

preservação e manutenção efetiva do vínculo familiar, atenuando os prejuízos advindos da ruptura conjugal.

Frente aos novos moldes de família e suas transformações estruturais, a mediação tem como alcance os reais desejos e necessidades de cada família, o que promoveriam e efetivariam a aplicação da guarda compartilhada em nossos Tribunais.

Posto, essas razões, ainda, se faz necessária uma ampla divulgação quanto ao tema proposto para que o instituto se fortaleça.

Sendo prioritária a conscientização das famílias brasileiras e dos juízes competentes da importância de preservarem o relacionamento mútuo entre os genitores após o divórcio.

Assim, entendemos que os filhos como sujeitos de direito devem ser respeitados em sua formação física e moral, em prol do melhor interesse da criança, zelando sempre por sua total integridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3ª edição. Coimbra: 2013.

BEVILÁCQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Comentado por Clóvis Bevilácqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27º de agosto de 1962**. Código Civil. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>> . Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <<https://juridmais.com.br/codigo-civil--1916---revogado-->>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2015.

_____. **Lei nº 4.121, de 27º de agosto de 1962**. Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 maio 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Índice elaborado por Edson Seda. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1994.

_____. **Lei nº 11.698, 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 de março de 2015.

_____. **Lei nº 13.058, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____. **Código Civil de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 de abril 2015.

_____. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 abril 2015.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

COSTA, Elder Lisbôa Ferreira da. **História do Direito de Roma à História do Povo Hebreu-Muçulmano: A evolução do Direito Antigo à Compreensão do Pensamento Jurídico Contemporâneo .** Belém: Editora: Unama, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado,** 9.ed.rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOLTO, Françoise. **Quando os Pais se Separam.** Entrevista conduzida por Ines Angelino. Tradução Eduardo Saló. Lisboa: Editora notícias, p. 65.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família, volume 6.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010;

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Quem Melhor Decidir a respeito?** São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <[http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/371-guarda-compartilhada-quem-melhor-para-decidir-a-respeito-`](http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/371-guarda-compartilhada-quem-melhor-para-decidir-a-respeito-)>. Acesso em: 25 de abril de 2015.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **História do Direito:** Ordenações Filipinas e considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2015.

MANDELBAUM, Belinda. **Agosto é tempo de homenagear os pais.** As novas relações familiares. São Paulo: BlogMor, 2012. Disponível em: <<http://www.mor.com.br/blog/2012/08/agosto-e-tempo-de-homenagear-os-pais/>>. Acesso em: 08 de maio de 2015.

MENESES, Fabrício Cardoso de. Guarda compartilhada e pensão alimentícia . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4168, 29 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32678>> . Acesso em: 25 de abril de 2015.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. **Curso de Direito de Família.** 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2002.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha Albuquerque. **Guarda Compartilhada.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de Direito Romano.** 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. volume 6. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.