

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

A OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Patrícia Serafini Gross¹

Júlia Bagatini²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR. 3 A GUARDA DE FILHOS. 4 A GUARDA COMPARTILHADA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Com o advento da Lei n. 11698/2008, que regulamentou em nosso ordenamento jurídico a guarda compartilhada, nasceram diferentes interpretações acerca do dispositivo que impõe que esse tipo de guarda deve ser aplicada sempre que possível, quando não houver um acordo entre os genitores. Nesse contexto, a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta dos pais pelos filhos. Ambos continuam exercendo ativamente o poder familiar, tanto os deveres quanto os direitos em relação aos filhos. Como ponto positivo da adoção dessa modalidade de guarda, cita-se que ambos os pais participarão ativamente da vida do filho, e serão responsáveis por sua criação e educação, e o filho manterá convivência igualitária com o pai e com a mãe. E como ponto negativo, verifica-se que quando há litígio constante entre os pais e é imposta a guarda compartilhada, pelo fato deles, pais, terem que manter diálogo mais frequente devido aos interesses dos filhos, esse conflito pode a estes se estender, prejudicando assim a sua educação e formação psicológica.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Melhor Interesse da Criança.

1 INTRODUÇÃO

É cada vez maior o número de filhos de casais separados ou nascidos de uma relação apenas eventual que ficam privados da convivência com ambos os pais. As crianças precisam de um ambiente familiar saudável, tranquilo e com a presença do pai e da mãe para um desenvolvimento sadio, mesmo que os pais não sejam um casal.

Não é necessário que os pais vivam juntos para participarem da criação dos filhos, mas é preciso harmonia e diálogo entre eles para tratar de assuntos pertinentes aos filhos, e mágoas ou ressentimentos que existam não devem ser estendidos aos filhos, pois dificultam o relacionamento ou promovem o afastamento de um dos genitores da sua prole.

A guarda compartilhada objetiva que os laços afetivos não desapareçam pela falta de convivência e que a criação do filho seja dividida entre os pais com

¹ Aluna do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades de Itapiranga –SC. E-mail: pattisfn@hotmail.com.

² Mestre em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Administrativo, pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF). Advogada. Professora FAI Faculdades de Itapiranga-SC. E-mail: juliabagatini@bol.com.br

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

responsabilidade conjunta e igualitária, não apenas na parte material, mas na social e afetiva também, mantendo os mesmos direitos e obrigações a ambos os genitores em relação aos filhos.

Ocorre que, se há um conflito entre o pai e a mãe, e uma disputa judicial pela guarda da criança ou adolescente, é difícil manter um contato, uma conversa civilizada e decisão conjunta de assuntos relacionados aos filhos, e a tentativa de resolução de um problema, poderá tornar-se um problema ainda maior.

Nesse sentido, a importância deste estudo é verificar se a imposição da guarda compartilhada dos filhos aos pais seria possível em todos os casos, inclusive nos de conflito, ou se é necessário analisar o caso concreto e a possibilidade do estabelecimento dessa modalidade de guarda.

2 A FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

São muitas as concepções jurídicas atribuídas ao termo família, não se admitindo uma ideia unívoca acerca do seu conceito, pois este sofreu diversas alterações com o passar do tempo. Embora a sua essência continue a mesma, que seria a união de pessoas, os conceitos foram sendo ampliados, a partir do reconhecimento de diferentes formas de arranjos familiares.

Antes da Constituição Federal de 1988, o conceito de família era condicionado ao de casamento, e este considerado indissolúvel.

A Constituição vigente ampliou a ideia de família, e também tratou da entidade familiar, embora alguns doutrinadores entendam que não há diferença entre os dois institutos. O art. 226 e seus incisos, faz distinção ao reconhecer a família como aquela derivada de matrimônio, ao rezar, no § 3º do citado artigo, que “[...]é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]” e ainda, no § 4º do mesmo artigo, “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.³

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 24 ago 2014.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Em sentido restrito, Carlos Roberto Gonçalves, refere-se à família como um núcleo constituído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração.⁴ Enquanto Diniz explana que, na significação restrita, a família é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, e que a entidade familiar seria a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes.⁵

Desse sentido estrito de família, que decorre o poder familiar, do qual deriva uma série de direitos e deveres atribuídos aos genitores concernentes a prole.

Paulo Lôbo conceitua o poder familiar

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária — voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.⁶

O poder familiar é derivado do antigo pátrio poder, que em nosso Código Civil de 1916, era atribuído apenas ao marido, como chefe da família, para exercê-lo sobre os filhos menores. À mulher cabia, somente, na falta ou no impedimento do marido, notando-se que, à época, esse poder não era simultâneo, e sim sucessivo, tendo o pai sempre o poder de decisão em caso de divergências com a mãe.

Diferentemente do poder familiar, que é fundamentado pelo afeto, o pátrio poder foi marcado pela essência patrimonial, não tendo muita relevância o processo de educação do filho, pois esses deviam obediência ao pai, sendo natural a desigualdade entre pai e filho.

No atual Código Civil, a ambos os pais cabe o exercício do poder familiar, simultaneamente, tanto no casamento, quanto na união estável, estabelecendo ainda que numa ruptura conjugal, as relações entre os pais e filhos não serão alteradas.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Portanto, o poder familiar pode ser definido como o conjunto de direitos e deveres que o pai e a mãe possuem em relação ao filho absolutamente incapaz e ao relativamente incapaz não emancipado, para assegurar-lhe proteção, enquanto este não estiver apto a praticar os atos da vida civil. Nas palavras de Ana Maria Milano Silva, que o poder familiar é “decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção”.⁷

3 A GUARDA DE FILHOS

A guarda de filhos, entre outras definições, “é a vigilância que tem por finalidade defender, proteger ou conservar”.⁸ Noutra definição, “A guarda, por implicar a assistência material, moral e educacional, deve ser avaliada como um poder-dever dos responsáveis em relação a crianças e adolescentes, uma vez que é exercido no interesse destes”.⁹

O instituto da guarda encontra amparo legal infraconstitucional no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. O Código Civil prevê a guarda no âmbito do Direito de Família, consagrando a proteção aos filhos menores não emancipados, na ruptura da sociedade conjugal, ou de qualquer outra forma de união. E a guarda prevista no ECA, dispõe acerca da proteção integral das crianças e adolescentes, sempre que tenham seus direitos ameaçados ou violados, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou ainda, em razão de sua conduta.¹⁰

⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 25.

⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**. Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42.

⁹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010. p. 167.

¹⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso 30 ago 2014.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Ressalta-se que a guarda também é um dos atributos do poder familiar representando o direito de o filho ser criado no seio de sua família natural ou adotiva.¹¹ É um direito dos filhos a convivência com o pai e com a mãe.

A guarda, objeto do Direito de Família, é aquela que “[...] consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”,¹² prevalecendo o melhor interesse da criança aos interesses dos pais em conflito.

Como se vê, tanto na guarda estatutária, quanto na guarda civilista, deve ser respeitado o princípio do melhor interesse da criança. Independente de versar sobre sua colocação em família substituta, tutela, adoção, ou em razão da dissolução da sociedade conjugal, busca-se preservar o melhor interesse da criança ou adolescente.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança está consagrado no art. 227 da Constituição Federal:

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.¹³

Portanto, em qualquer que seja a situação, o que deve sempre prevalecer é o interesse e o bem estar da criança ou adolescente, para resguardar seus direitos fundamentais, “[...] com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação de sua personalidade [...]”.¹⁴

Enquanto há o vínculo entre os pais, a guarda é conjunta, competindo a ambos as atribuições e decisões, os direitos e deveres de forma igualitária, ambos exercem o poder familiar. Na constância da união entre os pais, prevalece a “[...]”

¹¹ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 62.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 30 ago 2014.

¹⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

ideia de que as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro”.¹⁵

A separação dos pais, não pode resultar também na separação dos pais e dos filhos. Apesar de a guarda sempre ter sido atribuída a apenas um dos pais nos casos de ruptura conjugal, por ser esse meio reconhecido como certo, vivendo, assim, o filho, com apenas um dos genitores, com o qual mantém uma relação contínua, e ao outro genitor, não guardião, ficando apenas o direito de visitas, restringindo a relação deste com o filho, e como consequência o afastamento entre eles.

4 A GUARDA COMPARTILHADA

Na guarda compartilhada, tanto o pai como a mãe compartilham a criação e a educação dos filhos. Segundo Waldyr Grisard Filho

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é o chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como fazia na constância da união conjugal.¹⁶

Com a atribuição da guarda a somente um dos pais e o direito de visitas ao outro, ocorre a modificação do exercício do poder familiar, pois o detentor da guarda o exercerá plenamente, enquanto que o outro tende a se afastar, o que não ocorreria com a adoção da guarda compartilhada, pois a ambos continuaria competindo tal poder.

Um dos principais objetivos da guarda compartilhada é a cooperação mútua entre os genitores, “na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado

¹⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 72.

¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos”.¹⁷

Na guarda compartilhada, compete a ambos os genitores a tomada de decisões importantes pertinentes aos filhos, em igualdade de condições, os dois permanecem detentores da autoridade parental, porém, é preciso determinar a residência da criança, para ela ter, assim, um ponto de referência, ficando a critério dos pais o planejamento das rotinas quotidianas.

No exercício da guarda compartilhada, o filho desfruta do convívio constante com os pais, sem ocasionar uma ruptura na sua habitualidade, porém, um dos genitores permanece com o filho, sendo, ao outro, conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos.¹⁸

Caio Mário, ao tratar do instituto explana que

Diminuindo de forma significativa os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião pela ausência de cuidados em relação aos filhos, a guarda compartilhada envolve ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida.¹⁹

Ao estabelecer, no § 2º do art. 1.584 do CC/2002, que a guarda compartilhada deverá se aplicada sempre que possível, quando não houver acordo entre os genitores, o legislador deixou margens a diversas interpretações, algumas no sentido de desvantagem e outras de vantagem na adoção desse modelo de guarda.

Dentre as interpretações, está a de que a adoção da guarda compartilhada “[...] exige um efetivo entendimento entre os genitores; disputas permanentes, desrespeito e desavenças devem orientar para o sistema tradicional de regulamentação da convivência, sem afastar o direito de o genitor descontínuo

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

¹⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2010. p. 113.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

participar das decisões relativas aos filhos”,²⁰ no entendimento de que esses conflitos poderiam prejudicar o desenvolvimento sadio da criança.

É fundamental e indispensável a existência de diálogo e mútuo respeito entre os genitores que pretendem adotar a guarda compartilhada, havendo também, entre eles, bom senso, equilíbrio e razoabilidade.²¹

Em sentido oposto, “A guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional [...]”,²² elevando o grau de satisfação de pais e filhos e eliminando os conflitos de lealdade. E ainda, “[...] 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”.²³

Porém, com a dissolução do casamento, ou então com uma gravidez decorrente de uma relação eventual entre os genitores, geralmente surge uma relação de animosidade, de ódio, de raiva, de inimizade, que excede a relação entre eles e passa a influenciar a relação deles para com os filhos menores.²⁴

Assim como muitos magistrados e membros do Ministério Público entendem o “sempre que possível” do §2º do art. 1.584 do CC/2002, como a necessidade de um bom entendimento entre os pais, uma vez que o exercício da guarda compartilhada e o seu bom desempenho dependem de um trabalho conjunto dos genitores. A imposição da guarda compartilhada, como prevista pelo Projeto de Lei de Câmara nº 117/13, aplicada sempre que ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar, independente de um bom relacionamento, pode não atender o princípio do melhor interesse da criança, e não evitar a alienação parental, que visa à desconstrução de vínculos afetivos.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22.

²¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2010. p. 113.

²² AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2010. p. 107.

²³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2010. p. 106.

²⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

A corrente majoritária defende a implantação da guarda compartilhada como regra, mesmo em caso de litígio entre os pais, com a justificativa de que o filho não é o sujeito passivo da relação com os pais, não pode ser considerado um objeto. Porém, acrescenta-se que os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos são decorrentes do poder familiar, e que o rompimento dos pais não atinge esse vínculo.

5 CONCLUSÃO

A guarda compartilhada tem o intuito de manter a corresponsabilidade na criação e educação das crianças, como se os pais ainda mantivessem um relacionamento conjugal, decidindo conjuntamente todos os assuntos de interesse dos filhos, preservando os laços afetivos e também garantindo o desenvolvimento sadio da criança.

A adoção da guarda compartilhada é o instituto que melhor atende os interesses da criança, porém deve ser analisada a possibilidade de aplicação desse modelo frente às circunstâncias concretas apresentadas em cada caso, evitando o desequilíbrio emocional da criança.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 24 ago. 2014.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado, 1990. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso 30 ago. 2014.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**. Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015.