

D1022
2009
M00086



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS –

UNIPAC

CURSO DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

SIMONE MARIA FERREIRA

GUARDA COMPARTILHADA

JUIZ DE FORA

2009

SIMONE MARIA FERREIRA

GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito de Família

Orientador: Fábio Vargas, Mestre em Direito de Família.

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Simone Maria Ferreira

Aluno

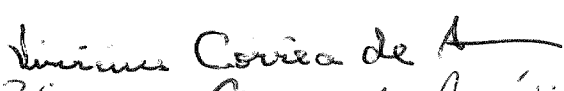
Guarda Compartilhada

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Ms. Fábio de Oliveira Vargas


Prof. Esp. Clímaco Corrêa de Araújo


Prof. Ms. Luciana Braga

Aprovada em 26 / 11 / 2009.

Agradeço primeiramente a DEUS, por ter me dado a vida; à minha Tia Maria de Lourdes, que teve a bondade de me criar e educar como se fosse uma filha, obrigada Mãe; à minha madrinha Rita, pelo amor e paciência, ao meu sobrinho, Rahesley, pelo enorme incentivo, sem esse não teria feito nem o vestibular e por fim e especialmente, ao meu grande AMOR, Luís Fernando, por TUDO de bom que fez e faz para mim. Obrigada pela consideração e confiança!!! Sem estes não teria chegado até aqui....

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar as diferentes formas de Guarda no Direito Civil Brasileiro, em especial falaremos da Guarda Compartilhada, também chamada de Guarda Conjunta, trazendo conceito, benefícios e especialmente os efeitos negativos que ela gera ao menor. Mostrando quando é que vai se adotar a guarda compartilhada dos filhos menores, como fica a pensão alimentícia e a responsabilidade civil nesse tipo de guarda, e no caso da guarda unilateral ou exclusiva, qual dos pais será o guardião do filho. A aplicabilidade da Guarda Compartilhada depende de analisar minuciosamente as circunstâncias do caso concreto e também fatores como a responsabilidade, a cooperação e a cordialidade entre o casal são critérios que devem ser levados em consideração pelo Magistrado ao determinar ou não a aplicação da Guarda Compartilhada, e até mesmo na hora do casal optar por esse tipo de guarda, tais fatores devem ser observados. Sempre tendo em mente, que o principal é buscar o melhor interesse da criança diante do risco da Guarda Compartilhada.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Guarda Unilateral. Interesse do menor. Desentendimento.

ABSTRACT

This paper presents the different forms of the Guard at the Brazilian Civil Law, in particular talk Shared Guard, also called Joint Guard, bringing the concept, benefits, and especially the negative effects it generates the lowest. Showing when are you going to adopt the shared custody of minor children, as is child support and civil liability in this type of guard, and in the case of unilateral or exclusive custody, which parent is the guardian of the child. The applicability of the Guard Shared depends on careful analysis of the circumstances of the case and also factors such as responsibility, cooperation and warmth between the couple are criteria that must be taken into account by the magistrate to determine whether or not the implementation of Shared Guard, and even same time the couple choose this type of care, such factors must be observed. Keeping in mind that the main thing is to seek the best interest of the child before the risk of Shared Guard.

Key words: Shared Guard. Unilateral Guard. Interests of the child. Misunderstanding.

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO.....	09
2) DO PODER FAMILIAR.....	11
2.1 Formas de Guarda.....	15
2.2 Guarda Unilateral.....	15
2.2.1 Guarda Alternada.....	16
2.2.2 Guarda Compartilhada.....	17
3) A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	19
3.1 Objetivos da Guarda.....	24
3.2 Formas de pedido da Guarda Compartilhada ou da Guarda Unilateral.....	25
4) GUARDA COMPARTILHADA X PENSÃO ALIMENTÍCIA.....	26
4.1 A Guarda Compartilhada X Responsabilidade Civil	28
5) A GUARDA NAS DIFERENTES FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	29
5.1 A guarda na separação judicial e no divórcio consensual.....	29
5.1.1 A guarda na separação judicial e no divórcio litigioso.....	30
5.2 A guarda na separação de fato.....	30
5.3 A guarda na união estável.....	31

6) REFLEXOS QUE GERAM A GUARDA COMPARTILHADA.....	32
6.1 Benefícios da Guarda Compartilhada.....	33
6.1.1 Benefícios da Guarda Compartilhada segundo a Psicologia.....	34
6.2 O modelo de Guarda Compartilhada é inaplicável na maioria dos casos.....	36
6.2.1 Pontos negativos da Guarda Compartilhada.....	40
7) CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50
ANEXOS.....	52
ANEXO A - LEI 11.698/08 ALTERA OS ARTS. 1.583 E 1.584 DA LEI NO 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL, PARA INSTITUIR E DISCIPLINAR A GUARDA COMPARTILHADA.....	52
ANEXO B - NOVA REDAÇÃO DOS ARTIGOS 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, TRAZIDA PELA LEI 11.698/08.....	55
ANEXO C - JURISPRUDÊNCIAS.....	58
ANEXO D - ASPECTOS POLÊMICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	59
ANEXO E- O CUIDADO À CRIANÇA, UM DOS TEMAS RELEVANTES DO CONGRESSO.....	61

1) INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dedicou algumas linhas norteadoras de Princípios relativos ao Direito de Família, sobrepôs o ser humano em posição privilegiada no ordenamento jurídico brasileiro, tornando sólido o Princípio da Dignidade Humana, como um atributo maior, cuja admissão se aplica no modelo de estrutura da República. A obediência à dignidade humana é a base da família, visto que assegura a absoluta evolução e realização de todas as pessoas da entidade familiar, mulheres, homens, idosos, crianças, adolescentes, abrangendo, da mesma forma, essa proteção aos nascituros e a filiação sócio-afetiva.

Em relação ao Direito de Família, os Princípios previstos na Constituição Federal de 1988, tornaram mais sólidos e protegeram os liames familiares, assegurando o perfeito desenvolvimento e crescimento dos indivíduos do grupo familiar. A maior parte das disposições relativas ao Direito de Família, são normas de caráter público e não estão à disposição dos litigantes. O conjunto de leis relativas ao casamento, união estável, filiação, direito a alimentos, guarda, entre outros, sujeitam-se a regulamentos, estando os membros da família de acordo ou não.

A guarda compõe-se de uma totalidade de direitos e obrigações que o legislador impôs aos genitores em relação aos filhos menores, como a assistência material, moral, educacional, entre outros.

Mesmo com a alteração dada pela Lei 11.698/08, o artigo 1.583, parágrafo 2º, do Código Civil Brasileiro de 2002, nos diz que: “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições de exercê-la, e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto, saúde, segurança, educação.” Levando sempre em conta a melhor solução para o interesse da criança ou adolescente. Com a alteração não mudou muito, visto que, na guarda unilateral ainda permanece a preferência pelo genitor que demonstrar atender o melhor interesse da criança, independente deste ser o pai ou mãe.

A guarda apresenta-se como um efeito natural do poder familiar. É um direito e um dever dos pais em relação aos filhos menores de idade, e está vinculada sempre ao melhor interesse da criança e disciplinada a partir do artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro, que

trata da Proteção da pessoa dos filhos e do artigo 33 do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, Lei 8.069/90.

O artigo 1.583, parágrafo 3º, do Código Civil Brasileiro de 2002, dispõe que: “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.” A guarda unilateral também conhecida como guarda exclusiva, o filho fica com apenas um dos genitores, e este mantém a guarda material ou física, ao outro genitor que não a detém, deverá supervisionar os interesses dos filhos. Em relação às obrigações do detentor da guarda unilateral, estão presentes a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, de acordo com o artigo 33, 1ª parte, do Estatuto da Criança e Adolescente que diz: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente”. Também é previsto no artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil de 2002, que: “São deveres de ambos os cônjuges: sustento, guarda e educação dos filhos.” A guarda concede ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário, conforme previsão do artigo 33, parágrafo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente, que: “A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

A Lei 11.698/08 tornou possível a adoção da guarda compartilhada, onde ambos os genitores se submetem aos direitos e obrigações relacionados ao filho, dividindo as responsabilidades. Questões que dizem respeito à escola e viagens, por exemplo, passam a ser decididas em conjunto pelos genitores, o que pode causar ao filho uma confusão psicológica, onde um dos pais pode no exemplo acima, deixar que o filho viaje, enquanto o outro genitor, não deixe, causando assim à criança ou adolescente, uma preferência por um dos genitores.

2) DO PODER FAMILIAR

Antigamente em Roma aquele que exercia a autoridade principal na família possuía tanta autoridade com relação aos seus membros, que englobava tanto a esfera patrimonial como também suas próprias vidas. O filho não possuía bens, nem direitos, embora com o passar dos tempos, tais poderes foram se estreitando.

Conforme nos mostra Pezzella: “as famílias romanas eram baseadas na submissão de seus membros ao pater famílias”. (PEZZELLA, 1998, p.253) ¹

Para Diniz:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2002, p.447) ²

Hoje em dia o poder familiar se apresenta como um instituto que visa resguardar mais obrigações que direitos dos genitores em favor dos filhos menores de idade. A sociedade vivencia incessantes transformações sociais e grandes alterações de condutas sociais dos indivíduos que acontecem desde a promulgação do Código Civil anterior. Sendo de grande importância que o Estado garanta o amparo dessas novas gerações, visto que elas formarão a sociedade futura. O poder familiar é um encargo público, estabelecido aos pais pelo Estado, para que aqueles cuidem de seus filhos. Dessa forma, trata-se de um assunto que ultrapassa o campo de atuação do Direito Privado para entrar no campo de atuação do Direito Público.

¹O vínculo de parentesco que unia a família romana era baseada na submissão de todos os membros de cada família à autoridade do pater famílias. Este vínculo transmitia-se apenas pelo parentesco havido pela linha masculina, excluída a linha feminina. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Propriedade Privada no Direito Romano. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 253.

²DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Editora Saraiva, 5º Volume, 2002, p. 447.

Pelo Princípio da Igualdade, os responsáveis pelo poder familiar são ambos os genitores, e pelo fato de ocorrer à separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável do casal em nada modifica o poder familiar do genitor que não esteja em companhia dos filhos.

Características do Poder Familiar segundo Diniz: “é um múnus público, é irrenunciável, é inalienável, é imprescritível, é incompatível com a tutela, é uma relação de autoridade”. (DINIZ, 2002, p. 463) ³

. O artigo 1.634 do Código Civil de 2002 dispõe que:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação, a educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; 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; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O poder familiar visa atentar para os interesses dos filhos menores de idade que estão subordinados à proteção dos genitores ou responsáveis, frente à condição peculiar de desenvolvimento que possuem.

Como nos ensina Diniz:

O exercício do poder familiar: é exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens. (DINIZ, 2002, p. 448) ⁴

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Editora Saraiva, 5º Volume, 2002, p. 463.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Editora Saraiva, 5º Volume, 2002, p.448.

O direito de guarda dos genitores em relação aos filhos menores de idade é uma forma imprescindível para a efetivação do poder familiar, englobando o dever de cuidado, dedicação, cautela e vigilância sobre o filho, dentro de um conjunto de normas e princípios que definem obrigações e direitos dos pais em relação aos filhos.

Grisard assegura: “que a guarda representa a convivência efetiva e constante dos pais com o filho menor de idade”. (GRISARD, 2000, p. 277) ⁵

O artigo 1.635 e seguintes, do Código Civil Brasileiro, determina os motivos de extinção e suspensão do poder familiar. Conforme o artigo 1.635 do Código Civil dispõe que: “O poder familiar se extingue pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial”.

Já no artigo 1.638 do Código Civil de 2002, nos traz a perda do poder familiar, que se dará:

Através de ato judicial, onde o pai ou a mãe que, por exemplo castigar sem moderação o filho, deixá-lo abandonado, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, abusar de sua autoridade, quando um dos genitores for condenado por sentença irrecorrível, em crimes cuja pena exceda dois anos de prisão.

Em tais casos não se pode cogitar o exercício conjunto nem tampouco o exercício exclusivo da autoridade parental.

⁵ A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psicologicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo, ao mesmo tempo, proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação às pessoas dos filhos. GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 277.

Pereira define: “poder familiar como um complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais, na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições”. (PEREIRA, 2004, p. 421) ⁶

Os pais têm a obrigação de estarem à disposição para pôr em prática os deveres relacionados aos seus filhos, de modo independente de terem dias e horas estipuladas para isso. Deve existir uma conversa entre os pais, visto que, o que se procura é a realização do melhor interesse do menor.

Cabe lembrar que a separação e o divórcio devem sobrevir apenas entre o casal, nunca entre os pais e seus filhos. Surge então, a mediação familiar como instrumento significativo, de modo que os pais fiquem informados dos benefícios e das responsabilidades do exercício conjunto da autoridade parental pós-separação

Para Diniz a finalidade do poder familiar é: “Proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e bens.” (DINIZ, 2002, p. 463) ⁷

Contudo na guarda unilateral, a titularidade do poder familiar continua sem sofrer alteração, não motivando, por tal razão, o exercício pleno, exclusivo e sem limites de poder pelo guardião, visto que o outro genitor não é excluído da vida do filho, eis que também mantém outros direitos e obrigações relativamente à função. No caso da guarda unilateral, o exercício do poder familiar não se esvazia em relação ao pai não guardião. O genitor que não mantém a guarda física continua vinculado ao filho de modo pleno, até mesmo com o encargo de exercer uma parte do poder familiar.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. V. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 421.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Editora Saraiva, 5º Volume, 2002, p. 463

2.1 Formas de Guarda

Conforme a edição da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, as redações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, sofreram grandes alterações. Para deixar clara a mudança, primordial se faz uma explicação relativa às formas de guarda. Podemos citar três formas: Guarda Unilateral ou Guarda Exclusiva, Guarda Alternada, e Guarda Compartilhada ou Guarda Conjunta.

2.2 Guarda Unilateral

Na guarda unilateral ou exclusiva, um dos genitores possui a guarda enquanto o outro tem, a regulamentação de visitas a seu favor. Tal maneira de guarda é a mais comum. Uma das consequências da alteração do artigo 1.583, parágrafo 2º do Código Civil de 2002, trazida pela Lei 11.698/08, é a expressão “melhores condições” na forma da guarda unilateral, passa a ter explicação voltada para o texto da lei. Isso porque o artigo 1.583, parágrafo 2º do Código Civil de 2002, recomenda alguns critérios para avaliar essas condições como: “o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança e educação”.

O dispositivo modificado faz desaparecer qualquer interpretação no entendimento de que teria melhor posição de vantagem o genitor com maior recurso financeiro. O artigo 1.583, parágrafo 3º do Código Civil prevê que: “sendo estabelecida a guarda unilateral, permanece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha de supervisionar os interesses dos filhos. Esta é uma grande diferença existente entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada que será exposta posteriormente.

Pela guarda unilateral o genitor guardião tem a obrigação de cuidado direto do filho, colocando-o à frente do outro genitor na obrigação de executar quase todas as funções e deveres pertinentes ao poder familiar. O genitor guardião se submete a atender a todas as necessidades do filho, tendo concentrado em si mesmo a responsabilidade de exercer o poder familiar, exatamente pelo fato de conviver mais com o filho.

O modelo de guarda ainda mais freqüente é aquele que adota a guarda unilateral da mãe e visitas de quinze em quinze dias pelo pai em finais de semana revezados, mas devo ressaltar, que às vezes o genitor que melhor atende o interesse do menor, é o pai, dessa forma, a guarda unilateral deverá ser concedida a ele, e a visita quinzenal, à mãe.

Conforme o artigo 1.584, inciso I e II do Código Civil Brasileiro, estes prevêm que:

I - a guarda unilateral ou a guarda compartilhada poderá ser requerida por consenso dos pais, ou nas situações de separação, divórcio, dissolução da união estável ou medida cautela, através de ações autônomas;

II - pode ser decretada pelo juiz, quando este entender que é melhor em razão das necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

2.2.1 Guarda Alternada

Na guarda alternada a criança ou adolescente fica um tempo com o pai e o outro tempo com a mãe, dormindo alguns determinados dias da semana com o pai e outros determinados dias com a mãe. Como exemplo, o filho fica de terça à quinta-feira com o pai e de sexta à segunda-feira com a mãe; ou uma semana com um genitor e a outra semana com o outro; ou até mesmo meses com um genitor e meses com o outro. Tal modo de guarda não é aconselhável, visto que pode causar perturbações psicológicas na criança ou no adolescente, pela instabilidade gerada pela situação exposta. Ora com um genitor, outra com outro.

Podemos relacionar a guarda alternada com o pingue-pongue, visto que a criança fica com cada um dos genitores com intervalos de tempo interrompidos. Sendo desaconselhável, pois a criança ou o adolescente fica sem um referencial, por ser alvo de diferentes formas de convivência, estando ora na casa do pai e ora na casa da mãe. Tem como traço marcante a possibilidade de cada um dos genitores manterem em seu poder a guarda do menor de modo alternado, seguindo uma variação de tempo que poderá ser de um ano, de um mês, de uma semana ou de qualquer outro período combinado. No decorrer desse tempo estabelecido, o encarregado de tal obrigação detém de maneira exclusiva as obrigações e os direitos relacionados ao menor. Ao final dessa variação de tempo, os papéis se alteram.

Não se pode confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, pois na guarda compartilhada não há o revezamento de dias, de semanas ou de meses de exclusividade na companhia dos filhos, o que já acontece na guarda alternada. Pois na guarda compartilhada, se compartilha, se divide não a posse, e sim as responsabilidades, o menor, na guarda compartilhada, possui uma residência fixa, o que já não acontece na guarda alternada.

2.2.2 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, também conhecida como guarda conjunta, diz respeito a um tipo de guarda onde o pai e a mãe compartilham a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo, compartilham também as obrigações pelas decisões essenciais relativas aos filhos. Neste tipo guarda, o filho tem somente uma casa, mas mantém convívio, sempre que for possível com ambos os genitores. A guarda compartilhada pode surgir em consequência da vontade dos pais, de depois da ruptura da vida em comum do casal, permanecer exercendo igualmente a autoridade parental perante os filhos, permitindo a estes uma convivência com ambos os genitores. O exercício conjunto ou compartilhado da autoridade parental é contrário ao modelo da guarda unilateral.

Dias conceitua Guarda Compartilhada como:

Mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à **pluralização das responsabilidades**, estabelecendo uma verdadeira democratização de sentimentos". (DIAS, 2007, p. 395)⁸

O artigo 1.583, parágrafo 1º, 2ª parte do Código Civil, diz: "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."

⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2007, p. 395.

Para adotar a guarda compartilhada, é indispensável um bom entendimento entre os genitores, visto que, se não existir esse bom entendimento, pode causar sérios e grandes prejuízos psicológicos à criança ou adolescente, minando um campo de batalha pela disputa do filho, chantagens, entre outros.

Nesse sentido, ensina Dias que:

A adoção da guarda compartilhada não deveria ficar à mercê dos acordos firmados entre os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal, sob pena de se tornar um instituto destituído de efetividade. (DIAS, 2007, p. 396)⁹

Visto que esses acordos podem estar mascarando um falso entendimento entre os pais, o magistrado deve recorrer ao auxílio de profissionais capacitados que acompanhem o caso concreto, como os assistentes sociais e psicólogos.

A nova redação dada ao artigo 1.584 do Código Civil Brasileiro, não permite que a guarda compartilhada fique conforme a vontade dos genitores, e assim prevê que seja:

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- seja 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.

O consenso, a vontade dos genitores não é mais uma condição para a adoção da guarda compartilhada, o que não parece viável, pois se os genitores não estiverem dispostos a conviverem amigavelmente de modo a beneficiarem os filhos por vontade própria, mesmo que seja em relação às necessidades ou distribuição de tempo, ficará ainda mais difícil se esta for imposta pelo magistrado. Temos como exemplo, o caso de um filho excepcional, onde o pai se quer queria ter um filho, ainda mais um filho com problemas; se o magistrado, lhe impor a guarda compartilhada, considero que esta não será bem sucedida.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4ª edição, 2007, p. 396.

3) A GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O novo Código Civil Brasileiro de 2002 garantiu entendimento que admite ao magistrado utilizar-se de outras maneiras para proteger os interesses dos menores de acordo com as particularidades de cada caso concreto. A rapidez das alterações sociológicas como as novas famílias; a união estável; a perda da feição sagrada do casamento; as famílias homoafetivas, a situação peculiar do divórcio; o liberalismo feminino e suas conseqüências no Direito de Família, impuseram à interferência da doutrina e da jurisprudência, que cuidam de tornar mais abrangente as possibilidades de fixação do modelo de guarda de filhos menores.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a administração bipartida dos interesses dos filhos entre os cônjuges em seu artigo 5º, inciso I que diz o seguinte: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, e em seu artigo 226, parágrafo 5º, que prevê: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Conclui-se que pai e mãe são os representantes legais dos filhos, devendo eles conciliarem sobre as decisões relacionadas aos interesses dos mesmos, sendo os genitores ou um deles quem administra os bens dos menores e lhes fornece quando preciso, autorização para casar, entre outras atribuições.

Relativamente à proteção da pessoa dos filhos, renovou intensamente o Direito de Família. Independente de quem tem melhores condições para exercer a guarda unilateral, ser o pai ou a mãe, o magistrado deverá sempre buscar o melhor interesse do menor, em cada caso concreto, e em qualquer tipo de extinção de sociedade conjugal.

Assim diz o artigo 1.583, parágrafo 2º do Código Civil, que:

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: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação.

A inclusão da mulher no mercado de trabalho, em todas as ocupações profissionais, despojando-a da qualidade de senhora do lar, pela dedicação exclusiva aos filhos e a casa, distanciou a pretensão dominante, de que em tempos atrás, ser a mulher, a mais competente ao exercício da guarda, desprezando a habilitação do pai a iguais responsabilidades, o qual em muitos dos casos, é o que atende melhor os interesses da criança.

Sendo assim, uma vez que não viole o interesse da criança, os pais separados estão aptos para o exercício conjunto ou individual da autoridade parental. Independente de conviverem ou não na mesma casa, tal possibilidade está baseada, especialmente, no texto do artigo 229, da Constituição Federal de 1988, que estabelece: “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo 22, nos diz: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” O Estatuto da Criança e Adolescente, reafirmou o ensinamento maior, ao atribuir aos pais o dever de sustento, guarda e educação de seus filhos. Tais situações dirigem as premissas da Convenção sobre os Direitos da Criança, que exige uma proteção especial ao menor.

Também dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, caput, que:

É dever da família, da 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.

Desse modo, à criança é assegurado dentre outros, o direito de ter seus genitores em sua companhia, sendo que os pais possuem certas obrigações em relação a seus filhos, o que se pode chamar de maternidade/paternidade responsável, sendo que cada caso deverá ser analisado para que a escolha do tipo de guarda a ser aplicada, seja o instituto mais favorável para oferecer efetividade aos direitos e princípios garantidos, que mais atenda ao melhor interesse da criança. A doutrina brasileira sempre declarou que o que verdadeiramente

interessa na decisão a respeito da guarda dos filhos menores é o superior interesse destes acima de qualquer rancor ainda existente entre seus genitores.

Assim declara Diniz em seu trabalho de Direito Civil:

E nada obsta a que se decida pela guarda compartilhada, forma de custódia em que, como ensina Maria Antonieta Motta, os filhos têm uma residência principal, mas os pais têm responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre eles. Ambos os genitores têm a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física da criança no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-la periodicamente, mas a responsabilidade legal sobre o filho e pela sua educação seria bilateral, ou seja, do pai e da mãe. O poder familiar seria exercido por ambos, que tomarão conjuntamente as decisões no dia-a-dia. (DINIZ, 2002, p. 347) ¹⁰

Por fim, o artigo 1.690 do Código Civil Brasileiro, diz que: “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”. Quer dizer que cabe a ambos os genitores ou a um deles, decidirem em comum às questões relativas aos filhos e as questões relativas a seus bens. Assim, é de responsabilidade dos pais decidirem em comum às questões relacionadas à pessoa dos filhos, como criação, educação, companhia, guarda, autorização para casar, representação e assistência e do mesmo modo decidirem em comum às questões relativas aos bens de filhos como o usufruto e a administração. Portanto é dever jurídico comum dos pais, a responsabilidade que a lei lhes confere, decidirem a respeito da vida e do patrimônio de seus filhos, tanto durante como depois da separação.

Além disso, nas sentenças judiciais que determinarem a guarda compartilhada têm o direito, caso aconteça depois alterações de fato ou de direito da nova relação jurídica atribuída pela mencionada decisão judicial, serem alteradas através de ações revisionais, e da mesma forma, se for determinada a guarda unilateral, esta também poderá ser revista, modificada.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 5º Volume. Editora Saraiva. 2002” p 347.

O problema referente à guarda dos filhos é um exemplo de relação jurídica continuativa, visto que prolongam no tempo suas particularidades, permitindo modificações dos elementos que a baseiam quantitativa e qualitativamente.

Assim dispõe o art. 471, inciso I do Código de Processo Civil Brasileiro, a saber:

Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

Visto que, se a guarda compartilhada, em algumas situações, não observar ao melhor interesse da criança, poderá ser modificada em guarda unilateral em decorrência de solicitação de um dos pais e, também, do Ministério Público; e o contrário também pode acontecer.

No ordenamento jurídico pátrio, a guarda dos filhos menores se dá quando ocorre o divórcio, a separação, a dissolução de união estável ou em medida cautelar. No decorrer da existência da sociedade conjugal de fato ou de direito, os filhos desta união permanecem na companhia de ambos os genitores. Todavia, com a separação de fato ou de direito, os cônjuges mudam cada um para uma casa diferente, daí vem à tona a questão da guarda dos filhos menores. No que se refere à responsabilidade da guarda dos filhos, a lei determina uma série de orientações ao magistrado.

O interesse da criança, recomendado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA – Lei 8.069/80, em seu artigo 33, relativo à guarda, é o preceito informador para que o magistrado, conceda ao genitor que apresente melhores condições de realizar, dentro de padrões mínimos, esses interesses, quais sejam: a assistência material, moral e educacional. A preservação do melhor interesse da criança, pode ser por engano confundido com o preconceito de que o filho deve permanecer com a mãe, ao invés do pai, visto que a genitora, nos papéis tradicionais, é que fica com a guarda dos filhos menores, mas está mudando esta posição, pois o importante é o melhor interesse da criança, e nem sempre a mãe atende tais interesses.

O melhor interesse da criança, demonstra como explicação, aqueles interesses fundamentais à dedicação para viver com saúde, inclusive a saúde física, emocional e intelectual. A guarda poderá ser modificada a qualquer tempo, caso um dos genitores descumpram alguma cláusula da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada.

Conforme o artigo 1.584, parágrafo 4º do Código Civil Brasileiro, preceitua que:

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.

A guarda compartilhada surgiu como solução às mudanças sucedidas no âmbito da família, visando diminuir os efeitos negativos provenientes da desunião, principalmente para os filhos, preservando a família biparental. Onde a forma de exercício conjunto da autoridade parental, deve seguir os Princípios Constitucionalmente garantidos à criança, em seu artigo 227, caput.

O novo Código Civil Brasileiro preservou o capítulo destinado à proteção da pessoa dos filhos, mostrando os tipos de guarda cabíveis e como esta será definida em decorrência separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. A nova regra do Direito Brasileiro agora é a atribuição da guarda unilateral ou compartilhada, de acordo com o artigo 1.583 do Código Civil.

E em relação à guarda compartilhada esta deverá ser bem orientada pelo juiz que informará ao pai e à mãe, a sua importância. De acordo com o artigo 1.584, parágrafo 1º do Código Civil, que nos diz: “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.”

3.1 Objetivos da Guarda

De acordo com o artigo 35 do Estatuto da Criança e Adolescente, nos diz que: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.” Conclui-se, portanto, que o objetivo da guarda é preservar o maior interesse da criança, por isso uma guarda concedida hoje, não quer dizer que ela tenha que ser mantida caso não esteja mais atendendo os interesses da criança, não só poderá, como deverá ser reexaminada pelo magistrado com o apoio de assistentes sociais.

O objetivo é tornar mais abrangente a proteção dos interesses do filho, por isso é permitido de maneira expressa e evidente que se o juiz verificar que o filho não deve continuar sob a guarda do pai ou da mãe, cabe ao Juiz a prerrogativa de conceder, a guarda do menor a pessoa que revele maior compatibilidade considerado o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Conforme artigo 1.584, parágrafo 5º, do Código Civil Brasileiro, que afirma:

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.

O interesse do menor é decisivo para a escolha do modelo da guarda, então surgem novos pensamentos que beneficiam a relação familiar. A guarda sempre se mostrou como um tema muitíssimo delicado no Direito de Família, visto que dela resulta o futuro da criança, e o conseqüentemente o futuro de toda a sociedade, pois a criança de hoje, será o cidadão de amanhã. O que será levado em consideração pelo juiz, pelo Ministério Público e pelas assistentes sociais envolvidas é o interesse da criança e não dos pais. O que é efetivamente melhor para o menor?

3.2 Formas de pedido da Guarda Compartilhada ou da Guarda Unilateral

Tanto a guarda unilateral como a guarda compartilhada, poderá ser concedida por meio de solicitação por consenso dos pais, ou quando qualquer um deles, tenha postulado nesse sentido, deduzida em ações de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou em feitos de natureza cautelar, ou também ser pode ser decretada pelo magistrado, levando em consideração as necessidades específicas do filho ou o tempo necessário de convívio do menor com ambos os genitores.

Conforme previsão do artigo 1.584, do Código Civil Brasileiro, que diz:

A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 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 ou 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.

Visto que o interesse do filho é o princípio que aponta um caminho a seguir nas determinações legais relacionadas ao poder familiar, onde não se pode aceitar a exclusão de um dos genitores da vida do filho apenas pelo fato da não-convivência. O genitor que convive com o filho, além de preservar inalterada a responsabilidade do poder familiar, mantém direitos e deveres de grande importância, como o dever de sustento do filho, a prerrogativa de autorizar ou não a prática dos atos em que se exige a participação permanente de ambos os genitores, nos casos de adoção, emancipação, autorização para o casamento, para viajar para o exterior e nomeação de tutor.

O artigo 1.589 do Código Civil prevê que: “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”. O genitor que não tem o filho em sua guarda material ou física, mantém direitos em relação ao menor, como visita, companhia, fiscalização da manutenção e educação, assim como possui também obrigações como o dever de sustento, guarda, educação, entre outros.

4) GUARDA COMPARTILHADA X PENSÃO ALIMENTÍCIA

Pais e mães vêm solicitando esclarecimentos sobre a nova lei da guarda compartilhada em relação à pensão alimentícia. As mães estão com medo de que a pensão alimentícia seja suprimida, já os pais, curiosos em saber se já podem parar de pagá-la. O que mais me chama a atenção é que o interesse da criança é geralmente o último a ser levado em conta.

A pensão será estipulada de acordo com o binômio necessidade de quem recebe e possibilidade de quem paga, se esta já foi em outro momento estipulada, não extingue, mas sem dúvida, deverá haver uma revisão conforme a nova situação. O artigo 1.694, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002, prevê que: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. E há também uma previsão do artigo 1.703 do Código Civil Brasileiro, que diz: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”. Ou seja, não quer dizer que apenas o pai tem o dever de contribuir com os gastos do filho, a mãe também tem este dever. Quem ganha mais, contribui mais e quem ganha menos, contribui com menos, de acordo com seus recursos.

Consta uma previsão no artigo 1.699 do Código Civil, que:

Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Exemplificando: Se um pai que em tempo anterior se encontrava com a criança uma vez por semana, e agora ficar com ela nos finais de semana ou até mesmo por semanas alternadas, é evidente que a pensão fixada deverá ser reexaminada. O Artigo 1.701 do Código Civil vigente, prevê que: “A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”.

Surgiram dúvidas em relação à pensão, no sentido dessa ser reduzida. Será reduzida em tese, visto que, se o pai passar um tempo maior com a criança, este também irá arcar com os gastos advindos da custódia, como alimentação, roupas, diversão, entre outros. Neste caso, o pai não vai deixar de pagar a pensão, apenas de depositar na conta da mãe, o que será ruim para as mães espertinhas que controlavam mal a pensão paga pelos pais, pois a pensão alimentícia é para ser convertida em favor da criança e não da mãe, como muitas fazem. Se o interesse for realmente o pagamento da escola, do curso de inglês, das roupas, eu pergunto: que diferença faz quem paga efetivamente ou em que conta o valor é depositado?

Nesse sentido, ensina Dias, que:

A guarda compartilhada não impede a fixação de **alimentos**, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro genitor pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada, aplicando-se os mesmos princípios e regras. (DIAS, 2007, p. 397) ¹¹

A pensão alimentícia, é um dever de prestar alimentos, dever dos pais e direito da criança, visto que os genitores dificilmente possuem os mesmos recursos e em diversos casos, não há o revezamento da guarda física ou material da criança ou adolescente, e a não colaboração do outro genitor pode sobrecarregar bastante o genitor que possui a guarda física. Por isso, o magistrado ao deferir um valor referente à pensão, vai analisar cada caso concreto e suas particularidades.

A criança continuará mantendo despesas que deverão ser toleradas por ambos os genitores, respeitando suas possibilidades. Nos casos de guarda compartilhada ela terá sim que ser reexaminada, mas não necessariamente ser extinta

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4ª edição, 2007, p. 397.

4.1 A Guarda Compartilhada X Responsabilidade Civil

No que diz respeito à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, a guarda compartilhada motiva uma revolução. Isso porque, nos moldes do artigo 932, inciso I do Código Civil nos diz que: “responderá civilmente, pelos danos causados pelo filho menor, aquele que o tiver sob sua autoridade e em sua companhia.”

A palavra “autoridade” mencionada em lei quer dizer que a criança está sob o poder familiar de seu genitor, que o pupilo está sob a tutela e o curatelado, sob a curatela. Autoridade, conseqüentemente, não é matéria de fato, mas, sim, de direito. A idéia de companhia se mostra relevante para fins de responsabilidade dos pais, dos tutores e dos curadores.

A companhia é um elemento fático, mais que jurídico. No entanto, não é apenas fático. Se assim fosse, somente seria responsável o pai que permanecesse na presença física do filho no instante em que este causou o dano. A companhia não é presença física e, dessa maneira, o pai que viaja a trabalho se mantém responsável pela conduta de seu filho, visto que preserva sua autoridade e companhia. Nos casos de pais separados judicialmente, o genitor que possuir a guarda unilateral do filho estará em sua companhia e será ele o responsável pela vigilância. Já nos dias de visita, inverte-se a situação e o pai ou mãe que não é o guardião terá a companhia do filho, e este será o responsável.

Como nos mostra Filho: “No caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção.” (FILHO, 2006, p.206)¹²

Já no caso da guarda compartilhada, ambos os genitores terão o desempenho do poder familiar e, por conseqüência, a responsabilidade pelos danos causados a terceiros por seus filhos menores, visto que pai e mãe satisfazem os requisitos de autoridade e companhia.

¹² FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª edição, 2006, p. 206.

5) A GUARDA NAS DIFERENTES FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

5.1 A guarda na separação judicial e no divórcio consensual

Na separação judicial por consenso dos cônjuges, tanto as relações entre eles como as relações entre cônjuges e filhos se sujeitam a um acordo, caso não haja acordo, conforme o artigo 1.584, parágrafo 2º do Código Civil Brasileiro, nos diz que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” O artigo 1.574, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, nos relata que: “Pode o juiz recusar a homologação do acordo se verificar que este não preserva suficientemente os interesses dos filhos menores ou de um dos cônjuges.” Portanto, conclui-se que o Juiz deverá analisar cada caso concreto minuciosamente, pois nem em todos os casos os pais estarão atendendo o melhor interesse da criança e sim o deles próprios.

Se acontecer depois circunstâncias que recomendem solução diferente daquela que foi estipulada, pode o juiz modificar o regime de guarda a qualquer tempo.

Dessa forma nos diz o artigo 1.584, parágrafo 5º do Código Civil Brasileiro, que:

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.

O fato é que a guarda compartilhada só será bem sucedida, em regra, nesse tipo de extinção da sociedade conjugal, visto que, se presume que os pais estão de acordo em relação à separação do casal sem ressentimentos, sem mágoas, e em relação à definição do modelo de guarda a ser adotada em relação aos filhos, que saberão administrar essa nova modalidade de convivência, em virtude de terem que decidir em conjunto sobre a vida do filho.

Já se o casal se separa em meio a uma guerra, cheia de mágoas, chantagens e ressentimentos, logicamente que a guarda compartilhada será prejudicada, o que causará um prejuízo ainda maior para a criança, do que mantê-la na guarda unilateral.

5.1.1 A guarda na separação judicial e no divórcio litigioso

A Constituição Federal de 1988, declara extrema proteção à criança e ao adolescente, frente ao Princípio do melhor interesse dos filhos menores, assegurando-lhes, dentre outros, o direito à convivência familiar; frente ao Princípio da igualdade entre os genitores no exercício do poder familiar, e da evolução natural dos valores sociais, os tribunais passaram a decidir a questão da guarda enfocando, exclusivamente, a ótica do bem estar dos filhos. Mas é óbvio, que cada caso deverá ser estudado minuciosamente para que os interesses dos pais não sobrevenham aos interesses dos filhos.

Acompanhando tal evolução, o novo Código Civil em seu artigo 1.584, parágrafo 2º prevê quanto à guarda: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” Caso posteriormente aconteça fatos que recomende nova revisão na forma de guarda adotada, esta poderá ser reexaminada e sempre observando o melhor interesse da criança em cada caso concreto.

Conforme nos aponta o artigo 1.584, parágrafo 5º do Código Civil Brasileiro, que diz assim: “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”.

5.2 A guarda na separação de fato

A separação de fato caracteriza-se quando os cônjuges mostram-se determinados a não mais viverem juntos nem coabitarem, dando fim ao vínculo conjugal sem a intervenção do Judiciário. A lei não diz sobre o destino dos filhos em poder de cada cônjuge quando

separados de fato. O que não abala o poder familiar, visto que o vínculo com os filhos continua existindo.

Enquanto está vigorando a sociedade conjugal e nos termos do inciso IV, artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro de 2002, diz assim: “são deveres de ambos os cônjuges: o dever de sustento, a guarda e educação dos filhos”.

Os tribunais têm conservado o status quo. Mas também por causa de conveniência. Portanto, constatando que a situação da criança é tranquila, não há motivos para modificá-la, encarando-se a possibilidade do grande risco de gerar perturbação à vida e a sensibilidade da mesma. Contudo, no caso de qualquer tipo de guarda, o maior problema diz respeito à guarda dos filhos menores, onde primeiramente devem ser analisados os seus interesses, sempre.

5.3 A guarda na União Estável

O novo Código Civil Brasileiro de 2002 regulamentou a matéria nos artigos 1.723 e seguintes. O artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro estabelece: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos comuns”. Todavia, não regulamentou de maneira expressa a respeito do destino dos filhos nos casos de ruptura da união estável, recomenda-se empregar por analogia o critério semelhante ao da dissolução da sociedade conjugal.

O artigo 1.584, parágrafo 2º dispõe quanto à guarda: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” Caso sobrevenha fatos que recomende revisão na forma de guarda adotada, esta poderá ser reexaminada e sempre observando o melhor interesse da criança em cada caso concreto.

Se posteriormente sobrevierem circunstâncias que aconselhem solução diferente daquela que foi estipulada, por acordo ou decretada judicialmente, poderá o juiz modificar o regime de guarda a qualquer tempo, deferindo a guarda à outra pessoa, respeitando grau de parentesco, afinidade e afetividade.

6) REFLEXOS GERADOS PELA GUARDA COMPARTILHADA

Quando se rompe o vínculo conjugal, este acarreta uma nova posição fática, ora para os filhos, ora para os pais, que poderá ser determinada em um acordo consensual ou em uma decisão judicial, conforme o caso concreto. A forma comumente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio no decorrer dos tempos geralmente era a guarda unilateral, isto é, com o vínculo conjugal interrompido apenas um dos genitores possuía o direito de orientar os filhos, administrando-lhes a educação, e demais questões relacionadas ao interesse maior destes.

Procura-se uma saída onde favoreça a família e, posteriormente, a sociedade. A guarda compartilhada visa reestruturar o relacionamento entre os pais e os filhos mesmo que a família não esteja junta fisicamente, concedendo aos pais maiores obrigações e assegurando a eles uma melhor forma de conviver com os filhos. Esse tipo de guarda pretende a partir do rompimento do casal, que as atribuições parentais não sofram modificações na execução das funções parentais dos pais. Os pais têm que saber diferenciar a vida do casal da vida parental.

Na guarda compartilhada é preciso estipular onde a criança irá residir, sendo esta exclusiva e não alternada, com a finalidade de causar estabilidade, a segurança que o direito pretende para o menor, obedecendo-se enfim o melhor interesse. Estipulado o local que a criança irá residir habitualmente, este está segundo os princípios do direito, domiciliado. O pai ou mãe que reside com o filho terá então a guarda física, chamada igualmente de guarda material, imediata, próxima; e o pai e a mãe possuirão a guarda jurídica. Nesse tipo de guarda não são estipulados presumidamente e rigorosamente os intervalos de tempo em que os filhos irão permanecer com cada um de seus pais, é preciso sempre procurar uma combinação conveniente à realidade dos pais, enfim tendo em vista o melhor interesse do menor, sempre.

Na guarda unilateral, o genitor guardião tem capacidade de decidir sozinho com determinação, sob a fiscalização do magistrado e do genitor não-guardião, já na guarda compartilhada o exercício de ambos os genitores invoca um bom entendimento contínuo entre eles com a devida aprovação estatal.

Conclui-se que na guarda unilateral, o genitor não guardião fiscaliza a educação dos filhos, permitindo-lhe a lei solicitar ajuda do Judiciário. Sabe-se que isso acontece pouquíssimas vezes, ora relativo à inexistência de praticidade ora por falta de ação do Estado. Transformando de modo deplorável como se observa na prática forense, em não distinguir entre dar educação com pagar pensão alimentícia.

6.1 Benefícios da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada visa conservar, depois da ruptura do casal conjugal, o exercício que pertence a ambos os genitores, a autoridade parental, conservando a cada um dos pais a prerrogativa de compartilhar das decisões de grande relevância de seus filhos. Do mesmo modo, asseguram aos filhos do casal separado, o direito de ter ambos os genitores de modo continuado em suas vidas. Sendo que nesse modelo de guarda, ambos os pais possuem a guarda jurídica, desempenhando de maneira simultânea e igualmente todas as obrigações e direitos relativos aos filhos, devendo as decisões relacionadas aos filhos serem tomadas em conjunto pelos genitores. Admitindo, dessa forma, que os genitores continuem a comportar como tais, repartindo as responsabilidades nas decisões significativas para os filhos.

A guarda compartilhada procura proporcionar aos filhos uma convivência com o pai e com a mãe, gerando assim uma participação conjunta dos pais em condições iguais em relação aos direitos e deveres, mantendo ou restabelecendo o equilíbrio dos papéis parentais e, sobretudo, tendo por finalidade o bem estar dos filhos menores. A guarda compartilhada se orienta pelo prosseguimento do bom relacionamento entre pais e filhos e pelo motivo de que não deve expor o menor aos conflitos parentais. Mas é sempre bom lembrar que cada caso deverá ser minuciosamente estudado para determinação da guarda, visto que em muitos casos este modelo pode não ser o mais indicado.

Ocorrendo os pré-requisitos da harmonia familiar e superação dos interesses egoísticos dos genitores, a adoção da guarda compartilhada se torna benéfica para os filhos, e também para os genitores, pois participam de forma igualitária, da convivência, da educação e da responsabilidade dos seus filhos.

Para Grisard a guarda compartilhada:

Eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade, ou seja, a necessidade de escolher entre seus dois pais, enquanto os filhos querem estar ligados aos dois genitores. E ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro. A guarda eleva os padrões éticos dos pais, cuja criança sempre deve ser ouvida. Os juízes costumam ouvir o menor, sem exigir que faça a escolha, pois as crianças não querem responder a pergunta sobre com quem gostariam de morar, porque sabem da mágoa que podem causar ao outro genitor. (GRISARD, 2000, p. 281)¹³

A guarda compartilhada é um chamado aos pais separados para exercerem, de modo simultâneo e participativo, a autoridade parental em relação aos filhos, tornando mais forte, mais sólido os laços afetivos rompidos com a dissolução da relação conjugal e pode ser dada para aqueles casais que se revelam capazes na difícil incumbência, de em conjunto, criar seus filhos.

6.1.1 Benefícios da Guarda Compartilhada segundo a Psicologia

A orientação psicológica é muito importante para que a guarda compartilhada seja bem compreendida pelos genitores e possa trazer verdadeiros benefícios para a criança e adolescente e, nesse sentido, a redação do parágrafo 3º do artigo 1.584 do Código Civil Brasileiro dispõe: “para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.”

¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 281.

Benefícios que a guarda compartilhada resulta: às crianças: desfrutam uma convivência maior com ambos os pais, devendo essa convivência parental se dar num ambiente saudável, mas isso só acontece nos casais em que há respeito mútuo, capacidade de colaboração, flexibilidade, disponibilidade física e afetiva, e, se possível, proximidade residencial.

Contudo, para ter resultados positivos da guarda compartilhada, aliás, como os resultados de qualquer outro tipo de guarda, e para o conseqüente bem-estar do menor, os genitores precisam aprender a distinguir seus conflitos conjugais do exercício parental conveniente.

A guarda compartilhada possui como pretexto o domicílio fixo, único e não alternado da criança, que produz para a criança o equilíbrio que o Direito e a Psicologia querem, impedindo modificações consideradas em suas vidas e rotinas. Procura-se um acordo relativo à guarda que não modifique consideravelmente para a criança a maneira de conviver que possuía com os dois genitores quando tais estavam juntos.

Como relata Alto É:

Diferentes visões sobre o que seria a necessidade e o interesse da criança no contexto da separação dos pais, emergiram, portanto. O questionamento sobre o preparo dos juristas, frente à avaliação de diferentes interventores, também no Direito de Família. Agora psicólogos, assistentes sociais e educadores vão avaliar o melhor interesse das crianças frente ao rompimento conjugal de seus pais. Inicialmente, profissionais designados para realização de laudos, ou pareceres psicossociais, ou aqueles que falariam pela criança, transmitindo ao juiz os sentimentos, angústias e dificuldades dos infantes. (ALTO É, 2004, p.71)¹⁴

¹⁴ ALTO É, Sônia. Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo. Revinter, 2ª edição, 2004, p. 71.

6.2 O modelo de Guarda Compartilhada é inaplicável na maioria dos casos

É inaplicável o modelo da guarda compartilhada nos casos em que houver indícios comprovados ou significativos de violência doméstica por um dos genitores contra o outro ou contra o filho. E também nos casos em que há uma disputa entre os pais para ver quem ganha a batalha da guarda? A mãe ou o pai? O maior interesse da criança é o que menos interessa para eles.

Como nos mostra Nazareth:

A guarda compartilhada não seria indicada também nos casos em que os filhos são usados como moeda entre o casal, isto é, nas situações em que a disputa pela guarda é apenas um espaço privilegiado para o aparecimento de conflitos deslocados entre os pais. Não há aqui a preocupação com o bem-estar e desenvolvimento das crianças. Estas são usadas e manipuladas com a intenção de ferir, magoar, vingar-se do outro genitor que é sentido e percebido como adversário a ser derrotado. Nessas situações, que infelizmente são mais comuns do que se imagina, é terminantemente contra indicada a guarda compartilhada, porque as crianças converter-se-iam em alvos de ataque, instrumentos de investidas perversas e portanto tornar-se-iam mais vulneráveis, menos protegidas pelo genitor ou um terceiro mais amadurecido e adequado. (NAZARETH, 1998, p.83)¹⁵

Nos casos em que não existem os pré-requisitos de harmonia e superação dos interesses dos genitores, a guarda compartilhada se torna inadequada, visto que causará a criança ou adolescente uma perturbação psicológica ainda maior. Não deve a guarda compartilhada ser aplicada nos casos de separação entre cônjuges que entre eles existirem mágoas e ressentimentos, causando assim um difícil relacionamento livre de conflitos, e sendo a guarda compartilhada decidida e homologada judicialmente, onde não aconteceu de forma espontânea entre os separandos.

¹⁵ NAZARETH, Eliana Riberti. Direito de Família e Ciências Humanas. Editora Jurídica Brasileira, 1998, p.83.

Nos casos em que há um conflito parental entre os genitores, a guarda compartilhada é contra indicada pelo fato de que, em certos casos pode provocar a continuidade dos conflitos entre os membros do ex-casal, prejudicando assim as crianças. Tem-se notado que na maioria dos casos, os genitores se tornam tão insatisfeitos com o fim da relação, que não conseguem separar os problemas do fim desse relacionamento, dos problemas que dizem respeito à guarda e alimentos, em geral aos filhos comuns.

De qualquer maneira, ressaltamos que caso os genitores encontrem-se em “pé de guerra”, a guarda compartilhada se torna inviável. Pois a guarda compartilhada requer dos genitores um bom senso, equilíbrio, juízo de ponderação, convencidos da tarefa de priorizarem somente os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse dos próprios genitores.

Nos casos em que a criança se encontra insegura, tal modalidade não é indicada, pois ela necessita de um ambiente estável, seguro, livre de dúvidas, para um bom desempenho de sua personalidade e uma boa formação de seu caráter.

Conforme nos mostra Nazareth:

Igualmente nos casos em que a criança é ou está muito insegura, essa modalidade de guarda é contra-indicada devido a mesma dificuldade apresentada logo acima; uma criança nestas condições necessita de um contexto estável. Se o juiz tem dúvidas a respeito de seu estado emocional, seria aconselhável pedir avaliação psicológica específica da capacidade adaptativa da criança em questão. (NAZARETH, 1998, p. 83)¹⁶

Para que se perceba a possibilidade de aplicar a guarda compartilhada, o caso concreto deverá ser avaliado criteriosamente, visto que, em certos casos pode não atender o melhor interesse da criança e prejudicá-la ainda mais. Se um dos genitores demonstrarem algum tipo de distúrbio ou vício que possa vir a colocar em risco a vida física ou emocional da criança, a guarda compartilhada não deverá ser aplicada.

¹⁶ NAZARETH, Eliana Riberti. Direito de Família e Ciências Humanas. Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 83.

Neste caso citado, a guarda mais indicada a ser aplicada seria a guarda unilateral àquele genitor que apresentasse melhores condições de oferecer à criança ou adolescente um ambiente favorável para seu crescimento e desenvolvimento saudável.

Outro caso em que a guarda compartilhada é inaplicável é quando a criança ainda é muito pequena, para entender esse compartilhamento, visto que exige dela um senso adaptação que ainda não tem.

Dessa forma ensina Nazareth:

Quando as crianças são muito pequenas é outra situação em que não se aconselha a guarda compartilhada. Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para o delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas. (NAZARETH, 1998, p. 83)¹⁷

Mais um elemento que pode transformar em não viável o emprego da guarda compartilhada é a oposição de idéias, sentimentos ou interesses existentes entre os genitores. Temos como exemplos os genitores que não colaboram entre si, não conversam, descontentes, e se comportam através de comparações e confrontos, que conseqüentemente prejudicam um ao outro, afetando a educação que propiciam aos seus filhos.

Subsiste a alternativa pela guarda unilateral, onde concede a guarda àquele genitor que estiver mais propenso a ceder ao outro genitor acessos ilimitados em relação aos filhos em comuns. A opção pelo tipo de guarda deve sempre favorecer o melhor interesse do menor, desse modo, deve-se procurar minimizar a perturbação entre os filhos e entre os próprios pais.

¹⁷ NAZARETH, Eliana Riberti. Direito de Família e Ciências Humanas. Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 83

Marraccini e Motta divulgaram artigo falando sobre a matéria, onde protegem:

Dado o litígio entre os pais, é importante que, uma vez decidida a custódia, os filhos possam permanecer em companhia permanente e contínua de um só genitor, aquele que for mais adequado às suas necessidades, segundo uma orientação educacional e assistencial uniforme e estável. (Revista dos Tribunais nº 716, p. 346) ¹⁸

Para a guarda compartilhada conquistar bons resultados torna-se preciso a colaboração do pai, da mãe e do filho, visando diminuir as oposições de idéias, de sentimentos ou de interesses que se originam da habitualidade da família. Deste modo, o Poder Judiciário, deve procurar meios que proporcionem a busca da capacidade de entender a respeito de tais assuntos conflitantes, objetivando o bem-estar da família, base da sociedade. E, sobretudo, visando o bem-estar, o melhor interesse do menor tendo em vista que este será o cidadão de amanhã.

Em relação à escolha do modelo de guarda a ser estipulada, os autores aconselham que o menor deve ficar com a mãe, em especial quando tiver pouca idade. Dessa forma interpreta Bittencourt:

Os laços maternos são indispensáveis ao desenvolvimento psicológico da criança, tanto que a ruptura desses arrasta conseqüências desastrosas, oscilando entre a simples timidez e dissimulação, até os casos mais graves, de agressividade, de furto, mentiras. (Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 117) ¹⁹

¹⁸ MARRACCINI, Eliane Michelini e MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Revista dos Tribunais nº 716, p. 346.

¹⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. Guarda de Filhos. Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 117.

Nos casos em que os genitores não possuem um ambiente apropriado para receber seu filho; pelo fato de morar muito longe da residência fixa do menor, exigindo um dispêndio de tempo muito grande para ambos; quando o horário de trabalho de um dos genitores é incompatível com o compartilhamento das responsabilidades, precisando pedir ajuda de outras pessoas, para auxílio do cumprimento dessas responsabilidades. Exemplo: a criança fica sem saber quem vai buscá-la na escola, se é a mãe, que possui a guarda física, se é o pai, que possui também a guarda jurídica, ou se é o colega do pai, pois este estava em seu horário de serviço, com isso a criança ficará sempre na expectativa.

Há diversos outros casos em que a guarda compartilhada se apresenta inaplicável.

Como aponta Nazareth:

Por fim, quando um dos genitores não tem as condições operacionais adequadas, a guarda compartilhada é desaconselhável. Por exemplo, não possuir habitação apropriada para receber os filhos; morar muito longe da escola das crianças e das atividades por elas freqüentadas; precisar, por motivos vários, se ausentar durante períodos prolongados, tendo de delegar a terceiros os cuidados para com as crianças; cumprir horário de trabalho que não permite atenção adequada e suficiente etc. (NAZARETH, 1998, p. 84) ²⁰

6.2.1 Pontos negativos da Guarda Compartilhada

Muitos afirmam que a Guarda Compartilhada, apresenta malefícios ao menor ou adolescente, fazendo com que eles percam o que lhes é fundamental, a rotina e a referência, sendo alvo de mágoas e ressentimentos, na maioria dos casos.

²⁰ NAZARETH, Eliana Riberti. Direito de Família e Ciências Humanas. Editora Jurídica Brasileira, 1998, p. 84.

Na guarda compartilhada, a separação das atribuições não se dá de maneira taxativa. Ao compartilhar a guarda não existe uma separação por determinado critério frente à competência dada a cada um dos genitores, por definição legal, o que poderá levar à incessantes conflitos, tal como acontece na guarda unilateral.

Para aqueles contrários à guarda compartilhada, o sistema olvida o real interesse do menor, que é necessitado de maior proteção, não existindo qualquer possibilidade de estabelecer a custódia compartilhada por imposição judicial, como, neste sentido se identificam as leis da Espanha e do Brasil acerca da custódia compartilhada e nesta direção tem se encaminhado a jurisprudência dos dois países, que tem sido considerada como uma medida excepcional, sendo difícil compartilhar uma guarda entre aqueles que não mais vivem juntos, pois adotá-la, faria supor uma invasão na esfera privada de um progenitor em relação ao outro, num contínuo peregrinar dos filhos de um lugar ao outro, conclui a Sección 24ª da Audiência Provincial de Madrid e como neste mesmo rumo vem apontando a jurisprudência pátria, como sucedido no Agravo de Instrumento nº 70025244955, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar inviável deferir pedido unilateral de guarda compartilhada, quando ausente qualquer harmonia entre o casal, faltando por conta deste dissenso, as condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança, porque a custódia compartilhada só poderá ser adotada quando ambos os progenitores estão de acordo em levá-la a efeito, sendo imprescindível uma boa e saudável comunicação entre ambos, trocando informações sobre os filhos comuns e suas necessidades, de modo a unificar suas pautas de comportamento dos filhos e, deste modo ofertar-lhes uma estabilidade emocional. (www.ibdfam.org.br, 2009)²¹

Um dos argumentos em que é desfavorável à guarda compartilhada é que esta só terá um bom resultado se os genitores tiverem um bom relacionamento, sabendo separar a relação entre eles, da relação entre eles e os filhos. Já em relação aos casais que passaram por torturantes, traumáticos e demorados processos judiciais, fica mais complicado pelo fato de terem que conviver amigavelmente com os filhos, sendo que entre eles o relacionamento não é nada amigável. Alguns juristas até agora alegam que o compartilhar da guarda ainda gera dúvidas, visto que, sabe-se que na guarda compartilhada o mundo das crianças será dividido, sobretudo no caso em que os genitores não morrem de amores, mas sim de um sentimento de profundo rancor e inimizade um pelo outro, decorrentes da frustração do relacionamento então desfeito.

²¹ www.ibdfam.org.br

Com o término da vida em comum do casal, a estrutura do lar torna-se sensibilizada e o filho, o que é o mais indefeso na relação, se não receber a devida atenção que tem direito, poderá ter a sua formação desequilibrada. É nocivo para os filhos à guarda compartilhada entre pais separados, transformando em verdadeiras desgraças, transformando os filhos em iô-iôs, ora com a mãe, ora com o pai. Existem malefícios aos filhos, fazendo com que este perca sua referência de lar, sua perplexidade na oposição de interesses do meio materno e do paterno.

O medo de que a criança perca um contato maior com a genitora, considerada insubstituível no contínuo convívio com os filhos, do mesmo modo se mostra como ponto inadequado à guarda compartilhada. A convivência, ora com a mãe, ora com o pai, em lugares físicos distintos, exige da criança uma capacidade de adequação da realidade, que se mostra possível somente em crianças mais velhas. É importante lembrar que a guarda compartilhada não é recomendável para a criança que se revele instável, que não tem confiança em si mesmo, pois uma criança em tais situações precisa de um contexto seguro, sem variações.

O modelo da guarda compartilhada se apresenta muito delicado, visto os mais diferentes interesses, esquecendo o real interesse dos filhos. Entretanto, deve-se destacar que o magistrado não deverá obrigar o modelo de guarda compartilhada, mas aconselhar, por meio do consenso dos pais, nos casos que se mostrar possível este modelo de guarda. A guarda compartilhada poderá propiciar em verdadeira confusão, com grandes prejuízos emocionais para as crianças que ainda não tem a personalidade formada. Há de referir que a administração da guarda compartilhada dos filhos se traduz inviável de acontecer em ações litigiosas, com desentendimentos muitas das vezes insuperáveis. Isto porque, se a separação do casal se deu num ambiente que revela perturbação emocional, agitação e imprevistos, a guarda compartilhada não se mostra como uma solução admissível, pelo motivo de desentendimento e de desrespeito entre as partes, não sendo possível uma divisão, um compartilhamento igualitário e racional de direitos e obrigações.

Uma das razões mais importantes a apontar a que a guarda compartilhada não é viável se dá quando deriva da desavença entre os genitores; visto que pode gerar comportamentos atentatórios à saúde psicológica e emocional das crianças, como chantagens, perda de referencial, aspectos distintos relacionados à autoridade e difícil adaptação. Desse modo, diz Grisard: "Este sistema tem sido adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, e nessas condições ele fracassa redondamente". (GRISARD, 2000, p. 296) ²²

Grisard, nos aponta mais um caso em que a guarda compartilhada se revela muito arriscada:

Pais em conflitos constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. (GRISARD 2000, p. 299) ²³

Não existindo acordo entre os pais no exercício da guarda compartilhada motivaria numa situação de total instabilidade, ocorrendo duplicidade de autoridade a que os filhos estariam sujeitos, o que, lhes é prejudicial evidentemente. Exemplo: onde a mãe matricula a criança na escola perto de sua casa, e o pai perto da dele, não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que o acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável

²² GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. Revista dos Tribunais, 2000, p. 296.

²³ GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. Revista dos Tribunais, 2000, p. 299.

Estipular a guarda compartilhada existindo desentendimentos intensos entre os separandos seria, incoerente, haja vista que, eles desejam romper em definitivo o vínculo com o ex-cônjuge. Nessas circunstâncias, estipular a guarda compartilhada compulsoriamente, exigiria dos genitores uma convivência maior do que a desejada, submetendo os filhos a desavenças entre seus genitores, o que pode causar graves problemas psicológicos, pelas constantes brigas, chantagens, desprezo, desentendimentos, discussões e até mesmo pela disputa de presença do filho, mesmo que inconscientemente.

7) CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações relacionados à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido por ambos os pais, a fim de desempenharem os encargos impostos pela lei, visando o interesse e a proteção do menor. É importante lembrar, que o genitor que não possui a guarda física ou material não perde o poder familiar. Dessa forma, mesmo que não possa tomar as decisões diretamente nos assuntos que envolvem os interesses dos menores, poderá questionar, judicialmente, qualquer decisão tomada pelo genitor guardião, que aquele achar que não atende aos interesses do menor ou adolescente.

A guarda tem a finalidade de estabelecer uma co-responsabilidade parental após a dissolução conjugal. A guarda é um direito e um dever dos pais em relação aos filhos menores de idade, e está vinculada ao melhor interesse da criança e disciplinada a partir do artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro, que trata da Proteção da pessoa dos filhos e do artigo 33 do Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90. Sendo um direito e um dever constitucional, garantidos ao homem e a mulher, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. A guarda tem como finalidade a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, tornando mais abrangente a proteção dos interesses do filho. A guarda poderá ser requerida por consenso dos pais ou até mesmo decretada pelo magistrado, mas mister se faz uma análise minuciosa do caso concreto.

Há diferentes formas de guarda: a guarda unilateral ou exclusiva, onde um dos genitores possui a guarda enquanto o outro tem, a regulamentação de visitas a seu favor, guarda unilateral ou exclusiva, será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação; a guarda alternada, onde a criança ou adolescente fica um determinado tempo com o pai e o outro determinado tempo com a mãe e a guarda compartilhada, onde o pai e a mãe compartilham a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo, compartilham também as obrigações pelas decisões essenciais relativas aos filhos, para que atenda o melhor interesse do menor.

A guarda unilateral é a forma comumente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio no decorrer dos tempos, onde com o vínculo conjugal interrompido apenas um dos genitores possui o direito de orientar os filhos, administrando-lhes a educação, e demais questões relacionadas ao interesse destes. Neste tipo de guarda, genitor guardião tem capacidade de decidir sozinho, questões atinentes ao menor, sob a fiscalização do magistrado e do genitor não-guardião.

A pensão alimentícia na guarda compartilhada como na guarda unilateral deverá ser estipulada em favor do menor, levando sempre em consideração o binômio necessidade X possibilidade, visto que é um direito da criança e dever dos pais. Se em momento anterior foi estipulada a pensão alimentícia, e sobrevir circunstâncias que requer uma revisão, esta deverá ser feita.

A responsabilidade civil na guarda compartilhada referente aos danos causados a terceiros por seus filhos menores, é de ambos os genitores, visto que pai e mãe satisfazem os requisitos de autoridade e companhia. Já na guarda unilateral, o genitor que possuir a guarda física do filho, será ele o responsável pela vigilância, ocorrendo um impedimento na vigilância do menor pelo genitor não guardião, dessa forma excluindo sua responsabilidade. Já nos dias de visita, inverte-se a situação, ou seja, o genitor não guardião, é o responsável.

Já foi provado que a separação dos pais nem sempre é nociva às crianças, visto que, de acordo com o grau da desestrutura da família, como brigas constantes, violência doméstica, entre outros, supostos efeitos negativos da separação serão mínimos se confrontados com os resultados que resultariam dessa convivência familiar.

Contudo, para ter resultados positivos da guarda compartilhada ou qualquer outro tipo de guarda, e para o conseqüente bem-estar do menor, os genitores precisam aprender a distinguir seus conflitos conjugais do exercício parental. O exame de cada caso concreto, por meio de processo judicial, com o auxílio de assistentes sociais e psicólogos, deve ser feito minuciosamente, pois neste estudo pode descobrir fatores importantes que irão influenciar na decisão final do magistrado, a fim de atender ao real interesse da criança, por exemplo, se a separação judicial dos genitores vai oferecer vantagens ao menor ou adolescente; qual dos ambientes fornecidos ao menor ou adolescente é o mais apropriado, morar com a mãe ou com o pai; se o novo ambiente sugerido é melhor do que o anterior da separação; a possibilidade

de um convívio baseado na razão e não na emoção dos ex-cônjuges; o tipo de guarda mais indicado no caso concreto; entre outros.

Nos casos em que a separação é consensual, o magistrado deverá observar o que foi acordado entre os cônjuges, e avaliar se este acordo atende o melhor interesse da criança, caso negativo, poderá recusar a homologação. Se sobrevir situações que implique mudança da forma de guarda, o juiz deverá respeitar o grau de parentesco, afinidade e afetividade. No caso de separação litigiosa, onde não há acordo sobre a guarda, prevê o Código Civil que a guarda compartilhada seja adotada “sempre que possível”, pois geralmente nestes casos a guarda compartilhada trará prejuízos ainda maiores para a criança, visto que o casal já se encontra em desentendimentos. E ocorrendo situações posteriores que solicite alteração da forma de guarda, concedendo à outro genitor ou outra pessoa, esta deverá ser concedida levando em conta o grau de parentesco, afinidade e afetividade. Em relação à união estável, esta segue a mesma linha de raciocínio da separação consensual ou litigiosa, conforme o caso concreto. Já nos casos da separação de fato, deve observar se a criança se encontra bem, se sim a guarda unilateral deverá ser mantida, se assim estiverem os pais de acordo, caso a criança não esteja bem ou o outro genitor não concorde, poderá se adotar a guarda compartilhada.

Encarregar-se das decisões a respeito do melhor interesse da criança é uma incumbência difícil, portanto, subsiste como opção ao magistrado, as regras de sabedoria, de experiência, de percepção e prudência, em cada caso concreto, pois o que é melhor para uma criança, pode não ser para outra, exemplificando: num caso em que se discute a guarda entre pais que mantêm um relacionamento saudável entre eles e a criança, pode até se adotar a guarda compartilhada, para manter a convivência com ambos os pais, e esta tem grandes chances de ser bem sucedida; já num caso em que um dos pais usa drogas, álcool, a guarda compartilhada, não deve nem ser adotada, visto que vai manter a criança com uma convivência alargada, com um genitor que só lhe traz más influências, gerando assim uma perturbação psicológica presente e futura ainda maior, pelo fato de ter que conviver com aqueles momentos de loucura de um de seus pais, o que não é aconselhável.

A guarda compartilhada pretende a partir do rompimento do casal, que as atribuições parentais não sofram modificações na execução das funções parentais dos pais, conservando a cada um dos pais a prerrogativa de compartilhar das decisões de grande relevância de seus filhos. Os pais têm que saber diferenciar a vida do casal da vida parental. Nesse tipo de guarda o exercício de ambos os genitores invoca um bom entendimento contínuo entre eles com a devida aprovação estatal. Do mesmo modo, asseguram aos filhos do casal separado, o direito de ter ambos os genitores de modo continuado em suas vidas.

Ocorrendo os pré-requisitos da harmonia familiar e superação dos interesses egoísticos dos genitores, a adoção da guarda compartilhada se torna benéfica para os filhos, e também para os genitores, pois participam de forma igualitária, da convivência, da educação e da responsabilidade dos seus filhos. Caso não ocorram os pré-requisitos, o risco da guarda compartilhada não dar certo, é grande. Por fim, são diversos os benefícios que a guarda compartilhada resulta como tornar mais intensa a disponibilidade para os filhos, aumentar o nível de colaboração, de comunicação e de segurança entre os pais separados na educação dos filhos.

A guarda compartilhada requer dos genitores um bom senso, equilíbrio, juízo de ponderação, convencidos da tarefa de priorizarem somente os interesses de seus filhos comuns, tornando preciso a colaboração do pai, da mãe e do filho, visando diminuir as oposições de idéias, de sentimentos ou de interesses que se originam da habitualidade da família.

Motivos que levam a “inaplicabilidade da guarda compartilhada”: nos casos em que os pais mostram desentendimentos rancorosos; nos casos em que houver indícios comprovados ou significativos de violência doméstica por um dos genitores contra o outro ou contra o filho; nos casos em que há um conflito parental entre os genitores; nos casos em que um dos genitores demonstrarem algum tipo de distúrbio ou vício que possa vir a colocar em risco a vida física ou emocional da criança; nos casos em que os filhos são usados como moeda entre o casal; nos casos em que não existem os pré-requisitos de harmonia e superação dos interesses dos genitores; nos casos em que os genitores encontrem-se em “pé de guerra”; nos casos em que a criança é ou se encontra insegura; nos casos em que a criança ainda é muito pequena; nos casos em que os genitores não colaboram entre si, não conversam, descontentes, e se comportam através de comparações e confrontos; nos casos em que um dos genitores não

tem uma casa apropriada para receber os filhos; nos casos em que um dos pais mora muito longe dos filhos, bairro distante, outra cidade; nos casos em que um dos genitores viaja a trabalho, precisando delegar a terceiros os cuidados referentes aos filhos; nos casos em que um dos genitores cumpre horário de trabalho incompatível com tempo necessário ao cuidado dos filhos; nos casos em que os genitores não mais vivem juntos, e além disso, não se entendem, ou melhor, não se suportam, pois adotá-la, geraria uma invasão na esfera privada de um progenitor em relação ao outro; nos casos em que os genitores passaram por traumáticos e demorados processos judiciais, pois terão que conviver amigavelmente com os filhos, sendo que o relacionamento entre eles não é nada amigável; o fato de as crianças terem que conviver ora com a mãe, ora com o pai, em lugares físicos distintos, exige da criança uma capacidade de adequação da realidade, fazendo com que ela perca o que lhes é fundamental, a rotina e a referência, o que se mostra possível apenas em crianças mais velhas; nos casos em que as crianças ainda não tem a personalidade formada; nos casos em que entre os genitores há desavenças constantes, visto que pode gerar comportamentos atentatórios à saúde psicológica e emocional das crianças, como chantagens; na guarda compartilhada ocorre a duplicidade de autoridade em relação aos filhos, gerando uma total instabilidade, o que, lhes é prejudicial; nos casos em que os pais são adolescentes, não possuem maturidade, podendo gerar à criança uma confusão psicológica, pois afinal eles ainda se submetem à ordens de seus pais; entre diversos outros motivos.

REFERÊNCIAS

- ALTO É, Sônia. **Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo**. Revinter, 2ª edição, 2004
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª edição, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Editora Saraiva, 5º Volume, 2002.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. Edição Universitária de Direito, 2001.
- FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**, 6ª edição, 2006.
- GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARRACCINI, Eliane Michelini. **Revista dos Tribunais**. nº 716.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Revista dos Tribunais**. nº 716.
- NAZARETH, Eliana Riberti. **Direito de Família e Ciências Humanas**. Editora Jurídica Brasileira, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Volume V. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade Privada no Direito Romano**. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- BRASIL – **Constituição 1988**. São Paulo: Editora Rideel. 2007.
- BRASIL. **Código Civil**. Organização: Anne Joyce Angher. 4ª ed. São Paulo: Editora Rideel. 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organização: Anne Joyce Angher. 4ª ed. São Paulo: Editora Rideel. 2007.

Lei 8.069/90 - Estatuto da criança e adolescente – ECA.

Lei 11.698/08 Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

SITES DA INTERNET

www.ibdfam.org.br

www.forumjuridico.org.br

www.mariaberenice.com.br

ANEXOS

ANEXO A

LEI 11.698/08, de 13 de Junho de 2008

ALTERA OS ARTS. 1.583 E 1.584 DA LEI 10406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 CÓDIGO CIVIL, PARA INSTITUIR E DISCIPLINAR A GUARDA COMPARTILHADA.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.583. 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).” (NR)

“Art. 1.584. 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 em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai 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 estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

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

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, 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.”
(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto José Antonio
Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008

ANEXO B

NOVA REDAÇÃO DOS ARTIGOS 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, TRAZIDA PELA LEI 11.698/08. Que agora dispõe assim:

CAPÍTULO XI

Da Proteção da Pessoa dos Filhos

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

§ 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º - A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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).

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

§ 2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º - Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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

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

Art. 1.585 - Em sede de medida cautelar de separação de corpos, aplica-se quanto à guarda dos filhos as disposições do artigo antecedente.

Art. 1.586 - Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.587 - No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

Art. 1.588 - O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

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.

Art. 1.590 - As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes

ANEXO C

JURISPRUDÊNCIAS

GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Ademais, não mais residindo a filha com o genitor, cabível que este passe a alcançar-lhe alimentos, até porque as despesas da menina eram arcadas integralmente pelo alimentante. Agravos desprovidos. (AI 70016420051) (www.mariaberenice.com.br)

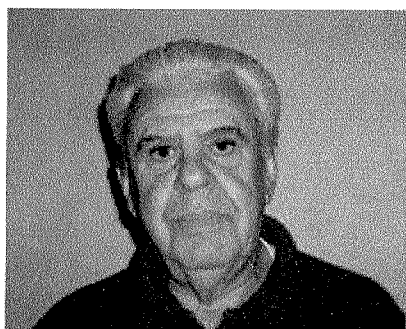
APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. Possuindo ambos os genitores condições de exercer a guarda do filho, esta é de ser concedida àquele escolhido pelo adolescente, considerada, ainda, a circunstância de que foi com ele que sempre esteve desde a separação dos pais, ocorrida quando tinha poucos anos de vida. **ALIMENTOS. EX-CÔNJUGE.** Descabe exonerar ou reduzir o pensionamento fixado em recente acordo de alimentos, quando inalteradas as possibilidades do alimentante e as necessidades da alimentanda. Apelo desprovido. (AC 70008681520) (www.mariaberenice.com.br)

GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Havendo na postura da genitora indícios da presença da síndrome da alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, atende melhor ao interesse da infante, mantê-la sob a guarda provisória da avó paterna. Negado provimento ao agravo. (AI 70014814479) (www.mariaberenice.com.br)

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (AI 70016276735) (www.mariaberenice.com.br)

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. A adoção da doutrina da proteção integral, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da lei nº 8.069/90), fortaleceu o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares. Inexistindo nos autos elementos a comprovar a violação dos deveres inerentes à filiação, por parte da genitora, descabe a destituição do poder familiar. Apelo desprovido. (AC 70008851214) (www.mariaberenice.com.br)

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, impõe-se a destituição do poder familiar em relação ao pai que abusa sexualmente da filha, infringindo gravemente os deveres previstos no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pedido de diligências do Ministério Público acolhido, em parte, e apelo desprovido. (AC 70008231722) (www.mariaberenice.com.br)

ANEXO D**ASPECTOS POLÊMICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.****WALDYR GRISARD FILHO, IBDFAM-PR**

As questões mais difíceis de todo o Direito de Família são, sem dúvida, as questões relativas à guarda de filhos de pais que não convivem. Até recentemente, de forma quase mecânica, os filhos de pais separados submetiam-se a uma guarda exclusiva de um dos pais – em especial à mãe - ou alternadamente conviviam um espaço de tempo, mais ou menos igual, com um e outro dos pais. No primeiro modelo, o pai que não tivesse os filhos em sua companhia e guarda, exercia o chamado direito de visitas, um exercício lateral da autoridade parental. Em qualquer deles, porém, competia ao pai pagar alimentos.

Esse sistema sofreu críticas, enquanto baseado na culpa de um dos cônjuges pelo rompimento do vínculo matrimonial. O culpado era privado do exercício da guarda, tornava-se incapaz do exercício da paternidade. Hoje, porém, o contexto social evoluiu e provocou mudanças comportamentais de vulto. O divórcio é uma etapa do ciclo vital do casal, aceito com naturalidade, a culpa deixou de ser o elemento sancionador das desuniões. Ao par e acima disso, a igualdade entre os cônjuges criou uma simetria de papéis, tornando impossível negar sua redistribuição. A mudança de comportamento exigiu o estabelecimento de novos padrões de guarda, que assegurassem a igualdade entre os pais e aos filhos o direito de ser criado e educado por ambos os pais, ou seja, desenvolvida no interesse superior desses..

Assim ao lado dos modelos tradicionais surgiu a guarda compartilhada, que cumpre esses objetivos. Primeiramente por inferência da doutrina e da jurisprudência e, recentemente, há preciso um ano, por determinação legal. Novidade recente, provoca cuidadosa atenção. A proposta deste congresso – proteção jurídica da família, da criança e do adolescente – resulta na necessidade de discutir os novos paradigmas legais sobre a autoridade parental, os acertos e as dificuldades da nova lei sobre a guarda de filhos na separação dos pais.

ANEXO E

O CUIDADO À CRIANÇA, UM DOS TEMAS RELEVANTES DO CONGRESSO

CLAUDIA STEIN, advogada e diretora do IBDFAM, ressalta o cuidado à criança, um dos temas relevantes do congresso:



A semente se transforma, de forma lenta, em árvore frondosa, o que só é possível a partir de cuidado diuturno, a ser-lhe destinado com calma e capacidade de esperar, salvaguardando-a de riscos que a própria natureza traz.

A árvore frondosa, sem necessidade de redomas, que a tornaria frágil em excesso, exige zelo, igualmente diuturno, para que frutos sejam colhidos.

Passado o tempo fértil, entretanto, mister lembrar que a árvore, embora envelhecida, traz, dentro de si, a força que lhe permite oferecer a sombra, necessária a enfrentar a claridade.

O IBDFAM/SP promove, nos dias 27 a 29 de agosto vindouro, o III Congresso Paulista de Direito de Família, cujas palestras terão por objeto a importância dos cuidados aos menores e idosos, sob o viés do afeto como valor jurídico.