



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RODRIGO MARQUES BÉRGAMO

GUARDA COMPARTILHADA

**Assis/SP
2016**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RODRIGO MARQUES BÉRGAMO

GUARDA COMPARTILHADA

Projeto de pesquisa apresentado ao curso Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando (a): Rodrigo Marques Bérgamo
Orientador (a): Gisele Spera Máximo

Assis/SP

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

B493g BÉRGAMO, Rodrigo Marques.

Guarda Compartilhada / Rodrigo Marques Bérgamo. – Assis, 2016.

Número de páginas – 30

Trabalho de conclusão do curso (Direito) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA

Orientadora: Esp. Gisele Spera Máximo

1. Guarda Compartilhada. 2. Filhos-guarda. 3. Proteção-filhos.

CDD: 342.1637
Biblioteca da FEMA

GUARDA COMPARTILHADA

RODRIGO MARQUES BÉRGAMO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação, avaliado pela
seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Gisele Spera Maximo

Examinador:

Luiz Antonio Ramalho Zanoti

RESUMO

Cuida-se de um estudo sobre o instituto da guarda compartilhada como “regra” em nosso ordenamento jurídico. Visa-se averiguar as vantagens e desvantagens da aplicação da referida guarda comparando-a com o instituto da guarda unilateral quando do rompimento das relações conjugais, tendo como norte o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, o qual é de extrema importância nas questões familiares. O objetivo é mostrar que apesar de haver a extinção do vínculo matrimonial, não há a ruptura das relações entre pais e filhos, de modo que a manutenção dos laços afetivos se mostra essencial para que a prole possa ter um pleno desenvolvimento físico, psíquico, educacional, moral e religioso com a presença contínua das figuras paterna e materna.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Melhor Interesse. Proteção. Poder Familiar.

ABSTRACT

Take care is a study of the Institute of joint custody as "rule" in our legal system. The aim is to determine the advantages and disadvantages of applying that keeps comparing it to the institution of unilateral guard when the disruption of marital relations, with the north the best interests of children and adolescents. The goal is to show that although there is the extinction of the marriage, there is no breakdown of parent-child relationships, so that the maintenance of bonding shown essential that children can have a full physical, psychological, educational, moral and religious with the presence of paternal and maternal figures.

Keywords: Shared Custody. Best Interest. Protection. Family Power.

Sumário

1. HISTÓRIA DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	08
2. O ROMPIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A SITUAÇÃO DOS FILHOS.	11
2.1 Do rompimento da relação conjugal – evolução histórica	11
2.2 Da guarda dos filhos no atual Código Civil	12
3. DA GUARDA COMPARTILHADA	18
4. MEDIAÇÃO COMO APOIO NO ORDENAMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	23
5. CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS	28

1. HISTORIA DA FAMÍLIA NO BRASIL

É sabido que com a presente evolução histórica, social, política e jurídica que presenciemos que o conceito de “família” vem sofrendo mutações constantes e inovadoras. A família tradicional, a qual também é denominada de família patriarcal que é composta por inúmeras pessoas vivendo sob o comando de uma autoridade comum, pessoa esta que é detentora das decisões inerentes à família, vem aos poucos sofrendo alterações.

A denominação família tradicional, no entanto, veio aos poucos deixando de se fazer presente ante ao advento da Carta Magna de 1988, a qual implantou mudanças significativas quanto às formas de entidades familiares. Fiúza (2008, p. 939), considera família de modo *lato sensu*, como sendo:

uma reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes”, como também define em modo *stricto sensu* dizendo que: “família é uma reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas um dos pais com seus filhos.¹

Gonçalves (2007, p. 1) traz família de uma forma abrangente como:

todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. E também de uma forma mais específica como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau.²

Diniz (2007, p. 9) discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.³

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando

¹ FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09.

advinda do casamento válido e eficaz, de modo que qualquer outro arranjo ou modo de família existente era socialmente excluído e descartado da sociedade.

No entanto, esses outros moldes de agrupamento familiar passaram a perder essa característica marginal com a edição da Carta Política de 1988 que abriu um leque de padrões distintos de núcleos familiares, cujos exemplos não mais se restringem ao casamento, à união estável e à família monocrática, simplesmente, porque o vínculo de matrimônio deixou de ser o fundamento da família legítima e, na atualidade, embora ausente o laço matrimonial, com efeito, que ninguém ousa afirmar esteja afastada uma entidade familiar fora do casamento, porquanto esta se e expandiu ao se adequar às novas necessidades humanas construídas pela sociedade. A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar a uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental. (MADALENO, 2013, p. 31/32)⁴

Posto isso, é de se averiguar que a família patriarcal não faz mais parte do nosso ordenamento jurídico de forma exclusiva, a qual pregava de forma incisiva a hierarquia e a indissolubilidade do matrimônio.

A Constituição Federal de 1988 veio a ser um marco histórico e revolucionário no conceito de “família”. Com a sua promulgação, pode se dizer que foram incorporados valores nunca antes positivados na entidade familiar, ou seja, um tratamento mais digno da pessoa, mais humanístico e igualitário nas relações matrimoniais ou até mesmo fora delas. Dispõe o artigo 226, da Constituição Federal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada: Forense. p. 31/32.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.⁵

Portanto, a Carta Magna de 1988 positivou fortemente um tratamento de igualdade dentro da sociedade conjugal, “caindo por terra” a concepção de família patriarcal e hierarquizada advinda e originada da família tradicional, na qual era observado o domínio do homem sobre sua família.

Frente a essas inúmeras transformações decorrentes de modificações dos núcleos familiares verificam-se cada vez mais as estruturas baseadas no sentimento e na afeição mútua, de modo a proporcionar a satisfação pessoal dos entes ali presentes, não apenas como uma formalidade de padrão frente à sociedade. Quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reconhece além do casamento civil, a união estável e a família monoparental como entidades familiares é dado um grande passo para a interpretação analógica do texto constitucional.

De acordo com a Constituição Federal, a entidade familiar protegida pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade⁶, texto este expressamente previsto no § 4º do artigo 226, da referido diploma.

Nesse ver, a contemplação da igualdade entre os homens e as mulheres e ao tratamento igualitário na esfera jurídica das questões de filiação previsto no § 5º do artigo 226, da Constituição Federal, até então vistas de forma preconceituosa e discriminatória, vem sofrendo mudanças significativas em busca de concretizar e garantir o princípio constitucional do melhor interesse dos filhos menores, bem como dar maior efetividade ao princípio da igualdade entre os genitores previsto também no texto constitucional.

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

⁶MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada: Rio: Forense. p. 32.

2. O ROMPIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A SITUAÇÃO DOS FILHOS

2.1 Do rompimento da relação conjugal – evolução histórica

A ideia de família sempre foi ligada à de casamento, sendo quaisquer outros vínculos extramatrimoniais reprovados e punidos por lei. Nesse sentido pregava o Código Civil de 1916, no qual o matrimônio tinha como fundamento a indissolubilidade das uniões.

No entanto, com a criação da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) foram realizadas algumas concessões, o que fez com que acarretasse na inclusão da terminologia “separação”, que tinha como característica por fim a sociedade conjugal, mas sem dissolver o vínculo matrimonial, sendo necessário o atendimento de alguns pressupostos e requisitos para que essa separação pudesse ser convertida em divórcio.

Todavia, com a evolução da jurisprudência no sentido de ser mais flexível quanto à separação, fez com que a Constituição de 1988 institucionalizasse o divórcio direto. Apesar de tal institucionalização, a expressão separação ainda permaneceu, sendo ainda necessária a junção de pressupostos e requisitos para que se pudesse converter de forma definitiva em divórcio.

Apenas com a Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226, da Constituição Federal, fez com que se extinguissem tais pressupostos e requisitos tornando o divórcio apenas uma manifestação unilateral de vontade.

Para Berenice:

A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos. Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu.⁷

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. revista, atualizada e ampliada: São Paulo: RT. p. 305.

Nesse diapasão, com a Emenda Constitucional nº 66, de 2010, houve a facilitação da dissolução do matrimônio pelo divórcio, de modo que com apenas uma manifestação de vontade, sem a necessidade de cumprimento de prazos ou outros pressupostos, se tornou possível iniciar de maneira rápida e eficaz o processo de divórcio.

Com o divórcio, há a extinção de muitos deveres entres os cônjuges. Entretanto embora haja essa extinção de deveres inerentes ao matrimônio, ainda permanece de forma perene entre ambos os deveres e obrigações para com seus filhos menores e comuns, de modo que estes têm o compromisso legal, ético e moral de assegurar o sustento, guarda e educação dos filhos.

2.2 Da guarda dos filhos no atual Código Civil

A guarda decorre do poder de família que é um conjunto de obrigações, deveres e direitos atribuídos à ambos os genitores quanto aos filhos menores, bem como quanto aos seus bens. No antigo código civil de 1916, quem exercia o poder sobre os filhos era o pai, de modo que não se falava sobre o poder da mãe sobre estes. Esse domínio do pai sobre os filhos decorrente do antigo Código Civil de 1916, que é denominado Pátrio Poder, sofreu uma grande evolução e mudança no novo Código Civil de 2002, o qual excluiu a expressão Pátrio Poder para constar Poder Familiar. Este último se caracterizando, ao contrário do Pátrio Poder, pela responsabilidade conjunta de ambos os genitores sobre os filhos.

Mas, com a evolução do nosso ordenamento jurídico, verificamos que esse aspecto passou a dar lugar ao compartilhamento de obrigações e deveres dos pais para com seus filhos (art. 226, § 5º, CF).

A nossa Carta Suprema concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher (art. 5º, I, CF). Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (Art. 226, § 5º, CF), outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder de família com relação aos filhos comuns.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, deixou de ter um sentido de dominação para se tornar

sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação à eles.

Ainda que o Código Civil tenha eleito a expressão “Poder Familiar” para atender à igualdade entre o homem e a mulher, critica Rodrigues:

[...] pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigações dos pais, e não da família, como sugere o nome. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função familiar ou em dever familiar⁸.

Estamos diante, portanto, da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres. O Pátrio Poder, no qual o homem detinha o posto de chefe da família, portanto, senhor das decisões familiares, não se faz mais presente em nosso cotidiano. A Constituição Federal e o novo Código Civil de 2002 estabelecem que os pais, sem distinção, são titulares do Poder Familiar. Dessa forma, cabe ao casal a responsabilidade de criar, educar, guardar, manter e representar os filhos.

O referido diploma descreve em seu artigo 226, parágrafo 5º, que: “*Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”. Portanto, a titularidade do poder familiar se tornou igualitária entre os cônjuges, de modo que todas as decisões serão tomadas em conjunto pelo pai e pela mãe, não havendo mais diferença de hierarquia entre ambos. Na falta de um genitor, o outro exercerá o Poder Familiar sobre a prole e, vice-versa, havendo qualquer divergência ou conflito, o juiz decidirá.

E é baseado no Poder Familiar que se determina a guarda do menor em favor dos pais, uma vez que esta é dever inerente do próprio Poder Familiar. Sendo assim, havendo a dissolução da união entre os pais o que melhor resguardaria os filhos seria a guarda compartilhada, uma vez que ambos manterão, em de regra, o Poder Familiar, bem como compartilharão das decisões que dizem respeito aos filhos menores no dia a dia, de modo que sempre se faz necessário a consulta prévia do outro cônjuge para a tomada de decisões.

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol 6. Direito de Família. 7. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 432.

O texto constitucional, prevendo a absoluta igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher (artigo 226, § 5º, CF), almeja uma paternidade responsável (artigo 226, § 7º, CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre a proteção integral do menor⁹, impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento.

Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar¹⁰ e de ser criado e educado no seio de sua família¹¹, submetendo-se ao poder familiar do pai e da mãe, exercido em igualdade de condições¹², a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação¹³.

Nesse sentido, com o rompimento das relações conjugais ou até mesmo com o fim dos laços amorosos que não decorram do matrimônio propriamente dito, mas que existam filhos comuns, existe a necessidade de se fixar alguma das modalidades de guarda para regular a relação entres os pais e seus filhos.

Nesse ínterin, o Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 1.583 a possibilidade de adoção da guarda unilateral como modalidade secundária, sendo a regra a adoção da guarda compartilhada.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Caput com nova redação dada pela Lei nº 11.698, de 13-6-2008.)

§ 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. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.698, de 13-6-2008.)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.698, de 13-6-2008, e com nova redação dada pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014.)

I – (Inciso revogado pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014.)

II – (Inciso revogado pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014.) III – (Inciso revogado pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014.)

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

⁹ Artigo 1º - Estatuto da Criança e do Adolescente

¹⁰ Artigo 16º, V - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹¹ Artigo 19º - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹² Artigo 21º - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹³ - Artigo 22º - Estatuto da Criança e do Adolescente

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

acrescido pela Lei nº 11.698, de 13-6-2008, e com nova redação dada pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014.)

§ 4º (Vetado.) (Parágrafo proposto e vetado no projeto que foi transformado na Lei nº 11.698, de 13-6-2008.)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014.)¹⁴

A modalidade de guarda unilateral era regra até julho de 2008, alterando-se tal preferência quando da promulgação da Lei 11.698/08 (Lei da Guarda Compartilhada). Esta modalidade atribui a apenas um dos genitores a guarda jurídica do menor, com o estabelecimento de regime de visitas ao genitor não guardião. Essa modalidade de guarda é atribuída motivadamente àquele que revele melhores condições de exercê-la.

O genitor escolhido também deve ser aquele que demonstre maior aptidão para propiciar à prole maior afeto nas relações familiares, saúde, segurança e educação.

Assim, a concessão da guarda unilateral poderá ser requerida, por consenso entre os genitores, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse, tentando o magistrado sempre conciliar a distribuição de convívio da criança ou adolescente com seus genitores (art. 1.584, CC/02).

Tal modalidade de guarda também é observada em famílias monoparentais, visto que a criança terá seu registro com o nome de apenas um de seus genitores, de modo que a adoção da guarda unilateral seria a única possibilidade.

A doutrina atual entende que esta modalidade é caracterizada pelo cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família, tornando-se assim uma exceção a regra, visto que não privilegia os melhores interesses do menor, o qual deve ter seus interesses sempre resguardados e buscados.

Tal entendimento tem por base a visão comum que tanto a doutrina como a jurisprudência atual compartilham, de que esse instituto não se apoiaria mais na

¹⁴ Artigo 1583 – Código Civil - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

realidade da família contemporânea brasileira, posto que não garante às crianças e aos adolescentes o desenvolvimento exemplar de sua personalidade.

No entanto, caso seja esta a escolha a ser tomada para atingir o melhor interesse dos filhos, a adoção do regime unilateral de guarda não obsta o direito do genitor não guardião de ter a prole em sua companhia e convivência.

Nesse sentido, a adoção do regime deve ser sempre complementada pelo direito de convivência do genitor não guardião do menor, visando à continuidade de convivência entre pai e filho, ainda que de forma mínima e insuficiente.

Esse direito de convivência entre os genitores não guardiões é contemplado em nossa legislação, de modo que, por ser direito das crianças e dos adolescentes e dever dos pais, não pode encontrar nenhum tipo de impedimento imposto pelo guardião legal que, caso haja nesse sentido, corre o risco de perder a guarda jurídica dos filhos pelos meios processuais adequados, os quais poderão ser intentados pelo genitor prejudicado.

Ressalta-se que, o direito de convivência não é um direito apenas de exclusividade dos pais-genitores, mas sim, de forma conjunta, é um direito dos próprios filhos menores.

Conforme a visão da doutrina, o regime ideal de visitas seria aquele em que se preserve tanto quanto o possível as relações afetivas existentes entre pais e filhos¹⁵. Vale dizer, que a expressão “visitas” se tornou ultrapassada, mostrando-se mais adequada e digna a expressão “convivência” entre pais e filhos.

É necessário destacar ainda que a atribuição da guarda a apenas um dos genitores não acarreta a perda do poder familiar por aquele que não a detiver, assim como “obriga o genitor não guardião a supervisionar os interesses do filho” (art. 1.583, § 3º, CC/02). Também lhe é concedido o direito de fiscalizar sua manutenção e educação (CC 1.589)¹⁶(art. 1583 § 5º, CC, com nova redação - Parágrafo acrescido pela Lei nº 13.058, de 22-12-2014).

Pode-se notar que a circunstância de não deter a guarda do menor não exclui o outro genitor do exercício do Poder Familiar.

¹⁵ WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14 edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 173.

¹⁶ WELTER, Pedro Belmiro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e ser em família. Guarda Compartilhada**. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2009, p. 62.

Percebe-se, portanto, que o direito de convivência com os filhos por ambos genitores não é um direito subjetivo da prole e de seus pais, mas sim direito fundamental dos entes envolvidos, constante nos princípios positivados do artigo 227, da Carta Magna, dirigidos principalmente e especialmente à criança e ao adolescente.

Desta maneira, não é possível admitir que alguém tenha hegemonia sobre os filhos, pois eles têm o mesmo direito de conviver, pacificamente, com todos os membros que constituem a família.

3. DA GUARDA COMPARTILHADA

Com a finalidade de se evitar a hegemonia de um genitor sobre sua prole, visando, ainda, concretizar os princípios da isonomia e proteção integral aos interesses dos menores, seria o compartilhamento da guarda entre ambos os genitores o modo de conceder-lhes poder/dever/obrigação de conviver, pacificamente, com seus filhos.

Segundo Grisard Filho, Waldyr (*apud* Ana Carolina Brochado Teixeira), a guarda compartilhada seria:

um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pelas tomadas de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitária. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais os direitos de terem ambos os pais, dividindo, da forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos ¹⁷

A dissolução dos vínculos conjugais não se resolve simplesmente indo um para cada canto. O fim do relacionamento dos pais não leva ao rompimento nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos seus filhos comuns. O rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do Poder Familiar em nada é afetado pela separação.

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cessação dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores.

É preciso que os filhos não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais, porque querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais,

¹⁷ Coordenadores Coltro, Antônio Carlos Mathias e Delgado, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**; 2 ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25.

sofrendo consequências desse desenlace. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional¹⁸.

Então, a guarda compartilhada surgiu com a finalidade de suprir as deficiências das outras espécies de guarda, em especial a unilateral. Nesta, última ocorre o tradicional sistema de “visitas” do pai e sua exclusão em relação às tomadas de decisões sobre a vida dos filhos, ficando tais decisões a cargo da mãe, guardiã única dos filhos na grande maioria dos casos. Entende-se que o afastamento quase que por completo de um dos genitores pode gerar relevantes prejuízos aos filhos, quer seja de ordem emocional, quer seja de ordem social.

Assim, os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse dos filhos menores e incapazes. Posto isso, significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa e presente na vida dos filhos.

A Guarda Compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 11.698/2008, que tornou regra a sua aplicação (art. 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002), apesar de já ser aplicada pelos magistrados, tendo em vista que respeita em maior escala os direitos fundamentais dos envolvidos, em consonância e harmonia com o artigo 227, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esta modalidade de guarda surgiu diante da nossa realidade social e judiciária, em virtude de a referida modalidade já ser adotada pelos Tribunais na medida em que deveria ser assegurado o melhor interesse da criança e a igualdade entre pais e mães na responsabilização por seus filhos.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. revista, atualizada e ampliada: São Paulo: RT, p. 451 e 452.

Assim, a modalidade compartilhada de guarda deverá ser fixada nos termos dos incisos do artigo 1.584, do Código Civil de 2002, podendo ser aplicada inclusive nos casos em que não há acordo entre os genitores.

Tal formato de guarda foi recepcionado no artigo 1.583, do Código Civil, que, em seu parágrafo 1º, a preceitua como 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.

Verificamos, portanto, que o legislador passou a privilegiar a modalidade de guarda compartilhada em detrimento da unilateral, a fim de assegurar o melhor interesse do menor, que sempre leva proveito em manter ambos os genitores em sua vida.

Além disso, não só a doutrina como também a jurisprudência entendem que esta é a melhor forma de proteger os interesses do menor, de modo a tornar a separação de seus genitores um evento menos danoso para o menor envolvido.

A preferência do legislador por esta modalidade de guarda também pode ser atribuída à maior garantia do efetivo exercício do poder parental pelos genitores. Como bem definido pela doutrina, os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor.¹⁹.

Com a aplicação desta forma de guarda, o genitor que não vive sob o mesmo teto de seu descendente tem assegurado o livre exercício do poder parental à ele atribuído, ainda que nunca o perca de fato, participando, assim, de maneira muito mais efetiva na vida de seu filho. Ou seja, sua verdadeira finalidade é conservar “o contato da prole com os seus dois genitores: pai e mãe dividirão isonomicamente o mesmo tempo e a mesma responsabilidade legal em relação aos filhos, compartilhando obrigações e resolvendo conjuntamente todas as questões importantes da vida do infante...”²⁰.

Com efeito, através da adoção da guarda compartilhada há uma pluralização de responsabilidades, decorrente de uma maior participação dos pais na vida dos filhos.

¹⁹ BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda Compartilhada**. Recife: Edições Bagaço. 2011. p. 35.

²⁰Coordenadores Coltro, Antônio Carlos Mathias e Delgado, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**; 2 ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 41.

A proposta do legislador trazida através desta modalidade de guarda foi muito bem assimilada pela doutrina, que entende que “a proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarretou nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”²¹.

Nesse sentido, entende-se que a guarda compartilhada é a modalidade mais ideal e benéfica à criança, mesmo quando há litígio entre os pais, não ocorrendo a sua aplicação apenas se um dos genitores não tiver interesse ou se constate algo que o desabone (art. 1584, §2º, CC de 2002).

Assim, a aplicação da guarda compartilha, quando há um mínimo diálogo entre os genitores de fato se mostra extremamente vantajosa para os menores, os quais terão seus pais de forma isonômica e igualitária compartilhando as obrigações e resolvendo todas as questões importantes na vida do infante.

No entanto, quando se trata de guarda compartilhada e os genitores não tem ao menos um relação amigável em prol dos infantes, o instituto de compartilhamento de guarda ficaria defasado e, desse modo, não seria a mais adequada aos menores.

A guarda compartilhada só trará benefícios e menor sofrimento às crianças quando for possível a relação, mesmo que de forma mínima, benevolente entre os pais. Esse é o requisito limitador da implantação da guarda compartilhada, sem o qual, não se atingirá o escopo do instituto.

É certo, contudo, que os pais não precisam ser amigos, no entanto, não se pode imaginar um compartilhamento de guarda e decisões quanto ao menor na qual os genitores vivem corriqueiramente em desentendimentos, o que proporcionaria ainda mais o desequilíbrio emocional dos menores, em detrimento apenas destes. Tal situação de lide entre os pais faz com que haja um distanciamento do verdadeiro sentido que o Instituto da Guarda Compartilhada prega que é exatamente o melhor interesse do menor, o que não ocorre neste caso.

Isso posto, a guarda conjunta é a ideal; no entanto, em alguns casos, necessita de um tempo para ser efetivamente implementada e clama, ainda, por uma ajuda multidisciplinar em que profissionais gabaritados e especializados

²¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**; 8 ed. revista e atualizada: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

poderão auxiliar na maturação dos sentimentos variados envolvidos na relação, trabalhando-os e transformando-os²².

Nossos Tribunais já vêm adotando o instituto do compartilhamento de guarda entre os pais como um pilar ao princípio do “melhor interesse da criança” e, mesmo que restem desentendimentos entre os genitores, haveria a possibilidade da aplicação do instituto se estes se comprometessem a participar de sessões de mediação interdisciplinar, de modo que, se frustrados tais acompanhamentos com profissionais especializados, aí sim não existiria alternativa a não ser a implementação da guarda unilateral.

Portanto, não deverão existir disputas entre os genitores face aos filhos, de modo que se existir um discernimento mínimo entre ambos para distanciar a relação conjugal frustrada da relação com sua prole, a adoção da guarda compartilhada, sem sombra de dúvida, seria ideal nessa relação eterna de afeto e amor.

²²Coordenadores Coltro, Antônio Carlos Mathias e Delgado, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**. 2 ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 42.

4. MEDIAÇÃO COMO APOIO NO ORDENAMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Por ser a guarda compartilhada um tanto quanto recente em nosso ordenamento jurídico, o fenômeno ainda deixa diversos espaços quanto a sua real aplicação, restando dúvidas tanto para os operadores de direito quanto para os litigantes, partes do processo. Essas indagações muitas vezes decorrem do seu modo de aplicação, funcionamento e características.

As questões frequentemente discutidas nas sessões de mediações, bem como nas próprias salas de audiências das Varas da Família são as que tratam da pensão alimentícia, convivência e até mesmo quanto à residência fixa dos filhos menores.

Nesse impasse, do qual restam inúmeras dúvidas no tocante à real aplicação do instituto, nos deparamos com uma figura de impar importância para aclarar tais questionamentos: o mediador, pessoa esta que exerce papel fundamental para que haja o alcance da aceitação do compartilhamento de guarda pelos pais. Groeninga e Barbosa (2003) definem a mediação como:

Processo de resolução de conflitos, no qual as partes apelam a um terceiro para ajudá-los a encontrar uma maneira de lidar com as mudanças, impasses e mesmo litígios. Implica em uma intervenção solicitada e aceita, de uma terceira pessoa imparcial que não tem autoridade para tomar decisões. Sua finalidade é de favorecer a comunicação e ajudar as partes a explorar as possibilidades de acordo.

²³

Nazareth (2004c) conceitua a mediação como:

um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.²⁴

²³ Groeninga e Barbosa (2003) (*apud* por Maria Perissini da Silva, Denise. **Mediação e Guarda Compartilhada**. Curitiba: Juruá, p. 44 e 45).

²⁴ NAZARETH (2004c) (*apud* por Maria Perissini da Silva, Denise. **Mediação e Guarda Compartilhada**. Curitiba: Juruá; p. 42).

Diante da brusca mudança decorrida do rompimento da relação matrimonial, muitas vezes os ex- cônjuges travam uma severa disputa pelos filhos menores justamente com a finalidade de atingir um ao outro. Apesar das inúmeras desavenças que decorrem das angústias e magoas pendentes da ruptura conjugal, notório é que os reflexos dessa batalha injusta recaem quase que de forma exclusiva sobre os filhos.

Nesse momento é que se configura a intervenção do mediador judicial, o qual vem para facilitar a comunicação entre as partes, dar sugestões, esclarecer dúvidas quanto ao compartilhamento de guarda, bem como mostrar e fazer com que as partes tenham consciência e se conscientizem de que o compartilhamento seria a melhor opção que se afigura ao caso.

Superada essa conscientização, ainda restam muitas dúvidas em relação às características do Instituto. As indagações mais frequentes que se chegam às salas de audiências das Varas da Família e sessões de mediação são, de maior quantidade, relacionadas aos alimentos, onde as partes acreditam que por ser uma guarda “compartilhada” haveria a extinção da obrigação alimentar, equívoco muito comum. Ressalta-se que com a aplicação do instituto a prestação alimentar por parte de um ou de outro pai se configura de igual maneira àquela atribuída a guarda unilateral.

Os mediadores judiciais, portanto, se fazem presentes justamente com a finalidade de passar as partes as reais características que o instituto apresenta. Estes profissionais irão exercer as suas funções por meios dos CEJUSCs (Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), órgãos estes com a finalidade de proporcionar um ambiente neutro, no qual os litigantes têm a oportunidade de conversar frente à frente para negociar e chegar a um acordo que seja benéfico à ambos.

Posto isso, o mediador será um terceiro imparcial e treinado para aplicar os métodos consensuais de solução de conflitos.

Outro ponto comum de dúvidas e que está ligado diretamente a prestação alimentar, seria no tocante à referência de lar, ou seja, a residência fixa o menor. Existe uma grande confusão nesse aspecto com a “guarda alternada”, a qual inclusive nem esta presente no direito posto. A dúvida se origina, pois os pais

acreditam que por ser a forma “compartilhada” de guarda, cada um teria o filho em sua residência durante períodos determinados, o que não ocorre no caso prático.

Falar em guarda compartilhada, portanto, não está vinculado com a extinção da obrigação alimentar por parte dos pais e nem mesmo com a “duplicidade” de residências, tendo em vista que será fixado a residência do filho na casa de uns dos genitores, sendo que ao outro, caberá a prestação alimentar, a convivência e participação rotineira nas decisões que dizem respeito ao filho.

O que acontece de fato é que a residência do menor será fixada geralmente na casa do genitor que melhor atenda aos interesses do menor e não os anseios e interesses dos pais, sendo estipulado ao outro genitor o direito de convivência com o filho. Isso ocorre pelo fato de que uma criança necessita para o seu desenvolvimento psicológico de um referencial de lar. Nesse sentido, estaria em consonância com os interesses dos filhos, e não dos adultos.

Diante dos corriqueiros e frequentes questionamentos, é de gigantesca importância a figura do mediador que tentará, com as técnicas de mediação, aclarar as partes, bem como facilitar e conduzir o diálogo entre ambos a fim de fazer com que os próprios pais tomem consciência da importância de seus filhos menores terem durante a longa caminhada de evolução física, psicológica, cultural e educacional, a presença diária de ambas as figuras.

5. CONCLUSÃO

O que torna interessante o estudo do Direito de Família é a constante adaptação que se faz necessária ante a evolução da sociedade nas relações de homem e mulher, bem como entre eles e seus filhos.

É interessante destacar que quando nos deparamos com a situação “guarda de filhos” o que nos vem na mente é exatamente a mãe como guardiã dos filhos menores e incapazes e a reserva do direito de visitas (convivência) para o pai, situação que hoje sofreu algumas mudanças significativas.

Buscando a igualdade entre os genitores, a guarda compartilhada veio com a finalidade de aproximar os pais dos interesses inerentes aos filhos menores, conferindo-lhes maiores responsabilidades e maior convivência, a fim de proporcioná-los um ambiente mais próximo possível daquele em que os pais tinham quando moravam sob o mesmo teto.

Tal instituto veio buscar privilegiar os filhos e não um ou outro pai, embora ainda restem receios dos genitores quanto à sua aplicação. As vantagens, entretanto, são diversas: maior responsabilização dos pais quanto aos interesses dos filhos; melhor desenvolvimento mental e físico do menor diante da presença da figura materna e paterna; divisão equilibrada de tempo de convivência; e maior aproximação dos pais nas questões relacionadas aos alimentos, de modo que terão maior contato e assim, poderão averiguar a real necessidade dos filhos.

Podemos, concluir, portanto, que o compartilhamento de guarda não é o instituto da guarda alternada, o que comumente se entende. A criança continua com referencia de lar. A residência é única, junto ao genitor-guardião que detém a guarda física, sendo este o domicilio civil. A diferença está na guarda legal, jurídica, que se exprime na atribuição conjunta de ambos os genitores para a tomada de decisões a respeito da criança. Nesse ponto é que se sobressai a vantagem da guarda compartilhada sobre a guarda única.²⁵

Posto isso, verificamos que além de ser de grande valia para o menor ter a constante presença de seus pais no seu dia a dia, é por meio do compartilhamento

²⁵ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: Mizuno. p. 197.

de guarda que se melhor atende os interesses e anseios dos menores e é também por ela que há a maior aproximação dos ditames constitucionais da igualdade entre os pais na criação e educação dos filhos, além de atender de igual forma aos preceitos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

a) Livros

- BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda Compartilhada**. Recife: Edições Bagaço, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. revista atualizada e ampliada, São Paulo: RT.
- Coordenadores Coltro, Antônio Carlos Mathias e Delgado, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**, 2 ed revista e atualizada, Revista dos Tribunais.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 8 ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Groeninga e Barbosa (2003) (*apud* por Maria Perissini da Silva, Denise. **Mediação e Guarda Compartilhada**. Curitiba: Juruá)
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a Guarda Compartilhada**. Rev. Atualiz. 3 ed. São Paulo: Mizuno.
- NAZARETH (2004c) (*apud* por Maria Perissini da Silva, Denise. **Mediação e Guarda Compartilhada**. Curitiba: Juruá)
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol 6. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WELTER, Pedro Belmiro. **Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e ser em família. Guarda Compartilhada**. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2009.

b) Páginas da Internet

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm