

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

THAÍS SANTOS DE MORAES

**A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NOS DIVÓRCIOS
LITIGIOSOS VISANDO O MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Recife
2016

THAÍS SANTOS DE MORAES

**A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NOS DIVÓRCIOS
LITIGIOSOS VISANDO O MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dr^a. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.

Recife
2016

Moraes, Thaís Santos de

A aplicação da guarda compartilhada nos divórcios litigiosos visando o melhor interesse do menor. / Thaís Santos de Moraes. – Recife: O Autor, 2016.

38 f.

**Orientador(a): Prof^ª. Dr^ª. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

Inclui bibliografia.

**1. Direitos civil. 2. Guarda compartilhada. 3. Direito de família. 4.
Separação litigiosa. I. Título.**

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-535**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por manter viva a minha fé, me fazendo acreditar e não desistir dos meus sonhos.

Também ao meu pai, que mesmo distante fisicamente, se faz sempre presente em meu dia a dia e foi tão primordial durante minha caminhada.

À minha avó paterna, que não momentos mais difíceis sempre têm uma palavra de conforto e me faz lembrar o verdadeiro sentido de família.

Agradeço também ao meu noivo Sérgio, que me incentiva e cobra meus resultados todos os dias.

Aos meus mestres e professores da Faculdade Damas. Pelo ensino e paciência com os alunos, e por apresentar todo o conteúdo de forma clara e objetiva.

E aos amigos que fiz durante toda a vida acadêmica, por toda ajuda com materiais, incentivo e conselhos.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo trazer as principais alterações no Código Civil 2002 com a vigência da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada. A mesma caberá sempre que possível e no caso de pai e mãe que não cheguem a um acordo. Para estipulá-la, o magistrado poderá contar com sugestões da equipe interdisciplinar (assistente social e psicólogo). O juiz poderá, ainda, conceder a guarda para outra pessoa, considerando grau de parentesco e as relações de afinidade com a criança ou adolescente.

O principal questionamento se dá quando há rompimento das relações familiares com o divórcio litigioso, como é estabelecida a guarda dos filhos menores? A aplicabilidade da guarda compartilhada, como regra, fere o princípio do melhor interesse da criança? Sendo este um princípio basilar para do Direito de Família. Mostra-se, portanto, como é afetado cada membro da relação, apontando-se os aspectos positivos e negativos dessa nova modalidade. Para esta apresentação o método utilizado foi o dedutivo bem como pesquisa bibliográfica descritiva e documental, também recurso eletrônico para coleta de dados em artigos publicados sobre o assunto e para colher jurisprudências sobre o tema.

Palavras-Chave: Separação litigiosa. Guarda Compartilhada. Melhor interesse da criança.

ABSTRACT

This study aims to bring the main changes in the Civil Code 2002 with the validity of Law n ° 11,698 of June 13, 2008, known as Shared Guard Law. The same shall apply whenever possible and in the case of a father and mother who can not reach an agreement. To stipulate it, the magistrate can count on suggestions from the interdisciplinary team (social workers and psychologists). The judge may also grant custody to another person, considering degree of kinship and relationships of affinity with the child or adolescent.

The main question is when there is a break in family relationships with litigious divorce, how is the custody of minor children established? Does the applicability of shared custody, as a rule, violate the child's best interest principle? This being a basic principle for Family Law. It shows, therefore, how each member of the relationship is affected, pointing out the positive and negative aspects of this new modality. For this presentation the method used was the deductive as well as descriptive and documentary bibliographic research, also an electronic resource for data collection in articles published on the subject and to gather jurisprudence on the subject.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
2. SISTEMA DE GUARDA	10
2.1 Conceito e definição	11
2.2 Modalidades de Guarda.....	12
2.3 Dignidade da criança e do adolescente.....	14
2.4 Divórcios Litigiosos e a relação entre pais e filhos.....	15
3. ELEMENTOS CRÍTICOS	17
3.1 Aspectos positivos	19
3.2 Aspectos negativos.....	21
4. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS DO SISTEMA DE GUARDA E O PODER FAMILIAR	23
4.1 Aplicabilidade do princípio do menor interesse da criança	26
4.2 Aspectos Práticos/ Jurisprudenciais quanto a sua aplicação.....	27
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

Este estudo versa sobre a aplicação da guarda compartilhada nos divórcios litigiosos visando à aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança. Discute-se a viabilidade, para a criança, da aplicabilidade dessa modalidade de guarda mesmo sem uma convivência pacífica entre os seus genitores. É notório que as crianças e os adolescentes são pessoas em constante evolução, as quais, em sua maioria, não têm capacidade de se autodesenvolver no tocante à obrigação e deveres, vigilância, amparo, assistência material e moral. Não contam eles com meios próprios para atender às suas necessidades básicas.

A guarda compartilhada demonstra a ideia de que mesmo afastados os pais consigam partilhar da educação dos seus filhos. Por vezes, esta aplicação não se da no mesmo momento em que há o divórcio, o que não impede que após algum tempo, esta seja requerida pelo casal.

Em tese, este modelo não deve ser imposto como solução para qualquer situação, embora no Código Civil brasileiro em seu artigo 1.584, § 2º, preveja a possibilidade do juiz, diante do dissenso entre os genitores, optar por compartilhar a guarda. É claro que esse modelo coercitivo não protege os interesses do menor.

Essa aplicabilidade para alguns doutrinadores seria apenas indicada quando houver empenho dos pais e for conveniente para os filhos. Se não há diálogo entre os pais, havendo dissenso em relação às necessidades dos filhos, forma de educar, saúde, moradia e lazer não há que se fixar a guarda compartilhada, a qual reclama necessariamente bom senso e diálogo entre os pais.

Diante disso, indaga-se, a eficácia da aplicabilidade da guarda compartilhada é compatível com o divórcio litigioso?

Houve muita evolução no direito de família, tanto no tocante a seu conceito formal, quanto na própria estrutura do âmbito família. Isto é, as teorias relacionadas ao fenômeno da guarda encontram-se elencadas em conceitos e preceitos ultrapassados, sendo ignorada a veloz evolução na família brasileira, desconsiderando a evolução dos membros familiares e relacionado à mulher cada vez mais em direitos e deveres em igualdade com o homem e quase sempre

analisando apenas os direitos dos genitores sob seus filhos, excluindo o que realmente está em questão, a saúde e o bem estar dos menores.

A Lei que entrou em vigor em 13 de junho de 2008, nº. 11.698, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, consolidando expressamente a guarda compartilhada dos filhos de pais separados. Embora já fosse um instituto acolhido pela doutrina e jurisprudência, amparado pelos princípios do melhor interesse da criança e da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, por vezes era indeferida por alguns magistrados, alegando que não havia legislação expressa.

O estudo possui o objetivo de analisar o instituto da guarda compartilhada, a fim de verificar se é possível realizar a sua aplicação nos casos de divórcio litigioso; para isso, adotar-se o princípio do melhor interesse da criança como fator primordial na solução da questão, pois os interesses a serem salvaguardados aqui passam a ser a do filho sobre e os seus pais/ responsáveis, não sendo vistos secundariamente.

Tal questão tem gerado férteis discussões, justificando a importância de uma reflexão crítica em favor da criança.

O presente trabalho contém por objetivo específico: a) demonstrar evolução histórica e tais mudanças trazidas para a família com a instituição da Guarda Compartilhada; b) mostrar as principais e vantagens e desvantagens que o seu deferimento ou indeferimento poderá acarretar aos envolvidos na relação, principalmente para os filhos menores; c) buscar provocar diversas reflexões sobre o tema para a sociedade e que causa muitas dúvidas, devido responsabilidade parental dos filhos de pais que não mais convivem.

De tal maneira, utilizou-se o método dedutivo bem como pesquisa bibliográfica descritiva e documental, também recurso eletrônico para coleta de dados em artigos publicados sobre o assunto e para colher jurisprudências sobre o tema.

No primeiro capítulo, tratamos do instituto em si, fazendo uma breve apresentação e conceituação do sistema, bem como seu funcionamento e evolução histórica e uma análise da relação entre pais e filhos no divórcio litigioso. No segundo capítulo falamos sobre elementos críticos, expondo os aspectos positivos e negativos desse sistema.

Por fim, no terceiro capítulo, demonstrar-se-á decisões e jurisprudências calcadas como fundamento o princípio do melhor interesse da criança, mostrando sua importância no campo teórico e prático.

2. SISTEMA DE GUARDA

O conceito deste fenômeno é derivado do antigo alemão warden (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que se formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado, sem sentido genérico, para exprimir proteção, observação, ou administração. Guarda, quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confinadas, bem assim manter em o zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção. Em outro sentido, é palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo.

É sabido que o conceito de família vem sendo construído e diversas vezes modificado ao longo dos anos. Assim como a família, os seus institutos também sofreram diversas alterações, a fim de acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

É lícito asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoísta e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros.

Dada a complexidade que envolve a noção de família, especialmente diante da evolução dos costumes, os autores tentam defini-la, reconhecendo alguns que tal objetivo é inalcançável de um modo incontestado. Todavia, impõe-se a busca do conceito de família, deixando entre parênteses os elementos não essenciais, contingentes, pode-se dizer que família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Durante muito tempo, a guarda foi tida como um dos efeitos do poder familiar. Os textos normativos foram interpretados no sentido de vincular o direito de guarda do menor, desta forma, o titular do poder familiar teria um direito de guarda quase absoluto. Entretanto, a partir dos anos de 1950, este conceito foi sendo abrandado, passando a guarda ser vista como sendo não de essência, mas de natureza deste, ao se permitir a concessão da guarda da criança ou adolescente, mesmo contra a vontade do titular do poder familiar, se isso atendesse melhor ao interesse do menor.

A rigor, a guarda passou a ser restrita ao guardião enquanto não forem os pais destituídos ou tiverem, suspenso o pátrio poder, subsistindo aos pais biológicos certas obrigações, tais como o exercício do direito de visitas e a obrigação alimentícia. Rodrigues (1997, p. 21) diz que a “guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”.

2.1 Conceito e definição.

Diversos estudiosos buscam constantemente estabelecer conceitos e definições para esse sistema jurídico em comento. São inúmeras as conceituações para a guarda no direito brasileiro, dentre elas, podem-se citar a descrita por Plácido e Silva em seu vocabulário jurídico, definindo que se trata de:

Locução indicativa seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais. (Silva, 1997. p. 336).

Para Strenger (1998) a guarda de filhos ou menores pode ser conceituada como o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.

Num sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o

menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações que venham a ocorrer cotidianamente. Em outras palavras, é um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial. Portanto, entende-se que a guarda dos filhos é um direito e dever de quem permanece com a responsabilidade dos filhos, com o intuito de protegê-los e educá-los, garantindo-lhes um crescimento saudável. Por isso, é que se diz que a guarda é um dos atributos do poder familiar. A guarda não é a essência do poder familiar, pois é possível sua existência autônoma, dele destacada e até estimulada pelo poder público. Ou seja, pode existir guarda com ou sem o poder familiar, exceto nos casos da tutela, quando esta implica necessariamente o dever de guarda.

2.2 Das modalidades

Rigorosamente, não podemos afirmar a existência de modalidades de guarda, por que isso seria admitir institutos diversos para o tratamento. No entanto, a doutrina costuma precisar de determinadas situações relativas à guarda, não pode-se deixar de apontar e diferenciar, pois dizem respeito a uma maior qualificação técnica. O código civil prevê apenas duas modalidades de guarda, unilateral e compartilhada.

Uma espécie de guarda apontada pela doutrina é a guarda momentânea, a que está acontecendo ao desabrigo de uma situação jurídica ou legal, dá-se por iniciativa e decisão pessoal do responsável e sem a intervenção do poder judiciário, na guarda momentânea pai ou mãe, ou ambos, confiam o filho aos cuidados de um terceiro, sem a prévia atuação do Poder Judiciário.

O conselho tutelar não pode concedê-la, o órgão tutelar somente poderá aplicar as medidas indispensáveis para sanar alguma situação de risco emergencial encaminhando com urgência a questão ao Juizado da Infância e da Juventude.

Existe a Guarda jurídica ou guarda de direito, que também é citada pela doutrina, é aquela que se opõe á guarda momentânea, ou seja, o filho, a criança ou adolescente está ao abrigo de uma situação jurídica devidamente enquadrada em situação legal ou por ordem judicial.

Citada também a guarda comum é a exercida por ambos os pais, guarda conjunta ou compartilhada é a guarda do direito de família, também, chamada de guarda originária, ou guarda civil, que é exercida por ambos os pais em conjunto, enquanto os filhos são menores de idade e por meio do exercício do poder familiar.

Essa guarda conjunta integra-se com o pleno exercício do poder familiar devendo ser aplicada com o máximo cuidado, uma vez que, sem o mínimo de entendimento, a guarda compartilhada pode não atender o melhor interesse do filho.

A luz da guarda provisória ou temporária tanto pode ser encontrada no direito de família quanto no direito da criança e do adolescente, por que mostra uma situação de posse temporária dos filhos. Passa a ser regra no estatuto, diante da estipulação de prazo certo para sua ocorrência, também podemos chamar de guarda precária, embora todas elas detenham características semelhantes.

No estatuto, diz que guarda pode ser de forma preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela ou adoção, sendo aprovada de plano e ao bem do menor, no direito de família, pode ocorrer para abrigar provisoriamente um filho, nas separações judiciais litigiosas ou em divorcio litigioso, enquanto os genitores não decidem acerca de quem será o titular da guarda definitiva.

Guarda definitiva ou guarda permanente, da mesma forma, tanto está no direito de família quanto no direito da criança e do adolescente, ocorrendo ao final de um processo judicial.

A guarda definitiva surge após a guarda provisória, logo em seguida sobre exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto, na guarda estatutária ela deve vir pelo pedido da parte, com a observação dos requisitos dos arts. 165 ss do Eca, podendo servir para atender a situações peculiares, apesar de ensejar ideia de definitividade, essa característica é relativa, sempre pode ser modificada dependendo do melhor interesse da criança e do adolescente.

Não há trânsito em julgado material da sentença em situações de guarda, pois esta pode ser modificada por ocasião da mudança de situação fática do menor, confundindo guarda comum que em tese é definitiva.

Quando a guarda do filho está apenas com um dos pais diz-se que há guarda única ou unilateral, o que se opõe à guarda conjunta ou bilateral, ou compartilhada art. 1583 e seguintes do Código Civil. Guarda delegada que alguns chamam de guarda por terceiros ou guarda institucional, surge quando o estado, instituições públicas, privadas ou particulares, terceiros assumem a guarda da criança ou adolescente.

Sabe-se que em guarda alternada, em direito de família, quando a guarda do filho está ora com o pai, ora com a mãe, isto é, alternam-se em períodos em que o filho mora com um e com o outro genitor, nela há um revezamento de lares ou domicílios alternados. Não se confunde com a guarda compartilhada, ou compartilhada, por que nesta os dois genitores detêm igual e concomitantemente a guarda do filho, isto é, os pais dividem seu tempo com o filho, o qual tem duas residências, uma com o pai e outra com a mãe.

Na guarda alternada, o filho fica um dia ou mais com residindo com o pai e em outro período de tempo com a mãe.

Portanto, não pode haver confusão entre guarda e companhia, que é um atributo normalmente contido naquela. Ter a companhia é estar ao lado da criança ou adolescente, na presença dela, o que, às vezes, não ocorre na guarda ou no poder familiar. Não se pode olvidar que, em certos casos, mesmo sob guarda, não se impede a companhia de terceiros, como a visitação de pais ou avós e filhos, criança e adolescente.

O acolhimento institucional é espécie de guarda provisória e excepcional, sendo o dirigente da entidade considerado guardião do menor, na forma do art. 92, do ECA. Com isso, o guardião assume todas as responsabilidades inerentes ao instituto, legitimando-se até a pleitear alimentos para a criança ou adolescente ou medidas cautelares de proteção, amparo busca e apreensão.

2.3 Dignidade da criança e do adolescente

A noção de dignidade da pessoa humana se impôs logo após o segundo conflito mundial, com o traumatismo causado pela descoberta dos horrores dos campos de concentração, nos quais crianças e adolescentes eram igualmente sacrificados. A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, artigo 1º inciso III, da Constituição Federal, com a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional.

Por hora, não há um princípio da dignidade para criança e adolescente e outro para os adultos, mas no caso daqueles, é dever de todos velar pela dignidade da criança, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Crianças e adolescentes, sempre estiveram ao largo de um tratamento digno, “sempre em posição inferior”, ficando “abaixo do patamar maior ou menor de dignidade conquistada pelos maiores”.

A Rigor, esse princípio incide e determina o dever e a responsabilidade de todos nós, por que se refere à própria dignidade da pessoa humana como um todo. Este princípio tem íntima e indissociável vinculação com os direitos fundamentais, sendo faces da mesma moeda. A dignidade é vizinha dos direitos ao respeito, à vida e à liberdade. Daí por que se afirma o dever de todos. Evidentemente, o primeiro dever de zelo e proteção é dos pais, obviamente com decorrência do poder familiar, sendo esse indelegável, irrenunciável e inegociável. A vitimização de crianças e adolescentes atinge-lhes a dignidade e faz-se pelo tratamento desumano, violento. No ato de uma separação, vários aspectos podem ser observados no comportamento da criança, tanto na convivência familiar, tanto no próprio cotidiano escolar, por exemplo.

O objetivo trata-se de evidenciar os direitos da criança, colocando-o sempre em primeiro plano, fazendo junção da dignidade basilar em todos os âmbitos do direito com o melhor interesse da criança, sendo assim, apesar dos conflitos sob guarda e decorrência do divórcio, a criança deveria ser o membro menos afetado, para melhor seu desenvolvimento.

2.4 Divórcios Litigiosos e a relação entre pais e filhos

Em se tratando de separação consensual, os cônjuges promovem a dissolução da sociedade conjugal, elaborando as cláusulas da convenção, já na litigiosa pretende-se igual resultado, mas com a condenação do consorte. É certo e incontroverso que todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende, naturalmente à permanência. Não há casamento que seja celebrado pensando na dissolução. É preciso observar, de qualquer maneira, que muito mais relevante do que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges, é o respeito às liberdades e garantias individuais. Surge assim, o divórcio como medida jurídica de nítida inspiração, caracterizadora de própria liberdade humana de autodeterminação, reconhecida em se de constitucional.

Embora seja certo e incontroverso que todo casamento tende à manutenção, não se pode olvidar a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar. O divórcio, portanto, materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida. Por isso, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivências conjugais em crise, corrosivas e atentatórias às garantias de casa uma das pessoas envolvidas.

Nessa ordem de ideias, é fácil perceber que repugna a dignidade humana, consagrada constitucionalmente como valor precípuo do sistema jurídico, dificultar ou impedir que pessoas casadas possam, facilmente, dissolver o seu casamento. E mais. Impor dificuldades ou entraves jurídicos nesse momento importa em uma verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquicas, moral, intelectual e, por certo, física, afrontando a dignidade dos envolvidos.

Diante disso, com as lentes garantistas da Constituição da República, é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento – simplificada pela Emenda Constitucional 66/10, com uma feição mais ética e humanizada compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo que com

o divórcio esteja sintonizado em um novo tempo.

A dissolução do casamento afeta apenas a relação jurídica entre os cônjuges, não a que os une à prole. O art. 1.579 do código civil atentou para esta distinção, verbalizando-a:” o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.” Semelhante disposição consta no artigo 1.632, que preserva os direitos e deveres entre pais e filhos em casos de separação, divórcio e dissolução da melhor conveniência dos menores. Tais disposições se aplicam, igualmente, às hipóteses de casamento nulo ou anulado.

Como a relação jurídica entre os cônjuges. Bem como a eventualmente existente entre ex-cônjuges, são distintas das que enlaçam casa um dos progenitores e seus filhos, mera decorrência lógica é a intangibilidade destas últimas relações quando um dos pais constituir nova entidade familiar. O fato, portanto é, de outro casamento ou união estável não é razão, por si só, para a perda da guarda, salvo, por exemplo, se o novo companheiro ou consorte for pessoa manifestamente nociva para o menor.

3. ELEMENTOS CRÍTICOS

É certo que as consequências trazidas aos filhos com a dissolução da sociedade conjugal, são inevitáveis tornando fundamental a atenção aos aspectos psíquicos envolvidos uma vez que abrange a modificação e decisão em vários destinos.

No momento em que ocorre uma separação, várias mudanças acontecem principalmente no que tange à vida dos filhos, ou seja, todas as decisões tomadas precisam ser pensadas e analisadas para que esta transformação não afete ainda mais os menores. A primeira impressão para estes é que, ao romperem a relação conjugal entre os genitores, conseqüentemente estariam deixando de lado também o vínculo afetivo deles com ambos, levando a crer que o afeto de seus pais por eles também sofreria mudança.

Na legislação atual, o Estado deve procurar a priori preservar os interesses do menor, sempre recorrendo ao princípio de seu melhor interesse, onde as questões

referentes ao bem estar do menor em questão devem ser prioritários, para que o processo e a decisão da definição da guarda não se tornem mais um trauma para a criança.

A partir da separação conjugal, em tese, encerra os conflitos entre eles, contudo possibilita diversos aspectos de perda aos filhos o que acaba os abalando de forma negativa trazendo atritos psíquicos para estes, de modo que o relacionamento entre aquele que não possui a guarda do menor acaba ficando restrito.

A lei que versa sobre o modelo de guarda compartilhada surgiu exatamente com o intuito de aliviar esses impactos e perdas citados, visando assim, beneficiar a criança e assegurar que ambos os pais tenham uma participação efetiva na vida dos filhos.

Aos doutrinadores que adotam esse modelo de guarda asseguram que o mesmo diminui o tempo de ausência dos pais, pois, não há o sistema de visitas.

Para autor José Sebastião Oliveira a questão da efetividade é um fator predominante para a decisão da guarda:

A família que tem fim com a separação judicial ou com o divórcio pode ter sido extinta quanto ao relacionamento entre os cônjuges. Porém os laços afetivos que ligam os separados ou divorciados a seus filhos mantêm-se íntegros e muito consistentes. A afetividade que tem fim com o fracasso do relacionamento não pode ser esquecida quanto aos filhos. (OLIVEIRA, 2002. p. 303).

Grisard Filho leciona nesse mesmo sentido que:

O melhor interesse e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade é uma resposta mais eficaz à 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. (GRISARD, 2008, p 173).

Entende-se que se suma importância o compartilhamento dos pais na criação e educação dos filhos, principalmente no que tange sua formação psíquica, não devendo ser a criança meramente privada da presença de um de seus pais, pelo

simples motivo de não estarem mais unidos conjugalmente com o outro genitor.

O afeto deverá prevalecer sempre não importando a relação entre pais e filhos se ver prejudicada por falta de contato.

Nesse sentido a proposta da guarda compartilhada como dito servirá para:

Superação das limitações e reflexos negativos da guarda unilateral como a síndrome da alienação parental ou implementação de falsas memórias, onde o guardião induz a criança a afastar-se e odiar o outro genitor, por meio de uma prática de desmoralização e manipulações de fatos com o único intuito de usar a criança como arma ou objeto de dor ao outro (DIAS, 2005. p. 410).

Mesmo que seja a guarda compartilhada um modelo muito elaborado pela corrente majoritária de juristas e doutrinadores, entende-se que esta deve ser aplicada de forma cautelosa, e não como uma regra, como defende alguns autores, pois sendo feito a sua aplicação sem um estudo prévio social e psicológico, o que seria um remédio para os traumas advindos da separação conjugal para os menores, pode ser um fator de crescimento de danos irreparáveis.

Segundo a psicóloga Maria Helena Rizzi informa que a guarda compartilhada é possível quando há “uma relação de respeito e cordialidade e estão emocionalmente maduros e resolvidos na questão da separação conjugal”.

Ainda podemos destacar que:

Este modelo de guarda, só se adequa quando existe entre os pais respeito mútuo e um bom relacionamento, porque afinal, vão caminhar lado a lado com seus filhos e favorecer-lhes um ambiente saudável ao seu desenvolvimento. Este é o segredo e o preço da guarda compartilhada, deixar de lado as desavenças pessoais e tentar manter uma relação equilibrada para o bem estar de todos, alcançando-se assim uma visão mais abrangente da idéia de família. (MELO, 2008, p. 273).

Por isso se faz importante e necessário analisar os principais aspectos positivos e negativos da guarda compartilhada.

3.1. Aspectos Positivos.

A guarda compartilhada pressupõe que haja uma relação regular entre os genitores e sua geração que, a princípio, não acontece após o fim da união ou casamento, sendo este um dos fundamentais fatores de sua reflexão nas legislações. Desse modo, destaca-se:

O pressuposto maior desse novo modelo é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais e não só por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares. (Akel, 2009, p. 104).

No âmbito psicológico a guarda compartilhada é dita como um recurso mais adequado, pois deseja-se a diminuição de conflitos que ocorrem no momento em que a criança precisa optar por um dos pais em detrimento do outro.

A frequência desses sentimentos faz com que o menor perceba que a presença e os interesses, amor e as suas necessidades básicas e apoio a um dos seus pais, não significa deslealdade e traição ao outro.

Outro tipo de vantagem relacionada à aplicabilidade da guarda compartilhada mesmo quando há o divórcio litigioso e desacordo entre os pais, é poder proporcionar maiores momentos de satisfação com os filhos, uma vez que, havendo fim dos conflitos de lealdade deverá haver mais ética nas relações entre os membros, os menores compreenderão a suma importância da presença de ambos os pais na construção de seus desenvolvimentos.

Além disso, os sentimentos de insatisfação causados pelo distanciamento na participação na vida dos filhos são notadamente diminuídos, em razão da adoção desse instituto, a medida que, existe tratamento igualitário entre os genitores em se tratando da formação dos seus filhos. Ambos, permanentemente presentes e participativos na vida do filho, compartilhando dos esforços e assumindo concomitantemente das responsabilidades com relação a ele (menor).

Além dos benefícios provenientes da manutenção dos vínculos afetivos com ambos e desmembramento das tarefas envolvendo seus filhos, exhibe-se os seguintes proveitos da guarda compartilhada para os genitores:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. (Grisard, 2009, p.175).

Com a evolução da sociedade mudanças sociais, englobando política, cultura e estilo de vida basicamente, também têm motivado novas caracterizações aos padrões familiares, podendo abranger a união estável, a família monoparental, a união monoafetiva e o casamento, porém, laço do vínculo jurídico e conjugal que ainda é o ato mais solene na formação familiar, todas, sem distinção são consideradas entidades familiares, e devem ser preservadas, ou seja, a família ainda é a base primordial para o crescimento da sociedade.

Para os que defendem o modelo da guarda compartilhada, postulam que nesse modelo existe uma participação de ambos os pais na vida do menor, levando em conta que esse modelo procura evitar o afastamento e a ruptura dos laços afetivos com os filhos e possibilitaria uma igualdade entre os genitores em relação às decisões que envolvam os filhos menores, Rodrigo Dias ensina:

Para os insensíveis, que usam a venda da justiça para encobrirem o sofrimento alheio, falar em guarda compartilhada significa que a criança ficará 'pulando' de um lado para outro sem referência de sua residência. Compartilhar a guarda é mais do que dividir residência. Guarda compartilhada é garantir à criança o pai e a mãe presentes em sua vida. Não existe no conceito da guarda compartilhada a divisão de residência. Na verdade como os dois são responsáveis pelos filhos, não haverá impedimento para a fixação da residência com um ou outro. Esta opção é feita pelos pais conforme o interesse e a possibilidade da divisibilidade do tempo de convivência que cada um pode dispor para a criança. (DIAS, 2004, p. 276).

Ademais, entende Waldir Grisard Filho que: "A guarda compartilhada como meio de manter (ou criar) estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca nesse caso é verdadeira".

Cabe a família, a sociedade e aos profissionais de direito observarem com interdisciplinaridade os benefícios ou não do instituto caso a caso, levando em conta

sempre a expressão, “sempre que possível” contida no parágrafo 2º do inciso II do art. 1.584 do Código Civil.

Conclui-se que assim a guarda compartilhada evitaria os conflitos parentais, estimularia a convivência harmônica entre os genitores que teriam que tomar decisões comuns acerca da vida de seus filhos.

3.2. Aspectos Negativos.

Devido a vários estudos feitos a cerca desse tema, aparentemente esse novo modelo de guarda parece ser o mais eficaz, porém não deve ser aplicada imediatamente sem distinção, como alguns estudiosos interpretam a lei 11.698/2008 desde o momento da sua vigência.

Para melhor eficácia, deve-se fazer uma análise de cada caso concreto, mesmo que a maioria da doutrina considere favorável essa modalidade, há quem defenda o contrário com fundamentos dignos de análise:

Dela discordo por conhecer na prática, casos ruinosos para os menores objetos de sua convenção consensual dos genitores. Comprovadamente ela se revela negativa para a segurança biopsicossocial dos filhos, na medida em que eles acabam sendo usados no jogo dos interesses dos pais. (GONTIJO, 2004. p. 112).

Até então não seria recomendada a guarda compartilhada, quando um dos pais um apresentarem algum tipo de vício ou distúrbios, em que possam expor o menor, ou colocar sua vida em risco, nesses casos, recomenda-se que a guarda seja favorável ao genitor que tivesse melhores condições de criar o filho proporcionando um ambiente saudável para seu desenvolvimento físico e crescimento psicológico. Ainda não seria recomendada essa modalidade caso haja conflitos entre os genitores e que por alguma razão não cooperam entre si, que seja sempre contra as opiniões do outro, e estejam insatisfeitos agindo forma individual, nesses casos melhor optar pela aplicação da guarda única.

Nesses casos, as crianças ou adolescentes são usados como verdadeiros mísseis lançados para detonar, ainda mais, a auto-estima do outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai e mãe de seu filho e, por

tudo isto, pessoa digna de respeito. O outro genitor passar a ser inimigo de guerra, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja na infância inocente ou emocional de seu filho. (BRANDÃO, 2004, p.153).

Na linha dos doutrinadores que são contrários a guarda compartilhada ainda menciona com argumentos contrários a esta modalidade de guarda, a insegurança causada na criança em relação à alternância de lares, que o menor ficaria sem uma referência, ocasionando uma confusão mental para eles. Havendo necessidade de adaptação por parte de pais e filhos, adequando-se as novas realidades oriundas do compartilhamento, defendendo que é de suma importância para o desenvolvimento dos filhos, o estabelecimento de uma rotina.

Rolf Hanssen Madaleno entende precisa da dita análise subjetiva do caso concreto de cada família em específico e que essa modalidade não deveria ser aberta ao divórcio litigioso, pois pressupõe harmonia e consenso entre os pais, e não disputa da companhia física dos filhos.

Outro argumento apresentado é a inviabilidade da sua aplicação quando os genitores moram em lugares remotos, a idade da criança e relação conflituosa entre os pais.

O fundamento de que os pais que não residam próximos e não podem optar pelo deferimento da guarda compartilhada não prospera, uma vez que é possível a aplicação da guarda conjunta aos pais que não morem próximos.

Segundo Lobo, há tecnologias que permitam o contato mesmo estando em cidades ou estados distintos, isso favorece a comunicação entre pais e filhos, por isso, não se deve usar como argumento favorável para que não haja a compatibilidade.

Ademais, não há o que se falar em relação física, pois o que se compartilha é a guarda jurídica do menor.

Por conseguinte, mesmo a doutrina dominante e a jurisprudência majoritária tenham entendimento diferente, a idade da criança também não influencia para a aplicação da guarda compartilhada, pois, conforme assevera:

“Bebês com poucos meses já frequentam espaços físicos distintos quando são levados a creches, tendo que se adaptar a locais e pessoas desconhecidas, eventualmente substituídas por outros profissionais”. (Brito, 2005. p.364).

4. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS DO SISTEMA DE GUARDA E O PODER FAMILIAR

Com o advento da lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, deram-se a modificação e a atualização na expressão pátrio poder. Que vinha sido mantida na Lei estatutária e que, até então, contava nos artigos 21,23 e 24 todos do ECA. Pátrio poder virou, então, Poder Familiar.

Essa expressão contida na lei estatutária, já havia sido afastada pelo código civil de 2002, mas conservado o mesmo significado: Um feixe de direito e deveres – mais deveres e obrigações do que direitos – detido pelos pais conjuntamente. O conteúdo e a extensão do poder familiar estão expressos no Código Civil de 2002 no artigo 1.634 e incisos. Com o advento da lei nº 13.058/2014, o texto do artigo 1.634 foi modificado e atualizado para esclarecer e repisar que o poder familiar compete a ambos os pais, independente da sua situação conjugal (casados. Solteiro ou em união estável), atualizando-o à luz da guarda compartilhada, e para prever autorização de viagem ao exterior de criança ou adolescente e sua mudança de residência para outro município.

O poder familiar, poder parental ou autoridade parental, como outros entendem, é um poder-dever: é poder pois traz consigo um elo de autoridade dos pais sobre os filhos menores; é dever, pois obriga ambos os pais no atendimento integral das necessidades dos filhos. Trata-se de uma “ estrada de mão dupla”, pois impõe deveres e reconhece direitos, não se podendo ignorar que seu exercício se concentra exclusivamente no interesse do menor. O interesse dos filhos foi sobretudo valorizado e salientado pelo legislador na lei de guarda compartilhada.

A origem do poder familiar é do direito romano, definindo-se como o poder que o “paterfamilias” O chefe da família romana exercia sobre seus filhos, onde o poder familiar era a força dominante em todas as relações na vida doméstica, exceto na relação da esposa com o marido, ou seja, um pai possuía o poder legal sobre os filhos, sem importar a idade. A autoridade sobre os filhos e até sobre esposa e os escravos incluía “o direito de matar os filhos”.

As principais características do poder familiar são: irrenunciáveis, personalíssimo, imprescritível, mas com duração limitada no tempo, indelegável e Inalienável.

Diz se que é dever, sendo o seu exercício uma obrigação legal, indelegável e indisponível, no sentido de que sempre agir visando o interesse da criança. O poder familiar não é da família, mas de ambos os pais, que devem exercê-lo em igualdade de condições como prevê o Estatuto. Crianças e adolescentes estão sujeitos ao poder familiar, como já se disse, a princípios, os pais criam os filhos da melhor maneira que lhes pareça apropriada, sendo responsável pela sua guarda, alimentação, vestuário, educação, saúde e lazer. E para alguns, evita-se a intromissão do Estado nessa esfera.

Como exposto, a matéria a cerca da proteção dos filhos na separação fora tratada na lei do divórcio, que revogou os dispositivos respectivos do código civil. O artigo 9º refere-se à separação consensual. Em qualquer caso, contudo, deveria ficar especificada a forma de concessão de alimentos aos filhos, orientação que sempre permanece. Os dispositivos acerca da guarda e dos alimentos estendiam-se aos filhos menores e filhos maiores inválidos.

Quanto à separação litigiosa, o art. 10 dispunha que, quando a operação decorresse de pedido que imputa conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, os filhos ficariam com o cônjuge que a ela não tivesse dado causa. A regra, como é evidente, não podia ser aplicada de forma flexível.

Razão de bom senso devem sempre determinar ao juiz que atribua, por exemplo, a companhia dos filhos em tenra idade à mulher, ainda que esta seja a culpada da separação. Em tese, o caso concreto deve sempre determinar qual a solução que ocasiona menor prejuízo moral aos menos.

Tanto é assim que o dispositivo Art. 10 paragrafo primeiro, estatua que se ambos os cônjuges fossem considerados culpados, os filhos menores ficariam a poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução para advir prejuízo de ordem moral para eles.

A preferencia pela mãe justifica-se, na maioria das vezes, mormente em se tratando de filhos de pouca idade. Poderia também o juiz determinar que os filhos não devessem permanecer nem com o pai e nem com a mãe, hipótese em que

deferiria sua guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. Essas decisões sempre trágicas, não transitam em julgado, podendo ser alteradas sempre que houver conveniência ou necessidade.

O artigo 13 era expresso do sentido de que, ocorrendo motivos graves, em benefício dos filhos, o juiz poderia sempre regular de maneira diferente a disposto na lei.

Os mandamentos legais, nessa matéria, portanto, caem sempre por terra quando houver um interesse maior para os filhos. O simples fato de o cônjuge viver em união estável, por exemplo, não faz por concluir pela inconveniência de manutenção da guarda dos filhos.

Quando a separação ocorresse por ruptura da vida comum, o artigo 11 da lei anterior determinava que os filhos ficariam em companhia do cônjuge com que estavam ao tempo dessa ruptura. A regra era lógica e somente em situação excepcional deveria ser modificada pelo magistrado.

Outra regra lógica estava no artigo 12 quando a separação ocorresse com fundamento no parágrafo segundo do artigo 5º, doença mental, o juiz deferiria a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. Essas disposições também deveriam ser aplicadas nos casos de anulação de casamento e, no que fosse cabível também na dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio.

A cerca da guarda compartilhada, com a modificação da redação dos artigos 1.584 e 1.585, a regra geral do revogado artigo não deixa sempre de ter aplicação. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

3.3 Do Interesse do Menor.

O princípio do melhor interesse é outro daqueles princípios sobre os quais se assentam os direitos da criança e do adolescente, consagrado no artigo 3 da Convenção dos direitos da Criança. Os Estados partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Este é um princípio de difícil definição, pois é considerado o “princípio dos princípios” como disse Zeno Veloso. Aplicação de um conjunto de direitos em determinado caso concreto, materializável. Ao lado da Proteção integral, o princípio da proteção integral, o princípio do melhor interesse é outra regra basilar do direito da criança e do adolescente, devendo permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes.

Não se pode confundir o princípio do superior interesse de criança e adolescente, princípio do melhor interesse, com o princípio da prioridade absoluta ou mesmo com direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, direitos humanos ou direito da pessoa humana, formam a árvore da qual aqueles princípios da qual aqueles princípios são seus ramos.

A origem desse princípio é do *parens patriae* “utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria”. Foi introduzido em 1813, nos EUA, em julgamento da Corte da Pensilvânia, onde havia disputa da guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge mulher havia cometido adultério. O princípio resume-se no fato em que “todos os atos relacionados á criança deverão considerar os seus melhores interesses”. “O Estado deverá prover proteção e cuidados adequados quando os pais ou responsáveis não o fizerem”.

Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990), que considera criança pessoa com idade entre zero e 12 anos

incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade. Quanto ao jovem, aguarda-se a elaboração de um estatuto legal próprio regulamentador.

Em reforço, o artigo 3º do próprio ECA, determina que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Ainda complementa com o artigo 4º do ECA, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta propriedade, 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.

Na ótica civil, essa proteção integral poder ser percebida por este princípio, conforme reconhecido pela Convenção Internacional da Haia, que trata da proteção dos interesses da criança. O Código Civil de 2002, nos seus artigos.1583 e 1584, acaba por reconhecer tal princípio, ao regular a guarda durante o poder familiar. Esses dois dispositivos foram substancialmente alterados pela lei 11.698 de 13 de junho de 2008. Ampliou-se o sistema de proteção anterior, visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda.

Para a efetivação da guarda compartilhada, recomenda-se a mediação interdisciplinar, uma vez que ela pressupõe certa harmonia entre os genitores, muitas vezes distante da prática.

Com a separação dos pais, caberá na guarda tratar do destino, criação e educação do filho menor, tendo como preferência o maior o interesse deste. Parafraseando Ana Maria Milano Silva, no vocábulo “interesse” conglomeram-se várias necessidades, absorvendo os interesses materiais, morais, emocionais e espirituais do menor. Eduardo de Oliveira Leite esclarece que, a análise do que a lei almeja expressar como sendo “interesse do menor”, o interesse do menor serve, primeiramente de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais.

Assim na família atrelada, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o

mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício do direito de guarda. O interesse do menor é empregado pelo juiz como critério de solução, quando em caso de divórcio, por exemplo, tiver que atribuir a autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas a um dos pais durante a apreciação da ação em questão.

Ana Maria Milano Silva ressalta que, arbítrio judicial tem derradeira importância nas questões familiares que envolvem crianças ou adolescente e que determinam decisões sob a ótica da prioridade do interesse dos mesmos. A bem dizer a análise judicial deve se dar na direção de cada situação fática,

Levando se em consideração também as condições pessoais dos genitores, tais como: condições materiais (atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares) e condições morais (vínculo de afetividade entre os pais e os filhos, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidados etc.) Esses são alguns elementos que poder servir de seguimento ao juiz, que lhe permitem descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o interesse do menor.

No entanto, há outros modos para que seja protegido o interesse do menor, como por exemplo: a idade da criança, visto que no início de sua vida tem uma relação mais subordinada da mãe, especialmente pelo aleitamento materno, devendo nesse caso a guarda ser definida com base a uma necessidade especial. Outro exemplo é no caso de existirem outros irmãos, evidentemente que não deve se separá-los, partindo-se da premissa que é importante manter o restante da família unida.

4.2 Aspectos práticos/ jurisprudenciais quanto a aplicabilidade

Segundo a doutrina e a jurisprudência dominante, é requisito primordial para aplicação da guarda compartilhada, que haja consenso e diálogo entre os pais, pois caso não predomine uma convivência pacífica, há inviabilidade da guarda compartilhada.

Para o autor Akel, os pais que vivem em constantes disputas e não dividem os cuidados para com os filhos, prejudica sua educação, impossibilitando qualquer tipo de relação, e conseqüentemente os arranjos e benefícios desse tipo de guarda são desastrosos. Neste diapasão leciona Madaleno:

A guarda conjunta não é aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe, para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos e não interesse egoísta dos pais. (Madaleno, 2011. p. 190).

Segundo alguns autores, há outros tipos de soluções quando não houver consenso, e uma delas seria a aplicação coercitiva da guarda pelo magistrado. Contudo, o entendimento majoritário dos Tribunais de Justiça, é que a aplicação sendo coercitiva como solução para o litígio seria vista negativamente para os filhos. Uma vez que, sendo este um tema trado recentemente na doutrina e no Superior Tribunal de Justiça posicionamento favorável à aplicação da guarda compartilhada em casos de litígio, haveria diversas interpretações análogas, onde não seria visto como prioridade o princípio do melhor interesse da criança e adolescente,.

Este princípio em comente é previsto implicitamente no art.227, da Constituição Federal e no art. 4º da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), significa dizer que todos os membros da relação devem atender o bem estar da criança, saúde e lazer.

A respeito das mudanças trazidas pelo do direito de família e a adoção desse princípio, Lobo disciplina que:

O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos. (Lobo, 2011. p.75).

Sendo assim, devido a este princípio basilar, no caso de dissolução da sociedade conjugal consensual ou litigiosa, para a aplicação da guarda dos filhos, deve-se levar em consideração sempre as condições básicas para a criança. Quanto a aplicação do instituto em caso de dissolução da sociedade conjugal por meio de litígio, Souza menciona que:

No Brasil, felizmente, observa-se que muitos juízes já aplicam o correto entendimento de que a guarda compartilhada deva ser coercitiva quando impedida pelo cônjuge guardião, procedimento este que por não ser majoritário em nossos tribunais, faz com que o litígio existente entre os genitores seja banalmente utilizado como desculpa para que a guarda compartilhada dos filhos não seja aceita pelos nossos operadores do direito, causando aberrações, como até mesmo o aconselhamento ao pai para desistir de lutar pela guarda, seja ela qual for, porque possivelmente terá a mínima chance em obtê-la. Por causa desse entendimento preconceituoso, as mães são consagradas com a guarda de seus filhos em 91% dos casos (fonte: IBGE 2002), baseado no “mito” de que só ela tem o dom natural de criar os filhos, o que fere plenamente o preceito constitucional da isonomia entre o homem e a mulher, tornando o ato consequentemente ilegal. (Souza, 2003, p. 01).

Leciona Brito que “independente que haver litígio ou não, a prática da guarda compartilhada deve ser sempre aplicada, uma vez que, por diversas vezes, um dos genitores ingressa com uma ação, simplesmente pelo fato de não concordar com a visitação estipulada”.

Já segundo Leite, se não houver justo motivo não há motivo para não optar por essa nova modalidade.

Cabe aqui mencionar o doutrinador Madaleno mesmo defendendo a inviabilidade de se compartilhar a guarda, entende que:

Talvez seja o momento de se recolher os bons exemplos de uma guarda compartilhada compulsória, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral. (Madaleno, 2011. p. 435).

Ademais, para outra parte da doutrina a aplicação da guarda compartilhada deve ser buscada especialmente na ausência de consenso, pois em regra, quando não há litígio o melhor interesse da criança já esta sendo mantido e a aplicação da guarda compartilhada é mera consequência.

Contudo, o mesmo não ocorre nos casos de litígio onde os interesses do menor devem ser tutelados através da guarda compartilhada. No mesmo sentido de Grisard Filho explica:

A nova regra deverá ser adotada, sobretudo quando a separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do modelo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. (Grisard Filho 2009. p. 205).

No âmbito psicológico, cabe ressaltar o entendimento da psicóloga Dra. Leila Maria Torraca de Brito:

A guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, a nosso ver, sobretudo, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e dificuldades advindos da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade. [...] A existência de desentendimentos entre os pais da criança não deve ser impedimento para a determinação da guarda compartilhada, até porque, como ressaltado, muitas vezes as desavenças ocorrem devido à rejeição de um dos pais ao afastamento dos filhos que lhe vem sendo imposto. Nota-se, também que, desse modo, se estaria centrando o foco de análise nas relações mantidas pelo ex-casal, no lugar de direcioná-lo aos vínculos a serem resguardados entre pais e filhos. (TORRACA DE BRITO, 2009. p. 74).

Do mesmo modo, convém trazer o posicionamento defendido pela professora Quintas, segundo o qual por outras vezes, na dissolução conjugal, o que está em conflito são os bens e outros interesses do casal, e não obrigatoriamente alguma questão que envolva necessariamente seus filhos.

Sendo assim, a autora posiciona-se a favor de compartilhar a guarda, uma vez que no litígio não envolve os interesses dos menores.

Mesmo com todos os argumentos já expostos, na jurisprudência são raros os julgados que defendiam a aplicação da guarda compartilhada. Porém, esse cenário tende a modificar-se, pois em 2011 o Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se

acerca do tema reconhecendo a aplicação da guarda compartilhada mesmo quando há litígio, vez que deve prevalecer o melhor interesse do menor.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. (...) 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. (...) 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. (STJ - Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Djé 31/08/2011).

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, o necessário era que ambos os genitores se dedicassem na concessão da guarda compartilhada. Contudo, via de regra após a dissolução acontece o acirramento das diferenças existentes entre os ex-cônjuges.

Com base nessa, inadequação, muitos autores e mesmo algumas decisões judiciais elevam o consenso à condição de primordial para a guarda compartilhada.

No entanto, segundo a ministra esse posicionamento merece avaliação, pois:

Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor – princípio que norteia as relações envolvendo os filhos –, nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra. Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra. A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido,

não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses. Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor. Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções – porque novo o problema –, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, in casu, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor. (...). (STJ - Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Dje 31/08/2011).

Afirma ainda que mesmo haja fracasso na opção da guarda compartilhada, está primeiramente deve ser aplicada, com o auxílio de equipe multidisciplinar, pois com a ação interdisciplinar, prevista no art. 1.584, § 3º, do CC-02, se buscará evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada.

Busca-se, por essa ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre os pais; segundo, evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada, terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência. Por certo, esse procedimento preliminar demandará intenso trabalho de todos os envolvidos para evitar a frustração do intento perseguido, cabendo ao Estado-Juiz agir na função de verdadeiro mediador familiar, interdisciplinar (...). No entanto, mesmo diante de todo esse trabalho, não se pode descartar a possibilidade de frustração na implementação da guarda compartilhada, de forma harmoniosa, pela intransigência de um ou de ambos os pais. Porém, ainda assim, ela deverá ser o procedimento primariamente perseguido, mesmo que demande a imposição estatal no seu estabelecimento. (...).(STJ - Recurso Especial nº 2011/0084897-5. Relator (a) Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/08/2011. Data da Publicação Dje 31/08/2011).

Finalmente, pode-se afirmar que promover a guarda compartilhada e impor aos pais limites e atribuições em seu período de convivência é uma medida extrema, porém, por vezes necessária à implementação dessa nova visão, para que o texto da lei seja devidamente assistido.

CONCLUSÃO

A interpretação moderna monorista de acordo com os princípios da proteção integral e do melhor interesse permite uma aplicação do significado e alcance da norma. Daí que situações semelhantes sejam amoldadas à norma em razão da analogia legal. Por isso mesmo e nesse trilhar o STJ entendeu caber a guarda compartilhada também entre avós e tio em uma situação fática já consolidada no tempo. Evitando-se formalismos exagerados como a impossibilidade jurídica do pedido.

Logicamente que tais decisões devem ser temperadas com bom-senso e moderação, com aprofundamento do estudo do caso prático.

O mesmo serve para a sua aplicação nos processos de divórcio consensual ou não e na dissolução da união estável

Entretanto, alguns juristas defendem que o mesmo não ocorre quando há litígio entre os pais, sendo o tema em questão polêmico, vez que há divergências na doutrina e jurisprudência. A atuação conjunta de ambos os genitores é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois os ex-cônjuges, tratarão da educação, cuidado dos filhos comuns e até pequenos problemas do cotidiano da prole.

Ademais, o divórcio também ocasiona o distanciamento do antigo casal evidencia as diferenças existentes, e estes fatores acabam extinguindo a consensualidade que deveria haver entre os pais. Assim, baseando-se nesta contradição, a doutrina majoritária e algumas decisões judiciais estabelecem o consenso à condição de pressuposto para a guarda compartilhada.

Diante do exposto, conclui-se que esse modelo de guarda compartilhada é o que melhor atende aos interesses da criança, uma vez que nele consiste a responsabilização conjunta do pai e da mãe, que exercem em igualdade direitos e deveres decorrentes do poder familiar dos filhos em comum, conforme art. 1.583, § 1º, do Código Civil. Como exposto, o exercício do poder familiar é simultâneo, ou seja, o pai e a mãe exercem-no de forma conjunta e com igualdade, independente de sua situação conjugal.

Para tanto, faz-se necessário analisar cada caso em questão e decidir pela sua aplicabilidade ou não, sendo o princípio do melhor interesse o fundamento primordial para tais conflitos.

Portanto, a utilização da guarda compartilhada no processo judicial brasileiro é viável tanto nos casos de dissolução consensual do casamento ou união como nos casos de dissolução litigiosa.

REFERÊNCIAS

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. São Paulo: QuartierLatin, 2006, p. 99.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FONSECA, Antônio Cezar Lima: **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 153.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda Compartilhada: Doutrina e Prática**. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. p.89.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). **Código Civil comentado: direito de família, relação de parentesco, direito patrimonial**, arts. 1591-1693. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 35-36.

OSORIO, Fábio dos Santos. **Guarda Compartilhada. Artigo Científico**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 20 fls. Rio de Janeiro. 2009.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário jurídico**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 365-366.

RIBEIRO, Leonardo. **O Instituto da Guarda**. Nov. 2007. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-daguarda/pagina1.html>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. **Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente**. Belém. CEJUP. 1997.

SAMPAIO, Daiane Silva. **O instituto da Guarda dos Filhos**. Set. 2010. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29141>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. ed. de Direito. São Paulo, 2005. p.43.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROMERA, Mario. **O Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e Adolescente**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 75. (Coleção Direito Civil, v. 4).