



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

VIVELLE OLIVEIRA ODON

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO NOVO MODELO DE
CORRESPONSABILIDADE PARENTAL NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO
DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

**CAMPINA GRANDE
2017**

VIVELLE OLIVEIRA ODON

**A GUARDA COMPARTILHADA COMO NOVO MODELO DE
CORRESPONSABILIDADE PARENTAL NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO
DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite

**CAMPINA GRANDE
2017**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

O26g Odon, Vivelte Oliveira

A guarda compartilhada como novo modelo de corresponsabilidade parental na concretização do princípio do melhor interesse do menor [manuscrito] / Vivelte Oliveira Odon. - 2017.

24 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

"Orientação: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite, Departamento de Direito Público".

1. Guarda compartilhada. 2. Lei nº 13.058/2014. 3. Princípio do melhor interesse do menor. I. Título.

21. ed. CDD 346.015

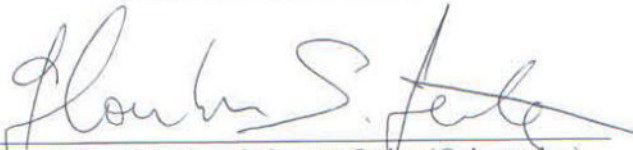
VIVELLE OLIVEIRA ODON

A guarda compartilhada como novo modelo de corresponsabilidade parental na concretização do princípio do melhor interesse do menor


Artigo apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 17/05/2017.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Glauber Salomão Leite (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha família, pela dedicação, companheirismo e amizade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais que se doaram inteiros e inúmeras vezes renunciaram a seus sonhos, para que eu pudesse realizar os meus. A vocês justa e merecidamente, agradeço por mais esta vitória.

Ao meu avô Oliveiros Oliveira (*in memoriam*), embora fisicamente ausente, sentia sua presença ao meu lado, dando-me força.

Aos professores do Curso de Graduação da UEPB que contribuíram ao longo de todo esse tempo, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos funcionários da UEPB, Gilberto Gomes e Yang Medeiros Cardoso, pela presteza e atendimento quando foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“A unidade da família não se confunde com a convivência do casal; é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.”

Fabiola Santos Albuquerque

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	PODER FAMILIAR: A BASE DA RELAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS	08
2.1	CONCEITO.....	09
2.2	O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR.....	09
2.3	SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	10
3	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	11
4	GUARDA.....	13
4.1	MODALIDADES DE GUARDA.....	13
4.1.1	GUARDA ALTERNADA.....	14
4.1.2	GUARDA UNILATERAL.....	14
5	GUARDA COMPARTILHADA.....	15
5.1	A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI N°	15
5.1	11.698/2008.....	
5.2	A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI N°	18
	13.058/2014.....	
6	CONCLUSÃO.....	21
	REFERÊNCIAS	22

A guarda compartilhada como novo modelo de corresponsabilidade parental na concretização do princípio do melhor interesse do menor

Vivelle Oliveira Odon*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar os aspectos mais relevantes do instituto da guarda compartilhada, visto que a legislação acerca do tema foi recentemente alterada no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo da legislação é que o menor tenha um convívio harmonioso e simultâneo com ambos os genitores, visando, portanto, um equilíbrio no pós divórcio. Ela vem para alterar os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do atual Código Civil Brasileiro, estabelecendo o significado da expressão “Guarda Compartilhada” e dispondo sobre sua aplicação. A discussão principal gira em torno da aplicação da guarda compartilhada como regra instituída pela Lei nº 13.058/2014, buscando saber se essa imposição do Estado estará assegurando o melhor interesse do menor e não apenas resolvendo um impasse entre os pais que não conseguem chegar a um acordo para decidir o destino daquele que seria para ambos seu maior bem. Portanto, será feita uma revisão bibliográfica, buscando-se na doutrina, na jurisprudência e em outros artigos científicos os conceitos e alterações da guarda compartilhada. Conclui-se que a guarda compartilhada merece melhor compreensão, sobretudo, tendo em vista o princípio do melhor interesse do menor. O referido instituto apresenta-se também como resultado da evolução do Direito em relação a sua capacidade de atender as novas demandas sociais que tem surgido.

Palavras-Chave: Guarda Compartilhada. Lei nº 13.058/2014. Princípio do melhor interesse do menor.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é o ramo do Direito Civil que trata das relações familiares e das obrigações e direitos decorrentes dessas relações, regulando, assim, as normas de convivência familiar. Nesse sentido, está inserido o poder familiar/parental ou autoridade parental. Do poder familiar surge a ideia de guarda, na qual corresponde ao dever de custódia que os pais possuem em relação aos filhos.

Durante a história do poder familiar, os filhos costumavam ficar sob a guarda e responsabilidade da mãe por considerar que esta possuía maior capacidade de exercê-la, haja vista não trabalhar fora, estando disponível para as tarefas do lar e para os cuidados com os filhos. Por outro lado, o pai exercia o papel do genitor que se dedicava ao trabalho para

*Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: vivelle.oliveira@hotmail.com

manter o sustento da família e que, conseqüentemente, passava menos tempo no lar. Contudo, no decorrer dos anos, houve mudança no âmbito familiar e atualmente o homem e a mulher estão inseridos no mercado de trabalho, não se fazendo presente a desigualdade de antes.

Com a crescente demanda de dissolução do vínculo conjugal, foi instituída a guarda compartilhada mostrando-se uma modalidade de guarda na qual ambos os genitores exercessem-na de forma igualitária, possuindo os mesmos direitos e deveres, buscando assegurar a convivência de forma conjunta com os filhos.

O instituto da guarda compartilhada foi introduzido no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.698/2008. Esta Lei disciplinou a respeito da guarda unilateral e da guarda compartilhada, estabelecendo a aplicação desta sempre que possível.

Embora existisse a previsão legal da guarda compartilhada, esta modalidade ainda era pouco aplicada no cotidiano. Desse modo, com o objetivo de priorizar esse tipo de guarda, foi criada a Lei nº 13.058/2014 que determinou a aplicação do referido instituto após a ruptura da sociedade conjugal, inclusive litigiosamente, mesmo que não houvesse acordo entre os genitores, fazendo com que os pais tivessem seus deveres, direitos e responsabilidades fracionadas de forma equiparadas, buscando, assim, amenizar os efeitos negativos do cenário pós divórcio/separação para o menor.

Em razão de estar se tornando cada vez mais comum a separação conjugal e a eterna disputa pela guarda dos filhos, o estudo do instituto da guarda compartilhada mostrou-se bastante pertinente. Nesse sentido, o grande número de divórcios trouxe à tona a necessidade de uma lei que refletisse as mudanças sociais, econômicas, culturais e até mesmo familiares ocorridas na cotidiano, buscando, assim, o melhor interesse do menor no contexto da dissolução da sociedade conjugal, mediante o novo instituto da guarda compartilhada.

Diante do exposto, indaga-se: a Guarda Compartilhada é a modalidade que efetiva o princípio do melhor interesse do menor após a dissolução da sociedade conjugal?

2 PODER FAMILIAR: A BASE DA RELAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS

A expressão, introduzida pelo Código Civil 2002, substitui o termo “pátrio poder” que, como o próprio nome sugere, ressalta a predominância paterna e a figura do “chefe de família” na condução dos assuntos domésticos e familiares. Somente em 2002 é que esse resquício de uma sociedade patriarcal e, convenhamos, machista, foi eliminado de nossa legislação. Desde então, perante a lei, pai e mãe partilham, em pé de igualdade, a responsabilidade sobre a criação, educação e cuidados com os filhos.

2.1 CONCEITO

O Poder Familiar é considerado como o conjunto de direitos e obrigações conferidos a ambos os genitores, enquanto seus filhos forem menores e/ou incapazes, no que diz respeito a criação e educação e para representá-los e exercer a guarda em favor destes, entre outras atribuições elencadas pelo art. 1.634 do atual Código Civil.

Ademais, o Poder Familiar é visto como poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho, auxiliando, portanto, como exemplo de poder-função ou direito-dever. Nesse sentido, figura como uma responsabilidade dada pelo Estado aos genitores, devendo estes zelar pelos seus filhos, provendo-lhes o necessário para viver dignamente em um ambiente familiar sadio.

Vale lembrar que, além dos deveres do campo material, o Poder Familiar cuida também do campo existencial. Sendo assim, os pais também são responsáveis por satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva.

Para Waldyr Grisard Filho, poder familiar é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou social.

Além disso, o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Podendo decorrer tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva.

2.2 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Conforme dispõe o artigo 1.634 do Código Civil, o exercício do poder familiar inclui, entre outras coisas, dirigir a criação e a educação dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda, conceder ou negar consentimento para casar, representá-los nos atos da vida civil e reclamá-los de quem os estiver detendo ilegalmente. Inclui, também, o dever de sustento dos filhos, segundo estabelece o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, conforme dispõe o artigo 226, §5º da Constituição Federal, o poder familiar cabe a ambos os genitores. Corroborando com tal entendimento, o art. 1.631 do atual Código Civil prevê que tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se

dividem igualmente entre os pais. Sendo assim, durante o casamento e na vigência da união estável, ambos são detentores do poder familiar. E, rompido o vínculo matrimonial ou de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois, independentemente de quem detém a guarda dos filhos.

Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade, competindo a ambos seu pleno exercício. Ainda que o filho esteja sob a guarda de apenas um genitor, é exigida a concordância de ambos. Nesse caso, é necessário o suprimento judicial do consentimento, a suspensão ou a exclusão do poder familiar do outro genitor.

2.3 SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O Estado figura como parte legítima para entrar no seio familiar, a fim de defender o interesse do menor no exercício do poder familiar. Desse modo, possui o direito de fiscalizar o cumprimento de tal encargo, podendo suspender, destituir e até excluir a autoridade parental dos genitores.

Portanto, Estado deve intervir quando um ou ambos os genitores mantém comportamento que possa prejudicar o interesse do filho e deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar. Desse modo, é prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica do menor, mesmo que para isso o Poder Público tenha de afastá-lo do convívio com seus pais.

A suspensão é medida menos gravosa, tanto que se sujeita a revisão. Assim, superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Assim, as causas de suspensão estão elencadas no artigo 1.637 do atual Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Por outro lado, O Código Civil também traz as hipóteses de perda ou destituição do poder familiar. São elas:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I - castigar imoderadamente o filho;
 II - deixar o filho em abandono;
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A destituição deve ser evitada por ser considerada uma pena mais grave que a suspensão, só devendo ser aplicada quando a conduta do pai ou da mãe for de tal magnitude que coloque em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. Como a suspensão, a perda ou destituição do poder familiar é decretada por sentença judicial, é possível se restabelecer o poder anteriormente outorgado, dentro de cinco anos, contados da imposição da penalidade.

Finalmente, o poder familiar extingue-se nas hipóteses enumeradas no artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
 I - pela morte dos pais ou do filho;
 II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
 III - pela maioridade;
 IV - pela adoção;
 V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Nas três primeiras hipóteses, pode-se observar que o poder familiar se extingue por desaparecer a razão do instituto, que é a proteção do filho menor.

O poder familiar é extinto se a morte for de ambos os genitores. Portanto, caso haja um sobrevivente, neste é concentrado o encargo familiar. Se o filho morrer, cessa a autoridade parental, pois se perde o objeto, isto é, a autoridade parental só existe se houver filhos menores. A adoção leva ao desaparecimento do poder familiar dos pais biológicos por transferir ao adotante, uma vez que impõe o corte definitivo com o parentesco original.

Por fim, o inciso V, do artigo 1.635 do Código Civil traz a hipótese de extinção do poder familiar em decorrência de decisão judicial quando ocorrer uma das situações elencadas no artigo 1.638 do mesmo diploma legal, as quais já foram supramencionadas.

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A Carta Magna tem como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana. Um de seus desdobramentos está no seu art. 227, quando menciona a proteção integral da criança e

do adolescente. O Estado, a família e a sociedade são convocados a garantir, com prioridade, em benefício da criança e do adolescente, uma série de direitos fundamentais, dentre os quais merecem respeito o direito à vida, à dignidade e à convivência familiar. Nesse sentido, esse dispositivo prevê, que é dever do Estado, da família e da sociedade que à criança e ao adolescente, seja assegurado, como prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de protegê-las de toda e qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (VERONESE, 1999).

Sendo assim, o princípio do melhor interesse do menor decorre da proteção integral estando presente no art. 227 da Carta Magna conjuntamente com os art. 4º, caput, e 5º, embora já tivesse previsão legal na Convenção de Direitos Humanos da Criança da ONU desde 1959, (SILVA, 2010). Ademais, pode-se observar no artigo 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Esse princípio deve ser entendido como o fundamento primário de todas as ações direcionadas aos menores, levando-se em conta o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, sobrepondo-se até mesmo aos interesses dos pais, buscando, portanto, a proteção integral dos seus direitos. Corroborando tal entendimento, dispõe Eduardo de Oliveira Leite:

Convém, pois, não considerar o interesse do menor como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é confiada ao juiz. É o juiz, a quem compete examinar cada situação de fato, que determina, a partir da consideração de elementos objetivos subjetivos, qual é o “interesse” daquele menor, naquela dada situação fática. (LEITE, 2001, p. 198)

Assim, o Juiz competente deverá basear seu julgamento utilizando-se desse princípio, visando evitar maiores prejuízos ao menor, uma vez que este já se encontra no contexto de ruptura familiar e, conseqüentemente, já vem sofrendo danos emocionais.

4 GUARDA

A guarda figura como direito-dever que os pais possuem perante os filhos, consistindo em proteger, dar segurança e acompanhar o crescimento dos mesmos até que alcancem a maioridade, dando-lhes uma boa formação moral, física e mental.

O instituto da guarda enseja diversas obrigações ao guardião, a exemplo da prestação de assistência material, moral e educacional e confere ao guardião o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais. Assim, a guarda prevista no Código Civil é a regularização de um dos elementos do poder familiar que seria a permanência da criança/adolescente na companhia dos pais. Por outro lado, a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente é um instituto mais amplo, uma vez que o menor pode ser colocado na guarda de pessoa que não seja pai ou mãe, pois estes podem ser fontes de agressão.

Fazendo referência aos institutos legais que disciplinam a guarda no ordenamento jurídico brasileiro dispõe Waldyr Grisard Filho (2014, p. 59):

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, par. 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do Código Civil.

Ademais, conforme se pode observar a guarda está prevista legalmente no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente que delimita o significado deste instituto, qual a sua importância no exercício das funções parentais e na realização da convivência com os filhos.

4.1 MODALIDADES DE GUARDA

O instituto da guarda é exercida de forma conjunta enquanto perdurar a união dos genitores. Se houver a dissolução da sociedade conjugal, e no caso de haver filho, deve ser escolhida uma modalidade de guarda a ser aplicada.

Sendo assim, os genitores devem acordar sobre a guarda a ser utilizada. Em caso de conflito, o caso deve ser levado ao judiciário, a fim de que seja aplicada aquela modalidade de guarda que mais se adeque ao caso concreto. A guarda pode ser: unilateral, alternada ou compartilhada.

4.1.1 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada é aquela em que a criança fica um período, pré-fixado, na casa de um genitor e depois na casa do outro, sendo o exercício da guarda revezado entre os pais. Contudo, essa modalidade de guarda não é adotada em nosso ordenamento jurídico, sendo resultado de construção doutrinária e jurisprudencial, não tendo previsão no Código Civil de 2002.

Nesse tipo de guarda, o filho possui duas residências, permanecendo uma semana com cada um dos pais. Assim, no período em que o filho fica com a mãe, ela é a responsável por ele. Quando está com o pai, acontece o mesmo. Em decorrência disso, a guarda alternada não se apresenta como uma boa opção, pois não priorizaria os interesses da criança já que as vivências são independentes, os pais não dialogam conjuntamente sobre a educação e criação dos filhos, gerando, portanto, rotinas e referências diferentes para as crianças.

4.1.2 GUARDA UNILATERAL

O Código Civil, no art. 1.583, §1º, define guarda unilateral como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

Atualmente, a guarda unilateral será atribuída a um dos genitores somente quando o outro declarar, em juízo, que não deseja a guarda do filho, segundo prevê o art. 1.584 §2º do atual Código Civil. Sendo assim, somente se um dos pais não concorda com a guarda compartilhada, pode o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Ademais, essa modalidade de guarda obriga o não guardião a supervisionar os interesses dos filhos, tendo, portanto, legitimidade para solicitar informações e prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos, nos termos do art. 1.583, §5º do Código Civil.

A guarda unilateral não confere aos genitores o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois aquele que não detém a guarda não possui o laço de paternidade de forma efetiva, recebendo um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Desse modo, essa modalidade de guarda se apresenta como uma barreira à convivência diária e contínua do menor com um dos genitores, podendo configurar um cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família.

Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro estipulou que a guarda unilateral passou a ter caráter excepcional, devendo, portanto, ser aplicada a guarda compartilhada se ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar.

5 GUARDA COMPARTILHADA

Quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, os genitores deixam de exercer, em conjunto, as funções decorrentes do poder familiar. Desse modo, acaba havendo uma redefinição de papéis, resultando em uma divisão dos encargos familiares entre os genitores.

Sendo assim, o legislador buscou privilegiar o instituto da guarda compartilhada no lugar da guarda unilateral, visando assegurar o melhor interesse do menor que sempre leva proveito na convivência de ambos os genitores em sua vida.

A respeito, explica Maria Berenice Dias:

A referência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia continuidade da relação dos filhos com ambos os pais (DIAS, 2013, p. 35).

É sabido que a família não se dissocia e sim transforma-se, uma vez que a separação do vínculo conjugal não pode ser acompanhada da separação do casal parental. Contudo, tal ideia encontrava-se por trás da guarda unilateral, que estabelecia a guarda e a fiscalização como deveres e a visita como um direito, ferindo o direito à convivência, elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, a guarda compartilhada oferece aos pais a oportunidade de serem iguais detentores da autoridade parental para tomar as decisões que afetem os filhos. Essa modalidade de guarda busca manter os vínculos entre os genitores e seus filhos, tentando diminuir os efeitos que a separação ou divórcio causa na prole, procurando assegurar uma maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando rompido o vínculo de conjugalidade.

5.1 A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI Nº 11.698/2008

A Lei nº 6.515/77 chamada de Lei do Divórcio previa, inicialmente, que, em casos de separação judicial consensual, os cônjuges poderiam acordar sobre a guarda dos filhos (art. 9º,

Lei nº 6.515/77). Em casos de separações litigiosas, a culpa influenciaria diretamente na fixação da guarda dos filhos, que ficaria com aquele que não deu causa ao término da relação conjugal. No caso de culpa de ambos os cônjuges, os filhos ficariam com a mãe, “salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos” (art. 10º, §1º, Lei do Divórcio). Ademais, se o juiz verificasse que não deveria ser fixada a guarda nem para o pai nem para a mãe, ele poderia deferir a guarda à pessoa “notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges” (art. 10, §2º, Lei do Divórcio).

Porém, o sistema anterior de guarda foi alterado com o Código Civil de 2002, pois a culpa passou a não influenciar mais na sua fixação, implicando, portanto, na revogação tácita do art. 10 da Lei do Divórcio.

Na redação original do atual Código Civil, o art. 1.583 estabelecia que, no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação ou pelo divórcio consensual, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda de filhos. Portanto, não havendo acordo entre os cônjuges, nos termos da redação original do art. 1.584 do mesmo diploma, a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la, cláusula geral que buscava atender o melhor interesse do menor. Ademais, o parágrafo único do referido artigo previa que a guarda poderia ser atribuída a terceiro, caso o pai ou a mãe não pudesse exercê-la, de preferência respeitada a ordem de parentesco e a relação de afetividade com o menor. Desse modo, a guarda unilateral com regulamentação de visitas figurava como a única opção a ser fixada.

Segundo Flávio Tartuce:

A expressão *melhores condições* constante da redação originária do art. 1.584 do Código Civil de 2002, sempre foi como uma *cláusula geral*. E para preenchê-la a doutrina nacional reiteradamente propunha o atendimento do maior interesse da criança e do adolescente. Nesse contexto, Maria Helena Diniz, com base na doutrina francesa, sempre apontou a existência de três critérios, *três referenciais de continuidade*, que poderiam auxiliar o juiz na determinação da guarda, caso não fosse possível um acordo entre os cônjuges. O primeiro deles seria o *continuum de afetividade*, pois o filho deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo, sempre que isso for possível. O segundo é o *continuum social*, pois a criança ou adolescente deve permanecer onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam. Por fim, cabe destacar o *continuum espacial*, eis que deve ser preservado o espaço do filho, o "envoltório espacial de sua segurança", conforme ensina a professora Titular da PUC/SP. Justamente por esses três critérios é que, geralmente, quem já exercia a guarda unilateral sempre teve maiores chances de mantê-la. Até então a guarda unilateral com regulamentação de visitas era a única opção prevista expressamente em lei.

Em resumo, na definição da guarda do menor, apresenta melhores condições de exercê-la aquele genitor que pode atender as suas necessidades de ordem afetiva, psicológica, social, cultural e econômica, proporcionando-lhe um crescimento sadio e equilibrado.

Em 2008, foi criada a Lei nº 11.698 que regulamentou a guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. A referida lei modificou substancialmente os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil e surgiu como um marco na legislação brasileira, trazendo respaldo legal para a aplicação da guarda compartilhada no caso concreto.

Ademais, a Lei nº 11.698/2008 teve como objetivo principal a continuidade do vínculo afetivo dos genitores com a prole independentemente do vínculo conjugal destes e assegurou que a vida emocional do menor não fosse prejudicada, tanto em seu desenvolvimento psíquico quanto social, e nesse sentido, pode-se citar Waldyr Grisard Filho, “pois, mesmo decomposta, a família continua biparental” (GRISARD FILHO, 2002, p. 167).

Conforme entendimento de Giselle Câmara Groeninga:

Seja como for, a responsabilidade solidária presente no modelo preconizado pela guarda compartilhada fomenta o comportamento altruísta que caracteriza a família. A responsabilidade solidária restitui à família transformada e ao casal parental o reconhecimento de seus recursos de personalidade, sua autonomia e sua capacidade autopoietica – de restabelecimento de equilíbrio após as transformações advindas das separações. (GROENINGA, 2008, p. 180).

A partir da Lei nº 11.698/2008, o art. 1.583 do Código Civil, caput, passou a expressar que a guarda será unilateral ou compartilhada. O §1º do mesmo artigo definiu a guarda unilateral como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e a guarda compartilhada como aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres de ambos genitores que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Assim, o artigo 1.583 passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. [...] (BRASIL, Código Civil, 2002).

Portanto, vislumbra-se que a Lei nº 11.698/2008 teve como função assegurar a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes ampla participação na formação e

educação dos filhos, possibilitando, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar. Logo, compreende-se que não há exclusividade para o pai ou para a mãe nesta modalidade de guarda, pois ambos devem convergir esforços na criação do filho sempre visando o bem-estar do menor.

Cabe também enfatizar que o que a guarda compartilhada busca é contemplar o menor em sua necessidade, podendo contar com a presença do pai e da mãe e assim reivindicar a legítima possibilidade de ambos exercerem igualmente a parentalidade. Com isso o benefício para o menor seria excelente no que diz respeito a carinho, atenção, cumplicidade de seus pais, e o principal que é a vivência quase que diária com ambos, mesmo que morando em casas separadas.

De acordo com os ensinamentos de Grisard Filho:

A Lei 11.698/2008 representa importante mudança de paradigma, mudança impulsionada pela intervenção de várias disciplinas, para acompanhar as transformações sentidas na sociedade e, de consequência, na forma de família. Nessa, a responsabilidade e o afeto em suas relações. A guarda compartilhada, agora expressamente admitida no direito brasileiro, resgata e equilibra o exercício do poder familiar no pós-divórcio, reafirmando a complementaridade das funções paterna e materna na formação da personalidade dos filhos. (GRISARD FILHO, 2014, p. 188).

Ademais, vale ressaltar que, mesmo antes da criação da referida lei, a doutrina e a jurisprudência já vinha fazendo referência sobre a inexistência de restrição legal do encargo da guarda do menor a ambos os pais, depois da extinção da vida conjugal, sob a forma de guarda compartilhada. Entretanto, embora a guarda compartilhada pudesse ser aplicada antes da Lei nº 11.698/2008, era vista como uma exceção e a guarda unilateral que priorizava geralmente a mãe, era a regra. Devido ao fato de que a guarda compartilhada não era admitida expressamente na legislação civil, a sua aplicação era restrita ao acordo entre os pais e raramente era aplicada por determinação judicial. Contudo, somente após criação da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada passou a ter maior efetividade na legislação brasileira e nos casos concretos, haja vista ter sido estabelecida como regra no nosso ordenamento pátrio.

5.2 A GUARDA COMPARTILHADA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.058/2014

Em 2014 foi publicada a Lei nº 13.058, alterando novamente os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. A referida lei passou a estabelecer a aplicação da guarda compartilhada sempre que não houver acordo entre os

genitores, salvo nos casos em que um dos genitores declare que não deseja a guarda do filho.

Sendo assim, depreende-se que o legislador não utilizou o termo “poderá ser aplicada” e, sim, “será aplicada”, o que permite concluir que a lei deu primazia à guarda compartilhada mesmo quando não houver acordo entre os pais. A expressão do texto legal anterior a Lei nº 13.058/2014 não demonstrava a aplicabilidade da guarda compartilhada, como regra, mas sim como uma adoção facultativa.

A intenção desta obrigatoriedade é que os deveres e direitos sejam realizados de forma conjunta entre os genitores que não vivem sob o mesmo teto, considerando que a convivência ininterrupta do menor com seu pai e sua mãe é fundamental para o seu desenvolvimento.

Isso não quer dizer que com a aplicação da guarda compartilhada, a criança e ou adolescente será compartilhado, o que irá se compartilhar é a possibilidade de ambos os genitores participarem nos momentos de decisão sobre a vida do filho.

A Lei nº 13.058/2014, ao mencionar a igualdade no exercício dos deveres de pai e de mãe, reconhecendo assim suas diferenças e complementaridade, atende ao direito à convivência que propicia o desenvolvimento saudável da personalidade do menor. Ademais, o instituto prima, dos direitos da personalidade não só dos filhos, como também dos pais, na liberdade em exercer a parentalidade – um recurso e direito da personalidade decorrente do estado de genitor(a).

Em abril de 2015, a Oitava Câmara Cível do TJRS, deferiu em Agravo de Instrumento, a Guarda Compartilhada de uma criança a ambos os genitores que, apesar de não chegarem ao comum acordo de quem ficaria com a guarda, constatou-se que os dois apresentaram condições para exercê-la.

TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70063573299 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 28/04/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. (Agravo de Instrumento Nº 70063573299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).

A Ementa expressa o sentimento que os pais devem ter em mente, ressaltando o dever de cuidar, educar e criar o menor, e havendo uma convivência tranquila, a opção pela guarda compartilhada será de extrema valia.

Sendo assim, Rosa (2015, p. 82) desde a vigência da Lei nº 11.698/2008, já defendia que a família brasileira já estaria apta para esta nova forma de arranjo parental. Tratando-se, portanto, de uma grande chance dos filhos terem garantido o direito de se relacionarem com ambos os genitores de forma igualitária.

Portanto, o primeiro ponto positivo a ser destacado é o tempo de convivência que cada genitor irá ter com seu filho, estabelecendo detalhes de horários e rotinas diárias, o que talvez anteriormente não seria possível com o direito à visitação. Ademais, nesse tipo de guarda exige uma necessidade de maior cumplicidade e diálogo entre os pais, mesmo que a relação conjugal de marido e mulher tenha chegado ao fim, terão que decidir muitas coisas juntos no que diz respeito à criação e educação do menor. Conforme aduz Rosa (2015):

O que se propõe pela guarda compartilhada é manter uma convivência entre pais e filhos muito mais frequente e contributiva. [...] Relevante é que os pais se façam presentes na vida dos filhos, interagindo com eles e ensinando-lhes, por suas atitudes, como se deve, ou não, instituir a própria identidade.

Ademais, para Rosa (2015, p. 65), no aspecto psicológico para a formação do menor, é muito melhor que ele conviva diariamente com ambos os genitores, mesmo que em condições não tão ideais, do que a realidade de um de seus pais simplesmente sumir do seu convívio diário, aparecendo somente em visitas esporádicas.

O segundo aspecto positivo trazido pela Lei nº 13.058/2014 é o compromisso maior e explícito dos pais em ceder mais facilmente o acesso ao filho por parte do outro genitor, cada vez que a criança necessitar do carinho do pai ou da mãe, ou seja, no entendimento de Rosa (2015, p. 67) “a guarda compartilhada supõe um compromisso explícito dos pais em franquear o acesso do filho ao genitor, cada vez que a criança se mostrar predisposta ao conforto afetivo materno ou paterno”.

O terceiro aspecto positivo que ROSA (2015, p. 51) salienta é que com a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 da nova codificação civil, ao escapar da guarda unilateral como regra, é dar fim com a adoção desse modelo como via única e possível.

Por fim, a mensagem que a lei passa, dando primazia à guarda compartilhada, é que a responsabilidade deve ser compartilhada e as decisões acerca do menor devem ser tomadas em conjunto. E, quando se verificar a impossibilidade de comunicação e entendimento

necessário ao exercício da parentalidade, a guarda única continua como um recurso possível, agora exceção e não mais regra.

6 CONCLUSÃO

O instituto da guarda compartilhada sempre foi considerado um tema delicado pertencente ao Direito de Família, uma vez que se faz presente a tutela do Estado no seio familiar das partes, invadindo sua privacidade e intimidade.

Nesse sentido, a Lei nº 11.698/2008, que alterou o Código Civil, inaugura a guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico e traz a possibilidade de sua aplicação nos casos que demonstrassem favoráveis sua efetividade.

Com o intuito de estimular ainda mais tal modalidade de guarda, a Lei nº 13.058/2014 que também alterou o Código Civil, regulamentou o tema priorizando a aplicação da guarda compartilhada mesmo quando os genitores não acordarem sobre o tema, excetuando somente quando um genitor, expressamente, declarar que não deseja exercer a guarda do menor.

Nesse sentido, a fim de aproximar ao máximo o convívio paternal e maternal com o filho, o ordenamento jurídico brasileiro buscou priorizar a guarda compartilhada em detrimento da unilateral, visando o melhor interesse do menor que leva proveito com a continuidade do convívio com ambos os pais, propiciando o desenvolvimento psicoemocional da criança e do adolescente.

Desse modo, após a realização desta pesquisa, restou claro que a aplicação da Lei nº 13.058/2014 teve como principal objetivo estreitar cada vez mais o relacionamento entre genitores e seus filhos, mesmo após o rompimento do vínculo conjugal, buscando criar um cenário em que os genitores possam decidir de forma harmônica sobre a vida do filho.

Diante disso, pode-se observar que a guarda compartilhada foi introduzida na legislação civil brasileira a fim de recepcionar os princípios de igualdade e de proteção ao menor, previstos na Carta Magna, nas relações paternais e filiais após a dissolução do vínculo conjugal.

Assim, embora a ação judicial seja proposta por um genitor contra o outro, visando o estabelecimento da guarda unilateral, cabe ao Poder Judiciário, sempre que vislumbrar viável, explicar os genitores sobre as vantagens da guarda compartilhada, evitando reforçar a postura dissociativa que costuma estar presente nas demandas na área do direito de família.

Portanto, nas hipóteses em que os pais conseguem, mesmo após a dissolução do vínculo conjugal, dar continuidade aos cuidados que os filhos exigem sem que os sentimentos

personais interfiram na relação, o exercício da guarda compartilhada deve ser incentivado. As divergências e as diferenças, existentes na relação entre os genitores, não devem, no entanto, ser obstáculos a afastar, de plano, a aplicação da guarda compartilhada.

Sendo assim, vislumbra-se que a principal vantagem desse modelo de guarda consiste no fato de evitar a desresponsabilização do genitor que não permanece com a guarda, além de assegurar a continuidade da relação de cuidados por ambos os genitores, garantindo, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação dos filhos, o que a simples visitação não dá espaço.

The shared guard as a new model of parental co-responsibility in the concretization of the principle of the best interest of the minor

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the most relevant aspects of the shared custody institute, since legislation on the subject has recently been amended in the Brazilian legal system. The aim of the legislation is for the minor to have a harmonious and simultaneous relationship with both parents, objectifying, therefore, a balance in the post-divorce. It comes to amend articles 1583, 1584, 1585 and 1634 of the current Brazilian Civil Code, establishing the meaning of the expression "Shared Guard" and providing its application. The main discussion revolves around the application of shared custody as a rule established by Law 13.058/2014, seeking to know if this imposition of the State will be ensuring the best interest of the minor and not only resolving an impasse between the parents who can not reach an agreement to decide the fate of the one who would be for both their greatest good. Thus, a bibliographic review will be done, seeking in doctrine, jurisprudence and other scientific articles the concepts and changes of shared custody. It is concluded that shared custody deserves better understanding, especially in view of the principle of the best interest of the minor. The referred institute is also a result of the evolution of the Law in relation to its capacity to meet the new social demands that have arisen.

Keywords: Shared Guard. Law 13.058/2014. Principle of the best interest of the minor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 10ª ed, rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Marcos Cezar de. *História Social da Infância no Brasil*. Disponível em: <www.bidvb.com:2300/+.../História%20social%20da%20Infância%20no>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FRIGATO, Elisa. *Poder familiar – conceito, características, conteúdo causas de extinção e suspensão*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceitocaracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>>. Acesso em 04 fev. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7 ed. rev e atual. Saraiva: São Paulo, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. “Guarda Compartilhada – Responsabilidade Solidária”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentário à Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 - Dita, nova Lei da Guarda Compartilhada*. Revista de Direito de Família e Sucessões. vol. 3. Ano 2. p. 77-94. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente. Uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. 1 ed. Saraiva, 2015.

SANCHES, Helen Crystine Corrê; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 95.

SILVA, Jana Maria Brito. GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. *A guarda compartilhada como exercício pleno do poder familiar na concretização do melhor interesse da criança*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4afd521d77158e02>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

SILVA, Roberto. *A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/12/Livro_cap.%2010](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/12/Livro_cap.%2010>p.297 e 298)>p.297 e 298>. Acesso em: 05 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. *A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I*. Migalhas [on-line]. Publicado em 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente*. LTR: São Paulo, 1999.