

GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/14

Mário Hermes da Costa e Silva¹

RESUMO: O objeto do presente artigo é a análise da Lei 13.058/14, que alterou os artigos 1.583, 1584 e 1.634 do Código Civil. Diz respeito à guarda compartilhada e suas implicações no Direito de Família. Far-se-á também análise sintética do instituto jurídico sob o prisma jurisprudencial e suas origens no Direito comparado, notadamente na Inglaterra, França e Estados Unidos da América. Por fim, conclui que a guarda compartilhada é benéfica para os pais e filhos, desde que aplicada com base em provas produzidas no processo judicial.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Direito de Família. Direito comparado. Prova judicial. Melhor interesse dos filhos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda um assunto muito importante para vida social porque se refere a um bem fundamental: o ser humano em sua formação. Isto é, a guarda dos filhos menores, atingindo principalmente a criança e o adolescente, cujos direitos têm prioridade no plano constitucional, possibilitando o entendimento e a relevância de sua aplicabilidade na esfera do ordenamento jurídico brasileiro.

O interesse pelo tema tem origem na finalidade de entender de que maneira, com a evolução do direito de família e a transformação dos valores sociais, a guarda compartilhada poderia fazer parte da opção da família brasileira, em virtude de a mesma não ter surgido com o intuito de acabar com outros modelos, mas para atender ao interesse do menor, que é a parte mais sensível em um processo judicial de rompimento da sociedade conjugal ou da dissolução da união estável.

O modelo de guarda unilateral não é ideal para atender às necessidades dos filhos. Por isso, procurou-se um paradigma, que, dependendo da cooperação dos pais, pode ser considerado melhor.

Além de operadores do direito, os quais poderiam aprender mais sobre este sistema e até mesmo incentivá-lo, muitos pais, que estão passando por situação abordada no presente trabalho também podem ter um genuíno interesse em ler o artigo.

O presente trabalho é útil também aos universitários, com finalidade de servir como base para o enriquecimento cultural, podendo inclusive explorar pontos não discutidos no decorrer desta pesquisa.

Na elaboração do Artigo buscou-se um tema na área de Direito de Família, sendo este assunto palco de discussões atuais no âmbito do Poder Judiciário e por não ser pacífico o entendimento jurídico, cabível uma análise sobre a guarda compartilhada conforme a novel lei 13.058/14.

¹ Professor de Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Docência em Ensino Superior.

Assim sendo o presente Artigo tem por objetivo geral demonstrar que a guarda compartilhada é a melhor opção para se fixar a guarda no caso de divórcio consensual, sendo que deve sempre levar em conta o melhor interesse do menor, podendo contar com ambos os genitores em sua criação e educação.

Utilizou-se como referencial teórico a legislação esparsa no ordenamento jurídico, com enfoque anterior e posterior ao enunciado da lei 13.058/14 que alterou o Código Civil no tema pertinente à guarda compartilhada, bem como a pesquisa bibliográfica em livros, artigos eletrônicos e nas jurisprudências dos tribunais brasileiros competentes para o julgamento de causas vinculadas ao litígio familiar. Enfim, todos tratando da questão da guarda compartilhada.

Portanto, inicia-se este trabalho tendo como Metodologia de Abordagem o método dedutivo, sistematizando de forma mais prática os tópicos relacionados ao tema.

O Artigo está dividido em seis capítulos, sendo tratado em primeiro momento a abordagem do poder familiar por meio da origem e a evolução histórica da família, o conceito de entidade familiar e o poder familiar sob o prisma da constituição federal, código civil e estatuto da criança e do adolescente; em seguida, no segundo capítulo, será abordado a guarda e proteção dos menores com a sua definição, os critérios para determinação da guarda e suas principais modalidades; no terceiro capítulo, será estudado o instituto da guarda compartilhada por intermédio do surgimento da sua necessidade, a guarda compartilhada, a evolução do instituto no direito internacional e brasileiro.

Por fim, o capítulo 4.3 e 5 explanarão acerca das vantagens e desvantagens da aplicabilidade do modelo da guarda compartilhada, bem como as novidades sobre o instituto com base na Lei 13.058/14 que alterou o Código Civil. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça também são analisadas.

1. HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA

1.1 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Ao longo da história, sempre se atribuiu à família funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política e econômica. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos, religiosas e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico na medida em que a rígida estrutura hierárquica era substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida.

A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo.

Os poderes conferidos aos chefes de família não eram puramente domésticos, havendo uma unidade política, religiosa e econômica. Daí se extrai a amplitude e soberania do poder patriarcal em Roma, onde o *pater familiae* exercia, exclusivamente, para si e em seu proveito, as funções de sacerdote, de juiz, de chefe e administrador absoluto de seu lar.

O termo “família” origina-se do latim *famulus*, correspondendo ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. Entre os chamados dependentes, incluem-se a esposa e os filhos. Assim, a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus *famulos*: esposa, filhos, servos livres e escravos.

A expressão família apenas servia para qualificar um ramo do direito: o direito de família. Aparece, porém, o termo da Constituição de 1988, art. 226, para dizer que a família enquanto base da sociedade, constituída pelo casamento e vínculo dissolúvel, está sob especial proteção do Estado.

A família, na sua fase pós-romana, recebeu a contribuição do direito germânico, compreendendo a espiritualidade cristã e diminuindo seu grupo familiar, ficando limitado aos pais e filhos, assumindo um cunho sacramental. Esta conclusão é referente aos estudos realizados por CAIO MÁRIO.

O poder familiar era absoluto, sem limites e exercido exclusivamente pelo varão. Já outra linha doutrinária diz que a origem da família se baseia em outras duas teorias: a matriarcal e a patriarcal.

A Carta Magna de 1988 deu as linhas mestras de alguns princípios do direito de família, colocando o ser humano no centro do ordenamento jurídico, consolidando o princípio da dignidade humana, como valor maior, cujo respeito se impõe como ideal estrutural da República.

O respeito à dignidade humana é o fundamento da família, pois garante o pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros, tanto homens e mulheres, quanto idosos, crianças, adolescentes, estendendo, inclusive, essa proteção aos embriões, aos nascituros e a filiação sócioafetiva.

1.2 O CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR

A família não pode ser vista em sentido muito amplo, porque pretende trazer para seu seio parentes distantes, muitas vezes sem o menor compromisso com os anseios e preocupações de outra parte da mesma. Mas também não pode se limitar apenas ao conjunto de pessoas formado pelos pais e filhos, excluindo avós, tios e outros parentes, com vínculos de sangue ou não, que também se identificam com aquele núcleo. Necessário estabelecer-se um meio termo capaz de identificar os membros mais próximos, ou não, que realmente se interagem, se preocupam e se apresentam para tentar ajudar a construir o objetivo comum em prol da mesma. Daí, o conceito de formação da família, não apenas por laços consanguíneos mas também por vínculo sócio afetivo.

O poder familiar é exercido pelos pais quanto à pessoa dos filhos, competindo a eles, enquanto os filhos não atingirem a maioridade civil ou por outra causa, determinada pela legislação, dirigir-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhes sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos dezesseis anos nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade até à maioridade ou cessação da incapacidade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A constituição da família é uma consequência natural do ser humano, visto que o homem é uma das raras espécies que nascem com a mínima ou nenhuma condição de sobrevivência. Daí a autoridade dos pais sobre os filhos, em função dos cuidados especiais que estes demandarão por muitos anos até estarem prontos para “seguirem sozinhos suas vidas”.

O Estado, com o objetivo de evitar o abuso dessa autoridade por parte dos pais, submete o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle.

Atualmente, a chamada entidade familiar não se caracteriza tão somente pela formação em decorrência de laços sanguíneos, mas também por relações estabelecidas pela adoção, união estável, união homo afetiva, casamento, *multiparentalidade*, devido à revisão dos valores as quais a sociedade vivencia e a jurisprudência acompanha.

Modernamente, o poder familiar despediu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística. Outrora, o poder familiar representa uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje, é uma servidão dos pais para criar o filho.

Pode-se observar claramente esse novo conceito ao deparar com a Lei 10.406/2002 do novo Código Civil, onde é bastante clara a figura da união estável como uma forma de entidade familiar:

O Estado não pode mais controlar as formas de constituição das famílias. No século XXI, ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção dos pais e seus descendentes (art.226, CF). Estas de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.

Com a modernização do direito, o pátrio poder foi expandido da hipótese-padrão, ou seja, quando pai e mãe estão vivos e unidos pelo enlace matrimonial, sendo ambos plenamente capazes, nesta circunstância o poder pátrio é simultâneo.

1.3 O PODER FAMILIAR SOB O PRISMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CÓDIGO CIVIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes mesmo de exercer um pátrio poder, os pais têm o pátrio dever constitucional de prestar assistência aos filhos. Para tanto, o Estado utiliza uma gama de leis e dispositivos legais, possibilitando a fiscalização dessa função, ou seja, permitindo aos pais o exercício dos deveres de educação e criação da prole, desde que tenham sua companhia e guarda.

Tal função poderá ser facilmente observada nos seguintes dispositivos: artigos 1634, I do CC, 22 do ECA e 229 da CF, onde o Estado obriga os pais ao exercício de seus deveres.

Apesar de tais deveres parecerem simples e fáceis de serem cumpridos, a cada dia esses se mostram mais complexos, pois, se pensar no quanto é árduo o trabalho de agregar valores na educação, voltada ao desenvolvimento da pessoa humana, englobando o desenvolvimento físico, intelectual, psicológico, espiritual, religioso, entre vários outros, sendo das principais razões para se terem ambos os pais nessa tarefa. O Código Civil de 1916 mostra em seu corpo. Essa tarefa é exclusiva do pai, a figura da mãe era admitida esporadicamente. Já a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, concedeu a mãe à condição de colaboradora do pai na relação parental. Algum tempo depois, com a Lei 6.515,

de 26 de dezembro de 1977, em seu artigo 27, observou-se que existia a figura do pai e da mãe como titulares do direito parental.

Com as modificações do Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002), foi possível a observação de cair por terra aquela prevalência de um dos genitores para ser guardião, ou ainda, núcleo do poder familiar, em relação ao menor. Nessa linha de raciocínio, na compreensão do ditame constitucional, a igualdade do marido e da mulher, em direitos e deveres, referente à sociedade conjugal, não se limita a relação bilateral, projetando-se em todas as relações familiares e a outras que com elas se inter-relacionem pelas repercussões decorrentes, notadamente às suas condições de pai e mãe que, por tais qualidades, também assumem, em igualdade, os direitos e deveres em relação aos filhos.

Ainda em relação ao Novo Código Civil, a denominação “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”. E isto se repetiu nos poderes conferidos aos cônjuges, que em vez de pátrio poder, se falasse em “poder familiar”, que é uma expressão mais justa e adequada. Portanto os pais exercem esse poder em função dos interesses da casa e da prole.

Com o ECA (Lei 8.069/90), que segue a “doutrina da proteção integral”, baseado no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, em seu artigo 21, tem-se bastante nítida a ideia de que aos pais cabem essa missão de assistência, criação e educação dos filhos.

Tal conceito deve ser considerado de maneira isonômica entre os genitores, observando-se algumas características importantes, como uma missão confiada a ambos os pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção até a idade adulta. É função exercida no interesse dos filhos. É mais um múnus legal do que propriamente poder.

O pátrio poder apresenta características bem marcantes: a) é um múnus público, id est, uma função correspondente a um cargo privado (direito-função ou poder-dever); b) é irrenunciável: dele os pais não podem abrir mão; c) é inalienável: não pode ser transferido pelos pais a outrem, salvo em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa (verbi gratia, na adoção e na suspensão do poder dos pais); d) é imprescritível: dele não decai o genitor pelo simples fato de deixar de exercê-lo; somente poderá o genitor perdê-lo nos casos previstos em lei; e) é incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do artigo 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O dispositivo do artigo 226, Parágrafo 5º da CF confirma o explanado em relação aos filhos, de maneira que, por exemplo, em caso de viagens ao exterior a autorização deve ser do pai e da mãe.

2. A GUARDA E PROTEÇÃO DOS MENORES

2.1 A DEFINIÇÃO

O conceito de guarda está previsto no direito brasileiro e encontra seu respaldo na Lei 6.515/77, no Código Civil e no ECA. Em todas suas definições é possível observar um grande valor de proteção, preservação do menor que deve ser educado, assistido material e moralmente, para que assim tenha a idade adulta de maneira mais saudável, podendo galgar uma vida digna e com princípios adquiridos ao longo dos anos.

Guarda é sustentar, dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.

A principal característica da lei e da doutrina é a incondicional proteção e bem-estar do menor, que por si é naturalmente indefeso e precisa de todo amparo. Para isso é necessário que a guarda seja entregue a terceiros diferente dos genitores.

2.2. OS CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA GUARDA

No ambiente familiar, quando mãe e pai estão juntos, com os mesmos objetivos, os mesmo ideais, ambos são responsáveis pela criação e educação dos filhos menores, de maneira que não se faz necessário levantar questões referentes à guarda dos filhos. Todavia, essas questões passam a ser suscitadas a partir da primeira discordância ou da primeira divergência de pensamento, tão logo ocasiona uma separação.

De acordo com o Código Civil anterior a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, seu artigo 1.584, após a decretação da separação judicial, sem haver algum acordo quanto à guarda dos filhos, esses devem permanecer com quem oferecer melhores condições de exercê-la, ou seja, é bastante evidente a preocupação em priorizar o bem estar do menor, sobrepondo seus interesses em relação aos dos pais.

Em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores. Nesse sentido, alguns critérios para determinação da guarda devem ser analisados como o interesse do menor, idade e sexo, irmãos juntos ou separados, a opinião do menor, comportamento dos pais, interesse do menor.

O princípio do interesse do menor é basicamente um dos requisitos mais importantes, visando ao atendimento do interesse do menor em todos os sentidos, tratando cada caso de maneira diferente, observando suas peculiaridades, suas particularidades e seus diferenciais.

De acordo com o artigo 1.586 do CC e artigos antecedentes, o juiz poderá decidir que maneira será conveniente ao menor. Quanto a idade e sexo, com o advento do novo Código Civil, essa questão não mais faz parte da discussão pela determinação da guarda, tendo em vista que de absoluta relevância é o interesse do menor, tornando-se então irrelevante a questão de idade e sexo.

É certo que na primeira infância, na tenra idade, o menor tem mais vinculação com a mãe, etapa da vida em que a personalidade do menor se desenvolve por instintos, não oferecendo preocupação quanto a um juízo de valor relativo aos pais e a guarda será deferida pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores mais insertos na maternidade.

Do nascimento até por volta dos 18/24 meses de vida, o bebê apresenta forte ligação afetiva com a mãe, formando com ela um par, da qual se discrimina e da qual depende quase que completamente para a própria sobrevivência física e psicológica. A respeito da guarda, a criança deve ficar com a mãe no decorrer desse período.

No que diz respeito à guarda de Irmãos juntos ou separados, não é aconselhável separar a parte da família. Separar irmãos causaria grande rompimento na afetividade, solidariedade e

união. Tal critério perderia a razão de existir quando há grande divergência de idade entre os irmãos, onde cada qual desenvolve diferentes tarefas. Quando não for possível a união desses irmãos, é recomendável amplo regime de visitas.

A opinião do menor: segundo a Convenção dos Direitos das Crianças, esse critério deve ser observado quando da idade e da maturidade dos menores, visto que não pelo raro encontrar pais que diante da separação façam promessas aos filhos menores, na expectativa de manifestarem opinião favorável a um dos genitores.

O comportamento dos pais deve levar em consideração o interesse do menor, que é condição básica para se definir a guarda dos filhos menores. Dessa maneira, seria inevitável observar também o comportamento dos pais, seja no âmbito material, envolvendo renda, profissão, habitação. Seja no âmbito moral, englobando convívio social, idoneidade, caráter, entre outros.

Em todos os critérios para determinação da guarda, é observada grande preocupação com o real bem-estar dos filhos menores e nesse princípio, baseia-se toda estrutura do legislador e do julgador, para a prioridade única ser o interesse dos genitores.

2.3. AS PRINCIPAIS MODALIDADES DE GUARDA

A doutrina brasileira, apresenta classificação das modalidades de guarda, que resumidamente pode ser entendida como guarda comum, desmembrada e delegada; guarda originária e derivada; guarda de fato; guarda provisória e definitiva; guarda única; guarda peculiar; guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários; guarda jurídica e material compartilhada; guarda alternada, aninhamento ou nidação; guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta.

Apesar de tal classificação ser bastante aceita ressalta-se que para o direito brasileiro a guarda, seria única ou monoparental, bem como guarda compartilhada.

Para que o interesse do menor esteja sempre resguardado, foi necessária a instituição de um modelo de guarda adequado à atual sociedade, suprimindo as deficiências dos modelos, isto é, um paradigma em que os genitores exerçam efetiva e conjuntamente seus deveres em relação à sua prole.

3. O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1. O SURGIMENTO DA NECESSIDADE DO INSTITUTO

A aparição do instituto nasce com a ruptura da relação conjugal. A sociedade que já não é a mesma, encarando de maneira aquém o preconceito e com mais naturalidade tal fato, dispensa demasiadas justificativas, evitando conflitos que venham a repercutir na pessoa dos filhos.

O poder familiar é um instituto de caráter eminentemente protecionista com mais deveres do que direitos para os pais em relação aos filhos menores de idade. É uma matéria que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público.

Dentro do princípio da paridade de gêneros, os titulares do poder familiar são o pai e mãe.

A separação judicial, divórcio e a dissolução da união estável do casal não podem alterar o poder familiar dos genitores. Na realidade, a atribuição automática da guarda à mãe nem sempre atende ao melhor interesse da criança, e muitas vezes, a guarda é atribuída à mãe, por entender que esta possui uma posição mais adequada para criação e educação dos filhos, mesmo nas situações mais diversas.

Até a década passada, quase que a totalidade dos pais aceitavam a função de provedor material a eles atribuído sem cogitar qualquer questionamento em relação aos parâmetros estabelecidos pela sociedade.

Hoje, vislumbram-se importantes mudanças com homens e mulheres, questionando as posições tradicionalmente a eles atribuídas. Cada vez mais, a tendência é considerar cada caso em suas vicissitudes e particularidades, livres de conceitos ultrapassados.

O surgimento do instituto da guarda compartilhada deu-se pela necessidade da sociedade e pelo respeito à legislação vigente. Ela torna mais efetiva a interação da figura não-detentora da guarda no cotidiano de seus filhos, eliminando o rótulo de visitante ou de mero provedor, frequentemente imposto ao não-guardião.

3.2. A GUARDA COMPARTILHADA

Esse novo modelo de guarda é motivado pela crescente necessidade e desejo de ambos os genitores se unirem para a educação e criação dos filhos, de modo que não mais haverá somente um dos pais com a guarda do menor, mas uma união, a qual, apesar da ruptura da relação conjugal, não afetará a relação parental.

Uma nova corrente, diferentemente daquela, surge como o objetivo de mitigar o sofrimento dos menores. E com a ajuda da sociologia e da psicologia tenta desenvolver e melhorar o relacionamento com os filhos após a separação.

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a visão de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. A partir deste novo conceito, é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a ideia de estar com, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e conseqüentemente dos pais.

De suma importância diferenciar a chamada guarda alternada da guarda compartilhada, tendo em vista que, na primeira os filhos alternam de residência, ora ficando com a mãe e ora com o pai. Tal forma tem sido bastante criticada e desacolhida pelos doutrinadores e pela jurisprudência com a justificativa de a alternância de residência ser prejudicial para o menor que não terá uma referência do que seja um verdadeiro lar.

Na guarda compartilhada, os filhos têm uma residência principal, onde podem ter uma efetiva referência de uma vida normal como amigos, vizinhos, escola, atividades cotidianas.

A desinformação de muitos sobre esse regime de guarda proposto iniciou uma polêmica, pois se pensou que, com a adoção da guarda compartilhada, os filhos menores permaneciam por um período na casa da mãe e por outro período na casa do pai, o que, dentre outros malefícios, dificultaria a consolidação de hábitos na criança, provocando instabilidade emocional.

Esse receio não tem qualquer fundamento, já que, conforme explicitado, a guarda compartilhada pressupõe a permanência do menor com um dos pais. Contudo, a guarda compartilhada torna mais efetiva a participação do não detentor da guarda na vida dos filhos, já que o tira da figura de mero coadjuvante, e, por vezes, de simples provedor financeiro.

Com esse modelo de guarda, ambos os genitores poderão conjuntamente decidir sobre vários assuntos e aspectos relativos à vida de seus filhos: religião, melhor escola, lazer, rotinas das crianças, entre outros, os quais normalmente, no caso de separação, seriam definidos somente por um dos genitores.

O maior objetivo de tal instituto é que os pais vivam intensamente a parte mais importante da vida de seus filhos, onde estes estão em plena formação de caráter, de personalidade, ou seja, é a fase que revelará o tipo de adulto que essa criança ou adolescente se tornará.

A cada dia a guarda compartilhada atrai novos olhares, inclusive de áreas científicas diferentes do direito como filosofia e psicologia, todas realmente interessadas nessa novidade que busca melhorar a situação das famílias, as quais por algum motivo se desfez.

Contudo, não se deseja que em todos os casos exista a opção pela guarda compartilhada, uma vez que nem sempre o ambiente é propício para tal. Nesse sentido, os operadores do direito têm grande responsabilidade, sendo de extrema importância conscientizar os reais benefícios e as vantagens de sua utilização.

O modelo da guarda compartilhada deve ser estudado com bastante paciência pelas partes e pelo Poder Judiciário, pois, dependendo do caso, sua aplicação pode ser aconselhada, devendo haver alternativas, sempre atendendo o interesse do menor que é a parte mais fragilizada e mais necessitada de uma efetiva proteção. Os pais são os responsáveis pelo sucesso ou fracasso desta opção.

3.3 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

3.3.1 Direito internacional

A guarda compartilhada tem influência no direito de muitos outros países, sendo o modelo preferido e mais utilizado no direito estrangeiro. As maiores contribuições de outros países ocorreram principalmente no direito inglês, americano, canadense e francês, embora outros países, como Portugal, Alemanha, Espanha, Argentina e Uruguai, também tenham relatos de tal instituto em seus ordenamentos jurídicos.

O modelo de guarda compartilhada, surgiu primeiramente no sistema jurídico da *common law*, atribuindo o pioneirismo do sistema ao direito inglês. Inicialmente, neste direito estrangeiro considerava-se que o pai era o legítimo detentor do poder familiar e detentor exclusivo da guarda dos filhos menores. Algum tempo depois, a atribuição da guarda

Convencidos de que o interesse maior da criança fica plenamente garantido e segundo porque a participação comum dos genitores tende de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura, vê ambos os genitores envolvidos com seu destino.

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissod*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência

inglesa. Em 1972, a Court de Apelação da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança.

Assim, esse modelo que beneficia o interesse do menor e a efetiva participação de ambos os genitores na guarda dos menores surgiu e, quase como obrigação, ganharia o mundo propagando seus benéficos.

Na França, o novo sistema é muito bem recebido a partir de 1976 com o mesmo intuito de mitigar o sofrimento dos menores, assim como ocorreu na Inglaterra. Mais uma vez observar-se-á a busca pelo melhor interesse do menor e a consequente modernização do direito familiar estrangeiro.

O Código Civil Francês estabeleceu, com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo *guarda*), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o Juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

Para o Direito Canadense, a separação dos genitores não deve gerar um sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, seja mãe, pai ou filhos. Esta ideia é a pedra de toque para a adoção da guarda compartilhada por este ordenamento, da qual resulta uma presunção de guarda conjunta, como melhor interesse do menor.

Já no Direito Inglês busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos - *care and control* - resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores - *custody*.

Nos Estados Unidos, o sistema da guarda compartilhada é bastante estimulado em vários Estados: Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Louisiana, Minnessota, Ohio, Virgínia, permitindo ser uma alternativa quanto à guarda de menores.

Presentemente, é política pública dos Estados Unidos assegurar ao menor contato frequente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança.

Hoje, a legislação de cerca de 45 unidades da federação dos Estados Unidos da América autoriza a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outros 12, é presumida e, em outros 8, a presunção se dá por acordo de ambos os pais.

É crescente o fluxo de pais preocupados com o futuro dos filhos, sendo o crescimento de Estados, adotando o sistema da guarda compartilhada, demonstrando a solidez do instituto. Sua divulgação é bastante ampla, permitindo aos pais optarem pela preservação da relação pais e filhos, para os menores saberem que seus genitores permanecem unidos, apesar de separados.

Nos Estados Unidos da América, a guarda compartilhada é um dos tipos de guarda mais crescente. As estatísticas demonstram que os pais são a ele francamente favoráveis, sob vários aspectos: autoestima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psicoemocional, paciência. Os tribunais estão decidindo favoravelmente pela guarda compartilhada, pois

compreendem ser o melhor modelo de guarda para os menores, mesmo que o relacionamento do casal tenha chegado ao fim.

A questão de maior relevância é o melhor interesse do menor e o juiz considerará várias questões relativas ao menor: emocional, psicológico, etc., sendo o peso maior estar justamente em atender às reais necessidades da prole, ou seja, o juiz tem a grande responsabilidade de decidir quando a guarda conjunta ou compartilhada será a melhor opção.

Desta forma, percebe-se que a regra no exterior é o compartilhamento. A exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida.

3.3.2 Direito nacional

No direito brasileiro, não existia até o início do século XXI nenhum dispositivo legal que discipline a modalidade da guarda compartilhada e diferentemente do direito estrangeiro. Nos tribunais, somente agora é possível observar decisões favoráveis nesse sentido. Isso poderia ser facilmente resolvido, em virtude de o ordenamento jurídico brasileiro não proibir a existência de tal instituto e nem tem o objetivo de acabar com as modalidades de guarda, mas emergem com fins de soma e oferecimento de maior gama de alternativas para os pais e juristas, a guarda compartilhada.

O modelo da guarda compartilhada tem uma grande responsabilidade em sua finalidade já se estuda no país a guarda compartilhada com um modelo que propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que esses não foram negligenciados após o divórcio ou dissolução da União Estável.

As decisões mais importantes na vida do menor, como a educação, a saúde, as questões psicológicas, as atividades extracurriculares, as viagens, as férias, o dia-a-dia, são repartidas entre ambos os genitores, ensejando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda.

O primeiro estudo sobre a guarda compartilhada foi em 1986. O modelo começou a ser pesquisado no Rio Grande do Sul, sob o ponto de vista jurídico e psiquiátrico, envolvendo diversas áreas: educação, medicina, sociologia e psicologia.

Apesar de poucos estudos aprofundados, final do século passado, sobre a guarda compartilhada, principalmente em relação às doutrinas e jurisprudências, essa se mostra juridicamente a mesma e também não havia proibição jurídica de sua utilização.

Alguns dispositivos poderiam ser relacionados com a guarda compartilhada sem prejuízo da finalidade, como é o caso da Constituição Federal em seu artigo 5º, I referindo-se aos direitos iguais entre homens e mulheres, ou ainda do ECA, em seu artigo 16, inciso V, mostrando o direito de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

A guarda compartilhada tem a função de ajudar os pais no caso de uma inevitável separação, dando a oportunidade de os pais participarem nas decisões mais importantes na vida de seus filhos, estabelecendo o frequente contato entre os genitores e filhos, não existindo, contudo, uma divisão, visto que os filhos, assim como na guarda alternada, podem ficar um período com a mãe e outro com o pai, cuja diferença é a inexistência da fixação de dias, horas, tendo maior flexibilidade, devido à colaboração dos pais. Nesse modelo, também

tem a fixação de residência, entendendo que o menor deve ter um lugar fixo, com seus objetos, suas intimidades, enfim uma referência da sua casa.

4. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA APLICABILIDADE DO MODELO DA GUARDA COMPARTILHADA

4.1. AS VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é um modelo de que, diferentemente dos outros, com a alternada ou a única, propicia a efetiva participação de ambos os genitores na criação, educação e assistência aos filhos menores. Atende à real necessidade de se terem ambos os pais presentes, não somente como meros fiscalizadores com dias e horários rigidamente marcados, sem permitir consenso, afastando ainda mais quem teria sido parte de uma família, mas agregando valores e afeto na relação com os filhos.

A sociedade já não deixa espaço para os modelos extremamente rígidos e desprovidos de sentimentalismo e afeto familiar. Existe a grande preocupação com bem estar do menor, não somente no direito brasileiro como também no estrangeiro, sendo muitos países, os quais adotam o modelo da guarda compartilhada com a menor alternativa para privilegiar a convivência dos genitores com os filhos.

Os benefícios, advindos da guarda compartilhada, encontram amplo fundamento psicológico. O divórcio ou dissolução da união estável dos pais acarreta uma série de perdas para os filhos e a guarda compartilhada visa à amenização de tais perdas, beneficiando a criança à proporção que ambos os pais estão igualmente envolvidos em sua criação e educação.

No Brasil, o tipo de guarda mais utilizado ainda é a que deriva da antiga cultura familiar machista, seguindo a jurisprudência dominante, ou seja, a guarda exclusiva, quase sempre da mãe, e visitas quinzenais do pai em finais de semana alternados.

A percepção da criança quanto ao tempo cronológico é muito diferente do adulto. Uma semana para um adulto, por exemplo, pode corresponder a um mês para a criança. Trata-se de tempo suficiente para gerar na criança o medo do abandono e o desapego àquele progenitor que não detém a guarda. A doutrina e a jurisprudência entendem favorável à guarda compartilhada, como alternativa mais adequada à saúde psíquica da criança, por diminuir o tempo da ausência tanto de um quanto do outro progenitor, esse tipo de guarda garante a presença de ambos os pais na sua vida, impedindo assim a sensação de abandono e o desapego na qual se originam os sintomas.

Os processos de família lidam com pessoas e a singularidade de membro não pode ser ignorada. Faz-se, assim, necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em relação sociais e familiares.

Depois do divórcio ou da dissolução da união estável, existe a quebra da relação diária pai, mãe e filhos. Passa-se a ter a mãe os filhos de um lado e o pai do outro lado, o qual tem que visitar os filhos com certa frequência, o que muitas vezes oscila entre o muito presente e regular ao desaparecimento total do outro.

É importante que a criança, filho de pais separados, tenha oportunidade de adaptar-se à nova vida, criando vínculo com as duas casas. Permitir-lhe o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem medo de ser abandonada.

A criança não pode perder o referencial, o vínculo, o afeto e a convivência dos pais; então, o grau de intimidade com os pais garantirá alguma segurança e permitirá que ela viva além da extensão do lar.

A verdadeira solução são os pais, responsáveis pela vida de uma criança, continuarem a entender-se para que essa criança viva a fase entre os seus dois progenitores, se possível, e possa estar a par da sua situação; para que saiba que os seus pais, embora divorciados, se sentem ambos responsáveis por ela.

Entende a moderna Psicologia que, mesmo em litígio, a guarda compartilhada é a melhor solução para os filhos, pois estes precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais.

Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aula, etc.

4.2. AS DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é um modelo não isento de imperfeições e a exemplo de outros modelos possui alguns fatores desfavoráveis. O modelo é mais uma alternativa para se chegar ao interesse do menor, não tendo a pretensão de ser a única solução para todos os problemas de uma família desconstituída.

O modelo da guarda compartilhada pode ter ótimos resultados quando se pode contar com o efetivo envolvimento e cooperação dos pais, porém se usado de maneira inadequada por pais cheios de mágoas e ressentimentos que não buscam preservar os filhos, poderá ocasionar estragos imensuráveis na vida de quem deveria ser protegido, levando inevitavelmente o modelo ao fracasso. Pais egoístas, contrários ao diálogo e indispostos a ceder, não podem e nem devem optar pelo modelo da guarda compartilhada, devendo alternar pela guarda única, onde será definido o genitor mais capacitado para permanecer com os filhos podendo o outro visitá-lo.

Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados que não possuem o mesmo objetivo em relação a sua prole. Essa resulta em verdadeiras tragédias, cuja heresia que transforma filhos em *iô-iôs*, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra, com aquela em alguns dias da semana e com este nos demais.

Em todos os processos judiciais ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico.

Exemplos de casos em que se litigou por mais de um ano sobre qual escola para o filho, se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa ou da escolinha pelo pai, próxima da dele.

Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficaram confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável.

Críticas são feitas ao modelo de guarda compartilhada, decorrem do fato de que se deve analisar caso a caso, sem haver imposição sob pena de aumentar o sofrimento dos filhos.

4.3. O INSTITUTO E A JURISPRUDÊNCIA

Tendo sempre como critério primordial o melhor interesse do menor, considerando que o divórcio ou dissolução da união estável são elementos frequentes da atual sociedade, a jurisprudência e a doutrina majoritária entendem que os pais são capacitados para criarem e educarem seus filhos. É por isso que os tribunais são favoráveis ao modelo que mais assegura o bem-estar dos filhos.

É louvável atitude de juízes que convocam as partes, ouvem os menores e recorrem à consulta interdisciplinar. De qualquer forma, porém, nem sempre a solução judicial atende a contento o futuro de seus jurisdicionados.

A guarda compartilhada, embora seja um modelo importado de outros países, encontra-se em consonância com os princípios, vigentes no ordenamento pátrio, principalmente, na permanência do poder familiar que não finda com a separação, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores e mostra-se capaz de acompanhar a jurisdição dos diversos aspectos das modificações da realidade da vida provada dos indivíduos os quais impõe novas formas de arranjos familiares, provocando rearranjos internos, decorrentes da estrutura existente na família anterior, agora desfeita e passam a exigir dos julgadores a articulação de conhecimentos provenientes de outras áreas para dirimir os conflitos.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento jurisdicional no seguinte sentido, conforme Ementa abaixo transcrita:

Processo

REsp 1428596 / RS
RECURSO ESPECIAL
2013/0376172-9

Relator(a)

Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

03/06/2014

Data da Publicação/Fonte

DJe 25/06/2014

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.

NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
2. A guarda compartilhada é o ideal a ser 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 de duplo referencial.
3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob 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.
6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
7. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entende que necessário que haja harmonia entre o casal para que seja possível a guarda compartilhada, conforme a Ementa abaixo descrita:

Classe do Processo:

2014 00 2 009796-6 AGI (0009860-68.2014.8.07.0000 - Res.65 - CNJ) DF

Registro do Acórdão Número:

835460

Data de Julgamento:

26/11/2014

Órgão Julgador:

2ª Turma Cível

Relator:

FÁTIMA RAFAEL

Publicação:

Publicado no DJE : 02/12/2014 . Pág.: 253

Ementa:

PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FATOS QUE DEMANDAM A DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA.

1. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e ajuste entre os genitores, de modo que não pode ser imposta em decisão antecipatória de tutela.
2. Recurso conhecido, mas não provido. Unânime.

Decisão:

NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME.

5. A LEI 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014

A guarda compartilhada com a vigência da Lei 13.058/2014, passou a ser obrigatória a partir de 23/12/14, conforme alterações no Código Civil.

A lei 13.058/14 tem embasamento em pesquisa do IBGE, disponibilizada em Dezembro do ano corrente, que apurou que foram concedidos 324.921 divórcios diretos em 2013 e registrados 1.052.477 casamentos no mesmo ano, 1,1% (11.037 casamentos) a mais que no ano anterior. Em 2013, 86,3% dos divórcios concedidos no Brasil tiveram a responsabilidade pelos filhos concedida às mulheres. A guarda compartilhada ainda é uma situação pouco observada no país, porém crescente, visto que o percentual de divórcios que tiveram este desfecho no que diz respeito à guarda dos filhos menores foi de 6,8%. O Pará, com 11,4%, e o Amazonas, com 10,8%, foram os estados brasileiros com os maiores percentuais de divórcios nos quais foram evidenciadas as guardas compartilhadas.

O artigo 1.583, §2º, do Código Civil consigna hipótese jurídica que exigirá do Poder Judiciário, do Ministério Público e de equipe multidisciplinar (psicólogos, pedagogos) bastante atenção, pois diz respeito a forma pela qual será dividido o tempo de convivência, tal qual se verifica pelo texto legal:

§ 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.

E isto é de capital importância para as partes envolvidas, pois é a base da guarda compartilhada, ou seja, o tempo de convívio entre as partes potencializa a razão de ser do instituto jurídico ora em estudo. Do contrário, aplica-se a guarda unilateral. A guarda compartilhada não é automática, exige maior compromisso dos genitores e grande capacidade de articulação com o filho(s) sobre o tempo de convivência

O artigo 1.583, §3º, do Código Civil trata de outro aspecto com características essenciais para o sucesso da guarda compartilhada:

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

Onde residir a criança, quando os pais moram em cidades diferentes? E como exercer a guarda compartilhada em locais geograficamente distantes? Se um filho gosta mais do convívio com a mãe, mas esta reside em município com infraestrutura precária e o pai reside em município de grande porte, qual é o melhor para o exercício da guarda compartilhada? Mas, o que é o melhor interesse dos filhos.

Quando os pais residem no mesmo município, estas perguntas são resolvidas de forma mais fácil e eventualmente tais questionamentos são inexistentes. Todavia, o magistrado deve embasar sua decisão em provas que serão produzidas ao longo do processo judicial. Mesmo havendo consenso entre os genitores, ainda assim, a razoabilidade entre aspectos materiais e emocionais devem ser estudados, averiguados pelo Juiz, Ministério Público e equipe multidisciplinar.

Observa-se que a lei 13.058/14 torna obrigatória o regime de guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais, tal qual dispõe o artigo 1.584, §2º, do Código Civil. O artigo textualmente afirma que

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor..

A nova lei dá preferência à guarda compartilhada, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho. Todavia, a lei deve ser analisada sob um contexto em que existem provas suficientes nos autos do processo, as quais demonstrem que ambos os genitores possuem capacidade para exercerem o poder familiar.

Então, o magistrado só deve optar pela guarda compartilhada quando estiver munido de provas que atestem a capacidade do pai e da mãe para exercerem a guarda do filho. E mesmo assim, uma decisão determinando a guarda compartilhada para genitores que não se entendem, pode tornar a situação das partes envolvidas mais sofrida e desarmoniosa.

Por este motivo o artigo 1.584, §3º, do Código Civil fala em estudo realizado por profissionais da psicologia ou equipe interdisciplinar:

Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Determinar que uma pessoa esteja submetida a guarda de genitores desarmoniosos entre si é causar um mal maior a quem necessita de estabilidade emocional. Inclusive a opinião de especialistas da área corrobora a importância de estabilidade para a criança.

“É a diferença que traz liberdade emocional para a criança. A chance de a pessoa se aceitar e se desenvolver, sendo autêntica, é maior quando tem relação com o pai e a mãe, sem se prender a um padrão. Assim, ela torna-se mais segura”, explica a diretora do Serviço de Psicologia do Departamento de Psiquiatria do Hospital das Clínicas, Jônia Lacerda, em entrevista à Agência Estado, publicada em 12 de agosto de 2010.

O juiz cauteloso terá a prova pericial não como uma faculdade e sim como uma obrigação legal, para ter amparo quanto a aplicação ou não de guarda compartilhada.

A jurisprudência do TJDFT é bastante clara quanto a necessidade de que a guarda compartilhada somente deve ocorrer quando de fato existir harmonia entre os pais. Do contrário, a guarda unilateral prevalece como medida sensata, sendo fixado o regime de visitação do pai ou mãe que não possua a guarda.

A realidade forense demonstra que a guarda compartilhada é uma exceção e não regra. E continuará sendo assim, apesar da lei 13.058/14 que alterou notadamente o artigo 1.584 do Código Civil, determinar que a guarda compartilhada será o regime preferencial quando os genitores não acordarem sobre a guarda do filho. E isto porque deve-se fazer uma investigação sobre qual é a melhor situação para a família, se realmente o pai e a mãe possuem condições financeiras e emocionais de compartilharem a formação de uma criança em lares diferentes.

Em uma audiência judicial, se não houver conciliação entre as partes, haverá instrução do processo. Isto implica em produção de provas testemunhais, documentais e produção de prova pericial. O magistrado precisa ter certeza de qual é a melhor situação para o filho e para isso a perícia realizada por equipe interdisciplinar é fundamental.

O artigo 1.584, § 4º afirma o seguinte:

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

A possibilidade de alteração de cláusula de guarda compartilhada com redução de prerrogativas ao pai ou a mãe, também deve estar expressa em sentença judicial. Nada pode ser subtendido ou sujeito a interpretação ambígua quando o magistrado decide a vida de uma família. Então, a clareza na sentença quanto a este ponto evita dissabores futuros para os pais e a criança.

O artigo 1.585 do Código Civil confirma a necessidade de análise probatória para que seja deferida a guarda compartilhada. Excepcionalmente, admite a liminar em ações de guarda sem produção de provas:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

A concessão de liminar sem oitiva da outra parte (pai ou mãe) está relacionada ao poder geral de cautela do juiz quanto à verificação de eventual prejuízo a proteção dos filhos. E nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal esta decisão liminar sem oitiva da parte contrária, deve ser motivada com base na legislação, provas produzidas nos autos do processo e princípios da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e ampla defesa e contraditório.

A nova lei, por meio de alteração do artigo 1.634 do Código Civil, chama a atenção para a responsabilidade dos genitores qualquer que seja o regime de guarda.

Observa-se de imediato que a guarda unilateral não implica em maiores poderes ao detentor da guarda do filho. Seja qual for o regime de guarda adotado judicialmente ou mesmo em consenso entre os pais de forma extrajudicial, o genitor que não detiver a guarda deve estar presente em situações formalizadas exemplificativamente no artigo 1634, incisos I a IX, do Código Civil. E também em outras situações não previstas em lei, mas que autorizam aos genitores estarem vigilantes quanto à criação de seus filhos, independentemente da guarda ser unilateral ou compartilhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo discutiu a relevância da guarda compartilhada na evolução do Direito de Família demonstrando que sua aplicabilidade é perfeitamente possível com a legislação positivada, com a cooperação dos pais e com bom-senso do magistrado e dos operadores do direito, sempre com o objetivo de atender ao melhor interesse do menor.

A doutrina estrangeira pode ser uma excelente parceira, visto que desde os anos setenta do século XX, utiliza-se das vantagens de um modelo de guarda, a qual permite que os genitores possam participar ativamente da criação e educação dos filhos após o divórcio.

O trabalho demonstra que o atual contexto é propício para se investir na guarda compartilhada, pois com a evolução a sociedade a maioria dos divórcios e separações são consensuais, sendo o primeiro passo para a cooperação entre os pais e o efetivo sucesso do modelo.

O modelo da guarda compartilhada foi adequado à legislação positivada no direito brasileiro, pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 e recentemente pela Lei 13.058/2014.

Muitos operadores do direito, com certeza ainda tecerão vários comentários sobre a nova lei que alterou o artigo 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do Código Civil.

A expectativa é de que as relações entre pai e filho, apesar de um divórcio ou dissolução de união estável, serem envolvidas por interesses afetivos em detrimento de interesses pessoais. Espera-se que os pais da atualidade não queiram ter uma participação secundária e de fiscalização na vida de seus filhos, isto é, queiram ter a responsabilidade da criação e educação na tomada de decisões relativas às questões mais importantes que envolvam seus filhos.

O empreendimento deste artigo é analisar possíveis repercussões no âmbito social e familiar, pois coleta idéias de vários doutrinadores e juristas atribuindo melhor entendimento sobre o tema guarda compartilhada no que diz respeito ao ser humano em sua formação.

Oxalá este trabalho contribua para o avanço do Direito de Família, alargando as discussões quanto ao melhor interesse do menor. E mais do que isso, criando melhores condições para a convivência dos pais e filhos após o rompimento da sociedade conjugal ou dissolução da união estável.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

BARRETO, Elaine Gomes. Temas polêmicos em direito de família. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto, pátrio Poder, regime jurídico atual. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 81, v. 676, p. 80, fev.1992.

CASA NOVA, Marcial Barreto. Guarda Compartilhada. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: O preconceito & A Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLTO, Françoise. Quando os pais se separam. Rio de Janeiro. Zahar, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr, Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, Cláudia Baptista. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARKY, Tomas. Curso elementar de Direito Romana. 3. Ed. São Paulo: Saiva, 1987.

MIRANDA, Pontes de. A guarda e o direito. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. São Paulo: Ática, 2004.

REALE, Miguel. Lições preliminares de [i]direito. São paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco de Nioac. Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/>. Acesso em 30/08/2009.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br//>. Acesso em 10/09/2009.

SEVERO, Drielen Caroline. Instituto da guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.folhadomate.com.br//>. Acesso em 19/10/2009.