



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

PRISCILA DE OLIVEIRA SOARES

ANÁLISE CRÍTICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Juiz de Fora - MG

2015

PRISCILA DE OLIVEIRA SOARES

ANÁLISE CRÍTICA DA 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.

Orientador: Prof^a. Maria Amélia da Costa

JUIZ DE FORA-MG

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

Priscila de Oliveira Soares

Aluno

Análise crítica da 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







Aprovada em 30/11 / 2015.

Dedico este trabalho a pessoa mais importante da minha vida, minha mãe. Ao meu namorado, pelo amor e incentivo. Obrigado por terem se dedicado para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

À DEUS pela vida, por estar comigo todos os instantes, por me proteger e me abençoar.

A minha mãe pelo incentivo, amor, esforço, dedicação e orações, pois sem ela, essa conquista não teria sido possível.

Ao meu namorado Matheus por todo amor, dedicação e companheirismo.

A minha família e amigos pelas orações.

À coordenadora do curso de direito da UNIPAC, professora Luciana Maciel Braga e a todos os meus professores que me transmitiram um grande conhecimento.

À minha orientadora professora Maria Amélia da Costa, por ter sanado todas as minhas dúvidas, dedicação, paciência, empenho e zelo para a elaboração do TCC, e a professora Inês pela ajuda na formatação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia teve como objetivo, estudar a guarda compartilhada visando o melhor interesse do menor. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, e realizada uma ampla pesquisa bibliográfica, bem como revistas jurídicas e também pesquisas na internet, podendo-se analisar a responsabilidade dos cônjuges perante os filhos quando da ruptura do casamento, esclarecendo a sociedade alguns tópicos importantes do tema. Assim, no primeiro capítulo, foi abordado o poder familiar, sendo o chefe de família não apenas o homem, seu titular como era conhecida a expressão usada, “pátrio poder”, que foi destituída. No segundo capítulo, foi relatado a respeito da guarda compartilhada, abordando a importância materna e paterna, a sua origem e possibilidade jurídica. No terceiro e último capítulo, será feita uma comparação entre a lei da guarda compartilhada Lei nº 11.698/08 revogada pela Lei nº 13.058/14. Abordando também as vantagens e desvantagens desta guarda, esclarecendo ainda a questão dos alimentos.

Palavras-chave: Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse do Menor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 PODER FAMILIAR.....	9
2.1 Noções históricas.....	10
2.2 Exercício do poder familiar.....	11
2.3 Proteção da pessoa dos filhos. Guarda	12
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	14
3.1 A importância das figuras maternas e paternas.....	16
3.2 Origem da guarda compartilhada.....	17
3.3 A possibilidade jurídica do novo modelo de guarda.....	19
4 LEIS DA GUARDA COMPARTILHADA: LEI Nº 11.698/08 (REVOGADA) E LEI Nº 13.058/14.....	24
4.1 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.....	29
4.2 Alimentos	32
5 CONCLUSÃO.....	34
REFERÊNCIAS.....	35

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade a discussão e a apresentação do instituto da guarda compartilhada, com o enfoque nas vantagens e desvantagens deste instituto.

Este instituto é invocado como consequência de uma separação entre os cônjuges que possuem filhos menores uma das questões mais discutida no cenário jurídico por envolver o princípio fundamental do interesse do menor. Tem cabimento ainda, quando a família é formada por filhos e seus pais, na situação em que estes não são casados e nem vivem em união estável.

A guarda compartilhada proporciona aos cônjuges que estiverem em processo de separação, o direito de dividir as responsabilidades e despesas quanto à educação e criação dos filhos menores. Esse novo modelo de guarda vem mostrando ser bem eficaz, após a ruptura do casamento ou união estável, pois para alguns doutrinadores ela é o modelo de guarda que mais atende as necessidades, interesses e proteção das crianças e adolescentes. Desse modo para que tal modelo de guarda dê certo é preciso que exista diálogo, amizade e respeito mútuo entre os ex cônjuges para que haja um acordo entre os mesmos e o juiz possa determinar a guarda compartilhada.

A escolha do tema deve-se às alterações pelas quais a família brasileira vem passando no decorrer dos anos, no que diz respeito à dissolução das sociedades familiares.

Para melhor compreensão do instituto da guarda compartilhada, a presente pesquisa fará um estudo abordando no capítulo 1º, o poder familiar, sendo o chefe de família não apenas o homem seu titular como era conhecida a expressão usada, “pátrio poder”, que foi destituída.

No capítulo 2º, tratar-se-á acerca da guarda compartilhada, abordando a importância materna e paterna, a sua origem e possibilidade jurídica.

No capítulo 3º, será feita uma comparação entre a lei da guarda compartilhada Lei n° 11.698/08 revogada pela Lei n° 13.058/14, abordando também as vantagens e desvantagens desta guarda, e esclarecendo ainda a questão dos alimentos.

Dispõe a pesquisa com base no novo modelo de guarda expresso em nosso ordenamento jurídico, bem como nos artigos 1583 e 1584 Código Civil de 2002,

verificando as inovações trazidas pela Lei nº 11.698/08, a qual foi revogada pela Lei nº 13.058/14 concluindo assim os aspectos benéficos e maléficos deste modelo de guarda.

Para este trabalho monográfico, foi utilizado o método dedutivo e realizada uma ampla pesquisa bibliográfica, bem como revistas jurídicas e também pesquisas na internet, tudo com o intuito de demonstrar a possibilidade da guarda compartilhada dentro do direito brasileiro, analisando suas vantagens e desvantagens.

2 PODER FAMILIAR

No Direito Romano utilizava-se a expressão, “pátrio poder”, sendo o homem seu titular, o chefe de família, que com o passar do tempo passou a ser denominado “poder familiar”, hoje exercido pelos pais em conjunto, e não mais apenas pelo pai. Segundo Leite (2005, p.276), essa mudança ocorreu devido a vários fatores, mas dois, são os principais:

Fáticos: o desaparecimento da família patriarcal e a substituição pela família nuclear, estruturada na igualdade e no companheirismo;
Legais: em decorrência do disposto no artigo (art.) 226, §5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que estabeleceu a mais absoluta igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher na sociedade conjugal e que, certamente, provocou profundas alterações nas relações entre pais e filhos.

Esses fatores explicam o motivo de tal mudança, demonstrando que a lei deve ser alterada de acordo com os valores e expectativas da sociedade. (LEITE, 2005)

Na atual legislação, o poder familiar encontra-se regularizado no disposto nos arts. 1630 a 1638 do Código Civil de 2002.

Após a Constituição Federal de 1998, e em conformidade com o art. 226,§5º, pode-se conceituar o poder familiar como um complexo de direitos e deveres quanto á pessoas e bens dos filhos, exercidos pelos pais, na mais estreita colaboração, em igualdade de condições. (PEREIRA 2007, p.421).

A titularidade do poder familiar é exclusiva dos pais, se os mesmos faltarem, perderem ou forem desconhecidos, outra pessoa cuidará da vida e patrimônio dos menores, em razão do exercício da tutela e não do poder familiar, no qual não é permitida renúncia ou transação. Havendo divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, qualquer deles poderá procurar o Judiciário para solução do desacordo, na forma do art. 1631, parágrafo único do Código Civil de 2002- CC. (RODRIGUES, 2009).

Na falta, impedimento, morte, desconhecimento ou destituição de tal poder apenas o pai ou a mãe exercerá o poder familiar no lugar do consentimento de ambos.

O poder familiar interrompe-se com a maioridade ou com a emancipação, sendo esta legal ou voluntária nos termos do art. 5º do Código Civil de 2002. (RODRIGUES, 2009).

2.1 Noções históricas

O Código Civil de 2002 trata o “pátrio poder”, como igualdade constitucional entre o homem e a mulher, preferindo denominar poder familiar. Trata-se de instituto que se alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família. No direito romano, a pátria potestas representava um poder incontestável do chefe de família.

Segundo Jean Carbonnier (1999, p.167), recorda os termos do art.371 do código francês:

“O menor, de qualquer idade, deve honrar e respeitar seu pai e sua mãe. A mesma idéia está presente em nosso código (art. 1.634, VII), quando se refere à possibilidade de os pais exigirem obediência e respeito dos filhos”.

Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao direito: o poder parental, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever. (VENOSA, 2013, p.301)

E ainda segundo Venosa (2004, p.368-369): A modificação do entendimento dessa relação entre pais e filhos, porém, não é muito antiga. A redação originária do art. 264 do código argentino, por exemplo, conceituava o pátrio poder como o conjunto de direitos dos pais com relação às pessoas e aos bens dos filhos menores. Essa noção traduzia a idéia imperante até o século XIX e início XX. Até então, o pátrio poder ainda tinha a compreensão da pátria potestas do direito romano. A sociedade rural, em nosso país, incentivava a manutenção do poder patriarcal de forma quase incontestável. Com a urbanização, industrialização, a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se irremediavelmente esse comportamento, fazendo realçar no pátrio poder os deveres dos pais com relação aos filhos, bem como os interesses destes, colocando em plano secundário os respectivos direitos dos pais. O exercício desse poder pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a

condição e fortuna da família.

Na idade média, é confrontada a noção romana de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros.

De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a idade moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas em nossa história. Na nação contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento. (VENOSA, 2008, p.205).

Segundo Arnaldo Rizzardo (1994, p.897): atualmente, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não são mais vistos como esperança de futuro auxílio aos pais. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.

2.2 Exercício do poder familiar

O poder familiar cuida dos direitos e deveres dos filhos menores. O Código Civil traz em seu art.1634 as sete hipóteses desses direitos e deveres. Segundo Leite (2005, p. 280-281):

- a) Dirigir-lhes a criação e educação: Igualmente previsto no art.21 do ECA, o descumprimento do dever descaracteriza o delito de abandono material (art.244 do Código Penal (CP)), assim como a inércia na educação materializada o abandono intelectual (art. 246 do CP). Noção de educação é abrangente e inclui tanto a educação escolar e profissional quanto a formação moral que se dá no ambiente familiar, contribuindo para a formação do indivíduo e do cidadão.
- b) Tê-los em sua companhia e guarda: é direito e dever dos titulares. É a companhia e a guarda que garantem aos filhos a convivência familiar. A entrega do filho a pessoa inidônea gera sanção penal (art. 245 do CP).

- c) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem: o consentimento para casarem refere-se aos filhos maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Ocorrendo divergência entre os pais, é assegurado a qualquer deles e ao filho recorrer ao juiz para solução do impasse (art.1631, parágrafo único).
- d) Nomear-lhes tutor: O inciso só se aplica no caso de morte ou incapacidade do outro cônjuge (ou companheiro) titular do poder parental.
- e) Representá-los e assisti-los até os 16 anos: os pais representam os filhos menores até os 16 anos e os assistem entre os 16 anos e 18 anos, nos atos da vida civil.
- f) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha: O meio para atingir o fim desejado é a busca e apreensão, de rito sumário.
- g) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição: A respeito do inciso merece transcrição integral a crítica procedente e contundente de Paulo Luiz Netto Lôbo que tem por “incompatível com a constituição, principalmente com relação ao princípio da dignidade humana (arts. 1º, III e 227) a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a serviços próprios de sua idade e condição, além de constituir em abuso (art.227,§4º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos.

De acordo com Rodrigues (2009, p.164.): o exercício do poder familiar, portanto, não é uma arbitrariedade dos pais, como já se verificou no passado. Pelo inverso, trata-se de um conjunto de atributos conferidos pelo legislador como forma de garantir a formação mínima do menor incapaz pela presença e conduta daqueles com quem, em regra, guarda maior afinidade.

2.3 Proteção da pessoa dos filhos. Guarda

Quando a sociedade conjugal chega ao fim, é necessário se proteger os filhos, que em meio à situação tortuosa da separação dos pais, sofrem com a situação de terem que conviver separados diariamente de seus genitores.

Na separação judicial ou no divórcio direto, o juiz homologará o acordo realizado entre os pais, uma vez que não seja prejudicial ao menor; o juiz poderá recusar a homologação e não decretar a separação, se não tiver sendo preservado os interesses do menor incapaz. (RODRIGUES, 2009). Os pais em cuja guarda não foi concedida, poderão visitar e ter seus filhos em sua companhia, de acordo com a sentença do juiz. Também tem o direito de fiscalizar sua manutenção e educação. (GONÇALVES, 2014).

Antes da entrada em vigor da Lei 11.698 de 2008, falava-se em vários tipos de guarda como, por exemplo:

- a) Guarda alternada: Durante um período estipulado, um dos responsáveis detém de forma exclusiva os “poderes e deveres” sobre o filho. Sendo que, os papéis se invertem a cada troca.
- b) Guarda compartilhada: Sistema de co-responsabilização dos pais, quando ambos separados perante filhos menores. O casal divide as responsabilidades, e decidem juntos sobre as questões que envolvam os filhos. Os dois respondem simultaneamente pela criança.
- c) Guarda dividida: Apresenta-se, quando o filho, menor de idade, vive em um lar fixo e recebe a visita periódica do pai ou da mãe, aquele que, não tem a guarda.
- d) Guarda exclusiva: Quando a guarda é concedida à mãe, o pai terá direito de visitar o filho e vice-versa. Normalmente, as visitas são combinadas, e, fixadas, em fins de semana alternados.
- e) Aninhamento: é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam, mudando-se para casa onde vivem as crianças, em períodos alternados de tempo.

A Lei nº 13.058 de 2014, estabeleceu que a guarda compartilhada é o modelo mais eficaz na divisão das responsabilidades e despesas quanto a educação e criação dos filhos menores.

Assim pode-se deduzir que houve uma evolução atendendo as mudanças sociais, afunilando as varias espécies de guarda. Na guarda unilateral o genitor que ficar com o direito de guarda sob o filho, caberá a ele o cuidado, responsabilidade, educação, segurança, entre todas as outras necessidades do menor, e com o outro genitor ficará o direito de visitas, que deve ser estabelecida em acordo entre os genitores, e que atenda principalmente as necessidades e vontade do menor, quando este puder expressa-lá, e ainda a obrigação de supervisionar a guarda, perante o genitor que a detenha, em relação ao interesse dos filhos.

A guarda compartilhada pode ser estabelecida judicialmente, quando da separação ou do divórcio, ou ainda com o consenso dos pais, inclusive no caso de não terem um relacionamento entre eles, e nesse caso deve ser levado ao poder judiciário

apenas para ser homologado o acordo, desde que estejam todos os direitos do menor assegurados. Fica assegurado a ambos os cônjuges os deveres inerentes do poder familiar. Não sendo estabelecidos dias e horários de visita, com quem a criança passará as férias, ou o final de ano, feriados, aniversário, tudo é decidido em comum acordo entre os cônjuges.

3 GUARDA COMPARTILHADA

Ambos os pais possuem o desejo de compartilharem da criação, educação, lazer, saúde, esporte dos filhos, mas com a ruptura do casamento esta situação se torna mais difícil, pois, grande parte dos casais não consegue se relacionar de forma harmônica. Os filhos na maioria das ocasiões desejam possuir uma convivência com ambos os pais, mas devido tal situação não conseguem, motivando assim o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada. Vejamos o entendimento de Maria Berenice Dias (2010, p.436):

O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade.

Continua Maria Berenice Dias (2010, p.436), no seu pensamento proposto:

É o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A proposta trazida pela guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, dos genitores para com a prole, e desta forma minorar os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. Visando desta forma, garantir o direito da criança e de seus genitores, e não onerar um só destes, e liberar o outro de forma quase total, como acontece na guarda unilateral.

Segundo Simone Roberta Fontes (2009, p. 37):

Esse modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz a continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

O conceito de guarda compartilhada está previsto no artigo 1.583, §1º, do Código Civil, segunda parte e sua redação diz o seguinte:

Compreende-se 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.

Um dos princípios norteadores da Guarda Compartilhada é o melhor interesse da criança e do adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra, em toda a sua extensão, nas suas linhas e entrelinhas, que nada mais visa senão ao bem-estar do menor. Tratando-se, pois, de uma adequação de guarda, sobre a qual todos os interessados estão de acordo, impõe-se a concessão da medida, uma vez que não há renúncia de direito ou implicação do pátrio poder.

A guarda compartilhada tem o objetivo de privilegiar o melhor interesse da criança, já que a responsabilidade parental tem impacto decisivo no desenvolvimento social, emocional e afetivo do menor. A natureza do poder familiar tem como embasamento, o respeito aos princípios da dignidade humana, da liberdade de exercício das funções do pai e da mãe, e do melhor interesse dos filhos, assim como nos deveres inerentes à condição de pais, elencados pelo artigo 227 da CF/88, a saber: 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, direitos estes cujo titular é o filho.

A criança que vivencia uma sobrevivência com seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, tem sua auto estima fortalecida e este fato, frente ao contexto da separação dos seus pais, irá lhe trazer maior segurança, evitando o sentimento de que suas necessidades foram negligenciadas após a ruptura conjugal de seus pais. (SUZARTE, 2011).

Para o sucesso da guarda compartilhada, o casal deve priorizar o bem-estar dos filhos, se relacionando de forma harmônica, de modo a promover uma criação pacífica.

Nessa guarda é imprescindível a relação saudável pós-separação, pois isso se torna parâmetro para o consentimento judicial, sendo que se necessário, ela poderá ser alterada a pedido das partes, sejam os pais, os filhos e até mesmo de ofício pelo juiz.

Para se verificar a existência dos pressupostos mínimos exigidos para o deferimento da guarda compartilhada surge a mediação. Em tal procedimento, se faz uma espécie de triagem com o casal, garantindo uma oportunidade de comunicação entre eles e consequentemente a chance de o juiz, ao verificar que qualquer das partes não preenche o mínimo de condições de arcar com a divisão de responsabilidades, poderá alertá-los e conduzi-los a outra decisão, sempre para que os menores envolvidos não sejam prejudicados. (MASSAFERA, 2011).

3.1 A importância das figuras maternas e paternas

A ruptura do casamento traz mudanças imediatas no comportamento dos filhos, trazendo consequências físicas e psicológicas, pois os mesmos sentem a mudança que ocorre em suas vidas, como se bastasse à perda da convivência de um dos pais, como também com outros familiares.

A importância materna e paterna diz respeito às relações educacionais, biológicas, emocionais e de proteção, intervindo na formação da personalidade do indivíduo.

É importante pontuar que muitas mudanças geram ansiedades, e estas levam a vários sintomas. Portanto, quando de uma separação, os pais devem tentar fazer o mínimo de mudanças possíveis. Ao progenitor que sair de casa, caberia morar na mesma cidade, e se possível, no mesmo bairro ou proximidade. Isso facilita o processo inicial de guarda, se poupa à criança de muitas ansiedades, e será um facilitador para a adaptação a nova situação. Isto seria o ideal, porém, a criança tem condições de se adaptar a outras formas de organizações. (SILVA, 2005, p.26).

“Tendo ambos os pais vínculos positivos com os filhos, concorrem igualmente guardá-los após a separação do casal. Neste sentido, não há por que confiar somente um a continuidade dessa tarefa”. (SILVA, 2005, p.15).

A figura materna é essencial para todas as crianças, e a muitos anos se acreditou que somente a mãe interferia na formação da personalidade dos filhos. Foi assim no começo do século XX, quando a função maior da mulher era simplesmente criar os filhos e cuidar dos maridos, com a independência da mulher, vontades e direitos foram diretamente confrontados com os dos maridos, ocasionando muitas separações conjugais. Mas a natureza da mulher prevalecia em favor dos filhos, e os pais em regra não conseguiam a guarda dos filhos e como consequência da lide do divórcio e a formação de novos vínculos familiares não participavam das vidas dos filhos, o que prejudicava em todos os âmbitos os menores “alienação parental”.

A mulher evoluiu ao longo do tempo deixando apenas de cuidar dos filhos e maridos, passando a participar diretamente da economia não apenas do lar, mas de um país em todo e o homem manteve seu conceito natural adequando agora à vida contemporânea que exige deste, maior participação no âmbito familiar. Como aduz Mondardo (1998, p. 621)

Hoje em dia, o pai divide com a mulher as tarefas domésticas, vai às reuniões da escola, leva os filhos ao pediatra, ao dentista, às aulas de natação, futebol, dança, ou ainda, ficam em casa quando os filhos estão doentes. Este novo pai, cada vez mais, tem participado, de forma igualitária, nas atividades lúdicas da criança. Pode-se considerar que a presença do pai na vida de um filho é tão fundamental quanto à presença da mãe, quando se pensa em um bom desenvolvimento socioemocional da criança, sob vários níveis e circunstâncias, pois não só complementa como reforça o modelo dado pela mãe, no qual os dois assumem os papéis de autoridade (impondo regras e punições) e dos afetos (fornecendo carinhos e recompensas). As brincadeiras se tornam mais ativas, ajudando a criança a explorar o mundo e a relacionar-se melhor com os outros.

A criança necessita do par conjugal adulto para construir dentro de si imagem positiva das trocas afetivas e da convivência. Durante o desenvolvimento da personalidade, o pai real se sobressai e ganha consistência quando a criança o percebe enquanto desejo da mãe e objeto daquilo que o filho está apto a apreender dele, estabelecendo uma dialética. (GOMES E RESENDE, 2004, p. 119).

A guarda compartilhada é inserida no âmbito jurídico brasileiro, justamente para ajustar conflitos derivados da ruptura do casamento. Com destaque a participação do pai direta e efetiva na vida do filho, ao contrario do que se pensava há anos atrás, os pais conjuntamente têm participação incisiva na formação da personalidade dos filhos.

3.2 Origem da guarda compartilhada

A noção de guarda conjunta ou compartilhada surgiu na Common Law, no Direito Inglês na década de sessenta, quando houve a primeira decisão sobre guarda compartilhada (*joint custody*). Como noticia Eduardo de Oliveira Leite (1997, p.266):

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os tribunais procuraram minorar os efeitos de não atribuição, através da *splitorder* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *careandcontrol*(cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody*. (custódia).

No âmbito do Direito Americano, pode-se dizer que é considerado aquele que mais se aplica a modalidade da guarda compartilhada. Tem-se, a seguinte estatística em relação ao direito americano: A guarda compartilhada é um dos tipos de guarda que mais cresce nos Estados Unidos da América. No Estado do Colorado, por exemplo, a guarda compartilhada é conferida de 90% a 95% dos casos; na Califórnia esse número é de 80% (FILHO, 2002, p. 128).

No Brasil essa modalidade de guarda, surgiu através do Projeto de Lei nº 6.350 de 2002 e logo após, foi instituída pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

A guarda compartilhada surgiu para reequilibrar os papéis parentais, diante da guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor, principalmente, as suas necessidades afetivas e emocionais.

Este sistema de guarda compartilhada se encontrava na própria realidade social e judiciária, na medida em que deveria ser assegurado o melhor interesse da criança e a igualdade entre os pais de direitos e deveres relativos à seus filhos.

Esta guarda está prevista no artigo 1.583 do Código Civil de 2002, no qual o parágrafo 1º preceitua “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”.

O legislador leva proveito em manter ambos os genitores em convívio com os filhos em detrimento da guarda unilateral a fim de assegurar o melhor interesse do menor, de modo a tornar a separação de seus genitores um evento menos gravoso.

Segundo Maria Berenice Dias (2010, p.439), “foi imposto ao juiz o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada, podendo impô-la, mesmo que não haja consenso e disputa seja pela guarda única”.

Mesmo antes de inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Além disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício. Conforme dispõe o Código Civil, no art.1.634, dentre os deveres e direitos relacionados ao exercício do poder familiar, são atribuídos a ambos os pais o de dirigir a criação e a educação dos filhos e o de tê-los em sua companhia e guarda. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram as relações entre os pais e filhos, como diz o CC, art.1.632.

Agora, a guarda compartilhada esta definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernente ao poder familiar (CC 1.583,§ 1º). Ocorreu verdadeira mudança de paradigma. Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistirem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos. (DIAS, 2010, p.437).

3.3 A possibilidade jurídica do novo modelo de guarda

Vários dispositivos mostram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada, como na Constituição Federal com a consagração do principio da igualdade entre homens e mulheres; no Estatuto da Criança e Adolescente quando dispõe que a proteção integral do menor impõe dever a família.

Serão abordados a seguir os institutos jurídicos que possibilitam a guarda compartilhada:

a) Constituição Federal da República:

Os genitores sem distinção alguma são responsáveis pelo menor, o representando de forma legal, possuindo o dever de acordar sobre as decisões que envolvam o filho menor, zelando por seus interesses e direitos. (FONTES, 2009, p. 51-52).

Temos no artigo 5º inciso I da Constituição Federal a formalização dessa igualdade:

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

Ainda na Constituição Federal, nos dizeres do artigo 226, parágrafo 5º:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A família é a base da sociedade, possuindo especial proteção pelo Estado. No tocante aos direitos relacionados no parágrafo mencionado temos a inclusão do menor, sendo que os genitores de forma igual detêm os deveres e direitos relacionados a esse, devendo zelar por sua educação, sustento, desenvolvimento, entre outros. (FONTES, 2009, p. 53).

O artigo 227 caput da Constituição Federal traz a seguinte redação:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A convivência familiar será preservada com a aplicação da Lei nº 11.698/08, pois ambos os pais participaram de forma concreta nas decisões importantes da vida de seus filhos, compartilhando os momentos difíceis e as alegrias, desta forma pais e filhos serão beneficiados, sendo que a constituição no artigo 229 menciona aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. (FONTES, 2009, p. 53).

Assim, podemos observar os benefícios que a guarda compartilhada pode vir a acarretar para a vida do menor, possibilitando que os genitores participem de forma igual de todas as decisões pertinentes a vida de seus filhos. (FONTES, 2009, p. 53).

b) Estatuto da Criança e Adolescente:

Este estatuto foi criado para proteger e resguardar o interesse das crianças e adolescentes.

O artigo 4º deste estatuto traz os direitos fundamentais da criança e adolescente:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O artigo 6º vem destacando a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, que devem ter seus direitos e deveres assegurados:

Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e

coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

No artigo 16, V, pode-se salientar que:

O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; [...].

A criança e o adolescente não podem ser privados de seu direito de liberdade perante a participação da vida familiar e comunitária, sem discriminação. Sendo assim, é de se extrair que essa restrição também implica ao convívio com seus pais, os quais devem participar igualmente na vida dos filhos. (FONTES, 2009, p. 55).

O artigo 22 traz que:

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 final deste artigo se relaciona com o artigo 1584, § 2º da Lei nº 11.698/08, onde o juiz independente da vontade das partes pode optar pela guarda compartilhada. (FONTES, 2009, p. 55).

c) O Código Civil de 2002;

Deixou de lado a idéia da estipulação da guarda levando em conta pontos como o critério da culpa e da prevalência materna. Assim, passou a buscar o reconhecimento de qual dos genitores seria detentor de melhores condições para exercer a guarda do filho, e principalmente sempre visando o melhor interesse da criança e do adolescente, interesse este que prevalece ao dos pais. (FONTES, 2009, p. 55-56)

Anterior a Lei nº 11.698/08, o artigo 1.583 do Código Civil, tinha a seguinte redação:

No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Assim, temos que a opção pela modalidade de guarda aplicada, ficaria para os pais em comum acordo, dando a idéia de justiça e igualdade entre homem e mulher. (FONTES, 2009, p. 56-57).

Quando não existisse acordo entre os genitores, o juiz atribuirá a quem melhores condições revelar, antiga redação dada ao artigo 1.584 do Código Civil. No parágrafo único do referido artigo, já era considerada outra situação, quando nem o pai nem a mãe têm condições de portar a guarda do menor, caso esse, caberia ao juiz deferir a guarda em favor de um terceiro. (FONTES, 2009, p. 57).

O artigo 329 do Código Civil de 1916 foi mantido, porém sofreu a modificação que o pai ou a mãe que vier a contrair novas núpcias, não perderá a guarda de seu filho. (FONTES, 2009, p. 57)

Sobre a guarda compartilhada não tinha nada expresso, pois essa modalidade de guarda só veio a surgir no Código Civil Brasileiro após a Lei nº 11.698/08. Mas, o fato de não ter nada previsto, não impedia sua utilização. (FONTES, 2009, p. 58).

Na atual legislação brasileira temos a guarda compartilhada de forma expressa, devendo ao magistrado informar aos pais dessa modalidade, a importância, os deveres e direitos dos mesmos, como também as punições cabíveis ao não cumprimento. Cabe aos advogados, à instrução em relação aos aspectos inerentes da modalidade, principalmente aqueles voltados à figura dos filhos, como por exemplo, seu melhor interesse. (FONTES, 2009, p. 58).

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, disciplinou-se a guarda compartilhada, instrumento no qual definiu mais claramente uma forma, até então não normatizada, tornando mais claras as regras para o compartilhamento das responsabilidades dos cônjuges após a ruptura da vida conjugal.

4 Leis da Guarda Compartilhada: Lei nº 11.698/08 (revogada) e Lei nº 13.058/14.

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, veio para preencher uma lacuna que existia em relação à guarda dos filhos, principalmente em relação à guarda compartilhada. A guarda compartilhada foi um instituto jurídico instituído pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, e alterou os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002.

Desde então, previu-se tanto a guarda unilateral quando a guarda compartilhada dos filhos após a ruptura conjugal. No entanto, mesmo antes dessa lei, a guarda compartilhada já podia ser aplicada, no caso dos pais optarem por ela, contudo não estava expressamente prevista em lei, assim a guarda era aplicada unilateralmente a mãe, na maioria dos casos. Sobre essa alteração no Código Civil de 2002, explica Maria Berenice Dias, (2010, p.433):

Deixa a lei de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1º), dá preferência pelo compartilhamento (CC 1.584, § 2º), por garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole.

Mesmo antes do advento da referida Lei, a doutrina e a jurisprudência, já havia verificado a falta de restrição legal a respeito da atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores, depois da ruptura da vida conjugal, na forma de guarda compartilhada (GONÇALVES, 2010, p.284).

O instituto da guarda compartilhada é típico exemplo de instituto criado pela doutrina e jurisprudência, forçado pela necessidade do caso concreto, e que o legislador viu por bem legalizar tal instituto, haja vista o clamor social que visa o bem estar do menor. Entre outras inovações trazidas pela Lei 11.698/2008, está no direito e obrigação do genitor que não detenha a guarda, de fiscalizar e supervisionar o genitor que a detenha, com vista a garantir o cumprimento dos interesses de seu filho (GONÇALVES, 2010, p.285).

As alterações trazidas na Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008 modificaram no Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406, os artigos 1583 e 1584 que tratam da matéria de Direito de Família para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, mas a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 modifica os mesmos artigos do Código Civil e vai

mais além das modificações feitas pela Lei nº 11.698, modificando também os artigos 1585 e 1634 do código civil de 2002 para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, sendo mais específico.

A Lei nº 13.058/14 não modificou o art. 1583 §1º, que era regulamentado pela Lei nº 11.698/08 sobre o Código Civil de 2002 que tinha e continua a ter 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.

O §2º do artigo 1583 foi modificado pela Lei nº 13.058/14, que antes na Lei nº 11.698/08 se referia à guarda unilateral e seus quesitos para ser alcançada, enquanto a nova redação vem referindo-se a guarda compartilhada e a forma a ser seguida.

A Lei nº 11.698/08 continha a seguinte redação no seu §2º:

§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.

A Lei nº 13.058/14 modificou a redação para a seguinte:

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

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado).

O §3º da Lei nº 11.698/08 referia-se a obrigação do cônjuge que não detinha a guarda o poder de fiscalizar o outro com a guarda do menor, enquanto a Lei nº 13.058/14 aborda o melhor interesse do menor quanto à moradia.

A Lei nº 11.698/08 continha a seguinte redação no seu §3º:

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

A Lei nº 13.058/14 modificou a redação para a seguinte:

§3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

O §5º foi introduzido pela Lei nº 13.058/14, que antes não existia na Lei nº 11.698/08. Com a seguinte redação:

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

O artigo 1.584 e seu §1º foram mantidos pela Lei nº 13.058/14 de acordo com a Lei nº 11.698/08. Com a seguinte redação:

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.

O §2º do artigo 1.584 na Lei nº 13.058/14 traz como diferença da Lei nº 11.698/08, a hipótese de um dos genitores a abrir mão da guarda do menor enquanto a anterior obrigava a ambos permanecerem com a guarda.

A Lei nº 13.058/14 modificou a redação para o seguinte:

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

O §3º da Lei nº 11.698/08 não estabelecia tempo de divisão entre os pais com os filhos, mas na Lei nº 13.058/14 terá que se ter um tempo equilibrado.

A Lei nº 11.698/08 continha a seguinte redação no seu §3º:

§3 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.

A Lei nº 13.058/14 modificou a redação para o seguinte:

§3 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, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

A Lei nº 13.058/14 revoga a redução de prerrogativas quanto ao número de horas de convivência com o filho, enquanto a Lei nº 11.698/08 inclui tal quesito no §4º.

A Lei nº 11.698/08 continha a seguinte redação no seu §4º:

§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.

A Lei nº 13.058/14 modificou a redação para o seguinte:

§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.

O §5º não foi modificado pela Lei nº 13.058/14, que manteve a redação da Lei nº 11.698/08, que é a seguinte:

§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.

O §6º foi acrescentado pela Lei nº 13.058/14 com a seguinte redação:

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Os artigos 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002 foram alterados na sua essência pela Lei nº 13.058/14, pois a Lei nº 11.698/08 havia preservado ambos os artigos. O artigo 1.585 é encontrado com a seguinte redação no Código Civil com regulamentação da Lei nº 13.058/14:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigirem a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Artigo 1.634 regulado na Lei nº 13.058/14 com a seguinte redação:

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

4.1 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

O instituto da guarda compartilhada foi inserido no ordenamento jurídico com o propósito de estabelecer o convívio harmônico entre cônjuges divorciados e separados com os seus filhos. No sentido do bem estar principal da criança, algumas condições são exigidas aos pais para que se alcance o sucesso no convívio, sendo essencial o não tratamento do filho como posse, alcançando o ápice da vantagem da guarda compartilhada. Então os pais, deixando seus problemas pessoais à parte e visando

sempre o bem estar do filho, mesmo não morando no mesmo ambiente familiar, progredirão na formação da criança como pessoa.

A guarda compartilhada é conveniente quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitando os seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares. (PEREIRA, 1996, p. 469.).

Não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter um laço entre pais e filhos, tão importante no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes.” Venosa ainda acrescenta “Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visita, que poderá ficar elástico quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada. (VENOSA, 2012, p. 186.).

A Constituição da República Federativa do Brasil 1988 prevê e impõe direito e deveres aos genitores sobre seus filhos, mesmo com a ruptura conjugal, estes não ficam isentos de direito e deveres sobre os filhos. A guarda compartilhada vem minuciosamente inserindo no âmbito familiar que não haverá a escolha de um dos genitores para a detenção da guarda singular e não impõe à prole a escolha de um dos genitores. Assim preservará o bem estar da criança emocionalmente, prevenindo consequências gravíssimas que advêm da ruptura da união dos pais, sendo um dos principais objetivos da guarda compartilhada, resguardar totalmente a criança de eventos extraordinários.

O magistrado terá o dever de verificar cada caso concreto sobre suas peculiaridades, pois cada família tem sua característica própria. Mas deve se preservar sempre a essência do melhor interesse do menor, respeitando os direitos e deveres dos genitores sobre os filhos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Logicamente nenhum instituto relacionado à matéria de Direito de Família será perfeita e absoluta. Pois trata-se de emoções subjetivas, que apenas os envolvidos

sentem, mas a guarda compartilhada tenta sanar alguns problemas que são levantados através do tempo, que são de interesse público.

O bom relacionamento entre os cônjuges divorciados ou separados faz com que não sobrecarregue nenhum dos dois sobre suas responsabilidades diante dos filhos. A isonomia é fundamental para ambos, tanto que não é imposta uma guarda singular a um dos genitores.

Embora não seja um instituto perfeito e absoluto, para aqueles que aderem à situação pode ser bastante interessante. Diante disso, há também desvantagens que podem ser alcançadas pelo não aderimento a tal instituto. Sobre isso as opiniões são bem diversas:

O juiz deverá procurar a solução prevalente que melhor se adapte ao menor, sem olvidar-se dos sentimentos e direitos dos pais. Em linhas gerais, deve o magistrado atender a vontade dos pais conforme a declinam na separação por mutuo consentimento. Essa decisão também não faz coisa julgada, podendo ser alterada no futuro, havendo necessidade e conveniência. A guarda compartilhada dos filhos por ambos os pais divorciados também deve ser sempre objeto de exames no caso concreto. O projeto de lei do Estatuto das Famílias, no capítulo referente à guarda dos filhos e ao direito de convivência, aconselha o juiz a optar pela guarda compartilhada sempre que possível, assegurando-se sempre a convivência de ambos os pais. (VENOSA, 2012, p. 187.)

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em ioiôs, ora com a mãe, ora com o pai. Em todos os processos ressaltam os grandes prejuízos dos menores, perdendo o referencial de “lar”, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno. Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que, acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos, não é recomendável. (CONTIJO, 2008, p. 159.).

Uma grande desvantagem aos filhos será no convívio de dois lares familiares, podendo deixar a criança confusa em relação aos sentimentos com os pais. Cada lar terá sua característica própria influenciando diretamente na formação do menor. O respeito a

um dos pais fica completamente embaraçado na cabeça do menor, pois as tomadas de decisões serão distintas, por que cada genitor tem seu perfil. Com isso advém a alienação parental, que um dos pais desconstitui a imagem do outro, para ganhar a confiança da criança, tornando a situação mais difícil do que já era.

A moradia é uma das grandes desvantagens, pois nem sempre os genitores residem na mesma cidade, dificultando o convívio entre os pais e os filhos. Com a independência financeira de todas as pessoas, o fim de relacionamentos se torna cada vez mais frequente, com os genitores não vendo a criança como pessoa e sim posse, é como nos casos de crianças de pouca idade que precisam alcançar uma estabilidade antes de ser discutida a guarda, mas isso a priva de conviver com um dos genitores se tiver algum impedimento pessoal.

“Percebe-se que as críticas feitas ao modelo da guarda compartilhada não podem ser tidas como absolutas, e o que impera no critério determinante de atribuição da guarda é o melhor interesse da criança e do adolescente”. (GRISARD FILHO, 2002, p. 181).

4.2 Alimentos

Nas lições de Plácido e Silva, (2006, p. 96) alimentos são:

Pensões, ordenamentos, ou outras quaisquer quantias concedidas ou dadas, a título de provisão, assistência ou manutenção, a uma pessoa por uma outra que, por força de lei, é obrigada a prover às suas necessidades alimentícias e de habitação.

A norma constitucional traz disposto em seu artigo 227, expressamente, a obrigação da família de garantir à criança e ao adolescente de forma efetiva o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer. Acresce ainda ser dever dos pais

assessorar, criar e educar os filhos menores e que os filhos deverão amparar seus pais na velhice.

Mesmo com a dissolução da sociedade ou união conjugal, a ambos os pais persiste a obrigação alimentar, porque o melhor interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer circunstância na vida social extraordinária do menor. Independentemente da guarda a igualdade na obrigação dos pais deve permanecer sobre o menor, pois há previsão legal e os costumes são condizentes em relação a situação.

Com isso a guarda compartilhada não exclui a possibilidade de se exigir pensão alimentícia. No caso o foco é o bem estar do menor. Nenhum dos cônjuges podem se eximir de seus deveres, pois os menores são completamente dependentes dos mesmos. A exigência de um dos cônjuges para com os alimentos é exclusivo do menor, focando na não condição apropriada financeiramente de um dos cônjuges sobre outro, com a criação igualitária do menor. Como relata os Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

ALIMENTOS. FILHO MENOR. OBRIGAÇÃO DA MÃE. POSSIBILIDADE. PROVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Compete a ambos os genitores o dever de sustentar o filho menor e, enquanto o guardião presta alimentos *in natura* ao filho que com ele reside, cabe ao outro genitor prestar-lhes pensão *in pecuniano* valor suficiente para atender as suas necessidades. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, mas dentro das possibilidades da mãe, que percebe benefícios previdenciários e tem gastos com medicamentos, moradia e alimentação. Recurso provido em parte. (TJRS, Apelação Cível Nº 70023357536, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 16/07/2008, DJ 23/07/2008).

ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. SENTENÇA QUE EXONERA O ALIMENTANTE DO ENCARGO. PEDIDO DE NULIDADE DA SENTENÇA. FILHO MAIOR DE IDADE, PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN. GUARDA COMPARTILHADA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CABIMENTO. 1. Se o filho maior de idade é portador de Síndrome de Down e a guarda é exercida de forma compartilhada entre os genitores, deve ser mantida a obrigação alimentar do pai. 2. Mesmo que o pai, que promoveu a interdição do filho, tenha sido nomeado curador, está claro que os cuidados com o filho continuam sendo prestados pela genitora, razão pela qual é descabida a exoneração dos alimentos, ainda mais dentro da ação revisional. 3. Não havendo substancial alteração no binômio legal, imperiosa a improcedência da ação revisional. 4. É cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao recorrente por se tratar de pessoa incapaz. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (TJRS, Apelação Cível Nº 70041652777, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 24/08/2011, DJ 29/08/2011).

Os alimentos na guarda compartilhada em nada se diferem dos alimentos destinados aos casos de guarda unilateral, são destinados exclusivamente com a mesma finalidade, porém as dificuldades que podem surgir referentes aos alimentos, serão de fato e não de direito, por que serão divididos todos os gastos do menor entre os genitores.

Mesmo com discussões entre os genitores em paralelo, é fundamental que ambos tenham consciência que o principal assunto é o menor no seu bem estar, tentando a todo instante beneficiar este com suas decisões.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho foi desenvolvido um estudo sobre o instituto da guarda compartilhada com base na legislação pertinente, a saber: Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da criança e do adolescente e Lei nº 11.698/08 revogada pela Lei nº 13.058/14.

A Lei nº 11.698/08 foi um marco importante para a evolução da guarda compartilhada no Brasil, a qual foi inserida em nosso ordenamento jurídico modificando os textos dos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil, visando a proteção dos filhos durante o traumático processo de separação dos pais

A guarda compartilhada é atualmente o modelo de guarda mais adequado, pois assegura a igualdade dos genitores, podendo ambos participarem da formação de seus filhos. O direito de guarda é um dever de assistência moral e material, levando em consideração o melhor interesse do menor.

A guarda compartilhada não é a mesma coisa que guarda alternada. Na guarda compartilhada, as crianças tem uma residência fixa e podem passar períodos na casa de um dos pais e não apenas poucos dias nos fins de semana, onde os direitos e deveres são divididos pelos pais.

Conclui-se, portanto, que a guarda compartilhada busca sempre atender o melhor interesse dos filhos, dando outro significado ao direito de família, o que não acontecia na legislação anterior. Restou claro que o instituto somente será eficaz e alcançará os objetivos pretendidos, se a guarda compartilhada for exercida de forma harmônica entre os pais e buscando-se atender os interesses dos filhos, minimizando desta forma os reflexos negativos advindos de uma ruptura familiar.

REFERÊNCIAS

- BRITO, Leila Maria T. JAN-JUN 2013. **Guarda compartilhada: Alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência.** Revista Direito GV 17, São Paulo, 299-318.
- CASSETTARI, Christiano. 2011. **Elementos do Direito Civil.** São Paulo, Saraiva.
- CONTIJO apud SILVA, Ana Maria Milanno. 2008. **Guarda Compartilhada.** 2. ed.: J. H.Mizuno. São Paulo. p. 159.
- DIAS, Maria Berenice. 2007. **Manual de Direitos das Famílias.** 4 ed., ver. Atual e ampl. São Paulo Revista dos Tribunais,
- DINIZ, Maria Helena, 2015. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 30 ed., v.5, São Paulo.
- FILHO,Waldyr Grizerd. 2002. **Guarda Compartilhada.** 2 ed., Revista dos Tribunais. São Paulo.
- FONTES, Simone Roberta. 2009. **Guarda Compartilhada, Doutrina e Pratica.** Pensamentos & Letras, São Paulo.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, 2014. **Direito Civil Brasileiro.** 11 ed.,v.6, , Saraiva, São Paulo.
- GOMES AJ, RESENDE VR. 2004. **O pai presente: o desvelar da paternidade em uma família contemporânea.** Psic.: Teor. e Pesq.
- GRISARD FILHO, Waldyr. 2002. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed.: Revista dos Tribunais, p. 181. São Paulo.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. 2005. **Direito Civil Aplicado.** v.5, Revista dos Tribunais. São Paulo.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. 1997. **Famílias Monoparentais.** Revista dos Tribunais, São Paulo.
- MADALENO, Rolf, 2013. **Curso de Direito de Família.** 5 ed., Forense. Rio de Janeiro.
- MECUM, Vade. 2010. 9 ed. Saraiva. São Paulo.
- MONDARDO AHE, VALENTINADD. 1998. **Psicoterapia infantil: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança.** Psicol Reflex Crit.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. 2004. **Instituições de Direito Civil.** 14 ed., Forense, v.5. Rio de Janeiro.

Ramos, Patrícia, P.O.C., **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos paradigmas do direito de família**, p.86.

RODRIGUES, Daniela Rosário. 2009, **Direito Civil Família e Sucessões**. 4 ed., Rideel,. São Paulo.

RODRIGUES, Silvio. 2002. **Direito Civil: Direito de Família**. 27 ed. Saraiva. v. 6. São Paulo.

SILVA, Evandro Luiz. 2005. **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Organizados pela associação Pais e Mães Separados, Porto Alegre, Equilíbrio.

SOUZA, Euclydes.de. Jurisprudenciais“**Melhor Interesse da Criança**” – Compiladas. Disponível em:[http:// w.w.w.pailegal.net/chicus.asp?rvtextold = 1094972355](http://w.w.w.pailegal.net/chicus.asp?rvtextold=1094972355)

SUSARTE, Eliane, SOUZA, Jeferson, DIAS, Josemilda, PINHEIRO, Noé. 2011. **Guarda Compartilhada: Dialogar para Compartilhar**. Faculdade de tecnologia e ciências de Itabuna. Disponível em: [http:// w.w.w.ilheus.org.br/eca/artigos/artigo030](http://w.w.w.ilheus.org.br/eca/artigos/artigo030).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70023357536, de 23 de julho de 2008.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70041652777, de 24 de agosto de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. 2011. **Direito Civil**. 11 ed. Atlas, v.6. São Paulo.