

A GUARDA COMPARTILHADA E A SUA DEFINIÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APÓS A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL OU CONVIVENCIAL DOS PAIS

MARASCHI, Laryssa.¹

JOHANN, Marcia Fernanda da Cruz Ricardo.²

RESUMO:

O presente estudo abordará sobre o poder familiar, os modelos de guarda, em especial a guarda compartilhada e a sua definição para preservação do melhor interesse da criança e do adolescente após a dissolução do vínculo conjugal ou convivencial dos pais. Na guarda unilateral apenas um dos pais detém exclusivamente a guarda do filho, e ao outro cabe apenas o direito de visita, permanecendo com o poder familiar na obrigação de continuar zelando pela sua manutenção e educação, e na guarda compartilhada tanto o pai quanto a mãe são responsáveis pela condução da vida dos filhos. O instituto da guarda compartilhada está agregado, em primeiro lugar, ao melhor interesse da criança, conforme consta no artigo 227 da Constituição Federal, o dever de proporcionar à criança e ao adolescente à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar, é da família, da sociedade e também do Estado, sendo dever dos mesmos, livrá-los de toda discriminação, exploração, violência e negligência. A formação em benefício dos filhos deve ser o objetivo dos pais, com isso preservaria as finalidades do instituto necessário para uma evolução mental e psicológica saudável da criança, alcançando ainda uma convivência harmônica entre os filhos e os pais depois de uma ruptura de relação conjugal.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda, Guarda Compartilhada, Fixação, Interesse do menor.

JOINT CUSTODY AND ITS DEFINITION FOR THE PRESERVATION OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT AFTER THE DISSOLUTION OF THE CONJUGAL OR PARENTAL CONNECTIVITY OF THE PARENTS

ABSTRACT:

The present study will focus on family power, custody models, especially joint custody and its definition for preservation of the best interest of the child and the adolescent after the dissolution of the conjugal or convivial bond of the parents. In the unilateral custody, only one parent has sole custody of the child, and the other only the visitation rights, remaining with family power in the obligation to continue to care for their maintenance and education, and in the joint custody both father and the mother are responsible for the conduct of their children's lives. The joint custody institute is attached, in the first place, to the best interest of the child, as stated in article 227 of the Federal Constitution, the duty to provide children and adolescents with life, health, food, education, leisure, professionalization, culture, dignity, respect, freedom and family coexistence, it is the duty of the family, the society and the State to free them from all discrimination, exploitation, violence and neglect. Training for the benefit of the children should be the goal of the parents, thereby preserving the aims of the institute necessary for a healthy mental and psychological evolution of the child, and also achieving a harmonious coexistence between the children and the parents after a rupture of conjugal relationship.

KEYWORDS: Custody, Joint custody, fixation, interest of the minor.

¹Estudante de Direito. E-mail: larymaraschi@hotmail.com

²Advogada e professora da disciplina de Direito de Família do Centro Universitário FAG. E-mail: mferjohann@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O rompimento da união estável ou do casamento dos genitores não pode significar ruptura dos vínculos parentais entre pais e filhos, tampouco de seus direitos e deveres, uma vez que o exercício do poder familiar não é afetado e o estado de família é indisponível, não afetando então os direitos e os deveres de ambos os pais, agora separados, com relação à prole.

Desta forma, independentemente de quem seja o culpado, o maior interesse deve ser em relação aos filhos que vieram desta união, devendo então ser pensado em primeiro lugar no que será melhor para esses menores diante de uma situação que causou um abalo emocional.

Aos pais são dadas algumas opções de guarda em relação aos filhos, como a guarda unilateral e a guarda compartilhada, e cabe a eles escolher aquela que trará menor sofrimento aos menores, ficando ainda cientes de que, em qualquer modelo de guarda adotado, ambos possuem a titularidade do instituto do poder familiar.

A intenção na escolha da modalidade da guarda compartilhada é fazer com que sejam devidamente divididas as responsabilidades entre os genitores nas relações com seus filhos oriundos da relação desfeita, uma vez que o divórcio nomina o casal como ex-marido ou ex-mulher, mas jamais ex-pai, ex-mãe ou ex-filho (a).

Diante disto, é de grande importância que os pais escolham uma modalidade de guarda que melhor atenda às necessidades dos filhos.

Com isso, irá amenizar as consequências sofridas pelos menores após a dissolução do vínculo amoroso ou conjugal do casal e, dessa maneira, tentar zelar e proteger o direito dos filhos de possuir uma relação equilibrada com ambos os genitores, uma vez que a prioridade deve ser a proteção do menor.

Em relação aos filhos, estes terão a oportunidade de aproveitar do amor, ensinamento, carinho e afeto de ambos os pais, uma vez que é de direito deles perante a lei, não ficando desta forma, “prejudicados” por não receber esses cuidados de um ou de outro.

Quanto à guarda compartilhada, pode ser requerida por consenso dos pais ou por qualquer um deles em ação autônoma, ou ainda por determinação judicial, e caso o Juiz entenda necessário, ele poderá requerer do Ministério Público ou ainda de ofício, o estudo social feito por uma equipe interdisciplinar, visando estabelecer uma divisão equilibrada com ambos os genitores.

Assim sendo, o presente trabalho é uma pesquisa bibliográfica, o qual visa esclarecer que uma das finalidades da guarda compartilhada é poupar a quebra da ligação de afetividade entre as crianças e seus genitores, ficando cada um dos pais responsáveis em sempre proteger o melhor interesse de seus filhos.

2. O EXERCÍCIO DA GUARDA APÓS A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO OU DA UNIÃO ESTÁVEL

Como descrito por Bressan (2016), quando acontece à separação judicial do casal, ocorre a dúvida de qual dos pais tornar-se-á guardião do menor. Em nosso ordenamento jurídico, em grande parte dos casos, a guarda unilateral é a escolhida, e nessa modalidade de guarda apenas um dos pais ficam com os filhos, não atendendo então as necessidades de ambos e, sendo assim, uma modalidade ineficiente, logo, apenas um dos cônjuges fica responsável pela criação e por todo o trabalho, ao mesmo tempo em que o outro acaba se distanciando.

Desta forma, torna-se indispensável a adoção de um sistema de guarda que tanto um quanto o outro se encontre presente, dividindo as tarefas como na educação dos filhos e todas as outras, sendo a mais apropriada à modalidade da guarda compartilhada, na visão do legislador ordinário, conforme justificção do Projeto de Lei 1.009 de 2011, sobre o qual ainda se abordará.

2.1. PODER FAMILIAR

Está expresso no Código Civil Brasileiro que, os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto estes ainda forem menores, sendo esse poder familiar de responsabilidade de ambos os pais ou a apenas um deles exclusivamente, na falta do outro, não sendo extinto esse poder quando vier a acontecer uma separação judicial, dissolução da união estável ou divórcio (BRASIL, 2016).

Consta no artigo 1.579 do Código Civil, que o divórcio não alterará os deveres e os direitos dos genitores em relação aos filhos, e ainda, mesmo com um novo casamento de ambos os pais ou de qualquer um deles, não poderá importar restrições aos deveres e direitos que um e outro tem com os filhos.

Podemos entender que independente dos pais estarem juntos ou separados, o poder familiar continua sendo de responsabilidade deles, não tendo a opção de abrir mão desse poder familiar junto com a separação do casal.

Ainda de acordo com o Código Civil, em seu artigo 1.634, compete a ambos os genitores, independente de qual seja a relação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (BRASIL, 2016).

Então, conforme consta no escrito acima, o poder familiar é o poder/dever que ambos os pais têm em prol dos filhos, durante toda infância e adolescência, até que se tornem maiores e capazes, para que assim possam ser responsáveis por seus próprios atos.

Como caracteriza Gagliano e Filho (2013), o poder familiar é o entrançado de obrigações e direitos reconhecidos aos genitores, em razão e nas limitações da autoridade parental que exercem em face de seus filhos, enquanto os mesmos forem incapazes e menores e não atingirem a plena capacidade civil.

Podemos ponderar que o poder familiar é uma obrigação que os pais têm com os filhos de ampará-los, enquanto estes ainda forem menores e dependentes desses genitores.

Já no entendimento de Gonçalves (2013), esse poder familiar é o conjunto atribuído aos pais de deveres e direitos em relação aos filhos menores e aos bens que a estes pertencem, é uma tarefa que o estado impõe aos pais, com a finalidade de que zelem do futuro dos menores, até que eles completem os 18 anos de idade, que é quando cessa esse poder familiar e o filho fica habilitado à prática de todos os atos da vida civil.

O autor acima diz que é de responsabilidade dos genitores, tanto os filhos quanto os bens que são pertencentes a estes, até que venham completar a maioridade.

Segundo os especialistas Coltro e Delgado (2015, p.45), “O poder familiar é a derivação do parentesco, bem como do instituto da filiação. Deve ser analisado em um contexto geral, sem distinção da origem da filiação”.

Entende-se que independente da origem da filiação, são os pais responsáveis pelos menores, sendo obrigação deles o poder familiar.

Bressan (2016) alega que o poder familiar são os deveres e direitos que os pais tem em relação aos filhos, e deve ser exercido em conformidade de condições e colaboração, para que assim o menor possa ser protegido e ter um excelente desenvolvimento, pois caso venham a falhar, o Estado poderá intervir para forçar-los ao exercício desse dever ou até mesmo privá-los das funções paternas.

Observamos que o Estado sempre estará atento em relação ao poder familiar, punindo os pais quando necessário e fazendo com que eles venham desenvolver o papel de pais da forma mais correta possível.

Dias (2015) explana que mesmo que os genitores não estejam na companhia dos filhos, eles têm responsabilidades, pois são detentores do exercício do poder familiar, e entre todos os deveres dele decorrentes, os pais ainda têm o dever de responder pelos atos praticados pelos filhos.

Ambos os pais, portanto, têm direitos e responsabilidades sobre os filhos menores e incapazes, independente da situação de estarem juntos ou separados, devendo cuidar, amparar e proteger até que a maioridade venha a ser completada.

2.1.1. A guarda, proteção dos filhos

Primeiramente, é de extrema importância que se tenha uma noção do que é a guarda. De acordo com o Código Civil, a guarda será compartilhada ou unilateral. O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente define a guarda como: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 2016).

Em virtude do acima mencionado, é visto que a guarda tem o intuito de que um, ou ambos os pais, depois do divórcio ou da dissolução da união estável, e caso necessário, um terceiro que ofereça melhor condição de vida para a criança, possa cuidar dos menores advindos da relação conjugal ou convivencial, dando a eles uma condição boa de vida, digna de respeito, carinho e ensinamentos.

Segundo Dias (2015), quando se fala em guarda dos filhos, se presume que os pais não residem sob a mesma casa, todavia, o rompimento do vínculo familiar não deve envolver-se na continuidade do convívio dos filhos com ambos os pais. É fundamental que eles não se sintam como objeto de vingança.

De acordo com Dias (2015), o método para a determinação da guarda é o desejo dos genitores, todavia não fica unicamente na esfera familiar a fixação de qual deles ficará com os filhos. A guarda também pode ser concedida a uma terceira pessoa, e de preferência a algum

membro da família que tenha afinidade com a natureza da medida e também com aquele que tenha afetividade.

Percebemos que independente do que aconteça, o vínculo familiar jamais será quebrado e o menor sempre terá a proteção de ambos os pais ou de uma terceira pessoa que ficará por ele responsável.

Conforme expõe Gonçalves:

Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano. A solução será, portanto, a mesma se ambos os pais forem culpados pela separação e se a hipótese for de ruptura da vida em comum ou de separação por motivo de doença mental. A regra inovadora amolda-se ao “melhor interesse da criança”[...] (2013, p. 292).

Como discorre Bressan (2016), até que os filhos alcancem a maioridade, a guarda tem o intuito de protegê-los, acompanhando o seu crescimento e conceder a total segurança, com o objetivo de sustentar e educar, dando ainda uma excelente formação física, moral e mental.

Independente do relacionamento dos pais, o relacionamento destes com os filhos devem ser sadios para que assim possam educar os mesmos, não sendo então necessária a disputa entre os genitores, para que se tornem capazes de criar os filhos conjuntamente (COLTRO e DELGADO, 2015).

Entende-se que o fim do vínculo conjugal não afeta os direitos e deveres dos pais com os filhos, e compreende-se ainda, que quem deve ficar com a guarda do menor são ambos os genitores, independente da causa da separação e quem foi o responsável, importando apenas o bem-estar da criança ou do adolescente.

2.1.2. Espécies de guarda

Conforme expõe Bressan (2016), enquanto os genitores estão casados, o exercício da guarda é feito por eles de forma conjunta, mas quando ocorre a dissolução do vínculo conjugal ou convivencial, ocorre à necessidade de escolher um dos modelos de guarda para os filhos vindos da relação dos pais.

Em geral temos quatro modalidades de guarda, são elas: guarda unilateral ou exclusiva, onde um dos pais unicamente detém a guarda; a guarda alternada, que a mãe e o pai revezam períodos individuais de guarda; a nidação ou aninhamento, onde a criança permanece no mesmo lar e os pais que se revezam na companhia do menor; e por fim a guarda compartilhada ou conjunta, que ambos os pais são responsáveis pela vida dos filhos, é a modalidade que iremos tratar neste trabalho (GAGLIANO e FILHO, 2013).

A guarda unilateral é aquela destinada a apenas um dos genitores, ou a alguma outra pessoa que o substitua, enquanto o outro genitor ficará obrigado a supervisionar os interesses dos filhos (BRASIL, 2016).

Já para Gonçalves (2013), essa modalidade de guarda unilateral apresenta o inconveniente de impossibilitar o filho do convívio contínuo e diário de um dos pais.

Essa modelo de guarda unilateral acaba por afastar o laço de paternidade do filho com aquele que não é o guardião, uma vez que é estipulado o dia de visita não sendo sempre um dia bom, pois é marcado previamente e aquele que é o guardião acaba impondo regras (DIAS, 2015).

Em relação à guarda alternada, ambos os pais alternam um tempo exclusivo de guarda, sendo cabível ao outro o direito de visita. Há um revezamento na exclusividade da guarda dos filhos, e dependerá de decisão judicial o tempo de seu exercício (GAGLIANO e FILHO, 2013).

Para Bressan (2016) a guarda alternada é a que os genitores alternam a guarda física e jurídica do filho por uma duração definida de tempo, que pode ser de meses, semanas ou dias.

Já a modalidade de nidação ocorre com mais frequência em países europeus. Essa modalidade evita que os filhos fiquem indo de uma casa para a outra, então os menores ficam sempre na mesma residência e quem reveza são os pais (GAGLIANO e FILHO, 2013).

Podemos entender que é necessário que os pais conheçam todos os modelos de guarda antes de escolher, uma vez que cada uma delas acarreta um modelo de vida a ser seguido e com isso, consequências para a vida dos menores.

2.1.3. Guarda Compartilhada

Quanto ao instituto da guarda compartilhada, houve em nosso ordenamento jurídico uma significativa mudança quanto às formas de se regulamentar a guarda dos filhos menores, sendo

alterados pela Lei 13.058 de 2014 os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, observando ser do melhor interesse da criança à fixação da guarda compartilhada (BRASIL, 2014).

Essa espécie de guarda compartilhada foi inserida na legislação brasileira pela primeira vez com a Lei 11.698/2008, de 13 de junho de 2008, a qual modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, e era tida como opção secundária de guarda, antes do advento da Lei 13.058/2014, conforme era disposto no artigo 1.584, §2º do Código Civil: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” (BRASIL, 2016).

Porém, como esse modelo de guarda era secundário e a guarda unilateral era regra, essa espécie ficava prejudicada, sendo aplicada somente quando havia harmonia, consenso e acordo entre as partes, pois nos demais casos, principalmente nos quais havia litígio entre os genitores, o que prevalecia era a aplicação da guarda unilateral, de forma que a guarda compartilhada era pouco utilizada pelos aplicadores da Lei (BRASIL, 2016).

Em 2014, tivemos uma norma jurídica no Direito de Família brasileiro que é a Lei 13.058/2014, conhecida como a nova Lei de Guarda Compartilhada, o qual modificou alguns artigos do Código Civil e estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada”, dispondo que nesta modalidade de guarda o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, e da mesma forma a divisão das obrigações, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2016).

E ainda, a mesma impõe como regra que quando não houver acordo entre os genitores em relação à guarda dos filhos e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declararem ao magistrado que não desejam a guarda do menor (BRASIL, 2016).

Para Gagliano e Filho (2013, p. 602) “[...] interessa, tão somente, a busca do interesse social da criança ou do adolescente. Pouco importando quem fora o “culpado” na separação ou no divórcio [...]”. Devendo então ser escolhida a modalidade que melhor atender o interesse da criança.

Na visão de Dias (2015), os elementos da guarda são de ordem psicológica e constitucional, onde busca assegurar o interesse do menor, tendo como finalidade consagrar aquilo que é de direito dos genitores e da prole, adicionando um freio na negligência trazida pela guarda individual. Diante disso, há necessidade de compartilhar entre ambos os genitores as atividades do dia a dia e a responsabilidade parental.

Conforme expõe Filho (2014) tem por finalidade a guarda compartilhada, assegurar que ambos os pais conservem um contato duradouro com os filhos, com um ideal de organização familiar que se representa a uma família perfeita.

Gagliano e Filho (2013) elucidam que nessa modalidade de guarda compartilhada não existe a exclusividade. Tanto a mãe quanto o pai são responsáveis pela vivência dos filhos.

Já Gonçalves (2013) discorre que não é um modelo de guarda que tem que ser adotado em todos os casos. Acontecendo de os pais terem interesse e sendo conveniente aos filhos, a guarda compartilhada deve ser incitada. Esta é uma modalidade de guarda diferente da guarda alternada, que os filhos passam algum período com a mãe e outro com o pai, nesse modelo de guarda compartilhada os filhos tem uma referência de moradia, onde vive com um dos pais, ficando a critério destes, programar a rotina dos menores. É deferido o dever de guarda de fato a ambos os pais, resultando em uma relação participante entre eles e os menores.

Bressan (2016) acredita que a modalidade de guarda compartilhada possibilita a ambos os genitores a divisão das obrigações, exercendo de forma semelhante os deveres e direitos em relação à guarda, da mesma maneira que era feito enquanto ainda eram casados.

Para Coltro e Delgado (2015), o modelo de guarda compartilhada é, obviamente, um resolutivo passo à frente no cenário jurídico e social no Brasil, tendo em vista que procura atender, com preferência, aquilo que é de interesse dos filhos, trazendo então benefícios para os próprios, e ainda aos pais e à comunidade social como um todo.

Somos levados a acreditar que o modelo mais adequado que os pais podem escolher é o da guarda compartilhada, considerando ser aquele que mais oferece benefício para a criança, considerando que ambos os genitores serão responsáveis pelos menores, tendo sempre os pais presentes em sua vida e participando de seu cotidiano.

2.1.4. Modelo adequado escolhido pelo legislador

Na opinião de Bressan (2016), são muitas as vantagens para os pais e os filhos na escolha da guarda compartilhada. Para os pais, tem benefícios como a divisão dos gastos, melhor participação na vida dos filhos, e a valorização dos aspectos como a capacidade na competência de ambos. Já para os filhos, os mesmos terão convivência similar com os pais, podendo se comunicar com ambos

tendo assim uma imagem boa a respeito da família. Poderão ainda se adaptar no novo grupo familiar de ambos os pais sem ter a necessidade de escolher entre um deles. Deste modo, quanto menos mudanças forem feitas, melhor será para os filhos e ainda para o relacionamento entre os genitores.

Expõe Filho (2014) que a guarda compartilhada tem o intuito de privilegiar a continuidade do vínculo dos filhos com os pais após o divórcio, tendo ambos os genitores o compromisso de cuidar do cotidiano dos menores em relação à criação e educação destes, e ainda diminui para os filhos a angústia produzida pelo sentimento de ausência do genitor que não possui a guarda, ajudando a minimizar os sentimentos de recusa.

Afirma Dias que (2015) compartilhar a guarda de um filho se declara bem mais à segurança de que o menor terá pais semelhantemente envolvidos no auxílio dos deveres inerentes ao poder familiar, assim como aos direitos que tal poder lhes concede. Estando os cônjuges ainda, libertos de qualquer tipo de frustração ou mágoa.

Gagliano e Filho (2013) alegam que a modalidade de guarda compartilhada em nosso sistema, é a preferível, contendo muitas vantagens, especialmente referente à consequência psicológica no menor, se equiparada a qualquer das outras. Nessa modalidade de guarda, tanto o pai quanto a mãe são responsáveis pela direção da vida dos menores, não havendo exclusividade em seu exercício.

Já Gonçalves (2013) assegura que na guarda compartilhada, o menor vive com um dos genitores e tem o referencial de uma principal casa, ficando a preceito dos pais programarem a convivência em seus hábitos, e escolhendo ainda, a qualquer tempo as visitas. É dado o dever de guarda a ambos os pais, implicando numa relação permanente e ativa entre eles e seus filhos.

De acordo com Coltro e Delgado (2015), a escolha da modalidade de guarda compartilhada oportuniza aos pais a facilidade de participação presente no desenvolvimento e educação dos filhos, que ainda serão favorecidos da presença física, moral e afetiva dos dois pais, motivos fundamentais para o seu crescimento saudável.

No dizer de Bressan (2016), uma das vantagens mais importantes trazidas pela modalidade da guarda compartilha, é o respeito e o agradável relacionamento entre ex-casais, uma vez que entenderam a necessidade de se responsabilizarem pelo crescimento de seus filhos, fortalecendo a união da família.

A modalidade da guarda compartilhada confere a ambos os pais a guarda jurídica, onde um e outro exercem simultaneamente de forma igual todos os deveres e direitos referente as crianças,

sendo uma ampla cooperação entre os genitores, visto que são tomadas em conjunto as decisões referentes aos filhos (FILHO, 2014).

Em virtude do que foi acima mencionado, percebemos que são inúmeras as vantagens trazidas com a modalidade da guarda compartilhada, sendo a maior delas o convívio da criança com ambos os pais, onde podem receber dos dois, o amor e a educação que os mesmos têm para oferecer.

Quando os genitores contribuem entre si não expondo a criança a suas desavenças, diminui as falhas e a probabilidade de serem desenvolvidos problemas escolares, emocionais e sociais, já que maior cooperação entre os genitores acarreta em uma diminuição considerável dos conflitos, tendo por decorrência o benefício aos menores (FILHO, 2014).

Em alguns casos, a modalidade da guarda compartilhada pode não funcionar da mesma forma que qualquer outro modelo de cuidado parental. Nos casos em que os genitores vivem em permanentes conflitos, nem mesmo poderia ter sido permitido à guarda compartilhada, uma vez que o direito estaria seguindo na linha contrária do modelo familiar de bom convívio e dos fundamentos da guarda compartilhada, sendo acarretados efeitos colaterais que são devastadores aos filhos (BREISSAN, 2016).

Conforme acima transcrito, verificamos que dependendo do caso, e da relação dos genitores, a guarda compartilhada não será a que melhor atenderá o interesse da criança, visto que essa acarretará ainda mais sofrimento aos filhos.

Um dos mecanismos que o juiz tem de fazer para a definição de qual modalidade de guarda vai ser a escolhida, é o estudo social, que conforme consta no artigo 1.584, parágrafo 3º do Código Civil: Para que sejam atribuídos os períodos de convivência entre os genitores em relação à guarda compartilhada, pode o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, basear-se em equipe interdisciplinar ou orientação técnico-profissional, onde será direcionado o tempo de convívio com o pai e com a mãe de forma moderada (BRASIL, 2016).

Conforme descrito por Dias (2015), para que seja aplicada a modalidade da guarda compartilhada, os cônjuges têm que estar totalmente desarmados e ter superado todas as frustrações e mágoas. Se persistirem ainda esses ressentimentos, ainda sim não se deve abrir mão da modalidade que melhor atende o interesse dos filhos.

Podemos entender que não será adequada a modalidade de guarda compartilhada no caso de os genitores não entrarem em comum acordo e não vencerem todas as mágoas advindas do processo de separação.

De acordo com Gonçalves (2013), a guarda compartilhada é um modelo de guarda que não deve ser adotado como solução em todos os casos, para algumas situações esse modelo não deve ser indicado.

No caso de os genitores viverem em constante conflito, sem diálogo, não cooperativos, insatisfeitos, onde estão sempre sabotando um ao outro, não deve ser exercida a modalidade da guarda compartilhada, uma vez que seria muito lesivo aos filhos, devendo ser optada pela guarda única, pensando no melhor interesse das crianças (FILHO, 2014).

Akel (2008 *apud* Gonçalves, 2013, p. 297):

Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo.

Já na opinião de Gagliano e Filho (2013) quando os genitores não entrarem em acordo, o juiz muito dificilmente poderá impor a guarda compartilhada, tendo em vista o mau relacionamento do casal que poderá colocar em perigo a integridade dos filhos.

Podemos analisar que nos casos em que os pais não têm uma boa relação, podendo de esta forma causar risco à vida da criança ou do adolescente, não é a melhor alternativa a guarda compartilhada.

2.1.5. Análise do projeto de lei 1.009/2011 que alterou o Código Civil em 2014 – exposições de motivos da alteração

O Projeto de Lei nº 1.009/2011 foi apresentado na Câmara dos Deputados por Arnaldo Faria de Sá, Deputado Federal de São Paulo, na data de 12 de abril de 2011 visando alterar os artigos 1.584, parágrafo 2º e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, expondo maior clareza sobre a real intenção do legislador em relação a Guarda Compartilhada (CÂMARA, 2011).

A mudança que o legislador quis fazer com a alteração dos artigos mencionados acima foi dizer que na falta de acordo entre ambos os pais quanto à modalidade de guarda do filho, e encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, a guarda a ser aplicada será a compartilhada, e ainda, não poderá ser decidida a guarda em sede de medida cautelar de separação de corpos, devendo esta ser feita, apenas, após ser ouvido o contraditório (CÂMARA, 2011).

Os casais que não misturam a relação de parentesco “marido / esposa” da relação “pai / mãe” compreendem a relação de pai e mãe, não tendo estes, que serem atingidos pela lei, mas o que ocorre, é que nem sempre os magistrados e membros do ministério público entendem o significado de “sempre que possível”, estando a frase sendo interpretada como “sempre os genitores se relacionem bem”. É sabido que no caso de os pais terem um bom relacionamento não haveria razão do fim da vida em comum, e ainda, havendo acordo, não seria necessária a criação de lei, pois o Código Civil já permitia tal acordo (CÂMARA, 2011).

A desconfiança de que o bom relacionamento entre os genitores, ou a existência de acordo seja condição para que seja estabelecida a guarda compartilhada, possibilita que qualquer dos pais, de propósito, mantenha ou provoque um cenário de litígio para com o outro, com a finalidade de impossibilitar a execução da modalidade da guarda compartilhada, favorecendo assim seus próprios interesses, e não os do filho, tornando inofensiva a lei já promulgada (CÂMARA, 2011).

Ainda, encontram-se muitos casos onde os pais impetram medida cautelar de separação de corpos, com o principal objetivo de conseguir a guarda provisória do menor, para que o filho seja utilizado como “arma” contra o ex-companheiro, praticando com isso a alienação parental.

Isso já está sendo reconhecido por magistrados que vem protegendo a aplicação completa da guarda compartilhada, e determinando ainda uma análise mais rigorosa antes de ser concedida a guarda da criança, mesmo que provisória (CÂMARA, 2011).

2.1.6. Ambos os pais podem requerer a guarda compartilhada e o juiz é o responsável para fixá-la

Compreende o artigo 1.584, parágrafo 5º que: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (BRASIL, 2016).

Conforme consta na doutrina de Gonçalves (2013), a modalidade da guarda compartilhada pode ser determinada por meio de determinação judicial ou por consenso. Caso não estabelecida na ação de divórcio, dissolução de união estável ou na separação, pode ser requerida em ação autônoma. Também pode ser buscada em ação própria por qualquer um dos pais.

Conceitua Dias (2015) que a guarda compartilhada pode ser definida por determinação judicial ou por consenso, quando os dois forem capazes de exercer o poder familiar. Não tendo sido estipulada ação de divórcio, dissolução de união estável ou na separação, tem a possibilidade de ser requerida por ambos os pais em ação autônoma. Qualquer dos genitores tem autoridade de demandar a alteração do modelo de guarda, mesmo que tenha sido deferida a modalidade da guarda unilateral.

Diante do acima transcrito, podemos entender que a guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou ainda por determinação judicial, podendo ser buscada por qualquer um dos pais, mesmo que antes outra modalidade de guarda tenha sido concedida.

2.1.7. A adoção da guarda compartilhada nos tribunais

Se a dissolução da união estável ou o divórcio se tornou uma circunstância tão rotineira, que é capaz de ser conhecida como algo “normal” no decurso da vida familiar, faz-se cada vez mais essencial a efetuação de estudos que geram informações que possibilitam as famílias continuarem mais ajustadas à catástrofe que fora provocada, e assim passa a ser feita a escolha de quem ficará com as crianças a partir do fundamento de quem tem melhor condição, a mãe, o pai ou ambos (FILHO, 2014).

Tanto a jurisprudência como a doutrina e a lei concordam, de modo quase unânime, que em caso de separação, tanto o pai quanto a mãe são *a priori* competentes à educação e criação de seus filhos, e se eles pretendem uma unidade educativa para além da ruptura e ainda que ambos participem de forma igualitária das decisões referentes aos filhos, certamente a solução a ser privilegiada é a da guarda compartilhada, no entanto é relevante para os Tribunais, primeiramente, determinar um modelo que acabe assegurando um bem estar maior aos menores (FILHO, 2014).

Uma grande preocupação dos Tribunais é que os menores conservem resistentes vínculos com o pai e a mãe, tanto que em situações que a relação do pai com os filhos não é tão boa, o Tribunal decidiu que a mãe tem que fazer o que estiver ao seu alcance para que esse sentimento mude, e o menor tenha uma boa comunhão com ambos (FILHO, 2014).

Observa-se que há decisão no Tribunal de Justiça do Distrito Federal em que houve requerimento de guarda unilateral e o juiz fixou a compartilhada, como no caso da apelação do TJ-

DF Apelação Cível: APC 20130111132839, em que foi preservado o melhor interesse da criança, uma vez que ambos os genitores estão aptos a atender de maneira satisfatória às necessidades dos filhos, não sendo procedido o pedido de guarda unilateral, sendo prevalecida a guarda compartilhada, que no caso, melhor atente os interesses dos menores (JUSBRASIL, 2016).

No agravo interposto no TJ-SP - Agravo de Instrumento: AI 01242176720138260000 SP 0124217-67.2013.8.26.0000, o genitor da menor fez o pedido de guarda unilateral, o qual não foi acolhido, visto que, acima de tudo, deve ser preservado o interesse da menor, sendo então mantida a guarda compartilhada (JUSBRASIL, 2014).

No agravo de instrumento TJ-BA - Agravo de Instrumento: AI 00224027520148050000 interposto pela genitora foi pedido à conversão de guarda compartilhada em guarda unilateral, o qual foi negado, visto que o menor está bem inserido no ambiente em que vive de acordo com estudo social feito, devendo ser mantida a guarda compartilhada (JUSBRASIL, 2016).

Já na decisão da apelação TJ-MG - Apelação Cível: AC 10647130026683002 MG, foi pedido ao Juiz de primeiro grau a modificação da guarda alternada para a modalidade da guarda compartilhada e esse pedido foi indeferido e continuou com a guarda alternada. Não satisfeitos, os genitores entraram com recurso de apelação e foi entendido que ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, determinando, portanto, que fosse deferida a guarda compartilhada (JUSBRASIL, 2015).

Entende-se que em vários casos o julgador optou por determinar a guarda compartilhada, mesmo nos casos em que foi requerida a guarda unilateral, uma vez que a compartilhada atende melhor os interesses dos filhos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da presente pesquisa, entende-se que os genitores são sempre responsáveis pela vida dos filhos, durante ou após o vínculo conjugal, não devendo o estado civil interferir, pois o poder familiar é perpétuo, salvo raras exceções de destituição.

Esse poder familiar é a responsabilidade que, ambos, os pais têm sobre os filhos, até que estes completem a maioridade, independente de estarem juntos ou separados como já falado e também de

quem deu a causa a essa separação, pois enquanto estes forem menores é de responsabilidade dos genitores todos os atos praticados pelos filhos.

O instituto da guarda advém com a ruptura do casamento ou da união estável, onde um ou ambos os genitores precisam se responsabilizar pelos filhos, dando toda a assistência necessária como material, moral e educacional, para uma vida digna e de respeito.

Temos em nosso Código Civil a modalidade da guarda unilateral em que apenas um dos genitores fica com o filho, e a guarda compartilhada que a criança fica de forma conjunta a cargo da mãe e do pai, e de acordo com alguns doutrinadores, tem ainda a guarda alternada que os pais trocam períodos individuais de guarda e, por fim, a nidação ou também chamada de aninhamento que a criança fica na mesma casa e os pais se substituem na companhia do menor.

Em cada caso específico é escolhido uma das modalidades, isso de acordo com a necessidade dos filhos e a disponibilidade dos pais, e sendo necessário é requerido pelo juiz de ofício ou pelo Ministério Público um estudo social, para que assim seja determinada qual o instituto de guarda a ser adotado.

A guarda compartilhada é um modelo que foi inserido no ordenamento jurídico pela primeira vez em 2008 sendo, no entanto, um modelo de guarda secundário, e a guarda unilateral era a regra. Em 2014 foi sancionada a Lei 13.058/2014, a nova Lei de Guarda Compartilhada, o qual modificou alguns artigos do Código Civil.

Em análise ao projeto desta Lei, observa-se que o legislador quis fazer com que ambos os pais, estando estes aptos a exercer o poder familiar, se responsabilizem pela guarda dos filhos, tendo tanto o pai quanto a mãe responsabilidades e direitos diante dos filhos.

De acordo com a nova Lei, a guarda compartilhada passou a ser o modelo mais adequado, a partir daí foi à modalidade a ser indicada pelos juízes, uma vez que contém muitas vantagens e ambos os genitores ficam em contado com os filhos, sendo ainda os genitores responsáveis conjuntamente por tudo aquilo que acontece na vida do menor, podendo tanto o pai quanto a mãe favorecer os filhos com a presença física, moral e afetiva.

A inserção da guarda compartilhada no Código Civil foi uma enorme evolução, visto que em alguns casos o filho fica na responsabilidade só da mãe ou só do pai, acaba sendo prejudicial para o mesmo, uma vez que o menor precisa de ambos para cuidar, amparar e proteger, e ainda livrar dos traumas que a separação do casal possa acarretar.

É importante destacar que não são em todos os casos que a guarda compartilhada funciona, pois não tendo os pais uma boa relação e se estes não entrarem em acordo, a integridade dos filhos será colocada em perigo e os menores ainda irão sofrer, e não é essa a intenção da aplicação da guarda compartilhada.

Esse instituto da guarda compartilhada pode ser decretado por acordo de ambos os genitores ou ainda por uma determinação judicial se o juiz entender que será o melhor para a criança, e poderá ser requerida pela mãe ou pelo pai, independente de já estarem ou não exercendo algum outro modelo de guarda.

Entende-se que o instituto da guarda compartilhada veio com o intuito de determinar direitos semelhantes entre ambos os genitores em relação a formação de seus filhos, desta forma a separação será menos dolorosa aos filhos, pois vão ter o contato e a convivência tanto com o pai quanto com a mãe, e ainda, permite que a família tenha um melhor convívio social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de lei nº 1.009/2011, de 12 de abril de 2011. Altera o artigo 1584, parágrafo 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada. Câmara dos Deputados, Brasília, Distrito Federal: 12/04/2011.

BRASIL. Secretaria de Estado da Educação. **Lei nº 8.069**, de 11 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, Paraná: 11/07/1990.

BRASIL. Secretaria de Estado da Educação. **Lei nº 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a guarda compartilhada. Diário Oficial da União, Brasília, Paraná: 22/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória nos autos de Ação de Modificação de Guarda que indeferiu o pleito antecipatório pela agravante formulado de modificação de guarda compartilhada da filha do casal para guarda unilateral**. A. I. nº 00224027520148050000, Salvador. Agravante: Roberta Brito Albuquerque. Agravado: Roberio Rodrigues Silva. Relatora: Regina Helena Ramos Reis. Acórdão de 26 de janeiro de 2016. JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348853063/agravo-de-instrumento-ai-224027520148050000/inteiro-teor-348853077?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21 maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação cível interposta contra decisão que, nos autos de Ação de modificação de Guarda de menor c/c Exoneração e/ou Redução de Alimentos em que julgou improcedente o pedido inicial para modificar a guarda das menores.** A. C. nº 10517080080826002. Apelante: H. K. S., C. S. S. e C. S. S.. Apelado: N. C. S.. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. Acórdão de 19 de março de 2015. JusBrasil. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/176672433/apelacao-civel-ac-10647130026683002-mg?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21 maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento interposto em face da decisão que na Ação de Divórcio, revogou a antecipação de tutela antes deferida e fixou a guarda compartilhada da filha do casal durante a tramitação do feito, vez que ainda residem juntos na companhia da filha.** A. I. nº 01242176720138260000. Agravante: José Luiz de Almeida. Agravada: Celisa Maria de Proença Almeida. Relator: Piva Rodrigues. Acórdão de 18 de fevereiro de 2014. JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120594128/agravo-de-instrumento-ai-1242176720138260000-sp-0124217-6720138260000/inteiro-teor-120594138?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21 maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação interposta contra sentença proferida em ação de guarda e responsabilidade em que foi pedida a guarda unilateral e fixada a guarda compartilhada.** A. C. nº 20130111132839. Apelante: F. M. M. e A. A. P. M.. Apelada: M.. Relator: João Egmont. Acórdão de 24 de fevereiro de 2016. JusBrasil. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310267120/apelacao-civel-apc-20130111132839>> Acesso em: 21 maio de 2017.

BRESSAN, V. C. **A guarda compartilhada e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819> Acesso em: 10 mar de 2017.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada.** 2. ed. São Paulo. Método, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada.** 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil.** 3. ed.[S.l.] São Paulo. Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 10. ed.[S.l.] São Paulo. Saraiva, 2013.