

ASPECTOS PROCESSUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Thaís Tápias de Sales Albuquerque (Rede Doctum) thaistapias@hotmail.com
Pós graduanda em Direito Processual Civil, Trabalho e Penal.
Prof. Dr. Paulo César de Carvalho
(Orientador) pccarvalho@uol.com.br

RESUMO

O artigo busca responder a seguinte indagação: “Há efetividade na aplicabilidade da Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro? Para que tal objetivo fosse atingido foi utilizado referências teóricas atualizadas e a jurisprudência recente, conceituado o Poder Familiar e sua evolução no Direito Brasileiro, até porque vem surgindo, nas últimas décadas, novas famílias, tanto nas suas características sociais como no seu tratamento jurídico. Abordando suas possibilidades jurídicas e práticas nas ações de divórcio, relacionando com as alterações trazidas pela Lei n. 11.698/08, que alterou os arts. 1583 e 1584 do Código Civil. Além disso, destacar que diante da realidade social não basta à vontade de compartilhar a criação de uma criança de forma proporcional, mas sim de uma situação econômica que possibilite e viabilize o seu exercício, para então atingir o elemento fundamental disso tudo que é a realização do que for melhor para o interesse do menor.

Palavras chave: Poder Familiar. Guarda Compartilhada. Sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Vantagens e desvantagens. Interesse do menor.

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar os aspectos processuais da Guarda Compartilhada no Brasil, diante de uma dissolução conjugal, apontando a melhor opção para a prole diante de seus interesses, já que este predomina sobre os interesses dos pais, mas tal decisão é complicada mediante uma situação em que as crianças terão que mudar seus hábitos.

A vida moderna exige certas mudanças no comportamento da sociedade sobre todos os aspectos inclusive no âmbito familiar. Hoje a estrutura familiar é outra e deve acompanhar as novas exigências do século vigente. E é a lei que disciplina o convívio entre as pessoas inclusive nas relações entre pais e filhos, criando obrigações recíprocas. Com o desenvolvimento da sociedade, os legisladores ficam obrigados a se adequarem para atenderem a todos os indivíduos diante dos novos costumes.

Não obstante a discussão a respeito da guarda conjunta não ser incluída expressamente como modalidade de guarda no Código Civil Brasileiro de 2002, esta modalidade e guarda passa a ser regulamentada legalmente, com instituição da lei nº 11.698, de 13 de julho de 2008 sancionada pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Destarte, na modalidade de guarda compartilhada, os pais devem tomar decisões conjuntas sobre a criação e educação de seus filhos e sem limitações a visitas, não podendo restar entre os separados nenhum tipo de conflito de relacionamento.

A continuidade do convívio da criança com ambos os pais pode ser uma opção indispensável para seu desenvolvimento emocional de forma saudável, quando analisados seus requisitos caso a caso, tendo em vista, que possui pontos favoráveis e desfavoráveis no que diz respeito a sua utilização, podendo em alguns casos, se for aplicada sem a observância desses certos requisitos, prejudicar os menores envolvidos. Por isso, deve o juiz analisar com cautela cada caso antes de conceder a guarda.

A Lei 11.698/2008 vem com intenções de melhorar e regulamentar o que já vinha sendo uma tendência, buscando maior influência mútua do pai e da mãe no desenvolvimento físico e intelectual da criança.

A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no direito de família, pois visa diretamente o futuro do menor. A guarda única ou exclusiva, aquela conferida a um só dos genitores, passou a ser insuficiente para atender as necessidades e interesses dos pais e principalmente dos filhos.

Nesse sentido o objetivo principal do presente trabalho é abordar o tema de maneira simples e objetiva, focando os pontos mais importantes e controversos, demonstrando os aspectos processuais para sua aplicação, que em muitos casos o interesse do menor predomina sobre o interesse egoístico dos pais, apresentando em certas situações com a mais adequada solução para os filhos e em outras como a mais desastrosa.

2 – PODER FAMILIAR

O poder familiar constitui a totalidade dos deveres e direitos dos genitores, em referência aos filhos menores e seu patrimônio. Está regulamentado nos artigos 1630 a 1638 do Código Civil de 2002.

No direito moderno poder familiar, significa: “Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º da Constituição” (PEREIRA, 2001, p.252).

O poder familiar é exercido em igualdades de condições tanto pelo pai como pela mãe, não havendo a exclusividade paterna como antigamente, exceto quando houver a falta ou impedimento de um dos genitores.

O poder familiar envolve a guarda, a representação de atos civis e a administração dos bens. Sendo a guarda o elemento fundamental do poder familiar, eis que demonstra o seu exercício real.

3 - GUARDA DE FILHOS

3.1 CONCEITO

A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no direito de família, pois visa diretamente o futuro do menor. Em nossa atualidade, a relação entre homens e mulheres tem sido na maioria das vezes conturbadas. Não se tolera mais a continuação de um relacionamento desgastado e infausto.

Acontece que desfazendo esses elos, surge a presente indagação: Quem ficará com os filhos?

Temos o conhecimento, que diante de uma separação, decidir com quem ficará os filhos é uma questão de grande complexidade, uma vez que efeitos prejudiciais à criação e formação dos menores sempre advêm. Devido, a esta preocupação os envolvidos numa dissolução conjugal, deve ter em consciência que sua decisão deve ser a melhor para o filho.

Nesta diapasão, Waldyr Grissard Filho conceitua guarda dos filhos:

(...) é locução indicativa, seja de 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 a proteção que é devida aos filhos pelos pais.¹

Nos termos do art. 33 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda essencialmente busca a educação e assistência moral do menor para se desenvolver de maneira saudável.

A guarda decorre do poder familiar, autorizando ao detentor da mesma agir contra todos que interferirem para a formação deste.

São direitos dos genitores decorrentes da guarda dos filhos:

¹GRISSARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

- I. Impedir que ele se afaste do lar;
- II. Acionar as pessoas que o detenham indevidamente, conforme artigo 33 do Estatuto da criança e do Adolescente;
- III. Conduzir os melhores meios para sua educação e orientar quanto as crenças religiosas;
- IV. Autorizar a celebração de contrato de trabalho, na forma da legislação específica;
- V. O casamento e o direito de se estabelecer;
- VI. Representá-lo e fora dele, enquanto absolutamente incapaz;
- VII. Assisti-lo após os dezesseis anos até a maioridade;
- VIII. Dar-lhe ofício ou profissão, sem embargo da obrigação de educá-lo convenientemente;
- IX. Proteger-lhe o nome e a integridade social.

Contudo, a preocupação maior dos envolvidos na dissolução de um relacionamento, independentemente de quem esteja com a criança, deve ser uma decisão que visa acima de tudo o melhor para a criança, pois, o que prevalece é o **interesse do menor**.

3.2 PRINCÍPIOS LEGAIS

As regras que baseiam as normas jurídicas sobre a guarda de filhos no direito brasileiro revelam-se incensuráveis, porque se encontram compenetradas do princípio fundamental, tendente a preponderar no direito moderno, que se impõem, de forma dominante, os **interesses dos menores**, abrangidos por uma situação litigiosa, subsistindo em segundo plano os interesses dos genitores.

A melhor doutrina brasileira, não deixa em abstrato o que importa numa dada decisão sobre a guarda de menores, lecionando assim Caio Mário da Silva Pereira: “O que lhe serve de inspiração é o interesse dos filhos, sobre quaisquer outras ponderações de natureza pessoal ou sentimental dos pais” (PEREIRA, 2001, p.189). O doutrinador Silvio Rodrigues destaca: “[...] a regra que o inspira, confirme se verá, é uma só, a saber: em todos os litígios em que se disputa a guarda dos filhos, o

jugador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores” (RODRIGUES, 1983, p.255-256).

Na mesma diapasão preconiza o autor Washington de Barros Monteiro:

O critério a orientar o juiz, em semelhantes conjunturas, será o do interesse ou conveniência do menor, interesse ou conveniência que há de preponderar sobre os direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais. O que se terá em vista é a paternidade responsável, prevista no art.227 da nova Constituição.²

A filiação, a partir da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), passou a ser um direito próprio, conforme dispõe o art. 19 desta lei:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.³

Observada a condição de o filho ser encaminhado a uma família substituta, diante da impossibilidade de permanência na família natural, a guarda é uma modalidade que se encontra protegida pela lei 8.069 de 13 de julho de 1990, dispondo o art. 28: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”. (BRASIL, 1990, p. 470, grifo nosso).

No mesmo sentido, com referência a guarda dispõe os artigos 33 a 35 da referida lei (BRASIL, 1990, p. 470, 471):

Art. 33. 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.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

²MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v.2. p. 226.

³BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. In: **Código civil e legislação em vigor**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 468.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

No entanto, vigora na guarda o princípio do melhor interesse do menor, que poderá prevalecer, inclusive, sobre os interesses dos seus próprios pais, conforme a conclusão judicial extraída a partir do caso concreto.

Outro princípio que atua no direito brasileiro, que denota ou conota a preocupação máxima pelo bem estar do menor, refere-se à possibilidade de modificação, a qualquer momento, de deliberação sentencial em torno da guarda de menores, desde que apareçam fatos novos indicativos de que não mais deva aquele permanecer sob a guarda da pessoa com quem está.

Toda criança e adolescente possuem o direito à companhia dos pais e toda proteção que os menores devem dispensar, cumprindo, integralmente, as exigências e peculiaridades que o papel de guardião exige.

Cabe a guarda aos dois genitores, sem preferência, com exceção de lares diferentes, se os menores tiverem. No caso em questão a guarda pode ser exercida por apenas um deles, de preferência o que melhores condições oferecem, pois o interesse a ser resguardado é o do menor.

O interesse dos pais não pode prejudicar o do filho menor, uma vez que a lei protege o filho e não a comodidade dos pais. Os interesses morais e materiais dos filhos é que deve decidir a guarda.

A interferência do juiz, quando necessária, em regra geral deverá dispor sobre a modalidade de guarda que for mais adequada ao interesse do menor.

Na Lei 10.046 de 2002, o artigo 1.586 trata da interposição do juiz no estabelecimento da guarda dos filhos resultante da dissolução da sociedade conjugal, dispondo da seguinte maneira: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes à situação deles para com os pais” (BRASIL, 2002, p. 288).

Podemos assim, verificar que a norma contida no referido artigo pode ser considerada a regra das regras, podendo, desfazer as demais, entregando à discricção do magistrado a palavra última. Nada mais correto.

Os princípios acima mencionados serão aplicados nas ações de separação judicial e também nas dissoluções de sociedade de fato, pelo fato de que ambas possuem relação com o poder familiar, não importando se há ou não vínculo conjugal.

3.3 - MODALIDADES DA GUARDA DE FILHOS

A hora da separação de um casal é sempre muito difícil, pior ainda quando pai e mãe disputam pela guarda dos filhos. Desde a aprovação do divórcio no Brasil em 1977, a esmagadora maioria das separações manteve a guarda das crianças com as mães.

Em caso de extinção da sociedade conjugal, a guarda dos filhos pode subsistir em favor de um ou de ambos os cônjuges após o trânsito em julgado da sentença proferida nos autos da separação ou divórcio.

No Brasil predomina o tipo de **guarda única**, ou seja, guarda exclusiva ou unilateral de um só dos progenitores, o qual detém a guarda do filho, possuindo assim uma proximidade diária e a **guarda jurídica**, que é de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor.

A guarda unilateral enseja o dever de vigilância a ser observado pelo guardião. No entanto, se o menor estiver sob os cuidados do outro cônjuge em virtude do exercício do direito de visitar, haverá a exclusão da responsabilidade do guardião, sujeitando-se o visitante aos efeitos jurídicos do dano porventura sofrido pelo visitado.

Embora a lei não crie mais privilégio materno no que tange à guarda de filho menor, e sim atribuindo a quem possuir melhores condições para exercê-la, a guarda unilateral é geralmente concedida à mãe, com base na ideia tradicional de que a mãe cuidará melhor do que o pai.

As disposições acerca da guarda são aplicáveis tanto para o menor como para o maior incapaz, levando-se em consideração se tal capacidade é ampla ou não.

Outro tipo de guarda é a **compartilhada**, onde se mantém a guarda a ambos os genitores por força da sentença judicial de separação ou divórcio, ocorrendo assim a continuidade do poder familiar, ou seja, embora separados terão a guarda do mesmo filho.

A guarda compartilhada pode ser exercida de forma concomitante, ou seja, o menor pode morar com um dos pais, porém estar sob a guarda de ambos, já que a guarda não se confunde necessariamente com a ideia presença física; e pode ser também de forma **alternada**, quando há o rodízio entre os progenitores, cada qual devendo arcar com os deveres inerentes à guarda tão somente durante o período para o qual forem encarregados.

Tanto na guarda unilateral, como na conjunta, comum ou alternada, o guardião possui perante a criança ou adolescente os mesmos deveres que o genitor dele, devendo responsabiliza-se pela formação cultural, educacional e religiosa do

incapaz, assegurando-lhe meios compatíveis para o desenvolvimento de seus direitos biopsíquicos.

Há certos especialistas, que dizem que a chamada “guarda alternada” traz malefícios na formação da prole ante a supressão de referências básicas (moradia, hábitos alimentares, escola, etc.), arriscando sua estabilidade física e emocional.

Existe ainda a chamada **guarda dividida** que se caracteriza quando o menor vive no lar do genitor que detém a guarda física e legal, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o chamado “sistema de visitas”, que tem efeito de aniquilar o relacionamento entre os pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até o desaparecimento por completo.

Há ainda a **guarda com fins específicos**, que será obtida para a percepção de benefícios previdenciários ou de plano de saúde.

Não há uma previsão legal para essa modalidade de guarda, mas pode haver sua aplicabilidade, uma vez que a lei concede a guarda ampla, demonstrando assim que é possível a guarda para a prática de determinados atos em defesa dos interesses extrapatrimoniais e patrimoniais do incapaz.

Há ainda modalidade de guarda extraordinária, denominada **Aninhamento ou Nidação**, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem os filhos em períodos alternados de tempo.

A guarda pode ser **originária**, quando decorre da proteção ao recém nascido, quer pelos genitores ou por terceiros e **derivada** quando uma pessoa obtém de forma superveniente, mesmo que o genitor não tenha sido despojado a título provisório ou definitivo do poder familiar.

Já a guarda **definitiva** é aquela que se obtém por força de uma sentença judicial transitada em julgado.

Com as mudanças cada vez mais aceleradas na estrutura familiar, procura-se novas modalidades de guarda capazes de assegurar aos pais sua repartição equitativa da autoridade parental, pois os efeitos resultantes de uma dissolução conjugal sempre interferiram no desenvolvimento dos menores.

Diante desta situação, deve se optar pela modalidade de guarda que melhor atende ao interesse do menor, pois amenizará os efeitos desastrosos da dissolução da união de um casal.

4 - GUARDA COMPARTILHADA

4.1 - CONCEITO

A expressão guarda compartilhada ou guarda conjunta, em inglês, “joint custody”, consiste na situação jurídica, onde ambos os pais, em casos, de dissolução da sociedade conjugal, conservam o direito a guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse.

A guarda compartilhada consiste na responsabilidade tanto do pai como da mãe sobre as atividades diárias do filho, que passa a ter duas casas, sendo que esse filho permanecerá um tempo na casa de um e na sequência na casa do outro, isso tudo a ser determinado de forma consensual pelo casal.

Destarte, a guarda compartilhada deve ser analisada caso a caso, respeitando assim suas peculiaridades. Os filhos devem ser ouvidos sobre a situação e devem estar dispostos a enfrentar as novas mudanças que o sistema acarretar.

Desta forma, a guarda conjunta não deve ser um modelo a ser manejado como solução para todos os casos, pois, nem sempre o interesse que for conveniente para os pais será de interesse do menor, aspecto este preponderante em qualquer separação.

4.2– ORIGEM E EVOLUÇÃO

A guarda conjunta é uma criação inglesa, sendo da década de 60 a primeira decisão sobre a mesma, partindo-se daí a França e ao Canadá, e posteriormente para toda América do Norte, que acolheu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Na década de 70, nos Estados Unidos, a definição de Guarda Conjunta foi minuciosamente estudada como espécie de guarda, onde ambos os genitores participam de forma eficaz na vida de seus filhos.

A primeira lei sobre a guarda compartilhada foi aprovada em Indiana, em 1973, que a partir deste momento foi difundida por todos os 50 estados americanos.

No Brasil, com a atenção decisiva do movimento feminista, ligada às circunstâncias socioculturais, resultou em profundas mudanças no Direito de Família, inclusive, quando à regulamentação do regime de guarda dos filhos, ocorridas a partir da década de 60, com o surgimento da Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962 que previa sobre a situação jurídica da mulher casada.

Em países como a França, Inglaterra, Suécia e Japão a guarda compartilhada é uma realidade, bem como nos Estados Unidos, estados estes que optaram pelo regime. Já no Brasil, não existe previsão legal, ou seja, o Código Civil não descreve como modalidade, no entanto, não proíbe a prática que pode ser acordada pelo casal ou por uma decisão judicial.

Não há qualquer restrição legal à atribuição da guarda compartilhada aos guarda compartilhada aos genitores, depois da ruptura da vida conjugal, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 1º “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” [...] indicando que é “dever da família, da continuidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos expressamente mencionados, os referentes à “convivência familiar” [...], demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio das crianças com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento (BRASIL, 1990, p. 465, 466).

4.3 - A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

4.3.1. - A Possibilidade de sua Aplicação Anterior a Lei 11.698/08

A guarda de filhos pode era aplicada no direito brasileiro, conforme o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n.º. 4.657/42 no artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso **de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito**” e no art. 5º: “**Na aplicação da Lei, o juiz entenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**” (BRASIL, 1942, p159, grifo nosso)

Estava prevista também na Lei de Divórcio (6.515/77), na Seção II, que se refere à proteção da pessoa dos filhos; no Estatuto da Criança e do adolescente, “caput” de seu artigo 4º, que contém o mesmo entendimento do “caput” do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, observe: No Código Civil está disposto em seu artigo 1.566: “ São deveres de ambos os cônjuges: (...); IV – sustento, guarda e educação dos filhos” (BRASIL, 2002, p. 151).

O código de Processo Civil em seu artigo 1.121, “caput”, inciso II, dispõe o procedimento a ser seguido nos casos de dissolução da sociedade conjugal: “ A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá [...]; II – o acordo relativo à guarda de filhos menores [...]” (BRASIL, 1973,p. 569).

Portanto, mesmo quando não havia nenhum dispositivo específico sobre o tema, à legislação brasileira na proibia a opção por esta modalidade de guarda, muito pelo contrario ela previa as possibilidades jurídicas para sua regulamentação quando comprovada nos autos sua conveniência em certos casos quando submetidos a julgamento, com intuito de não interferir o interesse do menor, bem maior tutelado pela legislação brasileira.

4.4 - ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.698/2008

No ordenamento jurídico brasileiro não existia uma lei que tratasse especificamente da guarda compartilhada, quando em 2008, diante da necessidade de regulamentação foi promulgada a lei 11.698 de 13 de junho de 2008, alterando os arts. 1583 e 1584 do Código Civil.

Dentre as alterações, cumpre frisar que as novas redações dos artigos não fazem referência, no tocante à guarda dos filhos, apenas nos casos de divórcio e separação do vínculo conjugal, mas em qualquer situação que os pais não vivam sob o mesmo teto, como nos mostra o art. 1583, caput e § 1º, que definem as modalidades de guarda:

“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.”

Nos termos do art. 1584, I e II a guarda unilateral ou compartilhada pode se requerida pelos pais quando houver um consenso, ou será decretada pelo juiz observando as necessidades específicas do filho.

Anteriormente a edição desta lei, nos casos de dissolução da sociedade conjugal, a regra era a aplicação da guarda unilateral, bem diferente da atual redação do art. 1584, § 2º, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Neste mesmo passo, deve o juiz explicar na audiência de conciliação, para os genitores, o significado da guarda compartilhada, reforçando assim, a ideia de sua aplicação.

Cumpre ressaltar, que se o juiz verificar que não é aconselhável aplicar a guarda compartilhada, de qualquer forma será obrigado a concedê-la à apenas um dos pais, ou seja, àquele que revele melhores condições para exercê-la, de acordo com o que provavelmente será melhor para o filho.

4.5 - AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Cabe destacar que, a guarda compartilhada possui pontos favoráveis e desfavoráveis, de acordo à sua aplicabilidade, pois em certos casos sacrificará a prole e beneficiará os genitores, em outros favorecerá estes e prejudicará aqueles.

4.5.1 - PONTOS FAVORÁVEIS EM RELAÇÃO AOS GENITORES:

- ✓ Os custos para a manutenção dos filhos serão divididos equitativamente, não gerando uma sobrecarga para apenas um genitor;
- ✓ Os conflitos entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros diminuem, pois deverão atender ao que é necessário para a subsistência da prole, colaborando reciprocamente;
- ✓ Os sentimentos de culpa, pela falta de atenção, descortesia para com os filhos e frustração pelo fracasso da união são diminuídos, não sentindo os genitores arruinados diante dos acontecimentos cujo resultado foi pior do que se esperava;
- ✓ A reorganização da vida profissional, pessoal, social e psicológica dos genitores arruinados diante de acontecimentos cujo resultado foi pior do que se esperava;
- ✓ O nível de contentamento pessoal é superior;
- ✓ O contato entre os membros da família é facilitado, evitando que os genitores fiquem sujeitos às artimanhas por parte da prole;
- ✓ Confere aos pais, do ponto de vista jurídico, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que se correlacionam à vida dos filhos;
- ✓ Garantem aos filhos a vinculação aos laços afetivos com ambos os pais, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

4.5.2 - PONTOS FAVORÁVEIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS

- Os filhos ficam menos expostos a discussões, brigas e dentre todas as outras discórdias vivenciadas por alguns ex-cônjuges;
- Serão asseguradas as crianças e adolescentes o direito de ter ambos os genitores continuamente em suas vidas;
- A aflição vivenciada pelas crianças que sofrem a perda de um dos pais, em virtude da dissolução a sociedade conjugal, em decorrência da guarda exclusiva é afastada, diminuindo assim o sofrimento dos filhos;
- A relação entre família, que é a base de uma sociedade, torna-se muito mais fácil, em decorrência da união entre pais e filhos;
- Os problemas emocionais e materiais dos filhos são exercidos com mais responsabilidades por parte dos genitores, uma vez que a obrigação não é bipartida para pais em pontos diferentes;
- Com a união de pais e filhos, as participações dos pais na vida dos filhos são mais intensas, visto que presenciam todos os seus atos;
- As crianças deixam de ser o objeto de ataque de ex-companheiro ou ex-cônjuges, como acontece em várias separações, que a criança é utilizada como meio de levar e trazer informações, serem retidas para afetar o não guardião, dentre vários outros aspectos;
- Os sentimentos de rejeição são amenizados, visto que ambos os genitores estarão presentemente na vida deles, participando de forma igual e direta;
- Para uma socialização e sua identificação aos papéis exercidos entre a figura materna e paterna, é de fundamental importância para o desenvolvimento da prole, quando afastadas de conflitos resultantes da discórdia entre o casal;
- Quando se verifica a união dos genitores, que buscam a melhor forma de cuidar e a proteção dos seus interesses, a autoestima dos filhos é perceptível;

4.5.3 - PONTOS DESFAVORÁVEIS

São eles :

- O revezamento semanal do ambiente familiar é prejudicial a consolidação dos hábitos, valores, padrões e ideias na mente do menor;
- Pode gerar problemas na formação da personalidade do menor, devido a duplicidade de ambientes, de autoridade, dentre outros fatores;
- Os menores passam por constantes desentendimentos, de nefasta influência dos pais, que assistem a disputa destes, sem nada entender;
- O fato de ter que compartilhar a guarda com ambos os genitores, gera uma despesa maior, visto que terão que possuir duas moradias apropriadas com as necessidades dos filhos;
- Os grupos familiares de ambos os genitores vêm-se obrigados a permanecer no mesmo bairro, cidade ou Estado;
- Quando a criança ganha intimidade com o seu espaço, vê-se obrigada a mudar, rompendo assim seus laços com o este local íntimo adquirido por um determinado período, fato este que a deixa conturbada;
- Uma vez decidido o litígio, os filhos devem permanecer com o genitor que melhor possua condições para criá-los, pois isto é embasado em orientações educacionais, assistenciais uniformes e estáveis;
- A duplicidade de autoridade sobre os filhos é prejudicial, pois, vai chegar a hora que os mesmos escolherão pelo genitor que realiza suas vontades, em detrimento daquele que lhes impõe a educação familiar e os limites naturais para o convívio em sociedade.

Vale mencionar, que sempre haverá divergências, mas a corrente majoritária (literatura e jurisprudência), afirmam que a guarda conjunta é maléfica ao bem estar psicoemocional das crianças, devendo assim ser evitada.

Dentre os inúmeros encontrados trazemos, especificamente, à colação os seguintes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE GUARDA DE FILHO – PEDIDO LIMINAR DE GUARDA COMPARTILHADA REQUISITOS AUSENTES – RECURSO DESPROVIDO. Sendo a relação dos pais conflituosa e apresentando divergências quanto a aspectos importantes da educação do menor, é contraindicada **aguarda compartilhada**, devendo esta ser exercida unilateralmente pelo genitor que revelar melhores condições de atender aos interesses dos menores. A **guarda compartilhada** deve ser deferida quando requerida consensualmente por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício.⁴

APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA - AÇÃO DE GUARDA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - GUARDA COMPARTILHADA- ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES - INVIABILIDADE - GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA MÃE - REVOGAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - INADEQUAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RAZOABILIDADE - RECURSOS NÃO PROVIDOS. Deve ser mantida a sentença que defere a guarda unilateral do menor em favor da genitora, de modo a tornar definitiva uma situação de fato já consolidada, sobretudo diante do significativo grau de animosidade existente entre os pais, que os impede de entrar em um consenso quanto às questões rotineiras que envolvem a criação do filho comum (...).⁵ (grifo nosso)

Vale frisar, que a guarda compartilhada, absolutamente, não se aplica a todos os casos, conforme alerta a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pesano Mota :

A guarda compartilhada não é um paradigma para abordar a problemática da guarda de filhos depois do divórcio ou separação. Sua adoção dependerá do tipo de relação que mantenham os ex-cônjuges, idades das crianças, sua relação pregressa com cada um dos genitores, etc., e ainda pressupostos materiais, tal como o de que os pais não viviam em lugares distantes um do outro.⁶

Isso ocorre, porque faltam estudos mais aprofundados, que levam em consideração os aspectos sociais, culturais e econômicos vividos pelos brasileiros.

Se observarmos a maioria das conclusões obtidas é com base nas experiências profissionais dos autores; nas conclusões de estudos realizados por outros países estrangeiros (problemas jurídico-sociais bem diferentes dos nossos); em doutrinas e jurisprudências alienígenas.

⁴BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Indeferimento do pedido de guarda compartilhada. Agravo de Instrumento n. 1.0470.13.008000-0/001. Relator: Des. Hilda Teixeira da Costa, 03 de junho de 2014. **Jurisprudência TJMG**. Acórdão. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 16 de junho de 2014.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Indeferimento do pedido de guarda compartilhada. Apelação Cível 1.0079.11.054760-5/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim, 22 de maio de 2014. **Jurisprudência TJMG**. 8ª Câmara Cível. Acórdão. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/>. Acesso em: 16 de junho de 2014.

⁶GONTIJO, 2003, apud MOTTA, P. **Anotações de direito de família**. 2003, p.284.

4.6 - INSTRUÇÃO PROCESSUAL

No ordenamento jurídico brasileiro não havia nenhuma previsão específica acerca da guarda conjunta, mas com a promulgação da lei 11.698/2008 que alterou os artigos 1.583 e 1.584, passou a ser utilizado o previsto nos referidos artigos, suprimindo a lacuna da lei, com a seguinte redação:

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, **por consenso**, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – **decretada pelo juiz**, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz **informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada**, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, **o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.**

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (grifo nosso)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o código civil e o artigo 227, “caput”, da Constituição Federal, que tem como primazia o interesse do menor, determinam também a possibilidade da concessão da Guarda Compartilhada.

No caso pratico a guarda conjunta tem que ser aplicada de forma consciente, onde os manejados do direito devem sempre primar pelo interesse do menor e nunca para satisfação dos genitores.

Além do conhecimento técnico e da experiência, para que ocorra o deferimento da Guarda Conjunta, o juiz conta com estudos e comportamento dos genitores e dos filhos, necessitando na maioria dos casos de um laudo psicológico e/ou assistente social em exercício na Vara de Família.

Para deferimento do pedido de guarda compartilhada, são necessárias as seguintes observações:

1. Ambos os genitores devem ter interesse neste tipo de guarda, para que assim participem de forma satisfatória;
2. Ambos os genitores devem ter capacidade plena para educar, criar e assistir seus filhos, colaborando de forma responsável para um desenvolvimento salutar;
3. Os pais devem possuir residências próximas uma da outra, para que não ocorra um desgaste para com o convívio social e de forma que os estudos não sejam lesados;

Na prática forense, em audiência informal com magistrado e o representante do Ministério Público utilizam-se da oitiva dos filhos em juízo, para que assim possa deferir a guarda de acordo com a conveniência dos menores. Mas, a literatura especializada defende o afastamento dos menores no campo da separação, evitando toma-los por testemunhas de desavenças de seus genitores e até porque podem ser influenciados através de artifícios matéris e emocionais.

Nesses casos a oitiva dos filhos em ações de guarda, mesmo achando que estes compreenderam o processo de separação do que os próprios pais devem ser evitados, devido à recomendação doutrinária e jurisprudencial de afastá-los do litígio.

Quando houver circunstâncias fáticas que dependem de esclarecimento para o deferimento da guarda de forma justa, o magistrado poderá utilizar a chamada **sindicância social**. Nesse caso, o Poder Judiciário lançará mão de um núcleo de serviço social, com atribuições disciplinadas no artigo 5º da lei 8.622/93, principalmente quando se refere ao apoio à população para o amplo exercício de seus direitos.

Deve-se Estatuto da criança e do adolescente à aproximação do serviço social à atividade jurisdicional propriamente dita, visto que os assistentes sociais são chamados a compor a equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e Juventude.

Vale mencionar, que o serviço social forense trabalha nas ações de guarda de filhos como colaboradores do Poder Judiciário, e não como auxiliar da justiça, conforme disciplina o artigo 139 do Código de Processo Civil, não gozando, assim, das prerrogativas destes.

Mas, seus atos estão sujeitos à sindicância administrativa e a responsabilidade penal, sem prejuízo de responder perante seu órgão de classe (Conselho Regional de Serviço de Social), por infração ética.

Os trabalhos realizados pelos assistentes sociais (investigar – informar) não devem ser de caráter absoluto, visto que não realizados com base nos princípios judiciais, quais sejam: publicidade, contraditório e ampla defesa. Desta forma há uma necessidade de uma introdução processual, para confrontar as informações trazidas por aqueles com as provas que as partes pretendem produzir.

No entanto, a sindicância social configura-se como mais uma opção para o juiz durante a instrução em ações de guarda de filhos, onde o indeferimento da realização deste trabalho interdisciplinar não é um indicativo de cerceamento de defesa.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo o presente trabalho, verificou-se que a Guarda Compartilhada não é um tema recente no ordenamento jurídico brasileiro e em virtude das mudanças sociológicas ocorridas no mundo fenomênico que refletem no Direito de Família, viu-se necessário à implantação de uma nova forma de fixação do regime de guarda dos filhos, onde os dados utilizados para a propositura deste novo regime foram baseados em doutrinas alienígenas.

A guarda compartilhada visa à igualdade dos pais no exercício dos seus deveres, assegurando de forma eficaz à continuidade das relações para com os filhos menores, como se a família se mantivesse, ou seja, é uma forma de os pais exercerem conjuntamente a autoridade parental, da forma que faziam na constância do casamento, ou de fato.

Para a concessão da guarda conjunta é indispensável a demonstração de equilíbrio emocional e as melhores condições de exercê-la, de forma que possibilite e viabilize a prática, sob pena de indeferimento do pedido, pois, para nossa realidade social, a vontade de compartilhar a criação dos menores de forma proporcional não é um requisito suficiente. No entanto, ao optarem por esta modalidade, os pais devem apresentar um convívio agradável, de paz, amizade e terem interesses voltados para um ponto comum quanto ao futuro da prole.

É necessário que haja uma colaboração mútua entre os genitores, para que a opção pela modalidade de guarda seja a mais favorável, tanto para eles, quanto para os filhos, facilitando a verificação de um ambiente familiar para o menor, pois, caso o magistrado verifique que tal situação venha trazer prejuízo de ordem moral, o mesmo deferirá o pedido de forma que melhor convier ao interesse da prole.

A inclusão da guarda compartilhada no Código Civil foi um enorme avanço, pois supriu a lacuna da lei, e facilitou para os juízes, que vinham aplicando-a sem a existência de uma lei específica, mas que sempre primaram pelo bem-estar do menor, o qual merece toda proteção jurídica.

Por outro lado é necessário lembrar que há também uma dificuldade para utilização da guarda compartilhada, em decorrência da defasagem de recursos humanos e econômicos, bem como a falta de estudos mais aprofundados, que levam em consideração os aspectos sociais, culturais e econômicos vividos pelos brasileiros.

Observamos também que a literatura especializada defende o afastamento dos menores no campo da dissolução conjugal, evitando usá-los como testemunhas das desavenças de seus pais, até porque podem ser influenciados através de artifícios de toda a ordem. Utilizando o juiz na maioria dos casos do núcleo de serviço social para esclarecimentos de circunstâncias fáticas lançadas nos autos, analisando as condições morais, econômicas e sociais dos genitores, da prole e do meio em que vivem, de forma que permite à aplicação da norma abstrata ao caso concreto com segurança jurídica.

Finalmente, o que se espera é que os pais e filhos mantenham o mesmo padrão de convivência diária, uma vez que não é grande quantidade de horas e dias, mas a qualidade desses momentos que devem ser enfatizados de muito amor, dedicação, compreensão e diálogo.

6 – REFERÊNCIAS

ABREU, José. **O divórcio no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1992.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de junho de 1990. In: **Código civil e legislação em vigor**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.470.

BRASIL. **Código civil e legislação em vigor**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Constituição Federal, código civil, código de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista de Tribunais, 2002.

BRASIL. **Novo Código civil**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069 de 13 de junho de 1990. Lei n. 8.242 de 12 de outubro de 1991. 2. ed. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 2000. p.10.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v.2. p. 226.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p.68.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 140-174.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. In: **Código civil e legislação em vigor**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 468.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Indeferimento do pedido de guarda compartilhada**. Agravo de Instrumento n. 1.0470.13.008000-0/001. Relator: Des. Hilda

TEIXEIRA DA COSTA, 03 de junho de 2014. **Jurisprudência TJMG**. Acórdão. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 16 de junho de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Indeferimento do pedido de guarda compartilhada**. Apelação Cível 1.0079.11.054760-5/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim, 22 de maio de 2014. **Jurisprudência TJMG**. 8ª Câmara Cível. Acórdão. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 16 de junho de 2014.

CONTIJO, Segismundo. **Ainda a guarda de filhos**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritório/index.html>>. Acesso em: junho. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4.

LEAL, Bruno Bianco. **Novas considerações acerca da guarda compartilhada: lei nº 11.698/2008**. Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-civil/assuntos-quentes/novas-consideracoes-acerca-da-guarda-compartilhada-lei-no-116982008_21-186_1/>. Acesso em janeiro. 2014.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Quem melhor para decidir a respeito?** Disponível em <http://www.pailegal.net/.asp?Is_Texto_Tipo=Justiça&offse=30>. Acesso em: jan. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.6.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Vilaça (Coord.). **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões**. v. 5. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.211.