

DANIEL RODRIGUES TRIGO

GUARDA COMPARTILHADA

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

Orientadora: Prof^ª. Me. Maria Amélia da Costa

**JUIZ DE FORA – MG
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Daniel Rodrigues Trigo

Aluno

Granda 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

[Assinatura]

Bianca Stephan

Luciana Aparecida Braga

Aprovada em 05/07/2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. Agradeço também a minha esposa, Alessandra, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades, quero agradecer também a minha filha, Valentina, que embora não tivesse conhecimento disto, mas iluminou de maneira especial os meus pensamentos me levando a buscar mais conhecimentos. E não deixando de agradecer de forma grata e grandiosa meus pais, Sônia e Roberto, a quem eu rogo todas as noites a minha existência, minha tia, Dalva, minha tão amada avó, Alice e minhas irmãs Daniela e Elizabeth, estas todas, por me incentivarem, me dando todo o respaldo necessário para que hoje eu pudesse ter esse espaço de agradecimento.

RESUMO

A guarda compartilhada é um instituto polêmico, no qual os pais/responsáveis legais nem sempre sabem como agir e ou não raro também não possuem entre si um consenso sobre como gerir a guarda dos filhos menores. Este assunto será abordado no presente estudo, o qual analisa a viabilidade da aplicação do referido instituto diante da realidade e conformação da família brasileira, para tanto, faz um exame dos modelos legais trazidos ao nosso arcabouço jurídico no decorrer do tempo e função da demanda exigida diante da evolução do fato social e apontando as principais angústias e anseios daqueles que se defrontam com tal questão. Aborda também os deveres dos pais e ou responsáveis legais, inerentes, respectivamente, a guarda e manutenção de seus respectivos tutelados como forma de fazê-los se imbuir de seus ônus em termos de responsabilidade civil e ou criminal provenientes do mau e ou indevido uso de suas atribuições.

Assevera ainda a necessidade real e primaz de que o judiciário (através de todos os seus componentes envolvidos nestas demandas) se envolvam de maneira tal que o melhor interesse dos menores seja sempre o foco principal da lide.

Palavras-Chave: guarda compartilhada. Filhos menores. Pais e responsáveis legais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 GUARDA COMPARTILHADA	08
2.1 Previsões Legais	09
2.2 Poder Parental e ou Familiar	10
2.3 Características do poder familiar	11
2.4 Guarda Material e Guarda Jurídica	13
3 APLICABILIDADE NA PRÁTICA	15
3.1 A Ótica Doutrinária	16
3.2 A Visão da Jurisprudência	17
3.3 Aspectos Negativos da Guarda Compartilhada	18
4 QUANDO SER ADOTADA	20
4.1 A Quem Cabe Decidir	21
4.2 O Melhor Interesse a ser Atendido	22
5 CONCLUSÕES	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

1 INTRODUÇÃO

A família é a célula *mater* de uma sociedade, sua importância é de imensurável amplitude na formação de todo e qualquer indivíduo, seja na esfera pessoal, profissional, intelectual, social e até mesmo econômica. Daí a extrema importância de se imprimir todo e qualquer esforço no sentido de se manter vivos, fortes e atuantes todos os laços que unem os seus membros formadores.

De fato, as influências positivas a serem produzidas por uma estrutura familiar sólida e coesa na vida de uma pessoa vem desde a sua geração e não de se perpetuar por toda a sua existência, logo é mesmo de se esperar que o Estado cada vez mais se pronuncie no sentido de proporcionar meios legais para que casais que se defrontam com o divórcio e/ou com o desfazimento do núcleo familiar encontrem soluções hábeis para tal demanda.

Desta forma, o objetivo do ordenamento jurídico, diante do rompimento dos laços matrimoniais, de convivência e de afetividade, é propor e até mesmo impor a opção legal de que os filhos menores não se tornem um objeto de disputa e não venham a sofrer traumas e dissabores em função de fatos que sequer são de suas vontades, interesses ou responsabilidades.

Ao se constituir uma família as pessoas passam a assumir obrigações como: vida em comum; residência em domicílio comum; mútua assistência; educação e manutenção dos filhos, respeito e estima mútuos. Todavia, diante das mazelas da sociedade moderna é com amplo prazer que se assiste (e pratique), o inadimplemento destas incumbências.

E a partir daí surgem os entreveros que invariavelmente se redundam na quebra dos vínculos familiares, o que vem exigir da justiça, da legislação, da doutrina e do judiciário múltiplas apreciações, estudos e entendimentos que sejam hábeis e capazes de trazer patentes soluções às mais diversas particularidades do tema em questão.

O presente estudo, através de pesquisa e leitura apurada se propõe trazer os aspectos legais da guarda compartilhada, no qual se denota por óbvio a visão do legislador, bem como demonstrar o lado prático que por sua vez é diretamente estampado e absorvido pelo judiciário e pela jurisprudência, haja visto que estes, por certo, estão bem mais próximos da realidade fática que envolve o assunto em tela.

A evolução histórica da legislação pátria sobre o assunto também será aqui tratada de modo a demonstrar os avanços obtidos ao longo do tempo, considerando a incessante reformulação da família brasileira, fator este que, por si só, demanda aperfeiçoamentos legais contínuos e urgentes.

Aspectos importantes sobre como inculcar nos pais e/ou responsáveis acerca do seu dever de comprometimento para que a guarda compartilhada possa efetivamente produzir os seus resultados e assim preconizar o atendimento do melhor interesse da criança e/ou adolescente, facultando a possibilidade de se sentir e atuar com parte integrante da nova conformação de sua família, independentemente da nova condição dos seus genitores.

Por fim, o estudo mostrará as consequências jurídicas do rompimento da família perante os filhos menores, demonstrando as hipóteses legais para a guarda compartilhada, as sanções previstas em caso de descumprimento dos ônus pertinentes ao guardião.

2 GUARDA COMPARTILHADA

Na maioria das vezes em que um casal se divorcia os filhos são duplamente atingidos, pois além de serem submetidos a uma traumática e repentina transformação da composição familiar, onde sofrem os danos desta situação em inúmeras ocasiões chegam também a ser causa de disputa entre as pessoas que mais amam e confiam e das quais dependem emocional e economicamente, os pais, que neste momento estão em lados opostos e disputando interesses incomuns.

Em tais ocasiões os filhos, sobretudo aqueles em idade mais pueril são expostos a grandes consternações passíveis de virem a produzir severas decorrências ao seu amadurecimento psicológico, intelectual, emocional e até mesmo físico.

A função de garantir a uma criança a possibilidade de adolecer sendo elemento compositor de uma estrutura familiar na acepção total e plena da expressão é um mister que diante de um processo de divórcio vem a ser seriamente abalado e comprometido em todas as suas nuances.

Assim, diante da nova realidade da família em questão, há que se buscar e produzir meios, condições e ambientes onde o os filhos se sintam realmente acolhidos, amparados e protegidos, o que efetivamente se torna extremamente difícil se a guarda vem a ser disputada entre os genitores. "O fim da sociedade ou do vínculo conjugal não provoca nenhuma alteração nos deveres e direitos dos pais para com os filhos. A lei (CC, art. 1.579) assevera que tanto no divórcio como na viuvez e na invalidação do casamento a regra é a mesma." (ULHOA, 2010).

O direito sendo uma ciência dinâmica e evolutiva vem a operar no intento de trazer entendimentos e meios legais que comportem as novas e crescentes demandas sociais, onde a guarda compartilhada, surge como uma promissora alternativa para atender estas necessidades.

Neste contexto, sendo algo relativamente novo e esta modalidade de guarda traz consigo inúmeros desafios na busca do atendimento do melhor interesse da criança, de tal forma que sua aplicabilidade na prática torna-se defendida por uns, apoiada por outros tantos, mas também é objeto de discordância entre os profissionais das diversas áreas envolvidas, bem como entre os pais e em muitas ocasiões também entre os filhos.

2.1 Previsões Legais

Historicamente a transformação evolutiva de nossa sociedade e conseqüentemente as modificações e diversificações impostas nas estruturas familiares produziram uma derrocada no termo pátrio poder que consuetudinariamente passou a ser abandonado e gradativamente substituído por novas denominações, tais como poder parental, poder familiar e ou poder de proteção.

As previsões legais também nesta direção evoluíram partindo da inteligência de que o poder familiar emana é exercido igualmente ora por um dos pais, ora por outro e ora por ambos, sendo estes equiparados em ônus e bônus legais perante aos seus filhos, donde surge a idéia de poder parental, que há de ser sempre e invariavelmente desempenhado em função e objetivo do interesse supremo dos menores, o que vem a conferir a tal poder as características natas de dever e de responsabilidade. "Atualmente o entendimento pacífico é de que o pátrio poder mais se assemelha a pátrio dever e compete o mesmo a ambos os pais, conforme o artigo 226, § 5º, CF/1988." (LEITE, 1997).

Com o advento Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em 1989, passou-se entender como um direito da criança a manutenção e continuidade das relações destes com os seus pais de forma indistinta, sendo certo que tal previsão foi disposta no artigo 9º da supramencionada legislação.

Mais que prever e preconizar este convívio entre pais e filhos o pertinente diploma legal busca estimular, manter e desenvolver as benéficas das influências desempenhadas pelos pais como meio de formação e socialização de um indivíduo melhor.

Em outra vertente as normas mais pretéritas não absorviam a mesma visão, excetuando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), (Lei 8069/1990) que já prelecionava o exercício de um poder familiar atribuído e praticado por pai e mãe em pé de igualdade.

Fato é que, apenas com a edição da Lei 10406/2002 em seus artigos 1631 e 1634 estas inovações foram pacificadas diante do juízo de que a guarda, manutenção e educação dos filhos decorre da filiação e não dos laços matrimoniais, logo o afastamento ocorrido entre os cônjuges não pode nem deve também haver entre os pais e seus filhos.

Mais recentemente somamos ao nosso arcabouço jurídico a Lei 10358/2014 que veio com o firme propósito de institucionalizar a guarda compartilhada dando a esta o status de primazia e preferência como forma e meio de evitar o declínio das relações entre pais separados e seus filhos.

Desta forma, diante da ruptura da estrutura familiar ergue-se a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecendo recursos hábeis em manter os vínculos familiares entre pais e filhos, suprimindo as distinções nas relações parentais conforme o artigo 226, §5º da CF a fim de dirimir os impasses pertinentes à guarda de filhos menores.

2.2 Poder Parental e ou Familiar

Uma vez rompidos os laços conjugais a relação familiar torna-se monoparental originando o poder parental, situação na qual, um dos genitores assume uma função subsidiária através de visitação, manutenção de alimentos e inspeção, enquanto somente um dos pais passa a exercer a guarda em termos práticos e cotidianos.

Esta nova realidade ocasiona influências francas e diretas na vida dos filhos e perante esta condição, surgem dilemas e opiniões frente à precisão de se conservar preferencialmente a presença e a atuação de todos os membros familiares. Nesta esteira, profissionais multidisciplinares das ciências humanas se esmeram na busca de meios capazes de abrandar as sequelas provenientes da quebra do seio familiar.

O poder parental e ou familiar é um status natural do ser humano que jamais poderá ser recusado, portanto em nenhuma circunstância os pais poderão abdicar desta capacidade.

Assim sendo, e por óbvio o referido poder também sob nenhuma hipótese admite ser transacionado, delegado ou transferido a terceiros em face do seu caráter de múnus público e ainda pelo fato de ser o Estado quem dita as suas regras para de exercício.

Também é um poder imprescritível, vez que mesmo não sendo exercitado pelo seu titular este nunca o perderá, à exceção dos casos expressos em lei como por exemplo, a tutela ou a adoção, situações nas quais um tutor ou pais adotivos somente poderão ser nomeados após a destituição legal dos pais.

O Código Civil pátrio prescreve em seu artigo 5º que a menoridade se finda aos 18 (dezoito) anos completos, ocasião esta que marca o término do poder familiar, (salvo a hipótese de emancipação legal), logo, conforme o artigo 1630 do mesmo texto legalístico, os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. (CC/2002).

O Pátrio Poder, Poder Familiar, ou Pátrio Dever, nesse sentido, visa prioritariamente a proteção dos filhos menores, sendo que o convívio entre todos os indivíduos do grupo familiar deve ser lastreado pelo diálogo, compreensão e entendimento. (VENOSA, 2008).

A equiparação na legitimidade dos cônjuges para exercer o poder familiar somente se materializou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo o Princípio da Isonomia posto no seu artigo 226, §5º e posteriormente com o advento do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90) em seu artigo 21.

Por sua vez Código Civil de 2002, originou uma nova nomenclatura ao já decaído pátrio poder, instituindo-se assim o poder familiar, sendo este, caracterizado por deveres e encargos inerentes ao amparo dos filhos menores. "O autor Silvio Rodrigues (1989, p. 148) assim entende e define o Poder parental e ou Familiar: É o conjunto de direitos e deveres conferidos aos pais, em relação aos filhos não emancipados e seus bens objetivando a proteção dos mesmos."

Conceitualmente o poder parental e ou familiar vem a ser uma conjugação dos direitos e deveres conferidos aos pais, em face da pessoa e bens dos filhos menores, conseqüentemente o poder familiar, aborda as implicações jurídicas presentes nas relações entre pais e filhos.

2.3 Características do Poder Familiar

O poder familiar ou poder parental possui características intrínsecas que o vinculam àqueles que detêm, estas características são a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade e a imprescritibilidade.

Tais características não admitem que os pais ou aqueles que exerçam o poder familiar se furtem a avocar os encargos a eles conferidos por pretensão própria ou por demais motivos que de fato e de direito não sejam justos e legalmente aceitáveis.

O Pátrio Poder ou Poder Familiar é irrenunciável ou indelegável, por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores [...], (STJ).

Trata-se de um ônus que não pode ser objeto de renúncia, todavia o autor Sílvio de Salvo Venosa, assevera que na adoção, os pais abdicando poder familiar, e ainda que em casos onde os pais cometam atos conflitantes com o referido instituto estes também estarão ainda que de forma indireta abdicando ao poder em comento. (2008, p. 300)

Também não admite ser transmitido, vez que não pode ser transferido a outrem, posto que a qualidade de pais (naturais ou adotivos) possui caráter e status personalíssimo.

E ainda, é imprescritível, por não se extinguir em função do seu desuso, ou seja, por mais que o seu titular não exerça o poder familiar este direito que lhe foi naturalmente conferido jamais será extinto. De modo que mesmo que os pais deixem de exercer suas prerrogativas próprias por longos períodos, estas não decairão, se não em virtude de imposições legais.

Igualmente sempre caberá aos pais o direito de retomar os seus filhos daquele(s) que de forma ilegal os detiverem, bem como sempre estarão aptos a exercer quaisquer de suas funções inerentes ao poder familiar, sem nenhuma perda por não tê-las exercido anteriormente, independente de prazos que possam ter sido estabelecidos.

Evidentemente que o poder familiar trata muito mais de ônus, tanto que se o seu titular causar perdas e ou danos ao(s) filho(s) por não cumprir com suas obrigações de guardião este poderá ser penitenciado conforme as previsões legais cabíveis, constantes no ECA, artigo 249; CP, artigos 244 e 247 e artigo 1.638, II do CC.

Em meio ao compilado de direitos e deveres outorgados aos pais, apresentam-se duas relações distintas, em função do fim a quem se destinam e do bem jurídico que almejam tutelar, ou seja, uma relação diretamente ligada e voltada à proteção da pessoa dos filhos (CF, artigo 229; CC 1.634; ECA artigo 22) e a outra relação em função de salvaguardar os bens patrimoniais e pessoais dos filhos menores.

Cabendo ressaltar as alterações no artigo 1.634 do CC trazidas pela Lei 13.058/2014, as quais determinam que de forma conjunta aos pais e/ou aqueles que são titulares do poder familiar (CC, artigo 1.634 III, IV, V, VII) terão as seguintes incumbências legais para com seus filhos menores:

- Conferir ou recusar anuência para contraírem matrimônio;
- Conferir ou recusar anuência para viajar fora de seu País de origem;
- Conferir ou recusar anuência para se mudarem de residência permanentemente para outro Município;
- Representar judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, em atos próprios da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo a(s) sua(s) concordância(s).

Finalizando o tópico, vale grifar que para serem investidos do poder familiar, seja na esfera pessoal ou patrimonial, os pais em conjunto, precisam necessariamente ser os titulares legítimos desse direito.

Isto em função da legislação civil determinar que tanto o pai quanto a mãe são em igualdade de condições (ônus e bônus) os sujeitos ativos do exercício do poder familiar, em

virtude da paternidade e da maternidade, e não do matrimônio ou da união estável. Por outro lado, os filhos menores são os sujeitos passivos, havendo matrimônio, ou não conforme a seguinte prescrição legal (CC, artigo 1.630; ECA artigo 20; CF artigo 227, §6º).

2.4 Guarda Material e Guarda Jurídica

Com dito anteriormente o poder parental ou familiar é característica adquirida pelo indivíduo, diante condição de pai, mãe ou responsável legal e exatamente por este motivo não pode vir a alienar, transmitir e ou substabelecer o mesmo, desta forma todo e qualquer pacto em que os pais renunciem esta faculdade, será um ato nulo.

Então, vez que o fim da sociedade conjugal não afeta a relação entre pais e filhos (ao menos em aspectos legais) as ligações afetivas, os ônus e bônus mútuos se mantêm, sendo apenas adaptados diante da necessidade.

Desta forma, no que tange à guarda, haverá uma dissociação, podendo esta incumbência ser conferida a apenas um dos pais e a visitação ao outro (artigo 1589 do CC) e esta situação tende a diminuir o Poder Familiar daquele que não exerce a guarda. Por outro lado, o detentor da guarda a exercerá em dois aspectos, sendo estes a guarda material e a guarda jurídica.

A guarda material (artigo 33, § 1º da Lei 8.069/1990 - ECA), também denominada guarda física implica em ter consigo o filho vivendo em sua companhia em caráter definitivo ou periódico. Assim, pode a guarda material ser definida como sendo a modalidade de guarda na qual se obtém para si a custódia física do filho menor por períodos maiores ou permanentes se caracterizando por uma convivência próxima e diária com o seu e guardião.

A guarda física ou material pode ainda ser exercida de forma compartilhada onde os pais se alternam periodicamente no direito de residir com o(s) filho(s) de modo a assegurar a convivência frequente e continuada. Sendo a guarda material exercida apenas por um dos responsáveis, caberá ao outro o direito de visitação, salvo se o(a) magistrado(a) entender que tal procedimento não convenha ao melhor interesse dos filhos.

Na guarda material ou física o filho menor, permanece sob a autoridade e administração do detentor da sua guarda e neste sentido o seu guardião estará também apto e incumbido de exercer a Guarda Jurídica.

A guarda jurídica etimologicamente traduzida traz consigo a ideia de juridicidade e de legalidade, em síntese é o desdobramento da Guarda Física no qual aquele que detém a guarda também exerce o poder de reger a vida dos filhos menores lhes provendo as suas

necessidades tais como saúde, educação, segurança e demais demandas inerentes ao pleno desenvolvimento físico, mental, intelectual, psicológico e social, bem como lhe impondo a sua pertinente autoridade.

Do ponto de vista legal a Guarda Jurídica, tanto deve quanto pode ser exercida concomitantemente por ambos os pais, o guardião que exerce o poder familiar ou parental em todo o seu alcance e o não guardião mesmo à distância auxiliando e fiscalizando na provisão manutenção das necessidades inerente aos respectivos menores.

3 APLICABILIDADE NA PRÁTICA

A guarda compartilhada constitui legalmente o encargo e a atuação contínua dos pais em todas ou ao menos nas fundamentais deliberações em torno do melhor interesse da criança, estimulando e oportunizando o convívio pacífico e profícuo entre pais e filhos.

Temas envolvendo escola, saúde, atendimento médico, atividades religiosas, o crescer emocional e moral, na guarda compartilhada deverão sempre que possível serem discutidos e decididos em conjunto, além é claro da alternância na moradia que poderá se dar com ambos os pais.

A guarda dos filhos menores e dos maiores incapazes pode ser Unilateral ou Compartilhada. Na Guarda Compartilhada, os dois genitores continuam a exercê-la mesmo após o fim do vínculo conjugal, devendo ser adotada, sempre que possível e ou os cônjuges não obtiverem acordo sobre a questão. (ULHOA, 2010).

O objeto mor da Guarda Compartilhada é minimizar ou quiçá extinguir os conflitos oriundos de uma separação, tal intento é vislumbrado na manutenção da presença ativa, permanente e continuada com os pais e mantendo também o envolvimento destes com a criação e desenvolvimento dos filhos impúberes.

Procedendo-se dentro destes parâmetros, os filhos continuam sendo filhos e os pais sendo pais e a família continua a existir e a resistir, mesmo que em células distintas sem ter que romper os seus elos.

O Instituto da Guarda Compartilhada ou Guarda Conjunta deve necessariamente ser analisado e entendido em um sentido muito mais amplo do que tão somente a Tutela Material ou Custódia Física, vez que os demais predicados do Poder Parental ou Familiar são desempenhados em conjunto pelos responsáveis legais.

Deste modo, o genitor, familiar ou responsável legal que não detiver a Guarda Material em qualquer tempo jamais poderá e ou deverá se ater à unicamente à supervisão da criação dos filhos, mas, com efeito, terá também o essencial e análogo Poder Parental em iguais proporções para tomar decisões inerentes ao bem estar de seus filhos.

Percebe-se então que bem mais do que uma questão jurídica a ser tratada em Varas de Família a Guarda Compartilhada antes de tudo há de ser previamente discutida entre os seus partícipes, pois somente desta forma os seus objetivos serão alcançados.

Assim sabendo-se que toda e qualquer mudança sempre traz consequências expressivas (podendo estas ser negativas ou positivas) em nossas vidas, e mais ainda em crianças e adolescentes (e logicamente que neste caso não poderia ser diferente), para que a

guarda compartilhada produza efeitos na prática, os pais ou responsáveis legais precisam em nossa opinião, ser os grandes mentores desta empreitada.

3.1 A Ótica Doutrinária

A guarda compartilhada foi legalmente introduzida em nosso ordenamento jurídico da pela Lei 13.058/14 a qual modificou o artigo 1583 do Código Civil em seu § 2º, asseverando que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com os pais, sempre tendo em vista as condições factícias e o melhor interesse dos filhos.

A referida alteração em nosso Código Civil ocasionou recorrentes e inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais a despeito do convívio e exercício de responsabilidades conjuntas entre casais separados e seus filhos em caráter periódico, ainda que a guarda jurídica (em termos de guarda compartilhada) seja atribuída somente a um dos pais ou responsáveis.

Frente às distintas opiniões doutrinárias o tema tão relevante quanto atual e polêmico encontrou em nosso país um campo fértil ao seu desenvolvimento tanto pela imensurável qualidade de nossos doutrinadores, sempre aguerridos em pacificar as dúvidas e elucidar as celeumas quanto pela sempre dinâmica conformação do núcleo familiar em tempos atuais.

A partir daí autores renomados e também autores ainda estreantes nos brindam com suas teses e explicações visando cada vez mais buscar e atingir os objetivos contidos no texto legal traduzindo e amoldando a vontade do legislador com o caso real.

E talvez aí resida o maior desafio, posto que o direito acompanha o fato social enquanto as leis infelizmente não são pensadas, produzidas, votadas, aprovadas e legitimadas no mesmo ritmo, gerando sempre e cada vez mais a necessidade imprescindível da hermenêutica jurídica.

Nesta parte do nosso estudo serão postas as opiniões de alguns Autores(as) aos quais nos dedicamos em nossa pesquisa, a começar pela eminente Maria Berenice Dias (2008), a qual, com o seu característico domínio no âmbito do Direito de Família, observa: Cabe ao(à) juiz(a) a incumbência de dar informações claras e precisas aos separandos ou responsáveis sobre o sentido e objetivos da guarda compartilhada, bem como sobre a responsabilidade de ambos, garantindo assim que estes permaneçam presentes e atuantes o mais intensamente possível na vida de seus filhos e ou tutelados consagrando desta forma a manutenção do real e melhor direito e interesse da criança.

Cabe também sublinhar que a guarda alternada não é contemplada em nossos diplomas legais por nenhuma lei específica em vigor, equivalendo dizer que a sua solicitação e aplicabilidade sempre se converteu em impossibilidade jurídica do pedido.

Neste sentido, nosso estudo demonstra que o desentendimento conceitual entre guarda compartilhada e guarda alternada foi sem dúvida o fator que mais contribuiu para a não aplicação ou no mínimo a aplicação equivocada de tais institutos e nem mesmo com o advento da Lei 11.698/08, as interpretações e aplicações equivocadas se findaram.

Para Caio Mário, (2010; p. 469) proeminente autor dedicado ao tema em questão: A Guarda Compartilhada é conveniente quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitando seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares.

3.2 A Visão da Jurisprudência

Conforme citado acima, cabe ao(à) julgador(a) o ônus de aclarar com minúcias àqueles que se propõem aceitar as incumbências inerentes da Guarda Compartilhada, e neste entendimento, ao decidir sobre o tema deverá necessariamente sopesar com maestria as seguintes questões: Os pais poderão e ou deverão conviver diariamente com os filhos? Esta convivência será benéfica para ambos ou somente para uma das partes? Afora os aspectos legais, do ponto de vista psicológico e social este convívio trará benefícios para os filhos? Os pais ou responsáveis legais estão realmente comprometidos com os termos da guarda compartilhada? Além é claro de outras que sejam peculiares ao caso real.

Entende-se que somente de posse de tais respostas a decisão poderá ser efetivamente capaz de atender o seu propósito final, daí a jurisprudência ter tanto a oferecer em tais situações.

Hodiernamente os entendimentos jurisprudenciais são um farto manancial à disposição dos aplicadores do direito, prestando-se como fonte de consulta inesgotável seja para o mero estudo e conhecimento ou para a sua aplicação ao caso real e concreto.

No que pese a guarda compartilhada, nossos tribunais tendem pela obrigatoriedade de sua aplicação excluindo-se o caso de recusa desta possibilidade, desde que devidamente motivada por um dos genitores e ou responsáveis legais. Donde vem a necessidade primaz de que o juízo em questão se debruce sobre detalhada análise da situação real orientado sempre e invariavelmente sob a busca e alcance do maior e melhor interesse dos menores *in casu*.

E desta feita, ainda que um dos genitores, responsáveis ou familiares em questão tenha argumentos e motivos que de fato embasem a sua negativa à aplicação do

compartilhamento da guarda o juiz poderá crer que esta seja, com efeito, a melhor opção e aplicá-la de forma cogente, conforme o regramento legal competente dispõe.

Em suma, a regra é a aplicação da guarda compartilhada, a menos que esta seja devida e motivadamente rejeitada, todavia nesta hipótese pode o julgador com base na legislação pertinente entender e optar pela imposição legal da guarda compartilhada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) seguindo sua fiel linha de vanguarda já se posicionava de tal maneira, até antes da alteração legal de 2008, como se aduz das ementas colacionadas a seguir:

- Guarda compartilhada. Adolescente. Situação familiar não propícia ao implemento da medida. Deferimento de guarda única à avó paterna. Direito de visitação da genitora. O melhor interesse da criança ou do adolescente prepondera na decisão sobre a guarda, independentemente, dos eventuais direitos daqueles que requerem a guarda. TJRS, 70001021534/RS, Rel. Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 02.03.2005 (TJRJ, Acórdão n. 2007.001.35726, Capital, Relator Des. Roberto de Souza Cortes, j. 27.11.2007, DORJ 14.02.2008, p. 312).

3.3 Aspectos Negativos da Guarda Compartilhada

Ainda que a guarda compartilhada proporcione inúmeros benefícios aos filhos e aos pais, também não deixa de expor os seus pontos falhos, os quais serão agora abordados.

De fato o instituto em comento pode vir a esbarrar em questões como a violência doméstica que venha ou possa vir a ser perpetrada por um dos pais, seja um contra o outro ou contra os filhos, mesmo que hajam somente indicativos de atos violentos sem que nada fique de fato comprovado.

Nesta vertente o argumento básico contra a aplicação da guarda compartilhada se manifesta nos casos onde os pais já não têm um relacionamento saudável ou já esteja desgastado por conflitos pretéritos à separação, fato este que sem sombra de dúvidas acabam por interferir no procedimento de guarda.

Pais que encontrem dificuldades em conviver diretamente entre si, sobretudo na fase inicial da separação, certamente não terão bons resultados no exercício da guarda compartilhada, podendo desencadear períodos tempestuosos na relação com os filhos.

A guarda compartilhada acima de tudo não deve ser uma imposição tal qual uma fórmula pronta e cabível a todos os casos, pois requer que os pais preferencialmente residam ao menos em cidades próximas, aliás, o ideal mesmo seria que os genitores residissem na mesma cidade no mesmo bairro. "[...] as pessoas que residam em locais afastados não é de

fácil deslinde. Dependerá muito do aspecto psicológico, social e cultural dos pais, além do tipo de convivência entre eles após a separação". (VENOSA 2005, p. 252).

Em muitos casos a aplicação da guarda compartilhada seria mesmo uma contradição, vez que, o objetivo da separação é exatamente romper com qualquer contato e neste contexto os ex-cônjuges seriam forçados a conservar um diálogo maior do que o esperado.

Outro fator desfavorável a se considerar é a hipótese em que os pais mantêm um bom diálogo entre si com base no respeito e auxílio recíprocos, o que em princípio seria algo positivo e até mesmo um pré-requisito para aplicação da guarda compartilhada, entretanto esta situação pode criar nos filhos uma real expectativa de reconciliação.

Certo é que, tanto os prós quanto os contras não são fatores decisivos ou regra geral e precisam ser ponderados diante do caso real de maneira individualizada como garantia de se estar buscando o maior interesse do menor que necessita contar com um ponto de referência e um centro de apoio sólido e harmonioso par o seu desenvolvimento.

4 QUANDO SER ADOTADA

Por tudo o que foi até aqui apresentado neste estudo, fica evidente que o instituto da guarda compartilhada apresenta fatores e positivos e negativos oriundos da sua aplicação, desta feita, a inobservância os seus requisitos básicos podem ocasionar sérios e irreparáveis prejuízos aos menores em questão, daí a extrema necessidade e responsabilidade do(a) julgador(a) ao analisar o caso concreto com cautela máxima antes de conceder a guarda.

Os pais por sua vez podem, devem e precisam assumir seus papéis e agirem em conjunto, promovendo uma tomada de decisão suficientemente acertada em relação à guarda compartilhada e conseqüentemente sobre a criação, educação, desenvolvimento e evolução de seus filhos.

Na guarda compartilhada, urge salientar que tanto as maiores quanto as mais simples e corriqueiras decisões envolvendo os interesses dos filhos menores precisam ser necessariamente vivenciadas por ambos os genitores, uma vez que este é o objetivo precípua de tal Instituto, qual seja fazer com que a célula familiar se mantenha viva e ativa.

Neste sentido, atos corriqueiros, do dia a dia farão sempre muita diferença se forem habitualmente praticados o mais frequentemente em conjunto entre os membros familiares.

O ponto crucial na adoção da guarda compartilhada é, com efeito, a presença de uma relação harmoniosa ou não entre os pais, em princípio os tribunais definiram que o convívio pacífico entre os pais era o requisito primordial para a concessão, igualmente, existe a previsão pela qual, mesmo na ausência do concílio a guarda compartilhada possa ser deferida.

A ideia é que mesmo estando separados os pais obtenham êxito em compartilhar a educação dos filhos convivendo entre si a fim de não deixar romper os laços que os unem, e ainda que a guarda compartilhada mesmo que não possa ser aplicada no momento inicial da separação, depois de algum tempo o casal possa vir a optar por ela. (VENOSA, 2010, p. 185).

É fato concreto que para os filhos a guarda compartilhada é o ideal, uma vez que permite a continuação do convívio com ambos os genitores, todavia sem nunca perder de vista a primazia do interesse do menor.

O legislador ao idealizar a guarnição legal da guarda compartilhada o fez com o firme propósito de ser adotada como regra geral, como forma de e por fim a tal questão, todavia a prática mostrou que tal intento não seria possível.

A partir daí os casos reais com situações de agressões, abusos etc., demonstraram incompatibilidade com os objetivos da guarda compartilhada e, portanto sua aplicação

equivaleria a seguir na contramão do melhor interesse do menor, havendo então que sempre prevalecer a razoabilidade em consonância com os ditames e fins da lei.

4.1 A decisão a respeito da guarda compartilhada

Como já dito antes o objetivo maior da guarda compartilhada é minimizar ao máximo os dissabores e desventuras dos filhos e até mesmo dos pais, sem jamais vir se transformar em mais e novos motivos de contendas e disputas entre os ex-cônjuges, sobrevivendo daí o indispensável empenho de magistrados(as) e demais profissionais do judiciário e de outras áreas envolvidos nesta tomada de decisão.

Anteriormente à atual legislação, os(as) juízes(as) optavam pela guarda compartilhada exclusivamente quando este intento partia de ambos os pais, o que veio a se modificar após a entrada em vigor da nova norma.

Nos dias atuais a aplicação da guarda compartilhada pode ser deferida mesmo sem levar em consideração o desejo dos pais ou mesmo se apenas um dos dois não concorde, a exceção para aplicação da guarda compartilhada como prioritária serão os casos em que um dos pais declinar o seu direito de exercer a guarda.

Contudo, é de extrema importância não perder de foco o fato de que este tipo de tutela é opcional podendo ser fixada por vontade do pai e ou da mãe (o que certamente seria bem mais viável) ou em última instância ser determinada por decisão judicial.

A guarda conjunta é oriunda da disparidade entre os direitos parentais, que veio a se tornar um anacronismo de uma cultura que arrasta o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária (LEITE, 1997, p. 263).

A já mencionada Lei 11.698/08 tornou possível uma maior interação entre os pais por ocasião da guarda compartilhada, tornando-os mais participativos na vida de seus filhos, desta forma os períodos que os filhos convivem com cada um dos pais poderão ser decididos consensualmente entre eles.

O CPC determina que o(a) juiz(a) deva sempre e em qualquer etapa do processo tentar a conciliação entre as partes, e não sendo possível, que seja aplicada a lei com base no primordial interesse do menor, e nesta situação a decisão judicial nem sempre implicará em satisfação de ambas as partes.

O ideal mesmo é que cada situação seja analisada em suas particularidades, amoldando-se a lei ao episódio concreto, à exemplos de casos envolvendo filhos menores de

dois anos ou outras peculiaridades quaisquer onde a companhia e cuidados permanentes da mãe serão bem mais necessários.

4.2 Princípio do melhor interesse da criança

No processo de divórcio e conseqüentemente de definição da guarda, o objetivo principal a ser buscado deverá ser sempre o melhor interesse do menor, a fim de garantir a este todos os cuidados que lhes são necessários.

A guarda precisa ser deliberada em função da harmonia do convívio entre a criança aquele ou aqueles que exercerão o(s) cargo(s) de guardião(ões). O interesse do menor atua como um critério controlador, uma ferramenta de vigia da autoridade parental.

Assim o melhor interesse em ser educado pelos pais há de ser atendido sim, mas sem que os seus responsáveis: incorram no indevido uso de suas faculdades de guardiões e de igual forma, permiti retirar o direito da guarda caso venha ser necessário.

O melhor interesse do menor é usado ainda como meio de solução, em casos de divórcio, situação esta em que a imputação da autoridade parental e do exercício das prerrogativas de guardião pelos pais dependerá da análise do interesse do menor à ser feita pelo juiz. (LEITE, 1997, p. 195).

A busca do maior interesse dos filhos é de tal importância que, mesmo cabendo ao(à) juiz(a) o ônus legal de decidir sobre o assunto, é também de extrema relevância a possibilidade de se levar em consideração a opinião do menor antes de pronunciar uma decisão acerca do seu interesse (Convenção dos Direitos das Crianças da ONU, artigo 12).

Note-se que ao versar sobre este tema, estaremos abordando interesses de ordem moral e material do menor, porém, há que prevalecer sempre o interesse moral.

Situações diversas e inerentes ao caso real irão oferecer ao juízo responsável subsídios hábeis e capazes de fazer com que este forme o seu convencimento estando em plena concordância com o binômio legalidade e melhor interesse, podemos citar como exemplo:

- A hipótese de um filho recém-nascido ou ainda em idade mínima, estando logo evidentemente claro que o melhor interesse do filho nesta situação pende inegavelmente para que a guarda seja deferida à mãe que certamente será melhor, cuidadora, protetora e provedora diante das peculiares necessidades da criança e de seus enormes vínculos afetivos e maternais com a sua genitora;

Ou

- Atribuir a um pai guarda de uma filha, caso este apresente um quadro de melhores princípios morais do que o da mãe que hipoteticamente não tenha os mesmos valores éticos a oferecer. Igualmente, não se justificaria recusar a guarda de um filho a uma mãe somente por esta possuir uma condição financeira muito inferior do que a do pai, mas que por outro lado possua grande soma de atributos de ordem ética e moral;

Os pressupostos aqui dispostos como elementos de auxílio na definição da guarda por certo não são definitivos, tampouco podem ser adotados individualmente, além de poderem perfeitamente ser alterados em outro período, logo um fator que possa ser decisivo na ocasião de se atribuir a guarda pode vir a mudar em outra ocasião e, mormente em função do melhor interesse a ser atendido naquele determinado momento.

5 CONCLUSÕES

Neste estudo, após a leitura atenta empenhada em trazer informações embasadas e seguras ao presente trabalho conclui-se que o instituto da guarda compartilhada desde sempre foi tema de farta discussão para doutrina, jurisprudência e aplicadores do direito como um todo e que fatores como, a evolução da sociedade impulsionando a necessidade e a demanda por novas e modernas legislações foram determinantes para o alcance dos patamares atuais.

Verificou-se também que com o advento da Lei nº 13.058/14, instituindo a guarda compartilhada como prioridade a ser adotada (ainda que os pais não estejam de pleno acordo com tal opção), foi um fator que certamente há de impulsionar a implementação deste Instituto.

Desta forma nos restou devidamente claro que com o novo regramento pai e a mãe deverão mais do que dividir responsabilidades, direitos e deveres relacionados à educação e cuidados com os filhos, estes indubitavelmente necessitarão acima de tudo somar e aplicar desmedidos esforços para que a guarda na sua modalidade compartilhada alcance com êxito os seus objetivos a fim de que os filhos menores possam conviver de maneira salutar com ambos os pais e deste modo manterem vivos, fortes e atuantes os vínculos familiares.

Ao se traçar um paralelo entre a guarda compartilhada não e a guarda alternada percebemos as suas distinções pontuando, além de destacar e enfatizar os pré-requisitos básicos para a sua aplicação.

Buscou-se asseverar a vital importância desta modalidade de guarda para possibilitar a conservação dos laços familiares entre os pais e seus filhos, uma vez que conforme demonstrado a separação se dá entre os ex-cônjuges que por sua vez se distinguem dos mesmos enquanto genitores, logo, estes continuarão a tomar decisões versando sobre seus filhos menores mesmo após o rompimento dos laços matrimoniais.

Paralelamente aos estudos observou-se que hodiernamente, a materialização do senso de equidade entre homens e mulheres tende a acentuar e a acelerar o processo de aperfeiçoamento e permanente instituição da guarda compartilhada.

Ao final entende-se que somente através da ampla divulgação; do comprometimento dos pais; do deferimento e aplicação judiciais, será possível consolidar a Guarda Compartilhada como regra geral em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, 1988;
- BRASIL. Código Civil - CC, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002;
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, família, sucessões. 3ª Edição Revisada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010;
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª edição revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 23ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com a reforma do Código de Processo Civil e com o Projeto de Lei 276/2007, São Paulo: Editora Saraiva, 2008;
- GOMES, Orlando. Direito de família. 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987;
- <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/887-lei-da-guarda-compartilhada-a-quem-interessa> - em 28/04/2016;
- IBDFAM, Entrevista: Guarda Compartilhada e Obrigação Alimentar. Publicado em: 07 de Agosto de 2013. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar> - em 25/04/2016;
- Lei nº 13.058/14, de 22 de dezembro de 2014;
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais: A Situação jurídica de pais e mães cseparados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010;
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil: Direito de família. 28ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004;
- STJ;
- TJRS (jurisprudência);
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito de família. 13ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2013;