

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

Faculdade de Direito

JULIANA RODRIGUES DA SILVA

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O DIREITO À  
CONVIVÊNCIA FAMILIAR: OS EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA**

Rio Grande

2016

JULIANA RODRIGUES

**O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O DIREITO A  
CONVIVÊNCIA FAMILIAR: OS EFEITOS DA GUARDÁ COMPARTILHADA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof. Simone de Biazzi  
Avila B. Silveira

Rio Grande

2016

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito necessário para  
obtenção de título de Bacharel em Direito.

---

**JULIANA RODRIGUES DA SILVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Orientadora Profa. Douta Simone de Biazzi Avila B. Silveira

---

1º Examinadora Profa. Claudia Mota Estabel.

---

2º Examinadora Profa. Mestre Bianca Pazzini.

---

Coordenador Prof. Doutor Anderson Lobato

*"A Família não nasce pronta; constrói-se aos poucos e é o melhor laboratório do amor. Em casa, entre pais e filhos, pode-se aprender a amar, ter respeito, fé solidariedade companheirismo e outros sentimentos" Luiz Fernando Veríssimo*

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida. Todas as vezes que tive vontade de desistir, busquei na fé forças para seguir adiante. Sem ela, nada sou.

À minha família, pelo amor e apoio incondicional. À minha mãe, em especial, por funcionar como uma espécie de oráculo. Quando tudo parecia desabar, sua voz do outro lado do telefone sabia exatamente o que me dizer para prosseguir. Ao meu pai, por nunca desistir de mim, seu fiel apoio às minhas decisões foi fundamental em toda minha caminhada. Aos meus irmãos, Victor e Fernanda, por me ensinarem o real sentido de um amor genuíno. Victor, você sempre será meu espelho de vida e exemplo a ser seguido, não tenho palavras para agradecer. Fernanda, minha maior motivação na produção deste trabalho, há nove anos nossas vidas refizeram sentido. Muito obrigada, vocês são tudo para mim.

À minha professora orientadora Simone, pela paciência e dedicação durante toda construção deste trabalho. Agradeço imensuravelmente por ter depositado sua confiança em mim e ter acreditado na minha pesquisa. Obrigada pelo incentivo e pela perseverança, esta realização não seria completa se não fosse por você.

Aos meus colegas da 1ª Promotoria de Justiça Especializada de Rio Grande, pelo aprendizado, em especial ao meu eterno chefe José Alexandre Zachia Alan e à Gicele Tramasoli por dedicarem seu tempo e conhecimento a mim. Por vezes, tive muito mais do que colegas de trabalho, tive inspirações para a vida. Obrigada pelas conversas, pelos conselhos, por me permitirem fazer parte desse ambiente de trabalho tão especial. Sem dúvidas saí muito melhor do que entrei, o aprendizado que adquiri ultrapassou a barreira profissional e acrescentou ao ser humano que sou. Vocês foram extremamente importantes para a minha formação, levo-os com muito carinho como exemplo de profissionalismo e dedicação.

Às minhas amigas, Giovana e Thalita, pela partilha da vida. Nos momentos de angústias e nos momentos de alegria vocês se fizeram

presentes, como durante todos esses anos. Muito obrigada por serem pessoas tão especiais, vocês fazem parte da minha vida. Esta vitória também é nossa.

Às minhas amigas e amigos conquistados ao longo da jornada em Rio Grande, citar nomes seria uma falta de respeito em função da possibilidade de esquecer alguém. Carrego vocês com muito carinho para a vida. Quando a saudade de casa era grande, via em vocês uma segunda família. Obrigada.

Ao Marco Antônio, meu namorado, pelo amor e carinho, a vida não poderia ter me presenteado com outra pessoa. Seu companheirismo e paciência foram determinantes na conclusão desse trabalho. Obrigada por aceitar dividir a vida comigo.

Às minhas amigas da faculdade, sem distinção, por terem tornado os dias ao longo desses cinco anos muito mais felizes. Poderia ter sido bom, mas foi muito melhor com a presença de vocês.

A todos vocês, dedico com todo meu afeto este trabalho. Muito obrigada.

## RESUMO

A guarda compartilhada foi instituída pela Lei 11.698 de junho de 2008. Embora desde o princípio o objetivo da instituição da modalidade da guarda conjunta fosse garantir aos filhos de pais separados o direito à convivência com ambos os pais após a ruptura conjugal; na prática, pouco se viu isso acontecer. Com o advento da Lei 13.058 de 2014, e a consequente modificação no texto legal, buscou-se efetivar a aplicabilidade da guarda compartilhada. Com a obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada e a consequente responsabilização conjunta diante dos direitos e deveres concernentes a garantir o desenvolvimento da prole, a presente modalidade vem assumindo um importante papel. Nesse âmbito, o presente estudo busca ressaltar a importância da convivência familiar para o desenvolvimento físico, moral, intelectual, bem como psicológico do indivíduo, destacando os impactos positivos e negativos da modalidade na vida da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Guarda compartilhada. Convivência Familiar. Direito de Família.

## **ABSTRACT**

The shared custody was established by the 11.698 Law on June 2008. Since the beginning, the goal of the shared custody was to ensure that children of divorced parents would have the right to live with both parents after a marital breakdown, but in practice is not what happen. With the 13.058 Law established on 2014 and the changes in the legal text, it was sought the effective applicability of the shared guard. With the obligatory application of the shared custody and joint responsibility against the rights and duties to guarantee the offspring's development, the current mode is assuming an important role. In this context, the current study is to point out the importance of a family living for the physical, moral, intellectual, and individual's psychological, highlighting the positive and negative impacts of this mode in children and adolescent's lives.

**Keywords:** Shared Custody. Family Interaction. Family Law.



## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**CF/1988** – Constituição Federal promulgada no ano de 1988

**ECA** – Estatuto da Criança e do Adolescente

**ART** – Artigo

**CC** – Código Civil

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR.....</b>	<b>12</b>
1.1 Na Antiguidade.....	16
1.2 Na Idade Media.....	18
1.3 Na Idade Contemporânea.....	19
1.4 Pais e Filhos.....	22
<b>2 A GUARDA DOS FILHOS</b>	
2.1 Do Poder Familiar.....	23
2.2 Espécies de Guarda.....	27
2.3 O Surgimento da Guarda Compartilhada.....	30
<b>3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR</b>	
3.1 A responsabilidade dos pais frente a essa modalidade de guarda, sua aplicação do Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	38
3.2 Os reflexos da guarda compartilhada na formação do indivíduo.....	42
<b>4 ANÁLISES DE JULGADOS A RESPEITO DA APLICAÇÃO DA MODALIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA.....</b>	<b>49</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas ao longo da história transformaram de maneira significativa a estrutura familiar. Se antigamente o homem era a figura central da família e a ele cabia o sustento e o poder familiar, restando à mulher a exclusiva tarefa de cuidar do lar, hoje o cenário é outro. Com a modernização e a inserção da mulher no mercado de trabalho, o poder familiar antes concentrado apenas na figura paterna, adquire uma nova faceta com a introdução da figura da mulher nas decisões familiares. Ademais, o reconhecimento legal das uniões homoafetivas também aponta uma nova forma de se reconhecer o núcleo familiar.

Ocorre, todavia, que o acelerado ritmo em que vive a sociedade trouxe também resultados negativos. Pela necessidade de se complementar a renda familiar para estabelecer um padrão de vida razoável, muitas vezes os indivíduos vivem para o trabalho, o que acaba comprometendo os laços afetivos. Assim, os relacionamentos acabam sendo prejudicados, resultando na separação conjugal. Contudo, os filhos - fruto dessa relação - também acabam sendo prejudicados, motivo pelo qual a legislação constantemente vem mudando, de modo a atender o que for melhor para a criança.

Muitas vezes, na separação litigiosa o filho acaba sendo uma “arma” utilizada pelo casal na hora de decidirem acerca da guarda. Nesse sentido, houve a modificação da legislação com a inserção da guarda compartilhada como medida a diminuir os impactos negativos resultantes da separação conjugal.

É sabido que o bom relacionamento dos genitores, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal, é fator de extrema importância na vida dos filhos, pois não devem ter seu relacionamento com os pais prejudicado pelo litígio existente entre o casal.

Portanto, atualmente, o Judiciário - juntamente com a equipe interdisciplinar - enfrenta o trabalho de demonstrar aos pais que o fato de não dividirem mais o mesmo teto não os exime das responsabilidades diante de seus filhos, pois a infância e a adolescência representam uma importante fase da vida dos filhos, indivíduos em desenvolvimento.

Inicialmente, a legislação apontava a guarda compartilhada como uma faculdade na hora da separação dos cônjuges, sendo mais comum a adoção da guarda unilateral. Todavia, na prática, aquela acabou se tornando pouco aplicada, uma vez a maioria dos casais se encontraram em litígio na hora da separação. Desse modo, tornava-se inviável a aplicação da modalidade, isso porque o filho acabava se tornando objeto de disputa pelo casal.

Diante disso, em 2014, foi sancionada a Lei 13.058/14 que tornou a guarda compartilhada a regra na hora de resolver o destino do filho na separação conjugal.

Assim, a presente pesquisa visa discorrer acerca da modalidade da guarda compartilhada sancionada pela Lei 13.058/14, abordando seu conceito, apontando seus aspectos legais e mostrando os impactos positivos e negativos da aplicação da guarda conjunta na vida do filho menor. Nesse ínterim, a pesquisa busca elucidar os possíveis entraves enfrentados na hora da aplicação da guarda compartilhada e as possíveis soluções a que a medida se torne realmente eficaz.

Ao longo dos capítulos, será abordado um breve apontamento histórico acerca da instituição familiar, da guarda e sua evolução, suas modalidades e aplicações de acordo com a legislação vigente. Ademais, será destacado o papel da criança e do adolescente não apenas no processo da ruptura do vínculo entre os cônjuges, mas também sob o olhar do princípio do melhor interesse e o direito à convivência familiar.

Por derradeiro, vale ressaltar que para a elaboração da pesquisa foi realizado um levantamento bibliográfico e análise colhidos para dar embasamento teórico ao trabalho. Ademais, levanta-se uma reflexão acerca da importância da família como unidade básica no desenvolvimento dos filhos menores, demonstrando que o fato de os pais não atuarem mais como um casal independe da tarefa que devem desempenhar de pais e responsáveis de seus filhos, devendo zelar pelo seu pleno desenvolvimento físico, psicológico e moral.

## 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR

A família, conforme aponta a história, sempre existiu. Considerada um sistema muito complexo, passou por diversas transformações ao longo da história (Biasoli; ALVES, 2004). Assim, fatores externos existentes nos cotidianos das sociedades, tais como as mudanças religiosas, econômicas e sociais, exerceram forte influência na formação da família contemporânea.

De acordo com Gonçalves (2014), o conceito de família é abrangente: “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” (GONÇALVES, 2014). E também de uma forma mais específica como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau” (GONÇALVES, 2014).

As transformações que ocorreram ao longo da história alargaram o conceito de família. Se inicialmente a sociedade enxergava a unidade familiar como consequência do matrimônio, ou seja, analisava apenas sob o aspecto formal do ato, hoje, o que se percebe é a família como unidade básica da sociedade formada por indivíduos com ancestrais em comum ou mesmo ligados pelo vínculo afetivo. Ou seja, a inserção do vínculo afetivo como pressuposto da constituição dessas relações demonstra que não se é mais possível restringir o núcleo familiar aos efeitos do matrimônio. É preciso mais: também se deve resguardar o grupo familiar e seus componentes (DIAS, 2014).

Nas palavras de Marlene Pelzer (1998):

A família é a esfera íntima da existência que une por laços consanguíneos ou por afetividade os seres humanos. Como unidade básica de relacionamentos, é a fonte primária de suporte social, onde se almeja uma atmosfera afetiva comum, de aquisição de competência e de interação entre seus membros. Convive dentro de um determinado ambiente constituído de elementos físicos, biológicos, econômicos, sociais e culturais. É o ambiente imediato no qual os seres humanos exercem seus papéis e que lhes provê recursos essenciais necessários para facilitar o enfrentamento e ajustamento a condições internas e externas que estão em constante mudança. Dessa forma, a família pode ser compreendida como um sistema aberto que influencia e é influenciado por sistemas mais complexos,

tais como a escola, o trabalho, os serviços de saúde, o Estado, entre outras estruturas, que constituem o sistema maior denominado sociedade (PELZER, 1988, página 105).

É na família que os indivíduos se relacionam e trocam experiências, visto que ela é, ao mesmo tempo, um espaço de conflito cooperativo e um espaço determinante de bem-estar através da distribuição de recursos, passando muitas vezes a refletir diretamente dúvidas, aspirações e questões pessoais. Na família, os filhos e demais membros encontram o espaço que lhes garante a sobrevivência, desenvolvimento, bem-estar e proteção integral através de aportes afetivos e, sobretudo, materiais (MELLO, 2006).

Essas diversas modificações na estrutura do conceito de família podem ser demonstradas a partir da evolução histórica das sociedades. A partir dessa análise, é possível compreender o atual conceito da instituição familiar e suas consequências.

No Brasil, em um primeiro momento observa-se um projeto de modelo de família patriarcal como modelo histórico de família; em um segundo momento, a revisão desse modelo de acordo com as transformações que ocorrem na sociedade (ALVES, 2009). Isto é, o modelo patriarcal que perdurou durante muitos anos na nossa sociedade, e ainda hoje se mascara de diferentes formas no seio familiar tem origem no passado.

Por primeiro, o modelo patriarcal brasileiro era caracterizado por um extenso grupo formado pelo casal e filhos legítimos, afilhados, agregados, escravos e até mesmo concubinas e bastardos, todos abrigados no mesmo lugar sob a autoridade do patriarca, o dono das riquezas, das terras, do poder. Diante de um Estado sem muita representação, tendo em vista que o governo português não conseguia se fazer presente em todo território brasileiro, a instauração de um poder patriarcal forte substituía a ausência de um Estado forte. Tanto é verdade, que a partir do momento em que o Estado assume sua posição de fato, entra em declínio o modelo patriarcal de família no Brasil (TERUYA, 2000).

A partir do século XIX, com o início do processo de industrialização, inicia-se a transformação do quadro familiar. O processo de urbanização provoca a migração das famílias do campo para a cidade, de modo que a

família, inicialmente caracterizada por ser extensa e rural, vai adquirindo uma nova forma, de família nuclear.

A partir da década de vinte, com o processo de modernização e urbanização da sociedade avançando, intensificam-se os estudos referentes à família. Os padrões tradicionais familiares começam a ser destruídos pelo impacto gerado pela urbanização e o modelo tradicional patriarcal de família já não é suficiente a suportar uma sociedade urbana e modernizada (LEITE, 2010).

Assim, a sociedade industrial é o marco do nascimento da família nuclear burguesa. Essa nova forma de organização familiar se caracteriza pela perda da importância do parentesco extenso, pelo aumento da participação da mulher no sistema produtivo, pela natalidade planejada e reduzida. A família moderna passa a integrar a socialização da criança (TERUYA, 2000).

Ou seja, com a sociedade se reorganizando de modo a atender o meio urbano, não mais interessa o alargado número de filhos para garantir a sobrevivência. Isso porque a mulher passa a ingressar o mercado de trabalho e não apenas se dedicar ao lar, como anteriormente era feito. Logo, o acelerado desenvolvimento urbano resulta em uma intensa modificação no núcleo familiar.

Nesse sentido, as evoluções ocorridas ao longo do tempo também refletem no ordenamento jurídico. No âmbito jurídico, algumas transformações também acontecem. A Constituição Federal de 1988 passa a reconhecer a família como a base da sociedade e, com isso, assegura-lhe especial proteção quando faz expressa referência ao casamento, à união estável e às famílias formadas por um só dos pais e dos filhos (DIAS, 2015).

A legislação adota o princípio da igualdade entre os cônjuges, reformulando as normas referentes aos regimes matrimoniais, instituindo o divórcio e atribuindo aos filhos havidos do matrimônio ou fora dele direitos iguais. Portanto, se até então o Direito de Família era consagrado pelo Código Civil de 1916, restringindo-se a disciplinar as relações familiares formadas pelo casamento, o cenário é alterado com a promulgação da CF/88.

O Código Civil de 2016 regulava a família constituída unicamente pelo matrimônio. Como bem se vê, era uma visão extremamente discriminatória e limitada. Por primeiro, porque fazia distinção entre os seus membros, excluindo as pessoas unidas sem ser pelo casamento, bem como os filhos havidos dessas relações. Por segundo, reduzia a visão da família como aquela instituída pelo casamento (DIAS, 2015).

Para Maria Berenice Dias (2015):

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família (DIAS, 2015, pg 32).

Assim, a consagração da Constituição Federal de 1988 e as inovações trazidas no âmbito familiar acabam por resultar um novo modelo jurídico de família, com enfoque também para os filhos havidos das relações e de fora das relações.

Com um olhar mais atento para a vida dos filhos, seja criança ou adolescente, surgem novas preocupações. De objeto de poder, o filho passou a ser sujeito de direito. Desse modo, o ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou de maneira significativa o seu instituto, passando a adquirir um caráter protetor à criança e modificou completamente o sentido do poder familiar (DIAS, 2015).

Assim, a visão de poder familiar adotada pelo Código Civil de 1916 tornava-se amplamente criticada, motivo pelo qual em 2002, pela Lei nº 10.406, adota-se uma nova expressão ao poder familiar. Para Maria Berenice Dias (2015):

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder



familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho (DIAS, 2015, pg 462).

O “Princípio da Proteção Integral”, consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe uma nova configuração ao poder familiar. Em consonância com a igualdade dos cônjuges, o poder familiar passou a ser compartilhado pelos genitores, rompendo a ideia da concentração de poder na figura paterna.

Os próximos tópicos abordarão a evolução do conceito de família atrelado à concepção de poder familiar ao longo da história, do período antigo até a sociedade contemporânea.

## 1.1 NA ANTIGUIDADE

O termo “família” origina-se do latim *famulus*, que significa: conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor, que vivem sob o mesmo teto (HOUAISS, 2001). Dentro dos chamados dependentes estão inclusos a esposa e os filhos havidos da relação. Assim, a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus fâmulos: esposa, filhos, servos livres e escravos. Pelo pátrio poder, sobre todos ele tinha o direito de vida e de morte (ALVES 2006, apud PRADO, 1981).

As antigas civilizações são marcadas pelo forte apelo à religião. Desse modo, os laços familiares não se estabeleciam por qualquer tipo de afeto ou consanguinidade, o que se levava em consideração era o culto pela religião (MACIEL, 2010).

A família romana era regida pelo poder paterno - *pater familiae* - assim, cada unidade familiar era regida por um chefe de família, denominado *pater*, responsável pela realização dos cultos religiosos (MACIEL, 2010). Conforme se observa, a autoridade, tanto familiar como religiosa, era concentrada na figura masculina. Nas palavras da autora:

Como autoridade, o pai exercia poder absoluto sobre os seus. Os filhos mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independentemente da menoridade, já que àquela época, não se

distinguiam maiores e menores. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida a morte dos seus descendentes (MACIEL, 2010, pg 3).

Nesse período, portanto, a união do homem e da mulher era uma instituição consensual. Em Roma, por exemplo, o casamento era monogâmico. Para os antigos, quando aceitavam se casar, o faziam com a intenção de estabelecer uma comunhão de vida íntima e duradoura. Na sociedade ateniense clássica, o casamento tinha como objetivo a perpetuação da família. A esposa, considerada propriedade do homem e inferior a ele, participava superficialmente da vida do marido. Todavia, a história aponta a existência de outras formas de assumir o casamento, como o concubinato (MEIRA, 1971).

Em relação aos filhos, não se distinguiam filhos maiores e menores. Dessa maneira, os filhos viviam sob a autoridade do pai enquanto vissem sob o mesmo teto, independente da idade. Aqui, filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, motivo pelo qual era comparado a uma propriedade (MACIEL, 2010).

Na sociedade antiga também era comum a prática do sacrifício. Nas palavras da autora “também era corrente, entre os antigos, sacrificarem crianças doentes, deficientes, mal formadas, jogando-as de despenhadeiros; desfazia-se de um peso morto para a sociedade”. Nas palavras da autora:

Os gregos mantinham vivas apenas crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, “patrimônio” do Estado (MACIEL, 2010, pg 3).

Em momento posterior, alguns povos antigos buscaram resguardar os interesses da criança e do adolescente. Assim, com os diversos problemas que emergiram na época, como as invasões bárbaras, a crise econômica e a disputa bélica, houve um declínio do Império Romano e da sociedade antiga e a ascensão do cristianismo, dando início a uma nova fase da história.

## 1.2 NA IDADE MÉDIA

Com a queda do Império Romano e a ascensão do cristianismo, o conceito de família passa por profundas mudanças. O culto deixa de ser celebrado pelo patriarca, motivo pelo qual se desloca as celebrações para as capelas e, então, tira da família antiga parte de suas funções.

Fundado no modelo do casamento cristão, compreende-se o matrimônio como um contrato estabelecido entre o homem e a mulher. Desse modo, o modelo da família se funda nessa união estabelecida pelo casal e também pelos filhos que naturalmente surgiriam dessa união (MACIEL, 2010).

Aqui, a relação estabelecida não é mais como na antiguidade, por uma concepção individualista e estatista da autoridade do chefe da família, mas por um novo fator de ordem biológica e moral – a união dos indivíduos pela carne e pelo sangue, com interesses solidários e assistência mútua.

Assim, todo relacionamento da época era estabelecido pelo modo familiar, fundamento no estabelecimento de um contrato entre iguais: senhores e vassalos, mestres e aprendizes. Todos fazem parte de uma mesma família, no sentido concreto, uma vez que moravam juntos e participavam da vida familiar, quanto no sentido abstrato, uma vez estarem unidos pelo cristianismo.

Com a forte influência da Igreja e da introdução do cristianismo como religião oficial do período medievo, a procriação era considerada essencial para a constituição de uma família, uma vez seguirem o preceito bíblico: "Crescei e multiplicai-vos. Ide e enchei a terra". Em sendo assim, a família surgida da instituição do casamento deveria buscar a reprodução, sendo o casal que não o fizesse considerado inferior aos demais. A função do sexo, então, limitava-se a satisfazer o desejo masculino e a geração da prole, razão pela qual as famílias eram sempre formadas por muitos indivíduos. A família era considerada uma realidade moral e social, não sentimental. No que concerne às famílias mais pobres, restringiam-se a se ocuparem na casa dos "amos" ou seus senhores, local em que passavam mais tempo do que sua própria casa quando a tinham. Já para as famílias mais ricas, família se confundia com propriedade ou nome. Ou seja, para os pobres não existia o

sentido sentimental da instituição familiar, uma vez viverem em função de servir a seus senhores. Aos ricos, esse sentimento seguia sua antiga relação de linhagem (SIQUEIRA, 2010). Nas palavras de Carmen da Silva (1998):

Já a família aristocrática europeia (Poster, 1979) incluía parentes, dependentes, criados e clientes (agrupamento de 40 até mais de 200 pessoas). O casamento era um ato altamente político, do qual dependia a manutenção das propriedades familiares, por isso contratado entre as linhagens. As relações e papéis eram hierarquicamente fixados pela tradição e os grandes castelos, lugares públicos e políticos; amor e sexo não eram assuntos privados, nem secretos; a riqueza (representada pela terra) era para ser herdada e transmitida, não ganha ou acumulada (SILVA, 1988, pg 56).

No que diz respeito à prole, fica evidente que não eram estabelecidos laços estreitos entre pais e filhos. As crianças tinham sua educação baseada na aprendizagem junto aos adultos, e quando atingiam sete anos de idade, viveriam em uma família que não a sua situação que só viria a mudar no século XV com inserção da escola no convívio das crianças.

Em relação à educação, não havia preocupação aparente pelos genitores, uma vez a responsabilidade ser das chamadas “amas-de-leite”. As crianças eram consideradas pequenos animais, não objetos de amor e afeição. O seu aprendizado era dirigido para a obediência à hierarquia social, e por isso o castigo físico era o instrumento comumente utilizado (CARMEM, 1998). O cenário só vem a mudar com a transição para a Idade Contemporânea.

### **1.3 Na Idade Contemporânea**

Com a Reforma Protestante, a Igreja Católica passa a perder a sua exclusividade e a partir do século XVIII há uma intensa evolução quanto ao sentido da família. Essa evolução indica uma tendência para a organização familiar entre marido, mulher e filhos, ligados por laços afetivos. Esse seria o grupo nuclear, considerado indispensável para a espécie humana. Contudo, ao longo da modernização, puderam ser observadas muitas variações na família nuclear, de acordo com as condições em que vive determinado grupo, classe social, econômica e cultural (SIQUEIRA, 2010).

Dante Moreira Leite em sua obra “O desenvolvimento da criança” (2010) aduz:

A família contemporânea é característica principalmente das classes médias e altas dos países de tradição europeia e, ainda aqui, seria necessário fazer algumas restrições. Essa família deve, idealmente, resultar de uma escolha afetiva entre jovens, isto é, de acordo com esse ideal, o casamento deve basear-se no chamado amor romântico. O uso da expressão já é revelador: sociólogos e psicólogos empregam o adjetivo para distinguir essa forma de amor das outras, aparentemente mais frequentes nas sociedades humanas conhecidas (LEITE, 2010, pg 23).

O que isso quer dizer? O amor romântico é uma invenção recente da história humana. Apesar de estar presente há tempos na humanidade, surge de uma nova forma no mundo contemporâneo. Por primeiro, a ligação entre o amor e o casamento. Por segundo, a importância que esse amor passa a representar na vida humana e se torna elemento fundamental para compreender o que ocorreu na evolução da família nos últimos séculos.

Duas importantes obras retratam essa evolução, Dante Moreira Leite (2010) traz as obras – Inês de Castro e Romeu e Julieta – relatando que embora à época incomum o casamento entre pessoas de diferente nível social, já que casamento e o amor andavam separados, começava-se a aceitar a ideia do casamento por amor, embora fossem casos raros.

Outro ponto há se destacar é o papel da mulher nessa relação. Embora as obras destaquem a mulher em um lugar elevado na instituição familiar, a realidade apontava raríssimos casos em que a mulher possuía liberdade de escolha quanto ao parceiro.

O que, de fato, possibilitou a união do amor ao casamento foi às diversas mudanças na vida social. O processo de industrialização e urbanização reduziu drasticamente a influência da família no destino do indivíduo, uma vez que a posição que o indivíduo ocupa na escala social depende dos recursos econômicos da família, e não por propriedade ou nome. Na teoria, as posições viriam a se tornar cada vez mais acessíveis a todos. Logo, se um indivíduo não se casasse com alguém de diferente classe social, por exemplo, não era por imposição da família, mas sim pela situação de convívio (LEITE, 2010).

No que concerne aos filhos, aos poucos a criança se liberta do trabalho, passa a viver numa família menor e mais isolada. O que deve ter contribuído para o seu enriquecimento interior. Para Carmen, (1998):

A família passou a ser um santuário sagrado, privado, refúgio impenetrável. Em busca do lucro e precisando dedicar suas atenções aos assuntos econômicos, o burguês estabelece locais separados e funcionalmente diferenciados para seus negócios, que, por se caracterizarem muitas vezes como competitivos, precisam ser regidos pela frieza e pelo calculismo, não se misturando, assim, com o sagrado lar. Esta situação caracterizou também o maior domínio dos pais sobre os filhos, excluindo-se a interferência de outras pessoas. Quando o Estado liberal, no século XIX, delineia alguma forma de ingerência nos assuntos de família, o faz para as famílias proletariadas ((SILVA, 1988, pg 57).

Assim, o que se pode observar é que o ideal de família que passaria a vigorar é o baseado na escolha afetiva dos indivíduos, cujo objetivo é a realização da felicidade individual. Essa nova concepção de núcleo familiar dá importância ao sentimento amoroso e à felicidade, deixando de lado a condição econômica, que teve forte influência até meados do século XVIII. Talvez por depender exclusivamente da vida afetiva, tenha também se tornando instável (LEITE, 2010).

Na última década, nota-se uma intensa insatisfação com a família e o casamento. Para os jovens, a família passou a ser sinônimo de prisão intolerável. De acordo com dados do IBGE (2015), nas últimas três décadas – 1984 a 2014 – o número de divórcios cresceu de 30,8 mil para 34,1 mil.

Atualmente, o conceito de família tornou-se plural, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, buscando reconhecer os relacionamentos unidos pela afetividade, independente das relações constituírem ou não o selo do casamento. Para Maria Berenice Dias (2015):

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribuiu tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (DIAS, 2015, pg 133).

Como bem se vê, a família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários – casamento, sexo, procriação – a concepção não mais

decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Hoje o que se aceita é uma visão pluralista de família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, sendo o elo da afetividade, independente da sua conformação, a principal característica (DIAS, 2015).

Nesse momento, ressignificaram-se as relações emocionais entre pais e filhos. Surge a ideia do amor maternal como natural para as mulheres, incentivadas a criar com os filhos um vínculo profundo, de modo que a mãe que não se dedicasse inteiramente aos filhos fosse considerada desnaturada.

Dessa forma, surge o auge do “maternalismo”. Novas formas de amor e autoridade se evidenciam na criação dos filhos – aleitamento materno, atenção constante, alimentação regular e intenso carinho. Conforme aduz Carmen, (1998): “A ambivalência é uma das características da estrutura familiar burguesa. A punição física é substituída pela culpa, gerada no medo de perder o amor parental” (página 58).

Nesse âmbito, é possível perceber que a família moderna foi se definindo pelo isolamento, preconizando o individualismo familiar, transformando, de fato, o núcleo familiar em um lar, como sinônimo de amor e afeto.

#### **1.4 Pais e Filhos**

A tendência do casal, ao se casar, apontava naturalmente para o surgimento dos filhos. Com as mudanças ocorridas ao longo dos séculos e a modernização da humanidade, a criança não mais se encontra sob a responsabilidade de apenas um genitor. Ela não está apenas com a mãe, nem apenas com pai e a mãe, está sempre inserida em um grupo, o chamado núcleo familiar em que nasce.

Muito mais do que o crescimento biológico, o crescimento social torna-se de grande importância. Para Dante (2010), quando ocorre o chamado “nascimento social” da criança, ou seja, sua integração em um grupo, a criança passa a ser objeto de grandes cuidados dos pais e da família.

Philippe Ariès, em sua obra *História Social da Criança e da Família*, localiza o início do processo da inserção da criança na família no século XVI, mas mostra o seu desenvolvimento completo já no século XVIII. Na Europa, no século XVIII, observa-se toda uma transformação na vida social da família. Tende-se a isolar da comunidade, bem como da família consanguínea. Tais processos contribuíram significativamente no estreitamento das relações entre pais e filhos, uma vez não mais haver forte relação com o enorme número de parentes da família tradicional. (ARIÈS, 1981)

No século XIX, com a industrialização e a conseqüente separação entre as classes sociais, entende-se melhor o modelo atual de relação familiar adquirido. De um lado, as famílias pobres, sob condições precárias de criação passam a viver de maneira inferior a de unidade de produção econômica. Do outro, famílias de classe média e alta tendem a desenvolver o padrão de infância prolongada, a cercar as crianças de afeição e cuidado. (LEITE, 2010)

A diferença entre os dois grupos sociais torna-se decisiva, uma vez encontrarmos no segundo modelo o padrão que hoje consideramos moderno. Ou seja, é na classe média e alta que vamos encontrar a infância moderna e contemporânea, na qual a família passa a ser o local onde a criança está protegida.

A partir do século XVIII, a criança também passa a ser objeto das atenções das autoridades públicas. Nesse ínterim, a proteção à infância é um dos ideais mais amplamente aceitos na nossa época.



## 2 A GUARDA DOS FILHOS

### 2.1 Do Poder Familiar

A expressão “poder familiar” é recente e oriunda da expressão “*pater potestas*” – pátrio poder -, remonta ao direito romano e se refere ao poder absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos (DIAS, 2015).

O Código Civil de 1916 assegurava esse pátrio poder de maneira exclusiva a figura masculina, ao marido, que seria o chefe da sociedade conjugal. A condição da mulher como chefe da instituição familiar, então, se restringia aos casos em que faltasse ou não houvesse a figura masculina. Mesmo porque no passado caberia à mulher a vida doméstica, envolvendo a organização da casa e educação dos filhos. Nesse ínterim, a mulher torna-se extremamente dependente do marido materialmente, bem como na sua identificação perante a sociedade. Isto é, sua identidade pessoal passa a ser determinada pela posição econômica e social que ocupasse no mundo extrafamiliar (DIAS, 2015).

Com a aparição dos direitos referentes à criança e ao adolescente, lança-se um novo olhar para os pequenos. O Código de Menores, Lei nº 6.097 de 1979, tinha o enfoque voltado apenas para retirar as crianças e adolescentes em situação irregular das ruas. Tal condição só foi modificada com o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/1962, que também garantiu à mulher a possibilidade de exercer junto ao marido o poder familiar, contudo, era considerada apenas uma colaboração. Isto é, caso houvesse divergência entre os genitores, prevalecia à vontade do pai (AZAMBUJA, 2013).

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, I e artigo 226, §5º) foi que a mulher conseguiu conquistar sua isonomia e garantir iguais direitos e deveres na sociedade conjugal em relação aos filhos comuns.

Ademais, foi em 1989, com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que ocorreu uma mudança em relação às crianças, assegurando sua

forma de tratamento diante da situação de vulnerabilidade. Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990 – e com base no artigo 227 da Constituição Federal, com a instituição do princípio da proteção integral da criança - consolidou-se à proteção a prole, com mais direitos e deveres estabelecidos a serem cumpridos pelos pais para com os filhos. Em contrapartida a expressão adotada pela legislação vigente, alguns autores preferem utilizar a expressão “autoridade parental”, uma vez afastar o caráter romanista e autoritário da expressão que enaltece o homem (marido) e dar a ambos os pais a responsabilidade com a prole que ainda não atingiu a maioria (AZAMBUJA, 2013). Nesse sentido, enuncia Maria Berenice Dias (2015):

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. Para Waldyr Grisard, tentar definir o poder familiar nadam ais é do que tentar enfeixar o que compreende 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 socialmente. A autoridade parental é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável (DIAS, 2015, pg 462).

Superado esse primeiro ponto, impende destacar o que, de fato, isso influencia na vida da prole, ou seja, de que modo o poder familiar é capaz de interferir na formação da criança ou adolescente. Sob essa nova visão, a criança e o adolescente passam de objeto de direito a sujeitos de direito. Doravante, estão sujeitos às fiscalizações estatais e dignas a responsabilidade parental imposta por lei.

É sabido que em muitos casos não há um planejamento familiar para a chegada do filho. Ocorre, todavia, que a partir do momento em que se decide por trazer uma criança ao mundo existem sérias responsabilidades e deveres que devem ser observados. Ao bebê deve ser dado cuidado que possibilite a ele crescer em pleno desenvolvimento. Aos pais, o cuidado é redobrado, principalmente por estarem diante de um novo enfrentamento para o qual, conseqüentemente, nem sempre se encontram preparados. Os pais são os primeiros responsáveis pelo atendimento da necessidade dos filhos, devem garantir ao bebê, à criança e ao adolescente o atendimento de suas

necessidades, quais sejam a atenção, o alimento e o aconchego de um lar, uma vez que a negligência aos cuidados podem acarretar sérios problemas de desenvolvimento intelectual e social da prole (AZAMBUJA, 2013).

Nesse sentido, o poder familiar pode ser definido como o conjunto de direitos e deveres relativos aos pais com relação a seus filhos e respectivos bens, com a finalidade de protegê-los ainda que em situação de divórcio. Isso porque o dinamismo da vida moderna e, por muitas vezes, a insatisfação na vida conjugal propiciou um maior número de rupturas nas relações da vida comum. De fato, qualquer tipo de separação representa uma ruptura de vínculo e isso acarreta danos e prejuízos a todos os envolvidos na relação, principalmente quando se trata dos filhos, parte hipossuficiente da relação. Em verdade, a fragilidade das relações conjugais acaba por influenciar diretamente na vida da prole e conseqüentemente nas relações paterno – materno filial.

Nesse âmbito, a condição da criança ou adolescente, fruto dessa relação é o que deve ser resguardado em primazia. É, inclusive, o que consolidou o texto constitucional quando consagrou o princípio da proteção integral. Assim, no intuito de observar o melhor para a prole, a tendência moderna se inclina na busca por alternativas que minimizem os riscos e danos gerados aos filhos durante todo o processo da ruptura matrimonial, uma vez ser inevitável o medo, as dúvidas e incertezas na vida das crianças.

Assim, o pátrio poder está diretamente ligado ao instituto de guarda através do artigo 1634, inciso II do Código Civil de 2002 e artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que enunciam:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (BRASIL, 2002)

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Pode-se afirmar que a guarda é o instituto através do qual alguém, parente ou não, assume as responsabilidades de menor de 18 (dezoito) anos, dispensando-lhe os cuidados necessários próprios da idade, quais sejam assistência material, educacional, espiritual e moral.

A Declaração Universal da Criança em seu princípio 2º estabelece que:

A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Tal princípio consolidou-se na legislação brasileira através do princípio do melhor interesse da criança, implícito na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Assim, com a alteração do Código Civil, é sabido que hoje se dá preferência à guarda compartilhada, tendo em vista a atuação e participação de ambos os pais no cotidiano do filho. No entanto, não é a única modalidade presente no nosso ordenamento jurídico.

## **2.2 Espécies de Guarda**

Guardar, pelo que bem indica a palavra, significa zelo, proteção, assistência. Do mesmo modo, guardar os filhos significa zelar por eles, ter responsabilidade, prestar assistência e companhia. Dispõe o artigo 33, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“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”.

Desse modo, quando se detém a guarda dos filhos, deve-se atentar aos requisitos indispensáveis a garantir o pleno desenvolvimento da criança, indo além do que é uma obrigação e, de fato, desempenhar o papel de responsável e zelar pelo interesse do que está sob sua responsabilidade. No âmbito jurídico, ensina Maria Berenice Dias (2015):

A palavra guarda significa verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito. Daí a preferência pela expressão direito de convivência. Como refere Gustavo Tepedino, a carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho (DIAS, 2015, pg 522).

Vale destacar que o Código Civil de 2002 enuncia que, independente, da situação conjugal em que os pais se encontrem, devem assumir conjuntamente as obrigações de responsáveis perante a prole, de modo que a dissolução da relação não afete a vida da criança. Assim:

Art. 1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (BRASIL, 2002).

Nessa testilha, a palavra “guarda” vai muito além dos deveres impostos aos pais em relação aos filhos, como moradia, alimentação e lazer. Abrange também o afeto, o diálogo, fornecendo-lhes apoio, quesitos indispensáveis que não se vinculam à condição financeira e são essenciais para o desenvolvimento pessoal dos filhos menores.

A fim de garantir que o melhor interesse da criança seja atendido, a legislação brasileira admite duas espécies de guarda: a guarda unilateral e a guarda compartilhada, conforme dispõe o art. 1583 do Código Civil, alterado pela Lei 13.058/2014.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

Os parágrafos primeiro e segundo do referido artigo conceitua os dois tipos de guarda. Sendo:

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua 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, 2002)

No que se refere à guarda compartilhada, o primeiro avanço ocorreu em 2008, com a instituição da guarda conjunta no ordenamento jurídico. Em

2014, com a Lei 13.058/2014 um novo conceito é aplicado ao texto, revogando parte dos incisos que existiam. Assim:

§ 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.

Conforme se depreende do Código Civil, a guarda unilateral concede a apenas um responsável, podendo este ser algum dos pais ou não, a guarda exclusiva, possibilitando ao outro ex-cônjuge o direito de visitas. De outro modo, a guarda compartilhada permite que tal responsabilidade alcance ambos os pais, uma vez que por muitas vezes um dos genitores entende que apenas a assistência financeira o exime do resto das responsabilidades.

Para Maria Berenice Dias, Manuel do Direito de Família (2015):

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos (DIAS, 2015, pg 525).

A guarda unilateral consiste na situação em que o filho possui residência fixa com apenas um dos genitores. É concedida ao genitor que melhor atende as condições necessárias que a criança ou adolescente deve obter, levando-se em consideração o ambiente familiar, as condições financeiras, o afeto e a possibilidade de assistência no que for necessário. A guarda unilateral, ainda, pode ser fixada pelo juiz de maneira judicial ou consensual. Nas palavras de Gonçalves (2013):

Um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho (GONÇALVES, 2013, pg 181).

No que concerne à guarda compartilhada, entende-se por tal a que impõe a ambos os genitores a responsabilidade igualitária no cotidiano do filho. Ou seja, ainda que os pais não convivam mais sob o mesmo teto, possuem os mesmos direitos e deveres, assumindo responsabilidade conjunta perante a prole. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015):

Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, a guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer (DIAS, 2015, pg 525).

Nessa testilha, a guarda compartilhada tem o intuito de garantir a presença de ambos os pais na sua rotina, permitindo que os genitores decidam assuntos relacionados ao seu interesse, de modo que sempre atendam ao que for melhor para os filhos menores.

### **2.3 O Surgimento da Guarda Compartilhada**

Conforme já abordado em capítulo anterior, a intensa modificação no quadro social transformou os paradigmas e mudou a estrutura do conceito de entidade familiar.

Se por primeiro a figura materna era a única responsável pela manutenção dos filhos, a transformação do quadro social e o contexto econômico, principalmente com a inclusão da mulher no mercado de trabalho, resultam em uma modificação na relação paterno-filiais (AKEL, 2008).

Outro ponto também abordado e que contribuiu de maneira significativa para a essa modificação foi o aumento das rupturas das relações conjugais. Aponta AKEL (2008):

Quando a situação chega a ser tão insatisfatória e excessiva que seja necessária à separação litigiosa, todos saem perdendo. Todavia, evidente que os maiores prejudicados dessa dissolução conjugal são os filhos, que vivenciam um período traumático. Nessa linha, a guarda dos filhos acaba por se tornar uma guerra de ego e principalmente uma maneira de atingir o ex-cônjuge, desconsiderando o que é melhor para o próprio filho (AKEL, 2008, pg 15).

Com o princípio da isonomia e igualdade dos cônjuges assegurados constitucionalmente, fatores que antes eram ignorados na hora de decidir quem obteria a guarda – uma vez que ao pai era atribuída apenas a função financeira e visitas esporádicas e a figura materna seria a responsável por todo o desenvolvimento da criança – passam a serem objetos de discussão e, então, se instaura um novo paradigma no qual o pai assume também a função materna.

Com a entidade familiar, núcleo da sociedade, sofrendo grandes transformações no decorrer da história, faz-se necessário que o ordenamento jurídico se adapte às novas realidades, correspondendo aos anseios sociais. Nessa testilha, o prejuízo que vinham sofrendo os filhos nas separações litigiosas, consequência do desmembramento do casal, tornou-se cada vez mais objeto de preocupação, motivo pelo qual a modalidade de guarda conjunta ou compartilhada cada vez mais entra em evidência.

Ana Maria Milano (2008) enuncia “A visão da guarda compartilhada surgiu na Inglaterra na década de sessenta, com a *joint custody*, primeira decisão favorável ao compartilhamento da guarda, demarcando início de uma nova tendência”. A expressão *joint custody* consiste no direito de ambos os pais tomarem as decisões sobre o futuro dos filhos, apesar da guarda física ser concedida a um deles.

Nas palavras de Akel (2008):

A guarda compartilhada emerge da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento. Desse modo, a guarda compartilhada de poder parental bilateral, revela-se viável para o casamento civil, separação, bem como no divórcio (AKEL, 2008, pg 104).

Motivada por tais questões, em 22 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei 13.058, a chamada Lei da Igualdade Parental. Instituído e disciplinando a Guarda Compartilhada, esta lei alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro do CC/2002.

De acordo com o artigo 1583, parágrafo 1º do Código Civil, compreende-se 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.

Conforme se observa, o compartilhamento da guarda é a responsabilidade dos pais de exercerem conjuntamente as obrigações pertinentes aos filhos, através da convivência, seja dando as orientações necessárias ao seu pleno desenvolvimento, tais como a educação, o afeto e o lazer.

Nesse âmbito, a guarda compartilhada assume relevada importância por garantir ao filho o convívio com ambos os pais. Isto é, apesar da ruptura conjugal, os pais mantêm o exercício em comum da autoridade parental, bem como o direito de participar das decisões importantes no que se refere à criança.

Cabe ponderar que pelo nome “conjunta” ou “compartilhada” já se compreende a importância de ambos os pais no processo de desenvolvimento do filho. Portanto, o pressuposto maior desse novo modelo é a permanência do vínculo entre os pais e filhos após a separação conjugal. O que isso quer dizer, em suma, é que o fim do relacionamento dos pais não pode atingir o relacionamento dos filhos com estes, sendo sadio que a criança ou adolescente tenha a figura de ambos os pais presentes em suas vidas.

Para Maria Helena Rizzi (2004):

“Não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes e ou ausente e, certamente, sempre é melhor que estejam presente na vida de seus filhos.”

É perfeitamente aceitável que a relação entre os cônjuges não seja mais satisfatória e seja dissolvida por falta de afeto ou mesmo por incompatibilidade entre os objetivos de vida. Contudo, torna-se inviável que esse tipo de insatisfação se projete na vida dos filhos pela relação materno-filial, na qual os vínculos que unem são extremamente densos e indissolúveis

Desse modo, a família, mesmo após a dissolução conjugal, deverá permanecer biparental e não monoparental, como ocorre na maioria dos casos. O que se almeja quando se estabelece a guarda compartilhada é a garantia

aos filhos da presença dos dois pais em seu cotidiano, como seria caso estivessem casados (AKEL, 2008).

Ademais, a guarda conjunta ou compartilhada poderá ser instituída ainda nos casos em que a separação do casal resulte em mágoa e ressentimento, principalmente quando envolvem patrimônio, desde que as controvérsias não se refiram aos filhos menores, mas ao patrimônio.

Vale ponderar que antes mesmo da guarda compartilhada ser instituída obrigatoriamente, já vinha sendo aplicada pelo Judiciário brasileiro. Nos casos de separação litigiosa, é preciso atentar-se a cada caso para evitar problemas ulteriores. Isso porque é possível que, por diversos motivos, surjam possíveis desentendimentos que acarretem uma degradação natural da relação que até então era amistosa. Nesse caso, de modo a garantir o melhor interesse da criança, impõe-se a intervenção estatal através da figura do magistrado. Ou seja, a intervenção judicial ocorre no intuito de manter a relação paterno-filial e materno-filial, uma vez a ruptura conjugal desencadear possíveis desacordos.

Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. "AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO COM PARTILHA DE BENS E GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR A TÍTULO DE ADIANTAMENTO DE TUTELA". GUARDA DE MENOR. A fixação da guarda e das visitas deve atender aos interesses do filho, possibilitado que ambos os genitores compartilhem dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, AFASTADA A PRELIMINAR, PROVIDO O RECURSO. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70033272063, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 17/12/2009)

Em suma, o exercício da guarda compartilhada preserva os vínculos afetivos, uma vez que o pai não perde o filho, nem este aquele, ressaltando que a conjugalidade pode se romper, mas nunca a parentalidade.

Assim, a guarda conjunta ou compartilhada já vinha sendo aceita pela jurisprudência. O primeiro avanço ocorreu em 2008, com a Lei 11.698/08, quando finalmente foi instituída a modalidade da guarda compartilhada, deixando de ser priorizada a guarda unilateral, conferindo a ambos os cônjuges as responsabilidades e exercício igualitários dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. A mudança foi significativa, isso porque retirou a ideia de posse à guarda e colocou em primazia a relação dos pais com os filhos, determinou a atribuição da guarda a quem revelasse melhores condições para atendê-la, entretanto, também possibilitou ao não guardião o direito de visitar e fiscalizar a manutenção da vida do filho.

No âmbito processual também ocorreram mudanças, conforme consta do Código Civil, em seu artigo 1584, § 1º, ao que o juiz ficou atribuído o dever de informar aos pais o real significado da guarda compartilhada, fazendo com que se façam presentes de maneira mais intensa na vida dos filhos.

Ademais, além de definir e diferenciar a guarda unilateral da compartilhada, a lei – artigo 1584, § 2º, Código Civil - sinalizou preferência pela guarda compartilhada. Contudo, a expressão “sempre que possível” suscitou uma interpretação equivocada por parte da jurisprudência, levando os magistrados a não concederem a guarda compartilhada nas situações conflituosas entre os genitores.

Diante do exposto, com o advento da Lei nº 13.058/20, ficou ainda mais evidente a definição e aplicação da guarda compartilhada. Assim, de acordo com Código Civil, “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” (BRASIL, 2014).

Dessa maneira, a lei prioriza a guarda compartilhada e impõe igualdade parental, com a figura da criança como titular de direitos e com seus interesses em supremacia.

### **3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

A Constituição Federal de 1988, ao adotar o princípio da proteção integral, proporcionou uma nova forma de olhar para as crianças e para os adolescentes, contemplando-os como sujeitos de direitos e que merecem proteção por serem considerados sujeitos em desenvolvimento. Conforme se depreende da Constituição, foram assegurados os direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e o direito a convivência familiar.

Posteriormente, com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, tais direitos foram detalhados e concretizados de modo a efetivar o texto constitucional.

No Brasil, a proteção à criança e ao adolescente vivenciou três importantes momentos, Por primeiro, com a Doutrina Penal do Menor, considerado de caráter penal, evidenciado pelos Códigos Penais brasileiros de 1830 e 1890. O segundo momento é marcado pelo Código de Menores de 1979 com a Doutrina da Situação Irregular. Por último, o terceiro e atual momento alicerçado na Doutrina da Proteção Integral, assegurado na Carta Magna e, depois reafirmado no Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 (DIAS, 2015).

Conforme já exposto, atualmente no Brasil vigora o Princípio da Proteção Integral, conforme disposto no art. 227 da Constituição Federal, também integrado ao princípio da dignidade humana. Se anteriormente, com a “Doutrina da Situação Irregular”, a criança e o adolescente não eram reconhecidos como sujeitos de direitos, na era pós-moderna a criança e o adolescente são tratados como sujeitos de direitos em sua integralidade. Nesse sentido. A doutrina da proteção integral estabelecida no artigo 227 da Carta Magna substituiu a doutrina da situação irregular. De forma evidente, ocorreu muito mais do que uma simples mudança. A substituição de uma por outra representa a mudança de paradigma.

Nas palavras de Kátia Maciel (2010):

A Carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta propriedade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los (MACIEL, 2010, pg 11).

A doutrina da situação irregular perdurou durante muito tempo, mas limitava-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, estabelecido no artigo 2º do Código de Menores. Assim, compreendia apenas o “menor” privado de suas condições essenciais à sua subsistência, em razão da falta ou omissão dos pais ou mesmo os responsáveis; as vítimas de maus tratos; os que estavam em perigo moral; o autor da infração penal e todos aqueles que apresentassem desvio de conduta, em virtude da grave inadaptação familiar ou comunitária.

Embora o Código de Menores previsse diversas medidas de assistência e proteção, na prática havia uma segregação, uma vez que algumas crianças eram levadas a internatos ou detenção, no caso dos infratores. O que se verifica é que inexistia uma preocupação com a família e a manutenção do vínculo familiar. Em suma, a doutrina da situação irregular era restrita a um limitado público infanto-juvenil caracterizado pelas crianças e adolescentes vindos do interior e das periferias.

Para Kátia Maciel (2010):

Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, “apagando-se incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos (MACIEL, 2010, pg 13).

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. A partir daí, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Sendo:

“(…) está alicerçada em três pilares: a) a criança adquire a condição de sujeito de direitos; b) a infância é reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento; c) a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional (art. 227 da CF/88)”. (MACIEL, 2010).

Desde então, crianças e adolescentes são reconhecidas como pessoas em desenvolvimento, e independente de sua condição social, são

reconhecidas como sujeitos de direito. Assim, deixaram de ser tratadas como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.

Com a inserção dos preceitos da doutrina da proteção integral no texto constitucional de 1988, aboliu-se a expressão “menor” anteriormente utilizada para caracterizar o adolescente infrator, pois passa a tratar das crianças e adolescentes como um todo. Ademais, passa a conceber a infância sob a ótica dos direitos humanos apresentando uma nova concepção para o tema infância (MACIEL, 2010).

Percebe-se, pois, que juntamente com a doutrina da proteção integral, nasce um Direito da Criança que busca proteger e promover a cidadania desses pequenos seres, indistintamente. Ademais, juntamente com os direitos individuais e sociais reconhecidos pela Carta Magna, as crianças e adolescentes possuem direitos fundamentais especiais, tendo em vista a situação peculiar que se encontram. Dentre esses direitos considerados fundamentais especiais, encontra-se o direito à convivência familiar, previsto também na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Código Civil de 1916, o direito à convivência familiar era tido como decorrência do exercício do poder familiar, na constância do casamento, sendo a tutela predominante à figura paterna e dos anseios familiares (DIAS, 2015).

Com a modernização a partir do século XX, a figura paterna é substituída pelo sujeito individualmente, passando a valorizar o afeto em razão da mudança da valorização do patrimônio pela valorização do interesse da pessoa humana.

A convivência familiar encontra-se presente no texto constitucional no artigo 227. Sendo:

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 (BRASIL, 1988).

Essa garantia constitucional ratifica o compromisso com a doutrina da proteção integral, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos com prioridade absoluta. Nas palavras de Kátia Maciel (2010):

Podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se trata de pessoa em formação (criança e adolescente) (MACIEL, 2010).

Assim, o convívio familiar se revela com extrema importância para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Antes mesmo de ser um direito, deve ser considerada uma necessidade uma infância digna.

Para Irene Rizzi (2006):

Entende-se a convivência familiar como a possibilidade de a criança permanecer no meio a que pertence, preferencialmente junto a sua família, seus pais e/ou outros familiares e, caso não seja possível, em outra família que a acolher (RIZZI, 2006).

De outro modo, o que se compreende é que o afastamento do núcleo familiar de um ser em desenvolvimento é extremamente prejudicial à sua formação. Isto é, conviver tanto na família como com a sociedade garante ao infante e ao adolescente uma segurança e estabilidade plena a sua formação intelectual e social.

Como forma de ratificar a importância da convivência familiar assegurada pela Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe, em capítulo específico, trinta e três artigos acerca do tema, preceituando no artigo 19 “toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, [...] (BRASIL, 1988).

Sabe-se que, principalmente no que concerne à criança, a formação de sua personalidade se estrutura de acordo como seio familiar em que está inserida, dependendo diretamente da participação dos genitores e da forma como se relacionam no âmbito familiar (MACIEL, 2010).

Nesse sentido, é necessário que os pais entendam o real significado do que é fornecer um ambiente familiar saudável aos filhos, e não apenas uma moradia. Os filhos necessitam de um lar, com a entrega dos pais em realmente promover seu desenvolvimento.

Logo, a convivência familiar é, sem dúvida, considerada indispensável à integridade física e emocional de toda criança e adolescente. Afinal, ser criado junto aos responsáveis, sendo eles os pais biológicos ou adotivos, deve representar a criança e ao adolescente um ambiente de amor, carinho e proteção.

### **3.1 A responsabilidade dos pais frente à modalidade de guarda compartilhada, sua aplicação no Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.058/2014, a aplicação da guarda compartilhada era uma faculdade. Com o advento da nova lei, ficou estabelecido que, em não ocorrendo acordo entre as partes, cabe ao magistrado tornar a guarda conjunta à regra aos genitores. Nesse sentido, uma vez aplicada a guarda compartilhada, surge uma série de responsabilidades dos guardiões para com os filhos.

Ademais, com a inserção do princípio da proteção integral, elevou-se a criança e o adolescente a um patamar antes não conhecido, o de sujeito de direitos. Dessa maneira, o Estatuto da criança e do Adolescente, em trabalho conjunto com o Código Civil, também passou a dispor de outras providências acerca da modalidade estudada.

O artigo 4º da Lei nº 8.069/1990 enuncia:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;



d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

É sabido que é dever dos pais garantir a plena formação e desenvolvimento de seus filhos, intelectual ou emocional, do nascimento até a completa maioridade. Através de um bom relacionamento entre si, é possível garantir às crianças um ambiente saudável para o desenvolvimento da prole (DIAS, 2015).

Conforme consta da Constituição Federal de 1988, ambos os genitores assumem os mesmos deveres e obrigações diante dos filhos. Assim:

Art. 5º CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Ademais, traz a Carta Magna em seu artigo 229:

“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

De maneira conjunta, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e suas normas efetuaram intensa modificação no que concerne a vida das crianças e dos adolescentes, visando a uma maior eficiência no âmbito legal.

Para Fernanda Jesus (2010), o ECA veio trazer para os menores o direito a vida e a saúde, ou seja, dentro dessa lei o menor deve ter o direito a viver, deve ter também o direito de ter uma saúde excelente. Tudo que acontece com eles tem que estar dentro das normas do Estatuto, seus tutores ou seus responsáveis deverão cumprir o que está em lei. Caso isso não venha a acontecer, eles perderão a guarda dos filhos.

Nesse sentido, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 15.A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Artigo 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL,1990).

O Código Civil brasileiro assegura que aos filhos cabe o direito a convivência familiar com ambos os genitores, uma vez que a ruptura do vínculo conjugal não exime os pais das responsabilidades diante dos filhos. Nesta senda, o artigo 1579 enuncia: “o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Ademais:

Artigo 1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (BRASIL, 2002).

No que concerne ao instituto da guarda compartilhada, estabelece o Código Civil:

Art. 1.583, CC, § 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 (BRASIL, 2002).

Em complemento ao art. 1583 do Código Civil, o artigo 1584, em seu parágrafo segundo, elucida que uma vez não existindo acordo entre os pais, a guarda aplicada será a compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado não desejar a guarda do filho.

Pois bem. Nota-se que todos os dispositivos deixam evidente que o foco é o convívio igualitário da criança com ambos os pais. Ainda mais, deixa a ambos os genitores plenas responsabilidades diante da prole. Sendo assim, quebra o antigo paradigma de que o pai era responsável apenas pelas visitas quinzenais e a mãe detentora da guarda da criança.

Vale ressaltar que o que fica sob discussão quando diz respeito à disputa de guarda é o que diz respeito ao melhor interesse da criança. Nesse caso, os pais devem superar os possíveis impasses existentes do término do

relacionamento e colocar a vida do filho em primeiro lugar. Isso porque é evidente que o afastamento do filho do convívio com um genitor pode resultar em graves consequência e danos psicológicos, motivo pelo qual se deve buscar o que melhor atende a criança.

Quando os pais optam pela forma da guarda compartilhada, pouco importa quem é o genitor que detém a custódia do filho. O importante é respeitar a partilha das responsabilidades legais, sendo ambos responsáveis pela formação, educação e demais interesses relacionados à criança.

Em sendo assim, nos casos em que o magistrado verificar que esse interesse foi violado, seja por afastamento sem justificativa ou mesmo na hipótese de algum genitor impedir a visita do outro, expresso na Lei 12.318/2010, sobre a Alienação Parental, poderá o genitor ser penalizado com a perda da guarda do filho (DIAS, 2015).

Assim, adotada a modalidade da guarda compartilhada, cabe aos genitores decidirem acerca das demais formalidades, como quem será o detentor da custódia física dos filhos, bem como o regime de convivência a ser adotado ao outro cônjuge, sempre observando o que melhor atende a criança. Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça:

“ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS — GUARDA COMPARTILHADA — LITÍGIO ENTRE OS PAIS — DESCABIMENTO — 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. (TJRS – AC 70005760673 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 26.03.2003) [grifos acrescentados].

Nesse sentido, resta evidente que o intuito da guarda compartilhada é conferir aos pais deveres e obrigações mútuas, isto é, tudo que é relacionado à vida do filho deve ser compartilhado de maneira que permaneça em supremacia o que for melhor para a criança. O importante, independente do

relacionamento entre os pais, é que assumam suas responsabilidades e forneçam ao filho todo conforto e segurança necessária a garantir pleno desenvolvimento, de modo que a ruptura do vínculo conjugal não afete o relacionamento entre pais e filhos.

### **3.2 Os reflexos da guarda compartilhada na formação da criança**

A promulgação da Lei nº 13.058/2014 alterou de maneira significativa a legislação no que concerne a maneira de enxergar a guarda compartilhada. Se antes a presente modalidade de guarda era uma faculdade, a partir do advento da nova lei, tornou-se obrigatória a aplicação da guarda compartilhada. Contudo, a decisão a ser tomada deve respeitar ao princípio do melhor interesse da criança, constitucionalmente estabelecido. Nesse sentido, quando se fala de uma criança ou adolescente, está-se diante de vulnerável, motivo pelo qual devem ser observados aspectos psicológicos que envolvem todo o processo da guarda que tão forte influenciará o destino da criança.

Assim, há de se ponderar que o processo da guarda vai muito além do âmbito jurídico, devendo se levar em consideração os aspectos psíquicos que envolvem a criança, que devem ser extremamente valorizados para que se encontre o melhor destino e se torne o processo menos doloroso. No âmbito da psicologia, alega-se que o fato de a criança possuir dois lares pode ajudá-la a compreender que a separação dos pais não resulta na ruptura de seu vínculo com eles, o que diminui o medo e insegurança diante do processo de separação (MACIEL, 2010).

Quando estamos diante de uma ruptura conjugal que resulta na disputa de guarda, os filhos, principais envolvidos na relação, ficam sujeitos a aspectos positivos e negativos desta ruptura. Muitas vezes, a relação é tão conturbada que o término é o melhor caminho para os filhos viverem em um ambiente saudável. Desse modo, a separação tem um aspecto positivo no ambiente familiar. Em contrapartida, a separação também acarreta pontos negativos, como a ausência da convivência diária com um dos cônjuges, o sentimento de rejeição, bem como a confusão mental que sofrem os filhos. Por tal motivo, é preciso que se busque um modelo de organização que almeje

minimizar os danos causados pela separação conjugal, garantindo ao filho um ambiente familiar saudável.

Um dos principais motivos que torne a guarda compartilhada polêmica diz respeito à relação admitida entre os genitores e a prole, principalmente quando a separação conjugal acaba em litígio. Assim, Deirdre Neiva (apud AKEL, 2010, p.107) salienta o objetivo da fixação da guarda compartilhada:

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas, e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha (AKEL, 2010, pg 107).

Após a ruptura do vínculo conjugal, é de extrema importância para o desenvolvimento pleno da criança a boa relação que se estabelece com seus pais, isto é, a maneira como se conduzirá essa relação após a modificação do núcleo familiar é fator determinante a garantir o bem-estar físico e psicológico dos filhos. Quando a criança e o adolescente sentem que essa ruptura em nada modifica a sua relação com cada genitor, e principalmente o sentimento existente com ambos os pais, isso torna o processo menos doloroso, na medida em que o filho vai adquirindo confiança na nova estrutura de família.

Deste modo, para mostrar aos pais a importância de separar o conflito conjugal da vida com o filho, faz-se necessário a presença de muitos mais do que operadores do direito, mas também de profissionais qualificados de outras áreas como a psicológica e área educacional, de modo que a interdisciplinaridade trabalhe a minimizar os efeitos negativos do processo de guarda (DIAS, 2015).

São diversas as consequências que a criança sofre quando há o rompimento do acostumado núcleo familiar. Nesse intuito, a guarda compartilhada emergiu no ordenamento jurídico com o intuito de possibilitar aos filhos de pais separados uma possível convivência com ambos os

genitores, a fim de minimizar os efeitos negativos oriundos da ruptura do vínculo conjugal.

Essa possibilidade de convivência do filho com os progenitores talvez seja uma das principais características positivas que norteiam a guarda compartilhada. Isso porque, quando se entende pela guarda compartilhada, não se impõe aos filhos a escolha de um dos pais e, conseqüentemente, um só lar para viver, o que na maioria dos casos é muito doloroso. Ao contrário, a guarda conjunta possibilita a ambos os genitores o exercício de direitos e deveres em relação à prole, de modo que o filho não possua um guardião, mas sim a presença contínua dos dois em sua vida. Nas palavras de AKEL (2008):

A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções formativas e educativas dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental (AKEL, 2008, pg 107).

Nessa modalidade de guarda, busca-se, com efeito, preservar a continuidade da relação da criança e com seus genitores. Por compartilharem a guarda, os pais também compartilham os deveres e direitos inerentes à criança. Isto é, passa a serem responsabilidades conjuntas as tomadas de decisão relativa ao cotidiano do filho, quais sejam as tarefas diárias que seriam desenvolvidas caso estivessem vivendo no mesmo lar.

Outra vantagem que de maneira implícita aparece com a aplicação da guarda conjunta se referem ao modo de relacionamento que se estabelece entre os pais. Por serem os responsáveis pelo filho e conseqüentemente terem que conjuntamente decidirem acerca da vida da criança, os pais tornam-se obrigados a estabelecer uma relação de respeito mútuo (AKEL, 2008).

Embora sob outros aspectos já não mais consigam manter o relacionamento afetivo, obrigam-se a manter uma relação harmônica em nome do filho, o que resulta em um bom desempenho familiar e um ambiente favorável ao desenvolvimento da criança ou adolescente.

Em sendo assim, o filho deixa de ser o objeto que motiva as brigas na separação conjugal seja por posse ou por interesse patrimonial, para se

tornar o maior interessado da relação dos pais e conseqüentemente o elo que mantém uma boa convivência entre eles.

Em um terceiro giro, outro aspecto positivo de extrema importância é balizado na convivência familiar. Diferente do que ocorre na guarda unilateral, na guarda compartilhada há uma modificação no direito à visitação. Se antes um dos genitores seria o guardião e ao outro era concedido o direito de visitas, sob a nova perspectiva da legislação, a guarda compartilhada altera tal conceito possibilitando a ambos os genitores a efetiva guarda da criança e participação na vida cotidiana, o que é muito importante para manter o vínculo afetivo paterno-filial.

A convivência com ambos os genitores é essencial a garantir o desenvolvimento físico e mental dos filhos menores que acabam sendo beneficiados por se sentirem seguros na nova fase que enfrentam.

Esse ambiente de segurança proporcionado pela presença dos pais em suas vidas, embora não mais partilhem o mesmo teto, gera um sentimento na criança de confiança que o espaço na vida de cada um dos seus pais continua sendo ocupado, eliminando o medo de perder o espaço na vida deles. Para Akel (2008, pg 109) “Estabelecida a cooperação entre os genitores após a dissolução do vínculo conjugal, cria-se uma esfera de segurança e proteção em torno da prole, que só tem a contribuir para o seu saudável desenvolvimento.”.

O importante, mesmo após o fim da relação conjugal, é a percepção por parte dos pais de que a função parental permanece, de modo que não prejudiquem o relacionamento com os filhos. Isso porque a harmonia que deve existir entre o casal, a fim de resolver os conflitos de maneira favorável ao filho menor, é pressuposto fundamental para aplicação da guarda compartilhada.

Nesse ínterim, a guarda compartilhada é, sem dúvida, a opção mais adequada e eficaz a garantir a preservação do relacionamento entre pais e filhos. Contudo, embora os aspectos positivos apontados pareçam suficientes a corroborar a eficácia da guarda compartilhada, há de serem observadas aqui também suas desvantagens.

Por primeiro e talvez principal argumento seja a aplicação restrita da guarda compartilhada devido à separação conjugal conflituosa, sendo inviável a aplicação da modalidade nas separações litigiosas. Nesse sentido, os pais que não cooperam e acabam por encarar a guarda do filho como um processo de disputa tornam a aplicação da guarda conjunta uma medida inviável e até mesmo desastrosa.

Desse modo, não há como se impor aos genitores essa modalidade de guarda sem que na verdade não estejam preparados para tal, motivo pelo qual cada caso deve ser analisado individualmente e a equipe multidisciplinar deve estudar a possibilidade ou não da aplicação da guarda compartilhada. Assim, nos casos em que se observa que a medida seria mais prejudicial do que benéfica ao filho menor, deve-se optar pelo modelo tradicional de guarda, em que a criança fica sob a tutela de um guardião e ao outro é concedido o direito de visitas (PRATTA, 2007).

Contudo, essa deve ser a última alternativa. As divergências existentes entre os genitores não deve ser um obstáculo na hora de aplicar a guarda conjunta. Para que essas diferenças não inviabilizem a guarda compartilhada é de extrema importância o papel de pessoas capacitadas a orientar toda a família. Desse modo, também cabe ao Judiciário, quando vislumbrar a possibilidade, mostrar aos pais a importância da guarda conjunta para a vida dos filhos, mostrando suas vantagens e os efeitos positivos que isso acarreta na vida do filho menor.

Outra desvantagem também levantada diz acerca do estabelecimento da alternância de residência. Para alguns, a ausência de um lar estável é prejudicial ao desenvolvimento da criança, que pode gerar uma grande confusão mental na cabeça da criança e do adolescente. Nesse âmbito, asseguram que a alternância de lares não deva ser uma medida adotada pelos genitores, uma vez que a estabilidade garante aos filhos um melhor desenvolvimento emocional. Vale ressaltar que, ao contrário do que possa parecer, na guarda compartilhada os pais optam por uma residência ao filho, ou seja, se determina um lar como “oficial” para o filho, o que não retira do outro genitor a possibilidade de também poder ter a presença do filho em dias



estabelecidos. Desse modo, não se confunde com a guarda alternada, situação em que não existe regra quanto à moradia dos filhos (AKEL, 2008).

Para sanar a dúvida a pergunta que deve ser respondida é: qual seria o meio mais eficaz a minimizar os efeitos da separação conjugal na vida dos filhos? É certo que muitos fatores devem ser analisados antes de optar por um dos caminhos. Contudo, superados alguns entraves como a distância de moradia dos genitores, a disposição dos pais em querer o melhor para o filho, a idade das crianças, o que se observa é que a guarda compartilhada, pela característica da responsabilidade conjunta, possibilita ao filho conviver na presença de ambos os genitores de maneira saudável. Nas palavras de Maria Regina Azambuja (2008):

Indiscutivelmente, nas hipóteses em que os pais conseguem, após a separação, dar prosseguimento aos cuidados que os filhos exigem e que já lhes eram dispensados durante a união, sem que as frustrações pessoais interfiram na relação, o exercício da nova modalidade de guarda encontrará campo fértil e favorável a um resultado melhor (AZAMBUJA, 2008).

Por óbvio, quando se está diante de uma separação conjugal, não há como poupar a criança de todo o sofrimento. Queira ou não, os filhos são integrantes do núcleo familiar e participam diretamente do conflito, estando sujeitos a todos os encargos desse processo litigioso. Entretanto, o que se pretende com a aplicação da guarda compartilhada é minimizar os efeitos dolorosos da separação conjugal, de modo a poupar o máximo às crianças desse processo. Sabe-se que quando há litígio entre o casal, muitas vezes acabam por utilizar o filho como forma de atingir o ex-cônjuge, o que é extremamente prejudicial para a criança e por consequência se torna um enorme obstáculo na hora de se aplicar a guarda conjunta. Para Coltro (2009):

Já quanto às desvantagens as consequências podem ser funestas e tanto maiores elas serão quanto menos idade os filhos tinham na época da separação, convivendo num clima familiar cheio de litígios, tanto do ponto de vista da rotina diária, como também e pior no curso de um penoso processo legal litigioso. O maior entrave litigioso entre o casal consiste, talvez, não tanto unicamente em torno da guarda dos filhos, mas sim, especialmente, na virada que sofreu a antiga situação do início do amor, que era na base de “meu bem para cá e meu bem para lá”, e se transforma em “meus bens para cá, e os teus bens para lá ...”. À medida que o ódio avança, a utilização dos filhos menores como instrumento de vingança também avança, sob a forma principal de um cônjuge denegrir a imagem do outro com a pior adjetivação possível. A consequência mais deletéria é o fato de que a

imagem profundamente enxovalhada, de um ou dos dois genitores, provoca um sério prejuízo no fenômeno primacial da construção de um bom modelo de identificação masculino ou feminino, respectivamente no menino ou na menina de menor idade (COLTRO, 2009, pg 107).

Com efeito, volto a repisar que para a guarda se tornar eficaz é de extrema importância a conscientização dos pais de que o que deve ser feito é atender ao melhor para o filho, deixando de lado as individualidades.

Por derradeiro, outro aspecto negativo apontado é a possível inexistência de diálogo entre os genitores. Em suma, o péssimo clima existente entre os pais é resultado de uma rivalidade pós-separação conjugal e consequentemente responsável por diversos transtornos na vida dos filhos, que ficam diante do fogo cruzado que vivem os pais. Nesses casos, a guarda compartilhada fica frustrada, uma vez ser uma das intenções também estabelecer o convívio harmônico entre os genitores.

Diante do exposto, podemos assegurar que apesar das desvantagens apontadas, as vantagens existentes na guarda compartilhada superam os aspectos negativos. A modalidade se apresenta como a forma mais benéfica a todos, seja pela melhora na convivência entre os ex-cônjuges que gozam de responsabilidade mútua diante da prole, seja pela possibilidade da criança ou adolescente desfrutarem da presença de ambos os genitores, ainda que não mais vivam sob o mesmo teto.

#### **4 Análise de Julgados a respeito da aplicação da modalidade da guarda compartilhada**

Em um primeiro momento, vale lembrar que a inserção legal da guarda compartilhada foi preconizada com o advento da Lei 13.058/14 que alterou o disposto nos artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 da Lei 10.406 de 2002. De acordo com o Código Civil:

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 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.

§ 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.” (BRASIL, 2002)

Apesar de anteriormente à reforma o Código Civil dispor acerca da guarda compartilhada, em verdade, na prática ela pouco se aplicava devido à animosidade em que se constatavam as rupturas conjugais. Assim, a guarda unilateral acabava por ser a regra, conferindo ao genitor que mais revelasse condições a guarda, cabendo ao outro o direito de visitação. Essa talvez seja a solução mais prática e rápida para tratar a guarda para os casais em litígio.

Todavia, o que menos se levava em conta na hora de tomar a decisão era o interesse da criança. Torna-se evidente que a aplicação da guarda unilateral funciona como uma forma de resolver o problema que permeia a vida dos genitores, para isso, deixam de lado o maior interessado nesse processo: os filhos.

Nesse sentido, fez-se necessária a modificação da jurisprudência. Isso porque, conforme já repisado em capítulos anteriores, os conflitos existentes na vida do casal não podem afetar a sua relação com os filhos. Ademais, a presença de ambos os genitores é fundamental na vida da criança, que se encontra em desenvolvimento.

Para tanto, o que se observou é que a ruptura conjugal e o consequente afastamento da criança da convivência de ambos os pais acabava por gerar muito mais efeitos negativos do que positivos. (MACIEL, 2010)

Assim, o STJ, anteriormente a vigência da Lei nº 13.058/2014, já entendia que não são todos os casos em que não haja consenso que deve ignorar a aplicação da guarda compartilhada. Assim, dispuseram que a aplicação da guarda compartilhada pode ser imposta pelo magistrado, mesmo não havendo o citado consenso entre os genitores. De início, colaciona-se aresto precedente, que deduz:

A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial. Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação" (STJ, REsp 1.251.000/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23.08.2011, publicação no seu Informativo n. 481).

A doutrina há muito já se posicionava contrária à guarda unilateral, pois a aplicação de tal modalidade acabava por criar um constrangimento ao filho menor, gerando uma desordem emocional, causando-lhe enormes prejuízos no desenvolvimento. Assim:

Agravo de instrumento - Filho menor (5 anos de idade) - Regulamentação de visita - Guarda alternada indeferida - Interesse do menor deve sobrepor-se ao dos pais - Agravo desprovido. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso

ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois 'as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos' (RJ 268/28).”(TJSC - Agravo de instrumento nº. 00.000236-4, Rel. Des. Alcides Aguiar, julgado em 26.06.2000.)

Nesse sentido, se anteriormente a vigência da lei 13.058/14 os Tribunais ainda divergiam acerca da aplicabilidade da guarda conjunta, após a mudança na legislação os Tribunais também apresentaram mudanças nos julgados.

Atualmente, os magistrados tem tido uma maior preocupação em analisar o princípio do melhor interesse da criança, ainda que os genitores vivam uma separação litigiosa. Isso porque o que deve ser observado na hora de aplicar o compartilhamento da guarda é o que realmente considera-se primordial para o desenvolvimento da criança. Dessa forma, o divórcio litigioso não é mais por si só causa efetiva que obstrua a aplicação da guarda conjunta. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo **em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda.** Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento Nº 70064723307, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 25/06/2015). (grifos acrescentados).

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, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações.** Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de

Instrumento Nº 70064923386, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015) (TJ-RS - AI: 70064923386 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/07/2015)

Assim, a guarda compartilhada seria a solução para evitar a redução do filho a um mero objeto após a separação conjugal. Possibilitando, ainda, que não se rompa os laços existentes com ambos os genitores. Nessa testilha:

A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. (Apelação n. 1.0056.09.208739-6/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, julgado em 09 de janeiro de 2014.)

Sob outra perspectiva, ainda que a guarda compartilhada seja um avanço para a unidade familiar, alguns aspectos relevantes devem ser considerados. Existem alguns casos em que a ruptura conjugal acontece de maneira tão traumática, que a aplicação da guarda compartilhada torna-se inviável. Isso porque, ainda que o magistrado obrigasse o casal a se adequar a essa modalidade, não obteria sucesso e o resultado seria ainda mais prejudicial ao filho menor. Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. Ante o forte clima de litigiosidade entra os genitores, o que já está estampado nos diversos recursos apreciados por este Colegiado, não se recomenda o deferimento da guarda compartilhada. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME.** (Agravado de Instrumento Nº 70064561541, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015) (TJ-RS - AI: 70064561541 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015) [grifos acrescentados]

O fato é que cada caso deve ser analisado com cautela para que a decisão tomada atenda, de fato, ao interesse do filho menor e não sujeite os

filhos, já em situação extremamente delicada após a ruptura conjugal dos pais, a maiores traumas.

Tendo em vista a previsão legal de que o poder familiar deve ser exercido, sempre que possível, por ambos os pais, a guarda compartilhada deve prevalecer diante da unilateral, ainda que não exista esse consenso entre os genitores. Isso se faz necessário, uma vez o enfoque prioritário da situação seja atender ao melhor interesse da criança. Ademais, se o magistrado não o fizer, a previsão legal pode restar sem efetividade, reduzida apenas a um texto legal.

Por ser uma decisão tão importante é que se faz necessária a presença de uma equipe interdisciplinar para prestar auxílio. Muito embora o Judiciário seja o responsável por solucionar os conflitos, em boa parte das decisões não se é possível chegar a uma solução aceitável por ambas as partes, motivo pelo qual a atuação de uma equipe interdisciplinar se faz tão importante a fim de chegar ao que for menos prejudicial ao filho menor.

Como se observa, ainda que a Lei 13.058/14 tenha deixado evidente a aplicação da guarda conjunta como a regra, existem acirradas discussões acerca do seu instituto e de sua real efetividade. Por um lado, alguns doutrinadores e magistrados entendem que a guarda compartilhada deva ser aplicada em qualquer caso, independente da relação estabelecida pelo casal. Por outro, alguns compreendem que a aplicabilidade da guarda compartilhada torna-se pouco eficaz diante da situação conflitante que é a separação litigiosa. A meu ver, todo o problema reside no fato de que quando discutimos acerca da possibilidade ou não da aplicação para os casais em litígio, muitas vezes se ignora o principal interessado nessa solução: os filhos. Na busca por uma solução rápida e menos trabalhosa, muitas vezes se opta pela guarda unilateral. Todavia, na maioria das vezes o que falta é estabelecer um diálogo a que os pais possam, de fato, entender o quão importante é a aplicabilidade da guarda compartilhada como meio de assegurar o desenvolvimento intelectual, físico, psíquico e moral de seus filhos, que embora sejam os principais sujeitos da relação, por muitas vezes tornam-se esquecidos.





## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, o que se pode observar é que as mudanças no instituto familiar também alteraram a maneira da legislação enxergar a modalidade da guarda compartilhada. Nesse sentido, a guarda compartilhada surge no intuito de garantir ao filho a presença de ambos os genitores participando da sua vida, de modo que a separação conjugal não interfira no relacionamento paterno-filial.

O real sentido da guarda compartilhada é, de fato, garantir que ambos os genitores partilhem da guarda do filho, no que se refere às decisões cotidianas. Se antigamente era pouco aplicada pelos magistrados por entenderem ser inviável nas separações litigiosas, o atual quadro é outro. Atualmente, emerge a preocupação com o desenvolvimento e interesse dos filhos, principais interessados na solução do conflito.

Conforme já repisado, após a ruptura do vínculo conjugal, os filhos são os que mais sofrem por permanecerem sob fogo cruzado entre o casal. Nesse sentido, a guarda conjunta busca garantir que os pais serão responsáveis pelo seu desenvolvimento íntegro, minimizando os efeitos dolorosos da separação litigiosa.

Com efeito, para que isso seja realmente eficaz, faz-se necessário que os pais estabeleçam um relacionamento saudável, havendo um consenso entre os guardiões. Por isso, o Judiciário hoje tem a tarefa de demonstrar aos pais que o que deve ser levado em consideração é o interesse da criança, de modo que o conflito conjugal seja separado da relação com os filhos.

Nesse sentido, a guarda compartilhada visa a atender ao melhor interesse da criança e ao seu direito a uma convivência familiar digna, de modo que a igualdade no exercício do poder familiar concedido aos genitores melhore o relacionamento com os filhos, para que não haja distanciamento de um genitor, como no caso da guarda unilateral.

Os filhos, frutos do relacionamento entre os pais, não devem ser atingido por uma disputa. A criança e o adolescente necessitam da figura de

ambos os genitores em suas vidas, a fim de garantir o desenvolvimento físico, moral e intelectual. Desse modo, os aspectos negativos da guarda não devem ser considerados como barreira intransponível à sua aplicação. Isso porque a aplicação da modalidade resulta em benefícios incontáveis à vida da criança.

Portanto, a guarda compartilhada torna-se a melhor opção de guarda a ser aplicada, uma vez os benefícios resultantes da modalidade atingirem não só os filhos frutos do relacionamento, como também os genitores envolvidos na relação.

O que, de fato, é extremamente importante é que os pais observem que as disputas que envolvem os filhos o atingem de maneira significativa e podem contribuir negativamente para o seu desenvolvimento e sua maneira de se relacionar. Devem lembrar que embora não mais convivam sob o mesmo teto e tenham suas desavenças, a responsabilidade diante de seus filhos continua e deve ser partilhada por ambos na busca por minimizar os efeitos negativos da ruptura conjugal na vida da prole. Criando, por fim, um ambiente saudável a garantir o desenvolvimento de seus filhos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada - Um Avanço Para a Família**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Saraiva, São Paulo, 1993.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/2008**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.10, n. 6, p. 36-59, out./nov. 2008.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: Ganabara, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise. **Infância em Família: um compromisso de todos**. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay da; LARRATÉA, Roberta Vieira; FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. **Guarda Compartilhada: A Justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe?** 2004. Disponível em:. Acesso em: 29 jun. 2016

BIASOLI-Alves, Z. M. M. **Pesquisando e intervindo com famílias de camadas diversificadas**. In C. R. ALTHOFF, I. Elsen, R. G. NITSCHKE (Orgs.), **Pesquisando a família: olhares contemporâneos** (pp. 91-106). Florianópolis: Papa-livro. 2004.

DELGADO, M.L.; COLTRO, A.C.M. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

DEL PRIORE, Mary. **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1991.

DEL PRIORE, Mary. **A Família no Brasil Colonia**. São Paulo: Moderna, 1999.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013 / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.**

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

JESUS, Fernanda Cristina Martins de. **Aspectos da Guarda: No Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2010. Disponível em:

LEITE, Dante Moreira. **O desenvolvimento da criança**. São Paulo: Ed. UNESP, 2010.

LOCH, M. Graciela; YUNES, M. Maria Angela. **A Família que se pensa e a Família que se vive**. Rio Grande: FURG, 1998.

MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4 ed. Revista e Atualizada. Editora Lumen Juris, 2010.  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141373722007000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722007000200005) > Acesso em: 29 ago. 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2.ed. São Paulo: Leme J.H Mizuno, 2008.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17628>>. Acesso em: 26 set. 2016.

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais>>. Acesso em: 21 jun. 2016

[http://www.artigos.com/artigos/soci ais/direito/aspectos-da-guarda:-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-13588/artigo/](http://www.artigos.com/artigos/soci%20ais/direito/aspectos-da-guarda:-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-13588/artigo/)>. Acesso em: 11 jun. 2016.