



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

RAQUEL BRANDÃO DE MAGALHÃES

GUARDA COMPARTILHADA

BARBACENA
2011

RAQUEL BRANDÃO DE MAGALHÃES

GUARDA COMPARTILHADA

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

Orientador: Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira.

**BARBACENA
2011**

Raquel Brandão de Magalhães

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada à universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

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

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

Profª. Me. Vilmaria Lúcia Rodrigues Teixeira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

AGRADECIMENTO

A Deus pela força espiritual para a realização desse trabalho;

Aos meus pais pela oportunidade e incentivo;

Ao meu namorado pelo amor e paciência, graças a sua presença foi mais fácil passar pelos dias de desânimo e cansaço;

Ao professor Rafael Francisco de Oliveira pela orientação deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia discorre acerca da guarda compartilhada, tendo como principal objetivo efetuar um estudo apurado de fatores relevantes ligados ao tema, demonstrar as mudanças trazidas com a instituição da guarda compartilhada, além das consequências e vantagens que o seu deferimento poderá acarretar aos filhos no rompimento da relação conjugal. Como o interesse do menor é maior e deve sempre prevalecer na ocasião do deferimento da guarda, não se vê obstáculo para a concessão do instituto uma vez que assim será assegurada ao menor uma maior integração com ambos os genitores. A guarda compartilhada dos filhos, apresenta suas peculiaridades, características próprias e necessárias para a sua escolha, pois os modelos atuais de guarda existente em nosso ordenamento jurídico, privilegia apenas um dos genitores. Assim, a guarda compartilhada vem auxiliar as carências que outros modelos de guarda possuem.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

This monograph discusses about the custody, having as main objective to make an accurate study of relevant factors relating to the subject, demonstrate the changes brought to the institution's custody and the consequences and advantages that its acceptance could result in in disruption to the children the marital relationship. As the interest of the child is larger and must always prevail at the time of acceptance of the guard does not see an obstacle to the granting of the institute since it will be well secured to the lower greater integration with both parents. The custody of children, has its peculiarities and characteristics necessary for their choice, as current models of existing stores in our legal system favors only one parent. Thus, the custody has been assisting the needs that other models have a guard.

KEYWORDS: Guard. Custody.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	BRVE HISTÓRICO	08
3	PODER FAMILIAR	10
4	A GUARDA DOS FILHOS.....	13
5	GUARDA COMPARTILHADA.....	18
5.1	O novo artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil.....	19
5.2	Vantagens de desvantagens da guarda compartilhada.....	23
5.2.1	Vantagens	23
5.2.2	Desvantagens	24
6	CONCLUSÃO.....	26
	REFERÊNCIA	27

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a guarda compartilhada, instituída no ordenamento jurídico brasileiro por força da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, que consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade.

Outros modelos de guarda visa privilegiar a soberania da mãe na maioria dos casos, levando prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional, quanto social em seu desenvolvimento. Essas limitações atingem também o próprio pai, pois a falta de contato mais íntimo para com seu filho, enfraquece os laços familiares, privando-o de passar seus valores e o convívio com sua família.

O instituto da guarda compartilhada foi favorecido por um contexto histórico, onde a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre o homem e mulher, e o maior aprofundamento trazido pelas contribuições de vários campos do saber, exigiu um novo entendimento acerca do que abrangeria o melhor interesse do menor, quanto à separação de seus pais.

O desacordo entre os pais é a principal restrição e o maior obstáculo para que a justiça brasileira defira a guarda compartilhada, que assume grande importância priorizando o convívio do menor com ambos os genitores, pois reserva aos dois o direito de participar das decisões que se referem à criança.

2 BREVE HISTÓRICO

No século XVIII, a criança era como um objeto que pertencia ao pai, e com o passar do tempo, a mãe começou a ter preferência pela guarda dos filhos, mas adiante a visão sobre a responsabilidade dos pais foi se modificando, de forma que fosse atribuída igualmente.

A questão relacionada à guarda dos filhos foi objeto de várias reviravoltas ao longo dos tempos. Houve momentos em que a responsabilidade sob a prole era exclusivamente do homem, outrora da mulher. Já em outro momento da história, como a revolução industrial, a responsabilidade de cuidar dos filhos foi delegada à mulher. O homem não possuía nenhum papel na educação de sua prole. (STEFANI, 2009).

Na busca de se equilibrar as atribuições legais e efetivas dos pais para com seus filhos, surgiu na Inglaterra em 1.960, a guarda conjunta, oriunda de decisão judicial que instituiu um sistema de guarda, no qual ambos os pais deveriam compartilhar das decisões que envolvessem seus filhos. Devido aos seus benefícios, este sistema de guarda alastrou-se para a França, Canadá e depois Estados Unidos. Hodiernamente, este modelo de guarda está se difundindo mundo afora, inclusive no Brasil, como sendo o mais adequado e benéfico nas relações paterno-filiais, de forma a amenizar o sofrimento dos filhos devido à separação dos pais. (SANT'ANA, 2010).

A guarda compartilhada já foi aceita no ordenamento jurídico de diversas nações, sendo algumas há muito tempo e outras recentemente.

O poder familiar tem marcante presença na história do homem civilizado. A doutrina, em geral, toma o direito romano como ponto de partida para o seu estudo evolutivo. O pátrio poder em Roma era um poder absoluto sem limites de duração prolongada. A tradição romana consagrava a predominância do pai sobre o filho e lhe atribuía um poder perpétuo em razão dos seus descendentes, seu exercício era temporário, suas funções eram também atribuídas à mãe e não impedia que os filhos possuíssem bens.

Nosso Código Civil, promulgado em 1916 e que vigorou até 2002, acompanhou a linha que nos legara o direito lusitano, passando por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos que consagraram os ideais de

igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre estes e os pais. O quadro legislativo logo absorveu as mudanças, vindo a lume o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, confiando a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse desses. O Código Civil Brasileiro de 2002, de acordo com os artigos 1.631 e 1.634, atribuem a ambos os pais em unidade substancial, a direção da criação e da educação dos filhos. (GRISAD FILHO, 2010).

3 PODER FAMILIAR

Poder familiar é o antigo pátrio poder, na época do Código Civil de 1916 quem exercia o poder sobre os filhos era apenas o pai, não se falando sobre o poder do pai e da mãe. Por ser exercida por ambos os pais, em regime de igualdade de condições, não seria, atualmente, adequada a expressão pátrio poder, que foi substituída por poder familiar pelo Código Civil de 2002. (FIUZA, 2008).

O poder familiar constitui um direito subjetivo dos pais nas relações externas, direito à função própria, para que possam levar a cabo o ofício que lhes é encomendado. Nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o poder familiar é um conjunto incidível de poderes-deveres, que deve ser exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos. São poderes (autoridade) aos quais correspondem deveres (obrigações) que o titular não pode deixar de cumprir, pois é de interesse público que os cumpra. O poder familiar, assim, não é só um conjunto de direitos que se exercem no interesse exclusivo de seus titulares, o pai e a mãe, mas do exercício de um dever em atenção aos interesses dos filhos. (GRISAD FILHO, 2010).

Com advento da Constituição Federal de 1988, prescreve o artigo 226, parágrafo 5º, “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Portanto, a titularidade do poder familiar passou a ser exercida igualmente e simultaneamente entre os cônjuges, todas as decisões são tomadas em conjunto pelo casal, não havendo mais distinção. Na falta de um, o outro exercerá o poder familiar e, vice-versa, havendo divergência o juiz decidirá o conflito. No entanto, são de responsabilidades dos cônjuges à administração da pessoa e dos bens dos filhos não emancipados. (OLIVEIRA, 2010).

De acordo com Lôbo, (2006) o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/ 1990) trata do poder familiar em duas passagens:

- a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, artigos. 21 a 24
- b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à

suspensão do pátrio poder, artigos. 155 a 163, que estabelecem regras próprias, uma vez que a legislação processual é apenas supletiva.

Continuando, Lôbo (2006) declara que as regras procedimentais do ECA/1.990 permanecerão, pois o novo Código Civil delas não trata nem é com elas incompatível. No ECA/1.990 são legitimados para a ação de perda ou suspensão do poder familiar o Ministério Público ou "quem tenha legítimo interesse". Prevê-se a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado a pessoa idônea (art. 157). A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163).

Quanto ao direito material, há convergência entre o novo Código Civil e o ECA/1.990 sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o novo Código Civil, repetindo o anterior. No ECA/1.990 há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no novo Código Civil, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (artigos. 22 e 24). Como a menoridade, no novo Código Civil, foi reduzida para até os 18 anos – deixou de haver divergência com o que o ECA/1.990 denomina de criança (até 12 anos) e adolescente (até 18 anos) – para fins do poder familiar, passa a ser a denominação comum aos campos de aplicação de ambas as leis. (LÔBO, 2006).

Os filhos têm direito ao nome, competindo aos pais educar, criar, manter os filhos em sua guarda e companhia, representa-los até os 16 e assisti-los até os 18 anos. Os pais poderão administrar os bens dos filhos menores, sendo-lhes proibido qualquer ato que importe perda patrimonial. Também terão usufruto sobre esses mesmos bens. Uma vez atingida a maior idade, os filhos poderão exigir prestação de contas dessa administração. São quatro os casos de cessação de poder familiar: a morte dos pais ou do filho; a emancipação; a maioridade e a adoção, caso em que haverá transferência dos pais naturais para os adotivos. A suspensão será temporária, determinando o juiz o tempo de sua duração, a pessoa cujo poder familiar foi suspenso perde todos os direitos em relação aos filhos. Ocorre por ato do próprio juiz, a requerimento do Ministério Público ou de algum parente, quando houver abuso ou mau exercício do poder familiar, ou quando o pai ou a mãe forem

condenados a pena de prisão superior a dois anos. Os casos de perda do poder familiar são: castigos imoderados, abandono, prática de atos imorais e realização reiterada dos atos que enseja a suspensão do poder familiar. A perda é definitiva. (FIUZA, 2008).

O filho deve permanecer na família e ligado aos pais, conforme preconiza o artigo 19 do Estatuto Da Criança e do Adolescente:

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.

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro. Todos os atributos do poder familiar de ordem pessoal estão sujeitos, no seu exercício, ao controle do Estado, seja administrativo ou judicial, com o escopo de evitar o jugo paterno, limitando-o no tempo, restringindo-lhe o uso e dele suspendendo ou destituindo os pais negligentes, nas hipóteses previstas em lei. (GRISAD FILHO, 2010).

É baseado no poder familiar que se determina a guarda do menor em favor dos pais.

4 A GUARDA DOS FILHOS

O conceito de guarda é abrangente, advém da necessidade de cuidado e proteção que dependem os menores. Implica a preservação do crescimento, educação da sólida formação, além da saúde física e psíquica. A guarda é atribuição do poder familiar; é um direito e dever que compete a ambos os pais, tendo os dois à mesma responsabilidade material, educacional e social em relação às crianças, mesmo quando há a dissolução do casamento ou união estável. (MOREIRA, 2010).

Portanto, guarda dos filhos é um direito e dever de quem permanece com a responsabilidade dos filhos, com o intuito de protegê-los e educa-los, garantindo-lhes um crescimento saudável.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, a guarda é um poder/dever que compete aos pais de ter os filhos em sua companhia e o de protegê-los em sentido amplo, defendendo-os contra os males que comprometem sua boa formação cultural e moral. É dever, porque implica várias obrigações e responsabilidades. (MARQUES, 2009).

Assim, nos diz o artigo 227 da Constituição Federal Brasileira:

Artigo 227: É dever da família, sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 1º, início), mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor – criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta, como se fosse uma família natural, de maneira duradoura (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 1º, início), ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 1º, fim) ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos

casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 2º). (ROMERA, 2011).

De acordo com Grisard Filho (2010), a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta. Na guarda está o dever de vigilância que, lenta e constantemente, atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor e na sua formação integral.

Continuando, diz o autor que a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviver pacificamente, ou seja, a primeira (guarda) não exclui o segundo (o poder familiar). A guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior grau de independência, possui desdobramentos próprios.

Enquanto a família permanece física e espiritualmente unida, não se costuma evocar questões relativas à guarda de filhos menores. Estas afloram de imediato, tão logo surjam os primeiros sinais de discórdia. O feixe de direitos e deveres que se estabelecem nas relações parentais é exercido conjuntamente pelos pais e pela mãe em plena igualdade de condições, eles não se alteram com o advento da separação ou do divórcio dos genitores, para os quais não há ruptura, nem restrições, nem isenções, exonerações ou limitações de direitos ou deveres de suas funções parentais. (GRISARD FILHO, 2010).

Segundo Grisard Filho, (2010), existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais do filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscando em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério de decisão do juiz. O interesse do menor constitui o princípio básico informador à atribuição da guarda, com toda a carga de subjetividade que carrega. Entretanto, sua determinação não dispensa a pesquisa de outros princípios, supletórios, como a idade e o sexo do menor, a irmandade e a opinião do menor. Dentre esses a conduta dos pais, se por um lado, a discricionariedade do juiz leva em consideração as necessidades do menor, por outro, também são levadas em consideração as condições que cercam

os pais, sejam materiais (profissão, renda mensal, habitação), sejam morais (ambiente social, idoneidade, reunião de caráter). Tratando-se de guarda de filho menor, deve atender-se ao interesse da criança e às condições e comportamento dos pretendentes à guarda. Na atribuição da guarda, pais e filhos devem ser considerados em suas necessidades, direitos e limitações. É preciso que a decisão judicial considere os sujeitos ativo e passivo do instituto em sua globalidade, objetivando a solução mais justa e que priorize o prevalente interesse da prole.

A guarda é relação típica do poder familiar. Ocorre que, nem sempre serão os pais os titulares da guarda. Esta poderá ser concedida a terceiro, como o tutor, ou a alguém que não exerça a tutela, como é o caso da guarda provisória no processo de adoção, ou da guarda provisória conferida a um parente, enquanto pai e mãe disputam a guarda do filho menor, ou mesmo como é o caso da guarda definitivamente atribuída à terceiro, quando o juiz verificar que os genitores não têm condições de deter a guarda. Nesta hipótese, a guarda será deferida de preferência a um parente, observados o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (FIUZA, 2008).

As espécies de guarda compatíveis com o nosso ordenamento jurídico são: guarda unilateral ou dividida, guarda alternada e guarda compartilhada.

Guarda unilateral ou dividida é a espécie pela qual a guarda pertence a um dos genitores e o outro contribui com o sustento dos filhos, pagando verba obrigacional, em direito denominada alimentos. Ao genitor que não detém a guarda fica resguardado o direito de visita, tendo a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos (MARQUES, 2009), conforme o artigo 1.583, § 3º do Código Civil:

Artigo 1.583, § 3º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Nesta modalidade, o detentor da guarda toma as decisões sozinho, sem consultar o genitor que não possui a guarda, que por consequência acaba se distanciando da educação dos filhos.

A guarda alternada ocorre quando cada um dos pais detiver a guarda do filho, segundo um ritmo temporal, que pode ser organizado de ano em ano, ou quando até de partes do mesmo dia. Cada um dos pais deterá a guarda,

alternadamente, quando a ele incumbir à tarefa de cuidar diretamente do filho. Não deixa de ser uniparental, só que alternada. A cada momento um dos pais a deterá. (FIUZA, 2008).

Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a ele, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança. (GRISARD FILHO, 2010).

A falta de residência definitiva faz com que essa modalidade de guarda não seja muito aceita e utilizada em nosso país.

A guarda compartilhada, em sentido amplo, é conjunta. O filho ficará na companhia de um dos genitores, mas ambos terão legalmente sua guarda. O fato de o menor possuir residência fixa junto a um dos pais, não impedirá a convivência familiar indiscriminada e o exercício solidário do poder familiar em seus múltiplos aspectos. Segundo o artigo 1.583, § 1º do Código Civil, a responsabilidade dos pais pelos filhos será conjunta na guarda compartilhada. A se entender literalmente o dispositivo, isso equivale a dizer que, causando o filho um dano à terceiro, este deverá acionar ambos os genitores em conjunto. Não se trata de responsabilidade solidária nem subsidiária, é conjunta. (FIUZA, 2008).

Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. (GRISARD FILHO, 2010).

A guarda compartilhada não é algo que se imponha. Parte do pressuposto de que não haja inimizade entre os pais.

A fixação da guarda não se submete à autoridade da coisa julgada, embora esse seja um instituto que está ligado ao fim do processo e à imutabilidade da sentença, visando dar segurança às relações jurídicas individualizadas. (GRISARD FILHO, 2010).

A partir da Constituição Federal, o princípio que impera na concessão da guarda é do melhor interesse da criança. A guarda pode ser sempre modificada,

desde que constatado que aquele genitor que a detém não é o que atende ao melhor interesse da criança, aquele que não mais revele aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação. (artigo 1.583, § 2ª, incisos I, II e III do Código Civil). Para que ocorra tal modificação, há necessidade de intervenção do Estado-Judiciário, mediante processo próprio, com a previsão de que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, sob ato judicial decisório fundamentado, ouvido o Ministério Público, (artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente). (MARQUES, 2009).

A cessação da guarda não significa que os pais percam a titularidade da autoridade parental, pois o rompimento do casal não atinge os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos. (GRISARD FILHO, 2010).

Os pais não podem renunciar da guarda e nem transferi-la sozinha, a guarda só se desvinculará do poder familiar nos casos expressamente previstos em Lei, ou seja, guarda provisória no processo de adoção; guarda provisória a terceiro, no caso de litígio entre os pais; tutela por morte dos pais, suspensão ou perda do poder familiar. (FIUZA, 2008).

As decisões de guarda não transitam em julgado, mas fazem coisa julgada formal, daí poder-se afirmar serem passíveis de reexame, através de ação própria. É bom ressaltar que em matéria de direito de família, principalmente no que tange à guarda e o direito de visitação, não existe caducidade ou ineficácia da liminar concedida quando não proposta a ação principal no prazo de trinta dias, desta forma, os filhos não são e nem poderiam ser objeto da autoridade parental. São em verdade, sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não meros sujeitos passivos mais precisamente, os destinatários do exercício deste direito subjetivo com a preocupação de se atingir a dupla realização dos interesses do filho e dos pais. (LEITE, 2010).

5 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada no direito brasileiro tem como fundamento o art. 5º da Constituição Federal, a igualdade entre homens e mulheres. Em especial, o § 5º, do art. 226, da Constituição acrescentou que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

A afirmativa tem como razão a circunstância de se entender que esta igualdade se projeta na questão do poder familiar, fazendo com que, na separação dos pais, este poder continue sendo exercitado por eles, sem interrupção, a fim de minimizar os efeitos traumáticos da separação. (MARQUES, 2009).

Observa-se que, apesar de não ser expressa na Constituição Federal Brasileira, não há vedação da mesma referente à guarda compartilhada.

Guarda compartilhada, também denominada de guarda conjunta, consiste na situação jurídica, onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse.

Por não ser muito aplicado o instituto da guarda compartilhada pelo judiciário brasileiro, vários movimentos de pais separados, iniciaram um debate que acabou criando um projeto de lei referente à guarda compartilhada.

As exigências socioeconômicas da vida moderna, principalmente a inserção da mulher no mercado de trabalho, alteraram os padrões familiares de convivência entre os parceiros e entre eles e seus filhos. (GRISARD FILHO, 2010).

Assistindo a iniciativa daqueles movimentos, o Deputado Tilden Santiago (PT-MG) apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.350 de 25/03/2002, com a finalidade de alterar os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, instituindo a guarda compartilhada reconhecendo assim como a melhor forma de criação dos filhos, dando aos pais plena igualdade na responsabilização.

O autor do projeto em sua justificativa aponta que a guarda compartilhada tenta reorganizar as relações entre pais e filhos diminuindo assim os traumas perante o distanciamento de um dos pais.

Aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto foi encaminhado ao Senado da República e a ela retornou para apreciação do Substitutivo ao Projeto da Câmara dos Deputados 58/2006, oferecido pelo Senador Demóstenes Torres (DEM-GO). De

volta à casa de origem, a Relatora da matéria, Deputada Cida Diogo, manifestou-se pela aprovação do Projeto nos termos do Substitutivo, reconhecendo significativo avanço e aperfeiçoamento na legislação de família, ao disciplinar de matéria mais minuciosa as diversas situações que surgem na atribuição da guarda, tratando não só da guarda compartilhada como também da unilateral. Aprovado na Câmara, o projeto foi sancionado pelo Presidente da República no dia 13 de junho de 2008, e o seu texto publicado no dia 16 de junho de 2008, convertendo-se na Lei 11.698/2008, assim ementada: “Altera os arts. 1.583 e 1.584 da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada”. (GRISARD FILHO, 2010).

Somente com a Lei nº 11.698/2008, é que a guarda compartilhada passou a ter explícita referência legal, antes a essa lei, não era proibida a guarda compartilhada, desde que de pleno acordo entre os pais, mas era abordada de forma implícita pela antiga redação do art. 1.583 do Código Civil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, também de forma implícita, autorizava em alguns dispositivos, a adoção da guarda compartilhada, levando-se em conta que a guarda em qualquer de suas formas, tem como finalidade atender o maior interesse das crianças, por estarem em desenvolvimento.

O exercício compartilhado da guarda obriga aos pais conciliar e harmonizar suas atitudes em favor do bem estar dos filhos, dando a eles a oportunidade de serem criados por ambos os pais, trazendo assim forte estabilidade emocional.

Essa forma de guarda, além de gerar efeitos benéficos e visíveis para as crianças, provocará aos pais a consciência de que a maternidade e a paternidade deverão ser exercidas de forma mais responsável após a separação. Alguns homens perceberão que a tarefa de serem pais, vai muito além de contribuir mensalmente com certa quantia, já as mulheres, darão conta de que o pai tem um papel tão importante quando o dela para a formação dos filhos.

5.1 O novo artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil

O Artigo 1.583 Do Código Civil tinha a seguinte redação:

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.

A lei 11.698/2008 deu ao art. 1.583 do Código Civil a seguinte redação:

A guarda será unilateral ou compartilhada:

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

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

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º. (Vetado).

A primeira parte do § 1º do art. 1.583, conforme a redação dada pela Lei 11.698/08 define a guarda unilateral como aquela que é atribuída a um dos genitores ou a alguém que o substitua, terceira que não detenha sobre a criança o poder familiar (avós, tios, etc.). Na guarda unilateral, enquanto um dos cônjuges tem a guarda, o outro tem o direito a regulamentadas visitas, tendo assim, o inconveniente de estar privando os filhos da convivência diária de um dos pais.

A segunda parte deste mesmo parágrafo define como guarda compartilhada a obrigação conjunta de ambos os pais, de exercícios de direitos e deveres, que não vivam sob o mesmo teto, concernente ao poder familiar dos filhos em comum, partilhando aspectos pessoais e materiais relativos à vida dos filhos, que irão conviver na companhia dos pais.

Como a guarda unilateral pode ser atribuída não só a um dos pais, mas também a terceira pessoa, igual possibilidade não se exclui na atribuição da guarda compartilhada, podendo igualmente ser deferida a terceira pessoa. (GRISARD FILHO, 2010).

O legislador claramente estabeleceu no § 2º do art. 1.583 o princípio do melhor interesse da criança como o critério fundamental da atribuição da guarda,

prevendo que seja concedida àquele que revele melhores condições para exercê-la, dando assim mais aptidão para proporcionar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança, e educação.

Adotando o regime de guarda unilateral, como permite o § 3º, do art. 1.583 da nova lei, o genitor que não detém a guarda do menor terá o poder-dever de supervisionar ou inspecionar os interesses dos filhos verificando se estes estão de acordo com os elencados no § 2º desse mesmo artigo. A nova lei amplia a atuação do genitor não guardião, reconhecendo que só a visitação não dá espaço para o exercício pleno do poder familiar.

A expressão “obriga” no § 3º do art. 1.583, torna responsável o pai ou a mãe que não tem a guarda pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor, não só pelo poder-dever exercido em prol da supervisão da concretude dos fatores determinantes da guarda, levando longe a obrigação de responder. (GRISARD FILHO, 2010).

O art. 1.584 do Código civil tinha a seguinte redação:

Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda dos pais ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Com o advento da Lei 11.698/08, vigora o art. 1.584 com a seguinte redação:

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou sem razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º. Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

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

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

ou de equipe interdisciplinar.

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

§ 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Os incisos I e II definem as formas de estabelecimento da guarda, por consenso ou determinação judicial.

Primeira e preferivelmente por acordo submetido à homologação pelo juiz, decorrente de pedido conjunto dos pais, ou por qualquer deles em ação autônoma, destinada apenas resolver questão da guarda, ou de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Quando decretada a guarda, unilateral ou compartilhada, pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, fica eliminada a ideia da visitação, substituída com vantagens pelo direito de convivência, evitando a possibilidade de alienação parental do menor e as constantes falsas denúncias de abuso e reduzindo, significativamente, as demandas por alimentos e suas revisões. Nesse caso, o consenso deixa de ser requisito para que se estabeleça a guarda compartilhada. (GRISARD FILHO, 2010).

O § 1º do art. 1.584 do Código Civil, nos diz que o juiz deverá informar aos pais, na audiência de conciliação, qual o significado de guarda compartilhada juntamente com direitos e deveres que compete aos pais e as sanções cabíveis pelo descumprimento das cláusulas. Não será impedido aos advogados, esclarecimentos sobre a importância e significado da guarda compartilhada.

Se não houver conciliação entre os pais referente à guarda dos filhos, de acordo com o § 2º da art. 1.584, será aplicada, sempre que possível à guarda compartilhada.

O destaque doutrinário da questão está em que a fixação da guarda compartilhada pelo juiz somente deverá ocorrer quando houver diálogo, civilidade e harmonia entre os pais. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. Independentemente do litígio, o que a lei busca é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Não é preciso que os pais se acertem como casal, mas como pai e mãe. (GRISARD FILHO, 2010).

O § 3º do art. 1.584, nos diz que para “estabelecer as atribuições do pai e da

mãe e os períodos de convivência” na guarda compartilhada, o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá buscar orientações de técnicos-profissional ou de equipes interdisciplinares. Tais providências também são recomendadas quando o juiz optar pela guarda unilateral.

Conforme Grisard Filho (2010) constitui novidade legislativa o conteúdo do § 4º do art. 1.584 do Código Civil, introduzido pela Lei 11.698/08. Na audiência de conciliação (§ 2º), o juiz informará as partes sobre as sanções que lhes podem ser impostas pelo descumprimento de suas atribuições, advertindo-as quanto à necessidade da estrita obediência ao que foi homologado ou decretado. O não cumprimento das cláusulas implicará a redução de prerrogativas atribuídas a detentor da guarda, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. Se a alteração tornar impróprio o modelo, pode ser imperativa a modificação do próprio regime adotado.

De acordo com o § 5º do art. 1.584 do Código Civil, o juiz irá observar se os filhos podem permanecer na companhia dos pais, em caso negativo, irá conceder a guarda à terceiro, observando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade do guardião e do menor.

5.2 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências, na guarda compartilhada, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores. (GRISARD FILHO, 2010).

5.2.1 Vantagens

A guarda compartilhada mantém a relação das crianças com seus genitores após a separação dos pais, pois estes são responsáveis pelos cuidados relativos à educação e criação do menor.

Quando há cooperação dos pais não expondo os filhos em seus conflitos, minimizam a possibilidade do desenvolvimento de problemas emocionais, sociais e escolares.

O que realmente interessa ao se analisar a situação de um filho menor na separação ou divórcio dos pais é a sua formação moral, social e psicológica. Existem estudos científicos que indicam ser a guarda compartilhada mais saudável que a monoparental, porque a presença do pai e da mãe, em igualdade de condições (e não de tempo), proporciona maior equilíbrio emocional dos filhos (TAVEIRA).

A guarda compartilhada elimina a necessidade de o menor escolher entre o pai e a mãe. Dá continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os genitores, elevando o grau de satisfação dos pais que reconhecem que para o filho, ambos têm a mesma importância.

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos, como pressuposto do novo modelo. (LEVY).

Este novo modelo de guarda ajuda a diminuir o sentimento de perda de um dos genitores e o sentimento de rejeição, proporcionando assim a convivência com o pai e com a mãe, o papel masculino e o feminino.

5.2.2 Desvantagens

Como em qualquer modelo de guarda, a guarda em estudo também é alvo de críticas.

Entre os efeitos negativos dessa modalidade de guarda os mais encontrados são:

- a) Receio por parte dos menos informados, de o menor vir a passar mais

tempo com a mãe, considerada imprescritível ao desenvolvimento salutar da criança;

- b) A ausência de um lar estável, podendo surgir daí, como consequência, uma confusão mental na criança ou adolescente – esse item não deixa de ser o principal obstáculo à aceitação da guarda compartilhada;
- c) Poderia ocorrer que os pais, como guardiões conjuntos, praticarem, isoladamente, atos da vida civil como representantes do filho e, não havendo concordância em relação aos atos praticados, novas batalhas ocorrerem, renovando-se uma situação traumatizante que poderia ter sido definida quando da separação ou divórcio. (TAVEIRA).

Pais com constantes conflitos, sem diálogo, insatisfeitos, não darão a educação necessária aos seus filhos, nesses casos a guarda compartilhada poderá ser lesiva para o menor.

As pessoas confundem guarda compartilhada com a guarda alternada (semana com um, semana com outro), levando assim a críticas e relutância para adotar a guarda compartilhada, que não é a educação dos filhos em lares separados e sim a educação conjunta entre os cônjuges.

As boas relações entre pais e filhos nos anos que se seguem ao divórcio podem ter uma importância decisiva no bem-estar psicológico e na autoestima dos filhos, que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança então diretamente vinculada à manutenção das relações pais-filhos. Isso é o que verdadeiramente importa. (GRISARD FILHO, 2010).

As vantagens e desvantagens, não esgotam as circunstâncias que levam ao juiz decidir a favor ou não da guarda compartilhada. As críticas a esse modelo não são absolutas, pois o interesse do menor já não se satisfaz com a guarda única.

Se os pais visam à continuidade da relação com a criança e a protege dos conflitos parentais, existe uma vantagem em atribuir à guarda compartilhada onde os direitos e responsabilidade na criação dos filhos são de ambos.

6 CONCLUSÃO

É primordial que os pais estejam presentes na vida de seu filho para que ele tenha um desenvolvimento físico, intelectual e espiritual correto.

Com o fim da relação conjugal o lar fica abalado e o filho, se não for tratado como merece, terá sua formação prejudicada.

A guarda compartilhada é atualmente o modelo de guarda mais adequado, pois demonstra a igualdade dos genitores, participando ambos da formação de seus filhos, tendo em mente que a relação amorosa acabou e não a relação tutelar, procurando manter o vínculo permanente na vida de seus filhos.

A relação entre os pais e os filhos nos anos que seguem ao divórcio, pode ter uma grande importância no bem estar dos filhos.

Conforme Marques (2009), no tocante aos aspectos especificamente humanos e relacionais da vida conjugal e familiar, é preciso ter claro: para que a guarda compartilhada possa ser efetivada e bem sucedida, dentro de uma família fragmentada, o bem estar da criança faz-se necessário o preenchimento de dois requisitos indispensáveis. Primeiro, é necessária uma boa relação entre os genitores e filhos. Depois, uma condição primordial é que os pais mantenham entre si, pelo menos, o mínimo de diálogo, ainda que exclusivamente para tratar dos assuntos referentes à prole. Caso o desgaste da relação tenha sido excessivamente grande, a ponto de inviabilizar uma conversa civilizada, dificilmente a adoção da guarda compartilhada terá sucesso.

REFERÊNCIA

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

LEITE, Gisele. **Ponderações Sobre a Guarda de Menor**. 2010. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/497>>. Acesso em: 15 out. 2011.

LEVY, Laura Affonso da Costa. O Estudo Sobre a Guarda Compartilhada. **Web Artigos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-estudo-sobre-a-guarda-compartilhada/14308/>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Jus Navigand**. Março 2006. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 09 set. 2011.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. 1 ed. Del Rey. 2009.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. Aspectos Gerais da Guarda Compartilhada. **Revista Âmbito Jurídico**. Out. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523. Acesso em: 19 out. 2011.

OLIVEIRA, João Flávio. **Poder Familiar**. Maio 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/39276/1/PODER-FAMILIAR/pagina1.html>.> Acesso em: 09 set. 2011.

ROMERA, Mario. O Instituto da Guarda No Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 17 out. 2011.

SANTA'ANA, Adelson. A Guarda Compartilhada. **Juris Way**. Abril 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/curso_estrutura.aspx>. Acesso em: 12 set. 2011.

STEFANI, Michel. **A Guarda Compartilhada**. Novembro 2009. Disponível em: <<http://www.artigos.etc.br/a-guarda-compartilhada.html>>. Acesso em: 12 set. 2011.

TAVEIRA, Alberto Antônio. Guarda Compartilhada. **Pai Legal**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada-a-fundo/monografias/578-guarda-compartilhada-uma-nova-perspectiva-sobre-os-interesses-psic-2-2>>. Acesso em: 25 nov. 2011.