

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
CURSO DE DIREITO
AMANDA BATISTA FERNANDES

**A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REFLEXOS QUANTO SEUS ASPECTOS
JURÍDICOS COM VIÉS PSICOLÓGICOS**

CURITIBA-PR

2018

AMANDA BATISTA FERNANDES

**A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REFLEXOS QUANTO SEUS ASPECTOS
JURÍDICOS COM VIÉS PSICOLÓGICOS**

Projeto de Monografia apresentado como requisito parcial à
aprovação da disciplina de Monografia I do Curso de Direito
do Centro Universitário Curitiba.

Orientadora: Adriana Martins.

CURITIBA-PR

2018

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	04
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA	07
2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	07
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	09
2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	10
2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	12
3. DO PODER FAMILIAR.....	14
3.1 ORIGEM DO PODER FAMILIAR	14
3.2 DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR.....	23
3.3 DA SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	25
4. TIPOS DE GUARDA	28
4.1 GUARDA UNILATERAL.....	28
4.2 GUARDA COMPARTILHADA.....	32
4.3 GUARDA ALTERNADA.....	38
5. GUARDA COMPARTILHADA	40
5.1 CONSIDERAÇÕES E REFLEXOS PRINCÍPIOLOÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	40
5.2 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DO MENOR.....	45
5.3 A NOVA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	50
6. CONCLUSÃO.....	67
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada vem sendo um assunto discutido de extrema relevância no mundo contemporâneo. Este trabalho visa analisar a questão jurídica da guarda compartilhada, sob uma análise crítica as leis que baseiam este tema, ainda, serão analisadas questões psicológicas dos menores, os quais se encontram destinados a esta modalidade de guarda.

O ordenamento jurídico que permeia esta modalidade, diz que poderá ser concedido este tipo através da homologação do acordo realizado pelos pais para que seja constituída a guarda compartilhada, ou através de decisão judicial que contemple o melhor interesse do menor. Desta forma, em qualquer das circunstâncias a regra que permeia nas decisões judiciais visa em todas as circunstâncias o melhor interesse do menor, uma vez que é regida pelo princípio da prioridade absoluta do melhor interesse do menor, disposto no art. 227 da CF/88. Para que isso ocorra, o acordo homologado em juízo, ou a decisão que determinou a guarda, fica a depender da satisfação destes princípios, visto que a relação de afeto familiar construída ao longo período de convivência dos pais com os filhos é de extrema importância para que o menor tenha um bom desenvolvimento como ser humano.

Há existência de dois tipos de guarda no ordenamento jurídico, quais sejam, guarda unilateral e guarda compartilhada. Esta primeira, denominada como guarda unilateral, ou exclusiva, é aquela que é atribuída pela figura do magistrado a um dos pais, quando no litígio as partes não entram em um comum acordo, ou, quando não se é viável no caso concreto a propositura da guarda compartilhada. Entretanto, esta modalidade de guarda, pode ser verificada também, quando na separação, as partes entram em acordo, e optam em fixar a guarda unilateral. No entanto, antigamente e guarda unilateral era aplicada como regra em nosso ordenamento jurídico, uma vez que era consolidado o entendimento de que, era devida a guarda àquele que não deu causa a separação judicial, contudo, com a modernização das famílias, este pensamento foi sendo deixado para trás, e com isso, surgindo-se uma nova ideia de família, ao qual se reconhece as relações afetivas, assim, com a finalidade de suprir as necessidades desta modernidade, surgiu a modalidade de guarda compartilhada, cujo seu objetivo principal é o reconhecimento da guarda do menor em estritamente

sua satisfação, em consequência, a escolha do guardião será apenas através de comprovação que este tem condições de exercê-la, sendo afastada qualquer ideia de culpa pelo divórcio entre os pais.

Não se pode afirmar que o exercício da guarda unilateral é extremamente prejudicial ao menor, todavia, a falta da figura materna ou paterna no convívio deste, poderá decorrer em lacunas psíquicas, ou mesmo em conflitos de lealdade, e personalidade. No entanto, para se que tenha uma guarda compartilhada é necessário um trabalho psíquico, em conjunto com o juiz, uma vez que deve se observar em todas as circunstâncias o melhor interesse dos filhos.

Já o segundo tipo de guarda, a compartilhada, a qual será objeto de estudo neste trabalho, é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos, ainda que separados os pais obtenham a autonomia do poder familiar. Havendo um modo de compartilhamento de responsabilidades e obrigações, no entanto, o período de convivência dos filhos com os pais não é determinado rigorosamente os mesmos a cada genitor, devendo assim, existir uma flexibilidade para adaptação do menor, diante das circunstâncias, imprevistos e exigências. O que podemos vislumbrar é que esta modalidade de guarda não necessita ser apenas subordinada a um acordo entre os genitores, uma vez que ela é uma obrigatoriedade quando preenchidos os requisitos estabelecidos em lei no caso concreto. Podendo ser requerida pelo juiz, por ambas as partes, ou por uma delas apenas.

Entretanto este estudo baseia-se nas relações familiares, mais precisamente quanto à guarda compartilhada dos filhos. Com o intuito de uma análise aprofundada dos benefícios, e problemas, desta relação de partilha, e quais os aspectos psicológicos que permeia sobre este assunto. Ainda, tendo como base legal, a Constituição Federal, Estatuto da criança e do Adolescente, Código Civil/2002, Lei da guarda compartilhada 13.058/2014.

Sendo assim, a guarda compartilhada vem com a intenção desmitificar os preconceitos relacionados ao poder de família, mudando pensamentos retrógrados, como a figura da mãe que apenas cuida dos filhos e do lar, e o pai o provedor deste lar. Entretanto, com o mundo moderno, os papéis se inverteram ao quais ambos são provedores da família, e ambos têm o compromisso de uma relação de afeto para com os filhos. Sendo assim, quando se tem o divórcio, o menor tem condições de

ficar com o pai ou a mãe ou com ambos, uma vez que os dois sabem da rotina e convivem diariamente com os filhos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

As famílias são predominantemente nucleares, e constituídas na presença dos pais, e filhos, quais são interligados pelo grau de parentesco e afinidade, no entanto, o direito brasileiro não se utiliza de um único modelo de família, assim, ela poderá ser constituída de acordo com a vontade de seus integrantes, mas sempre respeitado os princípios constitucionais, e leis extravagantes. De acordo com o código civil, as relações de parentesco constituem em variações de grau, ao alcance da família, considerando assim, o que está previsto em lei.

No entanto, a visão de família configura-se pluralística, obrigando assim os mais diversos modos de constituição desta, contudo, o fim destina-se o mesmo, ao qual obter o elo de efetividade entre todos que constituem a família, sendo então independente como foi constituída. Assim, podemos dizer que todo envolvimento emocional, ao qual abrange vários entes, fazendo com que subtraia um relacionamento na esfera obrigacional, será considerado família, sendo o núcleo principal a vontade de todos em constituir está, Maria Berenice Dia conceitua como família “... grupo social fundado essencialmente nos laços da efetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenha funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas”¹.

O atual modelo de família estrutura-se nos pilares de responsabilidade, afetividade, pluralidade e do eudemonismo, sendo seu foco principal o sujeito, e não seus bens, e assim, sendo a busca pela felicidade dos seres humanos.

Desta forma, a família contemporânea, se diferencia da antiga, tendo em vista que está última não se preocupava com os seres que constituíam está, assim, o único objetivo era manutenção dos bens que está família continha, sendo assim, toda legislação era única e exclusivamente voltada às relações negociais, as quais visavam proteger as relações econômicas, e o patrimônio que cada família continha, na atualizada, verifica-se que houve uma inversão dos papéis, sendo o objeto principal das famílias as relações de amor, afetividade, e vontade, ficando então em

¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.42.

um segundo plano o patrimônio nela contido, então, sendo protegida por princípios constitucionais, os quais não podem ser violados.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio funda-se em um Estado Democrático de Direito, instituído e protegido pela Constituição Federal de 1988, ficando assim o ser humano no centro da proteção do direito, ou seja, antes de olhar para qualquer outro bem jurídico violado, deve-se analisar se não houver a violação do bem jurídico maior e supremo, o ser humano, conforme a autora Maria Berenice Dias:

“O direito da família está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares”.²

Assim, a dignidade da pessoa está vinculada a constituição da família, dando a esta proteção, independentemente de sua origem, sendo um núcleo essencial a todos os seres humanos, sem distinção alguma, como membros iguais do gênero humano, conforme o autor Paulo Lobô “... *viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipara a uma coisa disponível, ou a um objeto*”³.

Desta forma, a família encontra-se amparada por este princípio constitucional, a fim de que os membros desta tenham uma existência e vida digna, sem que haja violação de sua integridade, física e psíquica, uma vez que são considerados com direitos inerentes ao próprio ser humano, cujas obrigações devem ser respeitadas por todos, sociedade, Estado e relações familiares.

² DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.66.

³ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias.São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.60.

2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar é dotado com um princípio fundamental, ao qual se configura na superação do individualismo jurídico, voltado para o coletivo, com o objetivo de se conviver em sociedade. Este princípio visa o dever de cada ser humano observar o outro em suas atitudes, tendo como características fundamentais o vínculo afetivo, fraternidade e reciprocidade, Paulo Lobô conceitua solidariedade como:

“Vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma de manter a diferença entre os parceiros solidários”⁴.

Este princípio também norteia o âmbito familiar, na reciprocidade dos cônjuges, nas questões materiais, morais, ou seja, há solidariedade em relação aos filhos, no dever de cuidado, educação e preservação deste até que atinja a maioridade, com isso, gerando deveres de recíprocos entre os entes familiares.

Por ser considerado um direito fundamental de todos os indivíduos, o princípio da solidariedade encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso I, e em outros artigos esparsos por este diploma legal, por exemplo, artigo 226 que estipula sobre a proteção ao grupo familiar, artigo 227 proteção à criança e ao adolescente e o artigo 230 a proteção aos idosos. Só houve a transcrição deste princípio como pilar na vida em sociedade, após a Constituição Federal de 1988, assim, anteriormente o mesmo era concebido como um dever moral, inerente a todos. Alguns doutrinadores compreendem que este princípio configura como o “oxigênio” da Constituição, desta forma, outras legislações tomam como ponto de partida em seus artigos o princípio da solidariedade.

A interpretação da solidariedade no âmbito familiar configura-se nas questões de cuidado, reconhecido como valor jurídico principal das relações, assim sendo, as pessoas vulneráveis como crianças e idosos, devem ser

⁴ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, 4ª edição, p.62.

protegidos e cuidados por seus familiares, independentemente da situação, por se tratar de um dever legal, ao qual não poderá ser eximido pelo simples fato de querer exercê-lo, Rolf Madaleno entende que *“A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”*.⁵

⁵ MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. Rio de Janeiro. Ed. Forense LTDA. 2017. p.34.

2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O Estado impõe aos seus cidadãos diversos dever aos quais estes devem respeitar sendo estes deveres inerentes ao próprio indivíduo, ou a coletividade, com o objetivo de garantir a existência digna de todos.

Assim, o afeto é considerado como um princípio fundamental, ao qual o Estado tem o dever de assegurar, sendo este um vínculo socioafetivo entre seres humanos, todavia, este princípio encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988.

Desta forma, a afetividade tem como o objetivo garantir a igualdade de todos os filhos independentemente da origem, e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente. Todavia o afeto não necessita ser resultado da biologia, podendo este derivar da convivência familiar, ao qual não se verifica vínculo sanguíneo, Paulo Lobô entende que:

“A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este falar na realidade das relações, assim, afetividade é dever imposto aos pais em relações aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.”⁶

Assim, o princípio da afetividade entre pais e filhos só deixam de coexistir quando houver o falecimento de um dos sujeitos, ou se houver a perda do poder familiar de um dos genitores, ou seja, sem a existência de uma destas situações descritas, o dever jurídico da afetividade é permanente, independente do real sentimento entres os sujeitos.

O princípio da afetividade tem como função também, indicar as melhores soluções para os conflitos familiares, ainda, quando não se obtém acordo entre os familiares deve o legislador intervir e fortalecer o dever de afetividade, então Rolf Madaleno diz que:

⁶ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.71.

“Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda por meio da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional.”⁷

Com isso, a afetividade sustenta-se no âmbito de fragilidade dos seres humanos, uma vez que o único elo que mantém estes entes interligados.

⁷ MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. Rio de Janeiro. Ed. Forense LTDA. 2017. p.37.

3. DO PODER FAMILIAR

3.1 A ORIGEM AO PODER FAMILIAR

O poder familiar baseasse na estrutura na presença do pai e da mãe, sendo que estes têm como dever de proteção do menor, para que assim tenha um desenvolvimento hábil de formação, física, mental, moral, espiritual e social.

Em uma análise histórica sobre o surgimento do pátrio poder, podemos constatar que este instituto toma forças no Direito Romano, marcando-se como um lapso temporal da história do homem civilizado, ou seja, o ente que detinha a soberania da família e sobre os filhos, era o pai, e a este era atribuído um poder perpétuo sobre os demais que compunham a família, conforme Waldyr Grisard Filho:

“No direito romano, o pátrio poder – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, e as pessoas semelhantes e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana.”⁸.

Assim, Código Civil de 1916, abordava um conceito de família, a qual só seria reconhecida nos termos da lei, caso fosse fundada na união matrimonial, assim, o pátrio poder era configurado essencialmente na figura do homem, e suas características eram relacionadas às questões patrimoniais, isto é, o homem era o chefe da família, e a mulher responsável pela criação dos filhos, e cuidados do lar.

Antigamente, a ideia de família era atrelada a composição de uma união matrimonial entre homens e mulheres, com um objeto principal de segurança patrimonial e procriação, no entanto, o Estado intervia minimamente nestas relações conjugais, e o direito que regia estas relações era de único e exclusivo em prevalecer à vontade do chefe da família, ou seja, o homem. Assim o sistema era construído visando os interesses do chefe patriarcal, com a imposição de monogamia, uma vez que o exercício do pátrio poder era visar à garantia de transferência do patrimônio e a autoridade sobre os outros integrantes desta relação

⁸ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA, 2ª edição,2002, p.31.

familiar. Ressalta-se que a filiação só era considerada legítima, se está derivasse do casamento, com isso, filhos ilegítimos, concebidos fora do casamento eram excluídos da relação familiar, havendo assim, distinção entre os filhos oriundos do casamento, e os filhos concebidos fora, os quais não obtinham direitos familiares. Ainda, nesta mesma época, o divórcio era reconhecido pela legislação, todavia, a determinação da guarda do menor era concedida ao cônjuge que não motivou a separação conjugal.

No entanto, o pátrio poder no mundo contemporâneo veio sofrendo mudanças, conceituando como figura importante para o desenvolvimento do menor a presença de ambos os genitores, e com isso, destituindo o conceito de que integrava o direito romano. Deste modo, o objetivo da entidade familiar não se relaciona com o dever matrimonial, podendo se ter um pátrio poder, sem que haja um casamento entre os sujeitos. Para que isso ocorra efetivamente, a Constituição Federal de 1988 consagrou princípios que colocam o homem e a mulher em pé de igualdade, e assim, sendo desmistificada a figura masculina como a principal no pátrio poder, ou seja, havendo uma igualdade entre os pais na criação dos filhos, como observa Waldyr Grisard Filho:

“O binômio poder-dever, em que transforma tradicional expressão pátrio poder, diante das profundas alterações que este instituto sofreu, como observa Eduardo de Oliveira Leite,⁹ embora mais adequada do que a expressão que pretende substituir, não reflete toda dimensão jurídica da função que hoje se apresenta diárquica, como decorrência do princípio da igualdade conjugal”.¹⁰

Como podemos observar, o pátrio poder deve ser realizado por ambos os genitores no interesse dos filhos, respeitando-se o binômio poder-dever, visando o desenvolvimento deste, uma vez que são poderes de autoridade e de obrigação, os quais não poderão ser descumpridos. Todavia, estes poderes devem ser utilizados, única e exclusivamente, visando o interesse do menor, para que este tenha um bom desenvolvimento, ainda, devemos ressaltado que esta autoridade parental deve ser configurada temporária, assim sendo exercida até que o filho adquira a maioridade

⁹ LEITE, E.O. Temas de direito de família. Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, 1994. p134.

¹⁰ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA, 2ª edição,2002,p.34.

ou a emancipação, além disso, os interesses dos pais encontram-se condicionado e vinculado ao interesse dos filhos.

Entretanto, a redação do Código civil de 1916, tratava-se da titularidade exclusiva de direitos e deveres, ao pai, com isso, cabia à mãe, o exercício excepcionalmente, no entanto, com o advento da lei 4.121/1942, houve a concessão de colaboração com o outro genitor, no que diz a respeito ao exercício do poder pátrio. Ademais, a lei 6.515/1977, artigo 27, tratou-se de colocar os genitores em pé de igualdade quanto ao pátrio poder, indicando assim que ambos são titulares dos encargos parentais, persistindo além do divórcio, ou quando sobrevier um novo casamento de qualquer deles, ainda que a guarda do filho seja concedida a um só, com isso, Waldyr Grisard Filho comenta que *“Vale dizer, pai e mãe são conjuntos, igualitária e simultaneamente, os sujeitos ativos do exercício do pátrio poder, com efeito da paternidade e da maternidade e não do matrimônio”*¹¹.

Os deveres dos pais são na criação, educação, desenvolvimento da inteligência, para que todas as faculdades físicas, psíquicas e espirituais do sujeito sejam estendidas. Ainda, é dever destes a fiscalização e a vigilância, para que seja efetivado o dever de formação moral.

O poder familiar tem caráter irrenunciável, assim, os pais não poderão se desobrigar em relação ao dever do poder familiar, será também intransferível e inalienável, não poderão transferir este dever a outrem, bem como imprescritível, assim com o mero desuso não ficaram eximidos de em outro momento exercê-lo. Com isso, todo menor de 0 a 18 anos, estarão sujeitos às obrigações do poder familiar, exercidos pelos seus pais, na forma igualitária.

Assim, os pais divorciados, estarão coobrigados a exercer direitos e deveres para com os filhos, ainda que a guarda seja unilateral, ficando assim o poder familiar intacto em qualquer das circunstâncias, além disso, aquele que não possui a guarda física do menor ficará incumbido em supervisionar os interesses deste, bem como, fiscalizar sua educação.

No mais, a relação familiar, não se dissolve com a separação conjugal, ou seja, o poder familiar não se modifica apenas pelos pais não estarem mais na constância do casamento, desta forma Maria Berenice Dias entende que:

¹¹ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.39.

“Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Considerando-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações de paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinha no mundo.”¹²

Deve ser frisado que, a guarda do filho não quer dizer apenas como presença física de algum dos genitores, ou de ambos em conjunto, e sim, a identificação de quem tem o filho em sua companhia. Além disso, a lei passou a priorizar a guarda compartilhada como tipo de guarda que se encontram maior satisfação ao desenvolvimento do menor, todavia, deve ser analisado caso a caso, para que se tenha uma decisão que se enquadra melhor ao caso concreto, todavia esta modalidade poderá ser imposta através de acordo judicial, ou via decisão judicial, com isso, não se pode utilizar-se da guarda uniparental, única e exclusivamente, com a fundamentação que não se obteve acordo entre os genitores, com isso, Paulo Lobô em seu livro Direito Civil, Famílias, conceitua o poder familiar como sendo:

“O poder familiar é, assim, entendido como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. Não é um poder discricionário, pois o Estado reserva-se o controle sobre ele”.¹³

Todavia, os genitores que exercem o pátrio poder, devem cumprir com os deveres neles estabelecidos, assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21 estabelece que o pátrio poder deva ser realizado pelo pai como pela mãe, ainda que estes não venham a morar juntos, não configurando como requisito de titularidade os genitores estarem unidos matrimonialmente. Contudo, verifica-se que só ocorrerá a perda ou suspensão do poder familiar, por decisão judicial, e

¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.451-452.

¹³ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias.São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.298.

sendo somente este ato produzido pelo juiz, que eximirá os pais, ou um dele de exercer esses deveres.

O artigo 932 do Código Civil de 2002 estabelece que os pais sejam responsáveis por seus filhos, que estiverem na sua companhia e autoridade, isto é, será de responsabilidade os atos praticados pelo menor, bem como os danos ocasionados por este, Paulo Lobô diz:

“Para o STJ a responsabilidade civil dos pais se assenta na presunção relativa de culpa e de culpa pela vigilância, que podem ser afastadas se ficar demonstrado que os pais não agiram de forma negligente no dever de guarda (REsp 777327)”.¹⁴

No entanto, o exercício do poder familiar pode ser delegado em todo ou em parte a um terceiro, conforme a situação exigir, todavia, este deve ser dotado de parentesco, e de confiança dos genitores.

Neste novo conceito de família do mundo moderno, as questões ligadas a patrimônio perderam força, assim, sendo o ponto principal deste instituto a relação de afeto, aspectos pessoais e o reconhecimento do melhor interesse do menor. Passa o menor ser analisado como sujeito de direito, e não mais como sujeito passivo desta relação, estando então acima de qualquer outro bem do casal, conforme o entendimento da doutrinadora Patricia Pimental de O.Chambers Ramos, *“O amor parental não aflora dos puros laços biológicos, mas um fenômeno espiritual, social e cultural, que constrói no afeto cultivado dia a dia pelos cuidados inerentes à maternidade e parentalidade.”*¹⁵

Desta forma, vencido o conceito antigo do pátrio poder, uma vez que não se enquadra mais nas questões relacionadas ao mundo contemporâneo, tento em vista que, o menor deixa de ser reconhecido como um objeto, e passa a ser o destinatário principal da relação, ante ao reconhecimento dos deveres dos pais em gerenciar a vida do menor, bem como os aspectos afetivos que o mesmo necessita para seu desenvolvimento como ser humano. Assim, não basta um dos genitores cumprir com

¹⁴ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, 4ª edição, p.312-313.

¹⁵ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.98.

a obrigação de pagar a pensão alimentícia todo mês, deve este fiscalizar a criação e educação do menor.

A ideia de família de um todo, se consolida na construção da personalidade do filho, desse modo, o poder dever dos pais estão relacionado às funções como dirigir e orientar a criação dos filhos, educação, valores morais, intelectuais e espirituais, devendo os pais em conjunto trabalhem estas questões para que se tenha êxito na criação do menor. Havendo mudanças nos deveres da família, ao qual agora podemos concluir que deve se ter uma relação entres os integrantes desta, bem como afeto. Assim sendo ponderado por Rosana Barbosa Cipriano Simão, *“No direito pátrio, o ápice desse movimento de positivação dos novos anseios sociais e culturais foi obtido com a promulgação da Constituição de República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1998.”*¹⁶

Desse modo, com as mudanças do mundo moderno, o marido e a mulher passaram a ser vistos como sujeitos autônomos na relação familiar, com os mesmo direito e deveres perante a família e os filhos, sendo estes responsáveis pela educação e cuidados do menor. Com isso, o novo conceito de família vem com o preceito de desmistificar a ideia de que a guarda deve ser de única e exclusiva das mulheres, uma vez que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, homens e mulheres encontram-se em equidade perante as responsabilidades do menor, conforme Eliana Riberti Nazareth:

“A autoridade paterna, antes inquestionável e uma, é esmaecida, e uma nova autoridade, mais dividida entre os genitores e horizontalizada estrutura-se. Surgem conceitos como parentalidade sócio-afetiva como diversos da paternidade biológica. As diferenças já não são tão claras entre as funções maternas e paternas e entre os papéis masculino e feminino, e ambos, pai e mãe, exercem essas duas funções, não raro, indistintamente.”¹⁷

Todavia, deve-se prevalecer o princípio do interesse do menor, assim, o intuito da guarda já mais abrangera o interesse dos pais, sem antes analisar o dos filhos. Aliás, a guarda é um dos meios de se exercer o poder familiar, e não um

¹⁶ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.36.

¹⁷ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.92.

pretexto que afete este, ou seja, está tem a função apenas de identificar quem detém a companhia do menor, não se retirando os direitos e deveres de um dos genitores, uma vez que este que não detém a guarda, continua com seus deveres e direitos sobre o menor.

Portanto a igualdade de direito e deveres entre os pais, operou-se mudanças nas questões familiares, sendo uma atuação em conjunto, em prol dos filhos. A relação destes com o menor deverão ser baseados nos esforços, para que se obtenha a melhor condição possível de criação, sendo os objetivos principais a educação e a proteção do menor, tendo em vista que, os genitores responderão por todos os atos cometidos pelos filhos, bem como os atos que prejudiquem estes.

“Em nosso país, o divórcio dos pais, com a atribuição da guarda da criança a somente um dos genitores, não priva o genitor não guardião do exercício da autoridade parental. Este pode, juntamente com o guardião, tomar decisões sobre o futuro do filho, cabendo a qualquer deles recorrer ao Poder Judiciário na hipótese de divergência”.¹⁸

Desse modo, poder familiar durará até a maioridade do filho como regra geral, entretanto, poderá ser suspensa, ou extinta antes deste adquirir a maioridade, por imprudência, imperícia ou descuido dos genitores. A suspensão poderá ser reintegrada em um determinado momento, assim sendo temporária a perda do poder familiar, já a extinção se dá por definitiva a perda do poder familiar. Ainda, o mal exercício do poder familiar, será reconhecido como um ato de infração ao qual ocasionará multa ao genitor que realizou a infração, conforme o artigo 249 do Estatuto da criança e do adolescente. São deveres dos genitores, a guarda, companhia, vigilância e proteção, não podendo estes se eximirem destas prerrogativas, sem que haja uma decisão judicial, a qual retira o poder familiar de algum dos genitores, assim, observa a autora Fernanda Rocha Lourenço Levy:

¹⁸ RAMO CHAMBERS DE OLIVEIRA PIMENTEL, PATRÍCIA. Poder familiar e guarda compartilhada, novos paradigmas do direito de família. Ed.Saraiva, 2016,São Paulo. p.61.

“Poder familiar é o conjunto de deveres e direitos paterno-filiais que tem por objetivo a proteção integral do filho menor não emancipado, tanto quanto à sua pessoa quanto aos seus bens”¹⁹.

Deste modo, com as mudanças do mundo moderno, passando a Constituição Federal de 1988 reconhece a igualdade dos cônjuges perante os filhos. O código civil de 2002 passou dispor pela mesma igualdade proferida anteriormente pela Constituição Federal, ao qual o poder familiar não se perderá caso ocorra o divórcio dos pais, desta maneira, só poderá ser exercido o poder familiar por apenas um dos cônjuges, quando este for ausente, caso em que um dos genitores não reconheça o filho.

A não observância dos deveres dos pais sobre os filhos ocasionará em detenção e multa, ou seja, se um dos genitores se eximir da subsistência do menor, ou deixar de promover a instrução primária deste, constituirá em delito, com pena de detenção e multa. Assim, deve os pais trabalharem em conjunto, a fim de proporcionar uma vida digna aos menores, uma vez que estes não obtêm condições psíquicas de fazerem suas próprias escolhas sem um adulto para dar um base de apoio nas decisões, Silvio Rodrigues se posiciona sobre a questão:

“Já se acentuou, no curso deste livro, a importância que o legislador atribui à família, que, em nosso sistema legislativo, constitui o próprio alicerce da sociedade. Dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir. Daí a razão pela qual o Estado moderno sente-se legitimado para entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Uma das maneiras pelas quais essa interferência se manifesta fiscalização do poder familiar, com o propósito de evitar que seu exercício possa ser nocivo aos filhos.”²⁰

Com isso, o papel do Estado no âmbito familiar, é efetivo, uma vez que este tem o dever de fiscalizar os direitos e deveres patriarcais, com o intuito de proteção aos menores, em detrimento aos pais que abusarem ou negligenciarem de seus direitos, assim, surgindo-se a figura do Estado moderno, ao qual reconhece o menor

¹⁹ LEVY LOURENÇO ROCHA, Fernanda. Guarda dos filhos, os conflitos do exercício do poder familiar. Ed. Atlas S.A, 2008, São Paulo. p.22.

²⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, direito de família. Ed.Saraiva, São Paulo, V.6, 2008.p. 368.

como um sujeito de direitos e deveres, e não mais como um objeto da relação conjugal, desta forma, agindo como fiscalizador das relações parentais, para que não sejam exageradas, e que não desrespeite o melhor interesse do menor, no caso concreto.

3.2 DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é exercido por um dos genitores, ou por ambos, aos quais têm o dever e obrigações para com os filhos, sendo assim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634 elenca os deveres de observância dos pais, quais sejam: criação, educação, tê-los em sua companhia, guarda, ainda, conceder ou negar o consentimento para casar, nomear um tutor, representa-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclama-los de quem ilegalmente os detenha, por fim, exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição. Por ser um rol meramente exemplificativo, não abrangendo todas as hipóteses e condições em que o pátrio poder deve ser exercido, Maria Berenice Dias diz que *“A essência existencial do poder familiar é mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar”*.²¹

O fato dos cônjuges estarem separados matrimonialmente, não eximi suas obrigações referentes ao poder patriarcal, com isso, ainda que os filhos não estejam em sua companhia, é seu dever a fiscalização, entre outras obrigações inerentes ao poder parental, ou seja, é dever de ambos os pais o exercício do poder parental, em consequência, aquele que for omissivo ou negligente à suas obrigações referentes aos menores, será responsabilizado pelas eventuais consequências ocasionadas.

Então, o exercício do poder familiar confere aos pais deveres e direitos sobre os filhos, com o intuito único e exclusivo de atingir a satisfação do melhor interesse do menor. Todavia, assim que o menor adquiriu capacidade de realizar suas próprias escolhas, o poder familiar será reduzido proporcionalmente a idade, e capacidade do filho. Conforme o Estatuto da criança e adolescente na parte que trata do poder familiar, ou seja, em seu artigo 22, ao qual profere que é dever dos pais o sustento, guarda, educação dos filhos menores, desta forma, sempre observando o melhor interesse do menor.

O dever de educação está incluso a educação escolar, bem como a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica, que se dá no âmbito familiar, e nos ambientes que contribuam para a formação do menor. Já o dever de companhia, entende-se que o filho deve estar da companhia dos pais e do convívio familiar,

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.440.

incluindo-se o dever de fixação de residência. Ainda, o dever e direito da guarda do menor, ao qual permite que os pais controlem e fiscalizem a vida da criança, dentro de seu convívio residencial e fora dele, submetendo-se o menor a vigilância de sua rotina, e suas relações familiares e com terceiros.

Desta forma, conforme disposto no Código Civil, os pais têm o dever de representação dos menores de 16 anos, bem como, obtém o dever de assisti-los entre os 16 aos 18 anos, ressaltando-se que está regra trata-se daqueles com capacidade, não se aplicando aos filhos incapazes.

No entanto, o poder familiar pode ser delegável a um terceiro de boa-fé, cedido em parte ou em sua totalidade, todavia, o terceiro deve ser integrante da família preferencialmente, e ainda, os pais devem confiar neste, conforme Paulo Lobô:

“O exercício do poder familiar, no caso dos pais casados ou em união estável, não necessita de comprovação do assentimento de ambos, para cada ato. Em relação a terceiro de boa-fé, cada um dos pais tem a presunção de agir com concordância do outro, nos atos usuais do exercício do poder familiar.”²²

A constituição Federal de 1988, trás em seu artigo 229 deveres e direitos dos pais sobre os filhos, assim sendo, 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. Ainda, dentro de outras prerrogativas de deveres do poder familiar, está o dever de escolha de quem deve assumir o poder familiar caso haja o falecimento dos genitores, nomeando-se um tutor. No entanto, deve sempre ser observado o melhor interesse do menor no caso concreto.

²² LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.305.

3.3 DA SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar visa como dever primordial, o melhor interesse do menor, assim, por se tratar de questões envolvendo menores de idade o Estado encontra-se legitimado a entrar na esfera privada da família, para o fim de preservação deste. Desta forma, o Estado atua como fiscalizador no âmbito familiar, podendo assim suspender ou extinguir o poder familiar, caso ache necessário, aplicando sanções aos genitores, pela não observância do melhor interesse do menor, ocorrendo assim, em infrações aos deveres que estão inerentes ao poder patriarcal, conforme Maria Berenice Dias:

“O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse do menor, afastando-se de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança e dignidade do filho. Assim, havendo a possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.”²³

A suspensão do poder familiar configura-se como uma medida menos gravosa, podendo assim o juiz deixar de aplicá-la caso entenda não haver necessidade, sendo esta facultativa. Desta forma, a suspensão do exercício do poder familiar cabe-se nas hipóteses de abuso de autoridade, conforme o artigo 1.637 do Código Civil, todavia, o dever de sustento do genitor aos filhos, não configura suspensão ou perda do poder familiar, quando este descumprir esta obrigação por falta ou carência de recursos materiais, não constituindo motivação para que se haja a perda ou suspensão do poder familiar. Sendo assim, tendo em vista que a suspensão visa o melhor interesse do menor, não é cabível que sua imposição seja de maneira discricionária, sem qualquer observância ao caso concreto.

Assim, a suspensão poderá ser revista a qualquer momento, desde que comprovado que os motivos que provocaram a medida foram encerrados, com isso, podendo o impedido, voltar a exercer o poder familiar em sua totalidade, ou seguindo restrições determinadas em juízo.

²³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.444-445.

A doutrina faz distinção entre a extinção e a perda do poder familiar, tendo em vista que está primeira dar-se-á na ocorrência do falecimento, emancipação ou extinção do sujeito passivo, já a segunda hipótese, configura-se como uma sanção imposta pelo juiz, através de uma sentença, sendo esta sanção de maior potencial ao direito de família, tendo em vista que o genitor que descumpriu qualquer dever de extrema relevância ao menor será sancionado, não sendo cabível neste momento a faculdade pelo magistrado de sancionar ou não.

A perda do poder familiar na esfera judicial será determinada quando um dos genitores infringirem o disposto no artigo 1.638 do Código Civil, todavia, tal medida só deve ser determinada quando o fato demonstrar extremo perigo a segurança e dignidade do menor, tendo em vista que esta medida acarreta prejuízos ao menor, ante a consequência que o genitor não poderá mais ter contatos com o filho, assim, Paulo Lobô entende que *“A perda do poder familiar deve se dar, sempre, quando o titular for condenado, seja como autor, seja como coautor, por crime ou delito cometido sobre a pessoa do filho, ou como cúmplice de crime ou delito cometido pelo filho menor”*.²⁴

Desta forma, a perda do poder familiar, acarretará na extinção do poder parental, todavia, deve haver reiteradas faltas graves previstas no artigo 1.637 do Código de Civil, cominada com suspensões judiciais ao poder familiar, entretanto, não são todas as suspensões, que acarretam nesta consequência, uma vez que, ainda que realizadas reiteradamente, devendo estas ser de grande relevância e potencial ofensivo, colocando assim o menor em perigo.

A perda do poder familiar é uma medida definitiva na maioria das vezes, contudo, o juiz antes de proferir sua decisão que poderá ser de ofício, ou provocado pelo Ministério Público ou pelas partes, determinar a realização de perícia, e estudos sociais, bem como a oitiva dos menores, a fim de compreender os fatos e suas consequências. A decisão poderá ser revogada a qualquer tempo, quando demonstrado que não houver a verificação do melhor interesse do menor.

Contudo, a perda ou suspensão do poder familiar de um dos genitores ou ambos, não exime o direito do menor de ser por esse alimentado, ainda, a extinção do poder familiar não significa o rompimento do vínculo de parentesco, porém, não é

²⁴ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.309.

conservado o direito sucessório do destituído em relação aos filhos, todavia, ao menor permanece o direito à herança do genitor normalmente.

4. TIPOS DE GUARDA

A guarda do menor constituída através de deveres comuns e simultâneos dos pais, aos quais se encontram unidos pelo matrimônio, ou divorciados, devendo estes em qualquer destas circunstâncias exercer seus direitos e deveres perante os filhos, na forma equitativa, sendo está umas das modificações da modernização das famílias. Desta forma, ficam obrigados os pais, em conjunto cuidar da guarda dos filhos, uma vez que, está designa deveres de observância, proteção, vigilância, administração na vida e educação dos filhos menores, sendo um dever de custódia dos pais com o menor. Todavia, deve sempre ser prevalecido o interesse do menor sobre todas as decisões no que diz ao seu respeito, assim, segundo Waldyr Grisard Filho *“A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente”*.²⁵

Todavia, deve se observar que a guarda só será questionada e evocada, quando a normalidade da família for corompida, ora, enquanto houver a normalidade a questão de guarda dos filhos não será questionada, e assim, neste momento quando houver o conflito familiar, deve prevalecer o interesse do menor, para que este mantenha sua integridade física e psíquica. No mais, deve se compreendido que a dissolução conjugal não exonera os deveres dos pais em relação seus filhos menores, perdurando assim, até que estes adquira a maioridade, 18 anos.

Na constância do casamento a decisão tomada por um dos cônjuges em relação ao filho, subentende que houve um aceite pelo o outro, no entanto, com a dissolução conjugal, ocorre uma bipartição das funções, e assim algumas decisões passam a ser tomadas por um só dos genitores, e ao outra sobra à discordância, se entender necessária, e para que isso ocorra, deve apresentar um recurso ao judiciário. Todavia, quando a dissolução se dá por via consensual, e o destino do menor é regulamentado por um acordo, sujeito a homologação pelo juiz, entretanto, caberá recurso, caso entenda o outro genitor que esteja visando o melhor interesse

²⁵ FILHO GRISARD, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.61.

do menor. Ademais, na falta de consenso entre os genitores, quem decidirá a vida do menor, será o magistrado.

Assim, as modalidades de guarda visam o melhor interesse do menor em todas as circunstâncias, e para que isso haja sua satisfação, devem os genitores exercer seus direitos e deveres, quais sejam de cuidado, proteção, zelo do menor, podendo estas serem diferenciadas em guardas unilaterais ou exclusivas, compartilhadas e alternadas.

A guarda poderá ser extinta a qualquer tempo, por sentença transitada em julgado, desde constatado e comprovado que o guardião descumpriu algum direito ou dever, ou foi negligente com o menor, o ocasionado dano a este. Já questões sobre fatores econômicos dos genitores, não são requisitos existenciais para a escolha de quem deve ser o guardião, mas sim quesitos como cuidados cotidianos, compromisso do genitor com o menor, assim sendo, requisitos primordiais para a constituição da guarda. No entanto, ocorrências isoladas que envolvam o guardião e o menor, de grau leve, poderão não acarretar a perda da guarda, mas, caso o guardião reduza o período de convivência do outro genitor com o menor, reiteradamente e sem motivo relevante, responderá o detentor da guarda por danos morais, Paulo Lobô se posiciona sobre esta questão, *“A criança e o adolescente são pessoas em formação física e mental, para que deve ser observado o melhor ambiente familiar, como base de sustentação para os cuidados com a saúde, a segurança e a educação dos filhos.”*²⁶

Com isso, deve ser compreendido que em todas as circunstâncias o melhor interesse do menor sempre prevalecerá com ressalvas ao caso concreto, presumi-se na maioria das vezes que a convivência dos pais, na vida dos filhos de forma contínua, será o melhor para o menor, uma vez que geram maiores benefícios ao desenvolvimento deste, do que a convivência isolada de um desses, então, o genitor que tenta reduzir esta convivência deve ser punido, por não estar respeitados uns dos princípios fundamentais de qualquer modalidade de guarda, qual seja, o melhor interesse do menor.

²⁶ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, 4ª edição, p.193-194.

4.1 GUARDA UNILATERAL

A modalidade de guarda unilateral ou exclusiva tem como base as regras do Código Civil, bem como a Lei nº 11.698/2008 e 13.058/2014. Quando não se obtiver um acordo entre os pais do menor, o juiz atribuirá a um deles a guarda, todavia, apenas quando não ficar preenchido os requisitos da guarda compartilhada, ainda, ela pode ser determinada em comum acordo pelos genitores, quando este for o melhor interesse do menor.

No direito antigo, a modalidade de guarda que se prevalecia, era a unilateral, sendo este uma benesse ao cônjuge que não deu causa ao divórcio, todavia, com a modernização das famílias, houve a necessidade de modificação ao Código Civil, ao qual extinguiu a relação de culpa na separação para que se obtenha a guarda, uma vez que injusta está ponderação, em consequência, a guarda será designada àquele que comprovar as melhores condições para exercê-la, podendo ser ambos os pais, ou apenas um deles, conforme Paulo Lobô:

“Melhores condições, para fins legais, não se confunde necessariamente com melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico dos filhos, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um”.²⁷

O juiz poderá ainda, analisando a situação concreta, qual é a preferência do menor nesta circunstância, ou seja, qual deles o menor prefere, além de observar saúde, segurança, educação e afeto na relação com o genitor, bem como o grupo familiar, não sendo esse rol taxativo, podendo o magistrado analisar livremente outros requisitos que entenda necessário para que se conceda a guarda a um dos genitores, ainda, a comprovação dos requisitos será feita com o auxílio de equipes multidisciplinares, cujas demonstraram através de documentos, e depoimentos o convívio real do menor com os genitores, tendo em vista, que esta relação não poderá ser auferida apenas em audiência. Assim, o fato econômico não deve ser o mais importante a ser observado pelo magistrado, pois, aquele que não detenha a

²⁷ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, 4ª edição, p.193.

guarda do menor, deverá auxiliar com a pensão alimentícia, suprindo desta forma, as necessidades do menor financeiramente. Assim, a custódia na forma unipessoal será proferida quando se vislumbrar o melhor interesse do menor, e tendo o genitor preenchido os requisitos do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, desta forma, tendo aptidão para proporcionar ao menor as melhores condições de subsistência.

A modalidade de guarda unilateral é a mais utilizada no Brasil, ficando o menor na maioria das vezes na responsabilidade da mãe, no entanto, deve ser frisado que, ainda que a guarda seja determinada a um dos genitores, o exercício do poder familiar não se extingue para outro, tendo em vista, que este deve fiscalizar e exercer seu poder familiar da mesma forma.

Ao genitor que não obtiver a responsabilidade da guarda do filho, será obrigado a supervisionar o melhor interesse do menor, conforme ao disposto no artigo 1.583, § 3º, do Código Civil, bem como, o dever de fiscalizar o exercício do guardião, bem como, a educação do menor, conforme Maria Berenice Dias “*A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois 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*”.²⁸

Assim, na guarda unilateral o genitor que não detém a responsabilidade poderá em dias determinados pelo juiz, ou na convenção das partes, obter dias de visitas aos filhos, ou seja, ter o menor em sua companhia. Maria Berenice Dias entende que a locução dia de visita não se encaixa nestas circunstâncias, uma vez que os encargos do genitor não se limitam apenas as visitas do filho em um dia determinado, por um período de tempo, desta forma, a autora entende que direito de convivência enquadra-se melhor na situação, já que é esta relação que deve ser prevalectida ao pai que não mora no mesmo domicílio do filho.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p. 458-459.

4.2 GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada se dá, através do rompimento do convívio dos pais, afetando todos integrantes da família, assim, deixando de exercer em conjunto o poder parental, desta forma, resultando na divisão dos pais nos encargos familiares, sendo este o modo de garantir a participação de ambos na convivência dos filhos, de forma igualitária.

A noção de guarda compartilhada surgiu com a necessidade das famílias modernas, onde ambos os pais têm o interesse de manter o exercício do pátrio poder. Desta forma, com a modernização das famílias, a guarda unilateral foi perdendo força, uma vez que, a guarda compartilhada foi reconhecida como a regra do ordenamento jurídico brasileiro, por permitir a revalorização da paternidade de ambos os pais, e assim, oferecendo ao menor equilíbrio e desenvolvimento psicoafetivo, e com isso, garantido a participação comum dos genitores em seu destino, assim, a Constituição Federal de 1988 teve que abranger outros tipos de famílias, ante a sua pluralidade.

Portanto a guarda em sua modalidade compartilhada é uma medida pensada em facilitar a convivência de ambos os pais com os filhos, assegurando ao menor a permanência do vínculo de maneira estável com os pais, a autora Leila Maria Torraca de Brito diz que *“Pai e mãe são co-titulares do poder parental, responsável pela educação e pelo cuidado com os filhos comuns”*²⁹. Com isso, esta modalidade é fundamentada através da ordem constitucional e psicológica, visando o melhor interesse do menor, desta forma, fazendo com que os genitores estejam presentes na vida dos filhos, a fim de manter os laços afetivos, conforme a autora Maria Berenice Dias:

“A participação no processo de desenvolvimento integral leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os

²⁹ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.67.

efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.”³⁰

Antigamente a guarda compartilhada encontrava-se presente nas relações familiares, ainda que não instituída em lei, todavia, está era aderida apenas quando havia um amadurecimento sentimental do casal, e assim superada as divergências constituídas, colocando o filho como o primeiro plano desta “relação”. No entanto, com a modernização das famílias, o direito teve que ser atualizado, desta forma, o instituto da guarda compartilhada vem com o intuito de que as famílias modernas necessitavam de instrumento aos quais os pais teriam os mesmos direitos e deveres sobre os filhos, mesmo que a relação conjugal tenha sido extinta, sendo então regida por lei, de maneira obrigatória. Assim, são dotados de direitos e deveres, devendo então dirigir e criar os filhos, e ainda educa-los, e manterem em sua companhia e guarda, ante ao disposto no artigo 1.634 do Código Civil, para que seja entendido que a separação conjugal não interfere nas relações afetivas entre pais e filhos.

Todavia, a guarda compartilhada encontra-se definida em lei, conforme o artigo 1.583, § 1º do Código Civil, ao qual responsabiliza os pais ao exercício em conjunto de deveres e direitos sobre os filhos, entretanto, sempre sendo observado o melhor interesse do menor, sendo este o instituto de melhor preferência, tendo em vista que ambos os pais estarão participando do crescimento e desenvolvimento dos filhos, desta forma, uma modalidade preferencial dos doutrinadores, da legislação e dos juízes, sendo como regra a guarda compartilhada.

Contudo, na maioria das vezes a guarda compartilhada deve se obtida através de um consenso dos genitores, tendo em vista, que se não obtiver êxito quanto ao acordo da modalidade, poderá ser determinado pelo juiz, se este for o melhor interesse do menor, no entanto, caso não haja um acordo entres os pais, a guarda compartilhada poderá acarretar danos psicológicos a filho, tendo em vista que os pais não entram em comum acordo nos deveres que obtém sobre este, Maria Berenice Dias diz:

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.454.

“A guarda compartilhada significa dois lares, dupla residência, mais de um domicílio, o que, aliás, é admitido em lei (CC 71). Fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer. Porém, não há qualquer impedimento que estipulem os genitores – de preferência em procedimento de mediação – alguns pontos a serem observados por ambos.”³¹

Assim, nesta modalidade, há possibilidade de que a residência do menor seja fixada a um dos pais apenas, ainda que ambos obtenham a guarda, porém, deve se obter cautela quanto a esta questão, tendo em vista que a fixação pode se desvirtuar do objetivo da guarda, então, ainda que o menor tenha residência fixa com um dos genitores, deve o juiz fixar de maneira igualitária as questões de visitas do outro genitor, para que assim não haja conflito de ego, e vontade, a fim de que não sejam proibidas as visitas ao menor, Paulo Lobô entende que *“A lei, com o nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral”*³².

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles na ação litigiosa de divórcio, ademais, o juiz pode determinar a guarda compartilhada ainda que nenhum dos pais tenha pleiteado sobre a modalidade, quando constatar que este será o melhor ao menor. Está tem como finalidade principal a igualdade dos pais nas decisões e responsabilidade sobre os filhos, não havendo distinção entre o poder parental de cada um, Paulo Lobô se posiciona sobre a questão como:

“A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela inicia o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e desenvolvimento do filho”.³³

³¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. São Paulo. Ed.Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição, p.456.

³² LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias.São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.198-200.

³³ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias.São Paulo.Ed.Saraiva, 2012, 4ª edição, p.200.

O exercício parental é exercido pelos pais, em conjunto, ainda que estes não estejam mais na constância do casamento, uma vez que deve sempre visar o menor prejuízo possível aos filhos, para que assim não gere mudanças drásticas na estrutura familiar, tendo em vista que os pais continuam exercendo em conjunto direito e deveres sobre os filhos, de maneira igualitária, assim, nenhum dos pais ficam como coadjuvante da relação.

Todavia, deve ser de vontade de ambos os genitores compartilharem a criação e educação dos filhos, e estes manterem uma relação minimamente boa, onde se tenha uma adequada comunicação entre estes, visando sempre o melhor interesse do menor, Waldyr Grisard Filho entende que:

“A guarda compartilhada 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 um chamamento dos pais que vivem em separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como fazia na constância da união conjugal”.³⁴

Não se discute mais a perda do menor na extinção da relação conjugal dos pais, uma vez que a guarda compartilhada proporciona que eles não fiquem ausentes ao exercício do poder parental, tendo em vista que a família não se extingue, e os deveres e direitos dos pais continuam os mesmos, o que se rompe é o elo dos cônjuges na constância do casamento, e não a relações afetivas, facilitando a presença de ambos na vida dos filhos, para que não ocorra grandes mudanças na vida dos filhos, e com isso, não gerando mais consequências ao menor, em decorrência da separação dos filhos.

O modelo de guarda compartilhada, o menor reside com um dos pais, todavia, sempre sendo garantida a convivência igualitária de ambos, por mais que a criança não resida com este, ou seja, ambos obtêm deveres e direitos sobre o menor, mesmo após a separação conjugal, se tendo então uma divisão equilibrada de responsabilidade e vivência com o filho, Leila Maria Torraca de Brito, compreende que:

³⁴ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.115.

“Nesta direção compreende-se que a guarda compartilhada traduz uma validação social para o exercício da paternidade e maternidade, mesmo após o rompimento conjugal, quando a sociedade reafirma que a cisão do casal não pode se estender à ruptura dos vínculos entre a criança e seus pais”³⁵.

Por uma necessidade das famílias modernas, a guarda compartilhada vem ganhando grande força nos laços familiares, a fim de desmitificar preconceitos que a guarda deve preferencialmente, ou na maioria das vezes destinada a mulher, demonstrando desta forma, quanto à importância dos pais estarem em equidade na vida dos filhos, perante os deveres e direitos, por mais que estes não se encontram em uma relação conjugal, mas ainda sendo um trabalho em conjunto, a fim de visar sempre o melhor interesse do menor. Desta forma, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, prevê que esta modalidade se divide, no equilíbrio dos pais no convívio com a prole, Rolf Madaleno entende que:

“Não há lugar para a guarda conjunta entre casais ditos amargos, conflituosos, e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões judiciais e extrajudiciais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio. Ao contrário das expressões brasileiras otimistas, escoradas no argumento do exercício igualitário dos direitos paternos de convivência equilibrada a partir da dessexualização da guarda, a sua implantação pode se tornar perigosa e se converter em objeto de chantagem do pai em relação à mãe, deixando de gerar os resultados esperados, e, mais do que isto, é fundamental que o juiz tenha previamente em mãos planos detalhados de parentalidade e não esperar que circunstancialmente ele designe equipe multidisciplinar para colher dos pais seus projetos pessoais de guarda compartilhada física, e só de alguns destes pais, pois a maior parte dos juizados não dispõe destas equipes, tampouco essas equipes podem se ocupar de todos os processos de guarda”.³⁶

Sendo assim, os pais separados continuam cooperando entre si, no que se refere à criação, educação e manutenção dos menores, todavia, para que a guarda atinja seu objetivo principal, os pais devem manter uma comunicação boa, ou minimamente razoável, uma vez que conflitos entre os ex-cônjuges nas decisões tomadas, ou mesmo por simplesmente não se darem bem, poderá gerar

³⁵ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005. p. 53-54.

³⁶ MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. Rio de Janeiro. Ed. Forense LTDA. 2017. p. 118.

consequências ao bom desenvolvimento do menor como ser humano, não obtendo êxito nas finalidades da guarda compartilhada.

4.3 GUARDA ALTERNADA

Na guarda alternada, um dos genitores exercer o poder de guarda em um período que lhe foi reservado e ao outro se transfere o direito de visita, desta forma, se tem a inversão dos papéis, contudo sendo uma forma descontínua de guarda, no entanto sendo única, da mesma forma, Waldyr Grisard Filho fundamenta que:

“Refere-se esse modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-cônjuge são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos dos valores, padrões e ideia na mente do menor e a formação de sua personalidade.”³⁷

Está modalidade tem como objetivo principal garantir a igualdade dos pais com os filhos, assim, o menor se alternará entre as casas dos genitores, podendo ser alternados em dias, semanas, meses ou anos, todavia, pode ser obtida de outra forma ao qual seria: os filhos permanecem no domicílio, e os pais que alternam de casa.

A grande vantagem da guarda alternada é a permanência dos pais na convivência dos filhos, sem que haja prejuízos maiores na relação parental, sem que haja a preocupação de ter havido a dissolução conjugal. Já as desvantagens são as alternâncias do menor de domicílio, separações e reaproximações familiares, provocando grande instabilidade emocional e psíquica.

No entanto, a guarda alternada, ainda que inserida em uma das modalidades da guarda compartilhada, se difere quanto a exclusividade ao tempo em que o detentor dela estiver exercendo os poderes e deveres que integram o poder parental, sendo assim, o genitor possuidor da guarda do filho, abrange toda sua totalidade, pelo período determinado, e depois inverte-se os papéis.

Contudo, a guarda alternada pode ocasionar graves prejuízos ao menor, e seu equilíbrio emocional, sobretudo quando este obtém idade inferiores, por não ter a maturidade em compreender a separação conjugal, bem como, a alternância de domicílio, sendo assim, é extremamente relevante a estabilidade na vivência do

³⁷ FILHO GRISARD, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.110.

menor, principalmente nas questões familiares, onde, este cria seus primeiros laços afetivos, ao qual construirá a personalidade do mesmo, Waldyr Grisard Filho diz que *“Em verdade, em nosso Direito não existe a guarda alternada, posto que ela é substituída pelo chamado direito de visita, conforme o artigo 15 da LDiv”*³⁸.

³⁸ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.112.

5. GUARDA COMPARTILHADA

5.1 CONSIDERAÇÕES E REFLEXOS PRINCÍPIOLÓGICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada será determinada a ambos os genitores, todavia, o menor terá uma residência fixa com um destes, onde, este conviverá permanentemente, assim, garantindo a estabilidade, tendo em vista que menor obtém uma referência de um lar, no entanto, fica permitido ao outro genitor, àquele que não é detentor da guarda física do menor, visitas livres à residência do menor a qualquer momento.

Esta modalidade de guarda, tem por finalidade igualar as decisões em relação ao menor, e assim, os pais responderão em conjunto em todas as situações ao qual dizem ao respeito aos filhos. Caracteriza-se então, com uma manutenção responsável e solidária dos direitos e deveres que se encontram inseridos no poder familiar, com o intuito de minimizar as consequências que abrangem a separação conjugal, sendo forçoso o diálogo entre os divorciados, ainda que estes obtenham uma nova família, após a dissolução conjugal.

Preferencialmente, os pais devem permanecer nas mesmas divisões de tarefas, que mantinham quando eram casados, para que assim, não haja mais mudanças na vida dos filhos, nesta questão, deve haver um acompanhamento de ambos, na convivência dos menores em sua formação e desenvolvimento, devendo assim, estarem presentes em todas as atividades relacionadas os filhos, Paulo Lobô entende que:

“O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se “em casa” tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quarto e objetos pessoais do filho em ambas residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias”.³⁹

³⁹ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, 4ª edição, p.200.

Entretanto, não há impedimento para a modalidade de guarda compartilhada, quando os pais residem em cidades ou países distintos, tendo em vista o avanço da tecnologia, permite o contato virtual instantâneo e comunicação entre os pais separados, bem como, com os filhos. No entanto, se estes não entram em um comum consenso, caberá ao juiz mediar e decidir como será a convivência dos pais com os filhos, todavia, o juiz deverá sempre consultar uma equipe multidisciplinar em que lhe assessora, para que se tenha uma fundamentação consistente, sempre preservando o melhor interesse do menor.

Ainda, deve se entender que, o período de convivência de cada filho, com os seus pais, não necessita ser de extrema igualdade, uma vez que, poderá haver flexibilidade entre as circunstâncias e tarefas que o menor tenha que desempenhar.

A guarda compartilhada tem por estrita finalidade em igualar as decisões e responsabilidade dos genitores em relação aos menores, ou seja, caracteriza-se pela manutenção responsável e solidária dos direitos e deveres, ao qual diz respeito ao menor, inserido no poder familiar, conforme Paulo Lobô:

“Do ponto de vista dos princípios constitucionais da solidariedade do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza. A guarda compartilhada, por ser preferencial, apenas deve ser substituída pela guarda unilateral quando se evidenciar que não Serpa benéfica ao filho, dada a circunstâncias particulares e pessoais”.⁴⁰

A fundamentação da guarda compartilhada consiste no ordenamento constitucional e psicológico, com finalidade una de garantir o interesse dos filhos, assim, fazendo com que os genitores estejam presentes na vida destes, para que no fim sejam mantidas as relações afetivas entre os familiares, e pluralizando as responsabilidades parentais.

As noções de guarda compartilhadas surgiram-se com a necessidade de igualar os papéis dos pais, com o intuito de sempre ser garantido melhor interesse do menor, assim, valorizando as relações parentais de forma igualitária, oferecendo um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo.

⁴⁰ LOBÔ, Paulo. Direito Civil, Famílias. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, 4ª edição, p.202.

Assim, vislumbra-se que a guarda compartilhada visa o melhor interesse do menor em todas as circunstâncias, todavia, se esta modalidade não atingir seus objetivos, por qual foi imposta, poderá os pais requerer em juízo a revogação da sentença que determinou a modalidade a qualquer tempo, uma vez que esta decisão não faz coisa julgada, ante a possibilidade de quando não estiver mais suprindo seus objetivos, ser modificada, desta forma, conforme Waldyr Grisard Filho *“A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior das famílias desunidas, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento que a guarda uniparental não atendia”*.⁴¹

Com isso, a guarda compartilhada vem, com intuito de igualar as relações parentais, uma vez que, com a modernização das famílias, as modalidades de guarda tiveram que se readequar. Desta forma, o modelo que era vigente antigamente, começou a perder força, por não atender mais as perspectiva das famílias, para Waldyr Grisard Filho, a guarda compartilhada é:

“O único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com a vantagem, à guarda uniparental, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença , permanente, conjunta, interrupta, de ambos os genitores em sua formação para vida”.⁴²

Com isso, esta modalidade consiste na efetiva convivência duradoura dos genitores com o menor, e este, recebendo a assistência necessária, quais seja, material, psicológica e moral, bem como, o dever de vigilância dos pais com os filhos, em proteção, educação e comunicação, desta forma, a guarda consiste em deveres e direitos dos pais em relação à pessoa do filho. Portanto, a guarda compartilhada, visa assegurar a ambos os genitores na conduta dos filhos, de forma igualitária, efetivando um direito fundamental garantido pela Constituição, qual seja a convivência familiar.

⁴¹ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.147.

⁴² FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.143.

Entretanto, a modalidade de guarda compartilhada, encontra-se atrelada em sua fundamentação por base do direito constitucional, em que, os princípios regem cada caso concreto, devendo estes ser respeitados em todas as questões referentes à guarda.

Com isso, a guarda compartilhada, como as outras modalidades, deve em qualquer circunstância respeitar o melhor interesse do menor, uma vez que este princípio consagra o menor como principal interessado nas questões de guarda, para que no final ele não entre em conflitos psicológicos, e com isso, haja a satisfação do princípio, qual seja um bom desenvolvimento como ser humano, ou seja, a separação deve ser menor impactante a este, uma vez que sempre haverá a observância deste princípio em qualquer caso, conforme Ana Carolina Silveira Akel, *“A necessidade e importância da prevalência dos interesses dos menores após a dissolução do vínculo conjugal, isto é, evidenciaremos a relevância da continuidade dos cuidados existentes antes da ruptura familiar”*⁴³.

A família deve sempre ser estruturada, na presença de ambos os genitores, e que estes vivam de maneira mais harmônica possível, para que não gere na criança transtornos psicológicos, ainda, um ambiente constituído com brigas não é reconhecido como um ambiente saudável para a convivência do menor com os pais, uma vez que, estes vivem em conflito um com o outro. Assim, as divisões das tarefas entre os pais devem ser acordadas, com a finalidade de que a criança perceba que estes estão colaborando para a sua formação, no entanto, é necessário que os genitores compreendam que desavenças relacionadas ao divórcio devem ser esquecidas em relação aos filhos, uma vez que este se sobressai em todas as circunstâncias, ante ao princípio do melhor interesse do menor, por ser a parte mais hipossuficiente, necessitando sempre dos cuidados dos pais.

Ademais, deve ser compreendido por todos envolvidos que o instituto da guarda compartilhada visa em todas suas questões relacionadas a satisfação do menor, e não a mera satisfação dos pais, e por isso que esta modalidade consagra como princípio supremo o melhor interesse do menor.

Outro princípio primordial que tornea a modalidade da guarda compartilhada é o de igualdade entre os cônjuges em relação ao poder familiar, uma vez que é

⁴³ AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Saraiva S.A, 2009, 2ª edição, p.61.

reconhecido o papel da mulher na sociedade, com isso, a Constituição Federal trás como princípios fundamentais a igualdade dos cônjuges no pode familiar.

No mais, o princípio da afetividade é considerado também importante nas questões relacionadas à modalidade de guarda, principalmente na compartilhada, tendo em vista que é direito do menor, ter uma relação afetiva e constante com ambos os genitores, dentre todas as questões que são trazidas com este princípio, este permite que o menor possa ter um bom desenvolvimento com ser humano.

Ademais, os princípios da dignidade da pessoa humana, e da solidariedade familiar, devem ser entendidos em conjunto, uma vez que o menor deve conviver no âmbito família de forma digna, onde os pais preservam seu bem estar, e sua integridade física e mental, ademais, é reconhecida solidariedade entre os pais, no que diz a respeito às responsabilidades perante os filhos, com isso, sendo responsabilizados por qualquer situação que acontecerá.

Desta forma, compreende-se que na guarda compartilhada, configura-se através da presença de ambos os pais na vida dos filhos, de forma imprescindível, havendo uma convivência plena, efetiva e constante, uma vez que para que se tenha um bom desenvolvimento físico e psíquico a este.

5.2 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DO MENOR

No âmbito das famílias modernas o índice de separação conjugal tem crescido em grande escala, entretanto, algumas pessoas ainda compreende que a separação conjugal, implica-se na separação parental. Com isso, a psicologia vem crescendo e ganhando força no judiciário, uma vez que o menor não poderá ser prejudicado na convivência de ambos o genitores, de forma igual, por estes não terem se entendido na relação conjugal, e tiverem se separados.

Sendo assim, para que se chegue à conclusão de com quem os filhos devem ficar sob a guarda, de ambos ou apenas de um dos genitores, deve haver uma perícia psicológica, aos qual será analisado o comprometimento de cada uma dos pais com os filhos, entre outras situações, para que assim o juiz chegue ao seu veredito final. No entanto, se ambos os pais obtiveram avaliações psicológicas favoráveis, demonstrando pontos positivos aos vínculos com o menor, irão concorrer na forma igual à guarda do filho, tendo em vista, que na maioria das vezes, quando os pais constituem uma relação favorável e de igualdade em relação ao menor, não se vê a necessidade de se estabelecer a um só está tarefa, ou seja, Evandro Luiz Silva entende que:

“Em algumas separações, os vínculos dos filhos com um dos pais são tão empobrecidos, em face do pouco ou nenhum contato afetivo, que compartilhar casas poderia ser prejudicial. Por outro lado, filhos acostumados com a presença efetiva de ambos – pai e mãe – em suas vidas e sendo privados do contato frequente com um deles, igualmente poderão ser prejudicados por está situação”.⁴⁴

A guarda compartilhada está associada, ao âmbito familiar, uma vez que este se organiza através das funções em que os genitores têm com os filhos, sendo assim, este modelo visa à manutenção das funções, ao qual o menor já havia se habituado, mesmo após a separação conjugal, ou seja, ficando os dois presentes nas questões financeiras, bem como afetivas que o menor esteja envolvido.

⁴⁴ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p. 16.

Este tipo de guarda associa a relação de ambos os pais, em forma de igualdade, a conviver com os filhos, assim, não ocasionando mais traumas aos menores, uma vez que os vínculos afetivos não foram rompidos, bem como, mantidas as funções dos genitores na vida dos mesmos.

No entanto, muitas pessoas ainda continuam associando a relação da mulher, com o dever de guarda dos filhos e do homem, como o provedor do lar, todavia, este pensamento encontra-se ultrapassado, e da mesma forma podendo ser prejudicial ao menor que estava habituado a convivência de ambos em sua vida, sendo assim, estudos apontam que o menor obtém menos consequências psíquicas quando mantém os mesmo hábitos do passado, quando os pais eram cônjuges. Evandro Luiz Silva compreende que *“Estas relações construídas devem ter continuidade após a dissolução do casamento, pois a perda de contato de um dos pais com os filhos pode gerar certos sintomas às crianças, levando-as à necessidade de atendimento psicológico”*⁴⁵.

Todavia, é imprescindível que os ex-cônjuges entrem em um consentimento, e que tenham o mínimo de uma convivência boa entre si, para que este modelo de guarda tenha êxito, tendo em vista que, se não há um hábito pacífico na relação destes, será inevitável o abalo psicológico do menor. Contudo, este requisito não é o primordial para que se tenha a concessão da modalidade.

Nesta forma, por ser de extrema complexidade a questão de guarda do menor, deve o juiz sempre basear sua decisão, através de uma decisão psicológica, para que assim possa se ter uma decisão justa, e precisa, uma vez que, sempre será visado o melhor interesse do menor. Ainda, a ausência de um dos pais na convivência dos filhos, poderá ocasionar consequências psíquicas, interferindo no desenvolvimento como pessoa. Desta forma, a guarda unilateral, em algumas das circunstâncias não é a melhor modalidade a ser designada, posto que, será restringida a convivência do filho, com um dos pais, sendo que este se encontrava acostumado com a presença de ambos em seu convênio diário, por isso que, as decisões devem sempre prevalecer o melhor interesse do menor.

No entanto, a guarda deve sempre ser inserida com base na formação das famílias e como elas se organizam em seu interior, mais importante é constatar que, com a separação conjugal não se coloca um nas relações dos filhos com os pais,

⁴⁵ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p. 19.

com isso, os genitores continuam com seus direitos e deveres sobre os filhos da mesma forma de quando era casado, e estes concorrem juntos a guarda do menor, Evandro Luiz Silva diz que:

“É importante a criança conviver com ambos os pais, para que construa uma relação e forme por si uma imagem de cada um dos seus pais. Está convivência está relacionada ao tempo em que estão juntos pai e filho, ou mãe e filho, que no contexto atual, tende a ser em pouca quantidade, mas que se pretende ter boa qualidade na convivência. Quando isso não acontece, ou ocorre intervalo irregulares e espaçados de tempo, normalmente a imagem do progenitor que não detém, na maioria das vezes influenciada por sentimentos de rancor por não conseguir separar o ex-cônjuge da função de pai ou de mãe, dadas as desavenças conjugais existentes”.⁴⁶

A guarda compartilhada tem como função principal a colaboração dos pais em conjunto na criação do menor, mesmo após a separação conjugal, tendo em vista que, a guarda unilateral não proporciona este trabalho em conjunto, assim, podendo a criança ser influenciada e com isso, afastando-se do genitor que não é detentor da guarda, ou seja, tal modalidade visa na maioria das vezes às questões psicológicas do menor, uma vez que o vínculo deve sempre ser relacionado à criança, e não aos divorciados, sendo assim, os problemas da relação deste, não devem se sobrepor ao menor em suas relações.

Com isso, a guarda deve sempre priorizar o melhor interesse do menor, e como ele está se habituando as novas realidades familiares, não apenas as questões externizadas, mas as questões internas, quais envolvam o seu psicológico, Evandro Luiz Silva entende que, *“É importante pontuar que muitas mudanças geram ansiedade, e estas levam vários sintomas. Portanto, quando de uma separação, os pais devem tentar fazer o mínimo de mudanças possíveis”*⁴⁷.

Desta forma, a separação conjugal é considerada como um agravante por si só que afeta os filhos emocionalmente, gerando assim ansiedades aos mesmos, sendo assim, as mudanças devem ser mínimas possíveis para que o menor não sofra mais ainda, ou seja, deve ser entendido que a relação cônjuges chegou ao fim,

⁴⁶ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.20.

⁴⁷ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.26-27.

mas de pais ainda se encontra em vigência, com isso, deve permanecer vínculos afetivos, bem como, rotinas realizadas do menor, com os pais, tal como era na vigência do casamento.

A função paterna, bem como a materna, devem ser trabalhada em conjunto, para que se tenha uma construção da estrutura psicológica do menor, ou seja, se os pais conseguirem separar as questões relacionadas ao divórcio, e focarem apenas nas questões que envolvam a vida do menor, se terá um relação harmônica, e assim, será sempre visado o melhor interesse do menor, para Evandro Luiz Silva “*o afastamento de um dos pais tem influência negativa na vida dos filhos; que os sintomas que as crianças apresentam guardam relação com a falta de um dos pais e não com a separação do casal*”⁴⁸.

Desta forma, conclui-se que a presença dos pais na vida dos filhos, de forma constante, é imprescindível para que este tenha um maior desenvolvimento psíquico saudável, sendo assim, os menores que não têm está realidade em seu cotidiano, apresentam transtornos psicológicos ao longo de sua formação como ser humano, para Waldyr Grisard Filho:

“Os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma série de perdas para a criança, e procura amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação”.⁴⁹

Com isso, a separação conjugal deve ser entendida como uma dissolução apenas sobre as questões relacionadas matrimonialmente, e não interferindo na convivência dos pais, com os filhos, portanto, compreende-se que a guarda dos filhos não podem ser vistas como disputas do menor, e sim, um trabalho em conjunto de todos.

O importante é que o menor saiba que estão inseridos nas rotinas dos pais, mesmo após a dissolução conjugal, através da manutenção do vínculo afetivo, tal como era antes. Assim, as consequências psicológicas, causadas pelo divórcio

⁴⁸ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.30.

⁴⁹ FILHO GRISARD, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2002, 2ª edição, p.163.

serão diminuídas, qual seja a perda dos pais, após a separação, ou seja, a guarda compartilhada deve sempre priorizar o menor no seu bem estar físico e psicológico, sendo então, sempre baseado no princípio do melhor interesse do menor em todas as situações presentes na vida do mesmo, Waldyr Grisard Filho compreende que:

“Na medida em que a guarda é sistematicamente deferida à mãe, os pais tornam-se progressivamente menos disponíveis a seus filhos. Na medida inversa, quando se compartilham as responsabilidades parentais e os pais aprendem a ser pais durante o relacionamento com seus filhos, os resultados são altamente positivos para toda a família, mesmo após o divórcio”.⁵⁰

Sendo assim, os pais devem agir em conjunto, quanto aos direitos e deveres dos filhos, para que assim, os mesmos consigam obter um desenvolvimento psicológico e assim se desenvolverem como seres humanos.

⁵⁰ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.162.

5.3 A NOVA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

O novo modelo de guarda compartilhada visa preceitos inerentes aos direitos e deveres dos pais, que permeiam todas as modalidades de guarda, quais seja moralidade, sustento, educação, proteção, criação, todavia, a guarda compartilhada constitui preceitos de uma sociedade moderna, aos quais ambos os genitores desejam ser detentor da guarda dos filhos, e com isso, participar efetivamente do cotidiano destes, assim, Waldyr Grisard Filho:

“Nessa perspectiva, como nas legislações mais avançadas, inspiradas fundamentalmente no interesse do menor, o Direito brasileiro não constitui exceção e se debruça do estudo de nova fórmula de guarda capaz de assegurar a eficácia ao princípio constitucional, que garante aos pais, embora desunidos, uma repartição equitativa no exercício da autoridade parental”⁵¹.

Ou seja, é a continuação do exercício do pátrio poder, por ambos os genitores é mantida, assim como funcionava antes da separação conjugal, sendo então mantida a família biparental, mesmo após o divórcio, não afetando as relações afetivas, tendo em vista, que a dissolução conjugal e as desavenças não devem interferir nesta esfera patriarcal.

A modalidade de guarda compartilhada era aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, com isso ela era praticada mesmo sem que houvesse sua positivação, tendo em vista que, magistrados consideravam como uma medida satisfatória, e de extremo reconhecimento do interesse do menor, bem como, quanto à autonomia da família. Contudo, em 13 de junho de 2008, houve a positivação da guarda compartilhada, lei 11.698, todavia, em 22 de dezembro de 2014, ela foi reeditada, através da lei 13.058, todavia, já era conhecida e utilizada pelos magistrados antes de sua positivação, e com isso, surge-se a lei, a fim de melhorar e compilar as questões trazidas ao judiciário, a fim de suprir necessidades das famílias modernas.

Assim, a nova guarda compartilhada compreende que o menor resida em uma residência fixa, com um dos genitores, está escolha será de quem apresentar

⁵¹ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.140.

melhores condições para o desenvolvimento do menor. No entanto, ambos os genitores são igualitários, no que se refere a guarda jurídica, sendo assim, tendo direitos e deveres sobre os filhos, pode se dizer então, que se tem um reequilíbrio dos papéis parentais, onde não se há superioridade nas decisões que dizem ao respeito do menor.

Ainda, a guarda compartilhada se estrutura através de uma residência fixa ao menor, com o genitor competente, este determinado em juízo, que será o possuidor da guarda física, todavia, ambos os genitores são competentes quanto à guarda jurídica. Contudo, nada se impede que o menor alterne de casa por um tempo, podendo assim, residir com o outro genitor por um período determinado de tempo, Waldyr Grisard Diz que:

“São dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não é a mudança e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constantes os maiores números possíveis de fatores da vida dos filhos após a ruptura”.⁵²

A modalidade de guarda compartilhada presume-se a divisão da relação continua com os filhos, todavia, esta divisão não tem a necessidade de ser igualmente dividido, assim, podendo o menor alternar a convivência com os genitores sem ser de forma equitativa. Contudo, os pais conjuntamente exercem deveres e direitos aos filhos, não podendo nenhum destes se eximir de tais obrigações, uma vez que inerentes ao modelo de guarda.

Desta forma, o genitor que detém a guarda física, não é exclusivo quanto à guarda jurídica, uma vez que, ambos os genitores são competentes quanto está última, e assim, serão responsabilizados em todas as situações que envolvam o menor, todavia, o menor residirá e domiciliará em apenas um local, qual foi determinado em juízo, com isso, pode-se concluir que a guarda compartilhada vem com o objetivo de se ter uma relação afetiva que envolva os pais, de forma contínua e igualitária, mesmo com a dissolução conjugal, assim se tendo um novo modelo de família, podendo assim os pais estar presentes na vida dos filhos de forma efetiva.

⁵² FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.150.

Assim, Waldyr Grisard Filho entende que *“Compete aos pais decidir em conjunto, isto é, de forma compartilhada, as questões relativas à pessoa dos filhos (criação, educação, sustento, companhia e guarda autorização para casar, representação e assistência) e as questões relativas aos bens dos filhos (usufruto e administração)”*⁵³, sendo assim, frisa-se que os pais de modo igual e diariamente, atuam na educação dos filhos, o que antigamente era exercido apenas por um dos genitores, ainda assim, aquele que não é detentor da guarda física do menor, ou seja, o que não mora com o mesmo, tem o dever de fiscalização na residência qual habitada pelo mesmo, e com isso, facultando a este genitor pleitear em juízo quando houver alguma infringência nos deveres inerentes ao outro genitor.

A guarda compartilhada permite que os ex-côjuges possam deliberar em conjunto deveres e obrigações referentes ao menor, como se ainda fossem casados, no que se refere à educação e criação dos filhos, Waldyr Grisard Filho diz que:

“Na guarda compartilhada, não só as grandes opções sobre o programa geral de educação e orientação (escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha de carreira profissional, decisão pelo estudo de uma língua estrangeira, educação religiosa, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens), mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais (compra de uniformes e material escolar), como se praticam no seio de uma família unida, pertencem a ambos os genitores, embora esses (os usuais) possam ser praticados isoladamente pelo genitor guardião, garantindo-se, assim, um exercício conjunto da autoridade parental, como no modelo da família antes da ruptura”⁵⁴.

Todavia, a educação não diz ao respeito apenas quanto à pensão alimentícia, ou seja, os pais devem estar presentes cotidianamente na vida dos filhos, assim os assistindo em todas as situações, até este adquirir a maioridade, ainda, quanto à pensão alimentícia para a subsistência do menor, se insere também no modelo de guarda compartilhada, ao qual, será devido a ambos os pais, tendo em vista que compartilham a guarda do menor, nos deveres e obrigação, todavia, os pais, em comum acordo podem em juízo pleitear para que um destes arque com o encargo

⁵³ FILHO GRISARD, Waldyr et al. Guarda Compartilhada aspectos jurídicos e psicológicos. Ed. Equilíbrio. Porto Alegre. 2005, p.77.

⁵⁴ FILHO GRISARD, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2002, 2ª edição, p.152.

dos alimentos. Então os pais, são solidários no que diz a respeito aos alimentos dos filhos, no grau de possibilidade e necessidade, e assim, quando um destes descumprir com esta obrigação, haverá sanção, levando a possibilidade de prisão, assim Waldyr Grisard Filho compreende que:

“A guarda compartilhada atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos. Pressupõe uma ampla colaboração entre os pais, sendo que as decisões relativas aos filhos são tomadas em conjunto (na guarda alternada, cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva”⁵⁵.

Sendo assim, quando há uma cooperação entre os pais, e a não vinculação dos filhos nos conflitos que envolvam os ex-cônjuges, isto influenciará nas questões sobre o desenvolvimento do menor, em relação o emocional, social e escolar. Esta modalidade de guarda, permite uma grande satisfação, quanto à possibilidade dos pais exercerem obrigações e deveres perante o menor em conjunto, e ainda, sendo mantidos os vínculos afetivos entre estes, sem que o menor tenha que escolher entre um dos pais, uma vez que o menor, não quer exercer o papel de escolha de um dos pais para manter o vínculo afetivo, e sim, ter os dois em conjunto em sua vida.

Com isso, este modelo configura-se com a não modificação da família, após a dissolução conjugal, resultando com a participação efetiva dos pais na vida dos filhos, e assim, possibilitando ao genitor que não é detentor da guarda física, decidir questões que dizem a respeito à criança, como se fosse o guardião. Assim, as vantagens quanto ao modelo da guarda compartilhada visam em todas as circunstâncias o melhor interesse do menor, assim, minimizando transtornos psicológicos influenciados pelo divórcio dos pais, entende Waldyr Grisard Filho que:

⁵⁵ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.170-171.

“Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimizando o conflito parental, diminuiu os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhando o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaços para suas outras atividades”⁵⁶.

Deve se entender como guarda compartilhada, aquela modalidade em que o menor reside fixamente em um local, ou seja, não há alternância de local por determinado tempo, todavia, ambos os pais estão presentes na vida dos filhos de forma efetiva, sendo que estes são detentores de deveres e direitos perante o menor. Além disso, a convivência dos pais com os filhos dar-se-á de forma efetiva e constante, para que assim o menor não tenha que realizar escolhas de afetividade entre os pais.

No mais, a figura da guarda compartilhada, visa reorganizar as famílias, e reafirmando a igualdade entre os genitores, da forma que estes trabalhem em conjunto visando o bem estar e criação do menor, após a dissolução conjugal. Sendo assim, ante a colaboração dos pais perante a criação e formação do menor, eles são corresponsabilizados por atos inerentes a deveres e obrigações perante este é reconhecido como uma responsabilidade solidária entre os genitores, configurando assim que, ambos serão responsabilizados por situações que o menor esteja inserido.

Nesta linha, a guarda compartilhada trás como fundamentação legal a Constituição Federal de 1988, no que diz ao respeito aos direitos fundamentais, conforme o artigo 5º da CF, que prevê a igualdade entre homens e mulheres, e o artigo 266, §5º da CF, diz que homens e mulheres são iguais quanto a direitos e deveres, dentro da relação conjugal, assim, pode-se dizer que há uma igualdade destes, sobre as decisões relacionadas à vida familiar. No mais, o Estatuto da criança e do adolescente, em seu artigo 1º prevê que é direito do menor a

⁵⁶ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.175.

convivência continua e plena com os pais, para que assim se desenvolva como ser humano.

Está modalidade visa o equilíbrio entre os pais, em relação aos direitos e deveres para com os filhos, ou seja, havendo uma grande e significativa participação de ambos nas questões efetivas, bem como, em decisões sobre o menor, e com isso, terá uma satisfação no desenvolvimento do menor, como ser humano, ante a possível e frequente convivência dos pais na vida do menor, assim sendo, não havendo a exclusão de um dos genitores da vida dos filhos, uma vez que nas questões que envolvam sempre o menor, haverá sempre a observância do melhor interesse do menor, conforme Waldyr Grisard Filho:

“Com vistas a garantir o melhor interesse do menor e ao desaparecimento da noção de culpa, que retira o caráter conflituoso das separações, passou-se a rever a questão da autoridade parental, a partir do aporte de outras disciplinas, como a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a pediatria, dos assistentes sociais, com a nítida intenção de realçar uma autoridade que compete ao casal, aos pais, para atenuar as consequências injustas que o monopólio da autoridade parental do guardião único provoca”⁵⁷.

Está modalidade de guarda permite que os pais possam trabalhar em conjunto, visando em todas as circunstâncias o melhor interesse do menor, nesta proporção, os pais são igualitários, nas decisões que dizem a respeito aos filhos, nas questões envolvendo a educação, assim, pode se dizer que havendo uma participação contínua e conjunta dos pais, com os filhos, trás resultados mais vantajosos ao desenvolvimento físico e psíquico do menor, posto que ao contrário, a depender, tendo em vista as peculiaridades de cada caso, a guarda unilateral não apresenta tantos aspectos favoráveis com a modalidade compartilhada o trás.

A guarda compartilhada sempre será imposta pelo magistrado, uma vez que este analisará caso a caso, a fim determinar qual modalidade adéqua-se melhor ao caso concreto, além disso, o juiz será auxiliado por profissionais de outras áreas, a fim de utilizar-se de tais diagnósticos realizados por este, em suas fundamentações na decisão, neste caso, sempre visando o melhor interesse do menor.

⁵⁷ FILHO GRISAR, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Ed.Revista dos Tribunais LTDA,2002, 2ª edição, p.147.

Todavia, este modelo só atingirá seus objetivos, e conseqüentemente havendo sua eficácia plena, caso haja a colaboração dos genitores, e este consigam entrar em comum acordo sobre as questões que envolvam o menor, assim Ana Carolina Silveira Akel entende que *“Independentemente da situação existente entre os progenitores, a relação entre pais e filhos deverá ser contínua e perpétua, não se admitindo qualquer tipo de limitação em virtude de problema de problemas puramente conjugais”*⁵⁸.

A guarda compartilhada traz consigo a formação de uma nova família está sendo biparental, mesmo que haja o agravante dos pais estarem divorciados, ou seja, o casal parental permanece intacto, o que desaparece é a relação conjugal, sendo este, marido e mulher, com isso, Ana Carolina Silveira Akel compreende que:

“De fato está modalidade de guarda (compartilhada/conjunta), ainda em fase inicial no nosso ordenamento jurídico positivo, promove uma inédita conotação ao instituto do poder familiar, anteriormente relacionado à ideia de poder, veiculando a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do próprio convívio familiar. A partir desse conceito de custódia, retira-se do instituto da guarda pejorativa conotação de posse, privilegiando a realidade de “estar com”, ou seja, de compartilhar, de dividir, sempre voltando, é claro, para a supremacia do interesse do menor”⁵⁹.

São inúmeras as vantagens deste modelo em prol da família em si, uma vez que permite uma relação afetiva continuada dos pais, com os filhos, além disso, não há uma imposição para que o filho faça uma escolha entre os pais, com seu guardião, tendo em vista que estes participam equitativamente da vida dos filhos, no mais, o juiz neste caso, escolherá entre os genitores, no que se refere à guarda física, uma vez que está modalidade impõe que o menor resida apenas em um local, para que não haja mais transtornos psíquicos, ao qual o divórcio por si só já acarreta.

Assim, todos os danos ocasionados pelo menor, os pais de forma igualitária serão responsabilizados, assim havendo uma responsabilidade solidária, devendo estes reparar todos os prejuízos ocasionados pelo menor e ao menor, pela presente

⁵⁸ AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição, p.105.

⁵⁹ AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição, p.106.

presunção que ambos os pais estão na convivência contínua da vida dos filhos, e cientes das atitudes realizadas pelo menor, e por isso a responsabilidade destes é recíproca, uma vez que os ex-cônjuges são iguais perante o menor.

Com isso, o pai não detentor da guarda física, que na guarda unilateral seria apenas um visitante do filho, na guarda compartilhada, o genitor visitante participa efetivamente da vida do filho, como se fosse o guardião físico do menor, podendo tomar decisões em conjunto com o outro genitor, nas questões que dizem respeito ao desenvolvimento do menor como ser humano. Com isso, esta modalidade de guarda proporciona uma participação de ambos os genitores da vida do filho de forma equitativa, e esta questão pode-se dizer que atende o melhor interesse do menor em quase todas as circunstâncias, havendo apenas alguns casos esparsos ao qual esta modalidade não é a mais adequada, uma vez que o menor não precisa fazer escolhas entre os pais, e este poderá ter um bom desenvolvimento, por ter a certeza que, mesmo com a separação conjugal, os pais não deixaram de estar envolvidos com o menor, por isso Ana Carolina Silveira Akel diz que, *“A certeza de que os vínculos com os pais serão mantidos, ainda este não mais compartilhem o mesmo lar, é de suma importância para que os filhos percebam que ainda há lugar para eles na vida do pai e da mãe, mesmo após o divórcio, eliminando o medo de perder os pais”*⁶⁰.

Todavia, para a imposição da guarda compartilhada o magistrado deve analisar caso a caso, uma vez que se não houver uma convivência mínima de respeito e paz entre os pais, não há como a modalidade atingir seu objetivo, tendo em vista que em todas as circunstâncias deve se prevalecer o melhor interesse do menor, para que haja uma convivência e um ambiente familiar saudável, em que os pais entre em acordo com as decisões sobre o menor, e não com a intenção de um prejudicar o outro, ou dificultar deveres e obrigações do outro, ou seja, deve sempre haver uma cooperação dos genitores na criação dos filhos, para que se tenha êxito neste tipo de guarda, conforme Ana Carolina Silveira Akel:

“Conforme saliento no decorrer do presente livro, quando os pais privilegiam a continuidade de suas relações com as crianças e as protegem de seus conflitos conjugais, há enormes vantagens em atribuir efeitos jurídicos a

⁶⁰ AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição, p.109.

essa cooperação parental, como estímulo ao entusiasmo de compartilhar direitos e responsabilidade na proteção e educação dos menores”⁶¹

Com isso a guarda compartilhada gera uma estabilidade a criança, sendo que esta obtém a convivência com ambos os pais, bem como, tem um residência fixa, ao qual não precisa ficar alterando, como na guarda alternada, ou seja, não uma extinção da família após a dissolução conjugal, e sim um readaptação, sendo que um dos genitores permanece na convivência do lar, com a guarda física, e o outro detém a liberdade de participar da vida do menor, igualmente como aquele que vive na mesma residência do menor, podendo discutir questões de responsabilidade sobre a educação da criança, e assim, sendo mantido o elo afetivo dos pais com os filhos após o divórcio, e nesta forma, preservando o melhor interesse do menor, qual seja, a manutenção dos pais na vida destes, como uma família.

Além do mais, os genitores não se sentem excluídos das responsabilidades sobre os filhos, ante a cooperação mútua que esta modalidade de guarda propicia, uma vez que, o detentor da guarda física não configura como soberano nas decisões que envolvam o menor, por apenas residir com este. Com isso, há uma igualdade entre os pais, quanto as responsabilidades, deveres e obrigações, assim, participando efetivamente no cotidiano do filho.

A instituição da guarda compartilhada no âmbito familiar pode ser inserida através do comum acordo entre os genitores, ainda, o juiz em audiência de conciliação se entender cabível sugerirá a modalidade, conforme o art. 1.584 do Código Civil, ou, em fase de litígio, o magistrado poderá determinar a guarda compartilhada, quando vislumbrar no caso concreto ser a hipótese que mais se encaixa a atender o melhor interesse do menor, fulcro ao art. 1.584, II, do Código Civil, assim, Ana Carolina Silveira Akel entende que:

“...quanto à imposição pelo magistrado, algumas ponderações merecem destaque. Acreditamos que esta atribuição conferida pela lei ao magistrado quanto à aplicação da guarda compartilhada deve ser encarada de forma extremamente cuidadosa, zelosa e com muita cautela, cabendo o juiz a difícil tarefa de analisar o caso em concreto e verificar a viabilidade ou não da utilização da guarda conjunta. Assim, nos posicionamos no sentido de

⁶¹ AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição, p.111.

que a guarda compartilhada não pode ser vista como regra e aplicada de forma indiscriminada. Não podemos esquecer que estamos diante de relação interpessoais em que o interesse maior que deve sempre prevalecer do menor”⁶².

Para que a modalidade de guarda compartilhada cumpra seus objetivos, e assim, se tenha êxito no âmbito familiar, deve se ter a cooperação dos pais, uma vez que estes obtêm papéis primordiais na vida dos filhos, com isso, os genitores devem ter o mínimo de convivência amigável, e saudável, para que assim o menor possa conviver harmonicamente com a família, com um ambiente equilibrado, uma vez que este tipo de guarda visa em todas as circunstâncias o melhor interesse do menor, e esta necessidade estar no âmbito familiar, com a ressalva de que este deve ser tranquilo para que o menor tenha um bom desenvolvimento como ser humano, ou seja, a guarda compartilhada permite que pais separados, possam permanecer constantemente e efetivamente na vida dos filhos, após a dissolução conjugal, e assim, havendo a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, mesmo que este não seja o guardião físico do menor, e com isso, não tenha a vivência na mesma residência, todavia, este genitor constitui os mesmos direitos e deveres daquele que reside com o menor, chamada assim, como guarda jurídica, propiciando a este genitor, uma ampla convivência com o menor, assim, retirando a ideia do genitor que não tem a guarda física, ser um mero visitante do filho, e com isso, não sendo apto a deliberar sobre questões e tomadas de decisões referentes a este, portanto, Ana Carolina Silveira Akel entende que:

“Concluimos este capítulo dizendo que se existir entre os ex-cônjuges o discernimento necessário, bom senso e razoabilidade e ainda, se souberem separar a frustração da relação conjugal que não deu certo da relação parental que é eterna, sem sobra de dúvida, a utilização da guarda compartilhada constitui, para a família moderna, o modelo perfeito e ideal”.⁶³

Ademais, para que se tenha a concessão da guarda compartilhada no caso concreto, devem ambos os genitores preencher os requisitos para que está

⁶² AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição, p.122.

⁶³ AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. Guarda Compartilhada, um avanço para a família. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição, p.122.

modalidade esteja inserida no âmbito familiar, quais sejam: paternidade e maternidade jurídica, ou seja, o menor estar registrado com o nome de ambos pais; que estes sejam aptos para a criação do menor e assim, possam exercer o poder familiar; que ambos tenham a expressa vontade de exercer o poder da guarda sob os filhos. Sendo assim, com todos os requisitos preenchidos, o juiz analisará o caso concreto, e se esse for o melhor interesse do menor, concederá a modalidade de guarda compartilhada aos pais. Todavia, ressalta-se que a guarda compartilhada é preferencialmente designada aos pais, porém, ela pode ser concedida em face de casais homoafetivos, paternidade e maternidade socioafetiva, bem como, outros familiares, como por exemplo, avós e tios, que poderão exercer a guarda conjuntamente com os pais, contudo deve sempre ser analisado o caso concreto, com base no melhor interesse do menor.

Sendo assim, os fundamentos da guarda compartilhada são baseados nas questões trazidas pela Constituição Federal de 1988, bem como, questões psicológicas, todavia, sempre visando o melhor interesse do menor em todas as circunstâncias, entretanto, pela positivação das normas que compõe a guarda compartilhada, vem instituir e dar validade aos acordos realizados pelos pais, uma vez que, não terá validade as autocomposições familiares, que não respeitam a Lei 11.698/2008. Contudo, a modalidade não era proibida no ordenamento jurídico, por não ter lei expressa que a defina, uma vez que, era totalmente aceito pela doutrina e majoritariamente aceito pelos juízes, e com isso ela pode ser imposta pelo juiz, ou firmada em comum acordo entre os genitores, mas estes devem seguir plenamente as questões trazidas na legislação, bem como, devem estar esquecer desavenças conjugais, e com isso, tem uma vivência harmonicamente entre genitores e filhos, uma vez que, está guarda visa em todas as circunstâncias, o melhor interesse do menor. No entanto, se os pais não obtêm o interesse quanto à guarda compartilhada, e estes manifestam está vontade no judiciário, e assim fica impedido o magistrado de impor a guarda compartilhada neste caso.

Contudo, o acordo homologado em juízo, ou a sentença que determinou a guarda, poderá ser alterado a qualquer momento, desde que comprovado que no caso concreto, que a modalidade não satisfaz o interesse do menor, e com isso, não sendo atingindo o objetivo dela constituído, tendo em vista que, a guarda compartilhada tem por característica como cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, não

sendo atingidos seus objetivos, poderá estar sendo revertida em outra modalidade, todavia, deve os pais requerer tal pedido em sede de juízo, demonstrando que no caso concreto o melhor interesse do menor não está sendo preservado, bem como, os fatos e condições tenham sido modificadas.

Com o advento da nova lei que estipula a guarda compartilhada, trás obrigações a ambos os genitores exercerem a função de corresponsabilidade entre os filhos, ou seja, ainda que o genitor não seja o detentor da guarda física do menor, resta obrigado quanto ao dever de fiscalização o desenvolvimento deste, todavia, caso este seja omissos sobre seus deveres, será responsabilizado pessoalmente por suas omissões e alienações, em quais trazerem prejuízo ao menor. Ou seja, a guarda compartilhada propicia à responsabilidade conjunta entre os pais perante os filhos, tendo ambos o dever de custódia, sendo visível a deliberação de ambos em questões que dizem respeito ao menor, e assim, por ter o menor à presença dos pais em sua vida cotidianamente, em consequência, terá um desenvolvimento satisfatório com pessoa.

Entretanto, a nova guarda compartilhada, Lei 13.058/14, pode ser diferenciada a lei 11.698/08, quando prevê que o menor poderá residir fixamente em apenas um local, aquele determinado em juízo, com o guardião detentor da guarda física, modificação está que vem com advento na nova modalidade de guarda compartilhada, tendo em vista que, a Lei 11.698/08, condicionada a residência do menor com ambos os genitores, ou seja, este poderia ficar alternando de residência por tempo indeterminado. Contudo, está questão não é proibitiva, uma vez que deve sempre ser analisado o melhor interesse do menor, mas, com a nova lei, ela trás a permissão do menor ter residência fixa, ante a análise que este já fora ocasionado muitos transtornos psicológicos pela separação em si dos pais, e a alternância de residência poderá ser prejudicial ao seu desenvolvimento.

A influência quanto à separação dos genitores é normal no afastamento de um destes da vida dos filhos, no entanto, está modalidade trás como vantagens, uma vez que, os genitores não se afastam dos filhos em consequência da separação conjugal, ou seja, a convivência afetiva e contínua entre os membros familiares não se altera, mas para que isso seja possível, deve haver um mínimo de harmonia, e de respeito entre os ex-conjuges, para que esta rivalidade não influencie na vida do menor, tendo em vista que, o objetivo da guarda compartilhada é a

preservação do melhor interesse do menor, para que este tenha uma vida saudável, física e mental, para que no fim possa ter um bom desenvolvimento como ser humano. Contudo, caso não seja está à realidade no caso concreto, e o magistrado entenda não ser cabível esta modalidade, poderá ser optada outra que se encaixe melhor ao caso em questão. Todavia, resta frisar que uma relação boa entre os pais, não é requisito de existência da guarda compartilhada, no entanto, é preferível quando a um mínimo de vivência destes, uma vez que, sempre o intuito é o bem estar do menor, Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado, frisam que:

“Fique, portanto, plenamente clarificado não interessar na guarda compartilhada a quem estará sendo atribuída a custódia física do filho, como acontece na guarda unilateral, na qual a guarda será somente do pai ou somente da mãe, tratando os pais, em realidade, de repartirem suas tarefas parentais, assumindo cada um deles a efetiva responsabilidade direta por atos pessoais que refletirão na criação, educação e lazer dos filhos, e não só a um dos pais, como sucede na guarda unilateral”⁶⁴.

Ademais, os pais serão responsabilizados por todas as questões inerentes ao filho, ou seja, qualquer conduta destes que desviar o que a lei prescreve como dever, haverá responsabilização do genitor, na medida do seu ato, com isso, poderá o magistrado reduzir os direitos e deveres do mesmo, caso entenda necessário, por o menor encontrar-se em risco, pelo fato praticado do infrator, uma vez que, em qualquer circunstância será sempre analisado e visado o melhor interesse do menor, e não interesses particulares dos genitores.

Para que se tenha êxito quanto à instituição da guarda compartilhada, ainda que não seja um requisito de existência, como exposto acima, deve haver o mínimo de consenso possível, para que assim, o menor tenha um bom desenvolvimento físico e psíquico, ante a cooperação e harmonia dos pais, não tendo que o filho, fazer escolhas entre os genitores, muito menos se afastar de um destes, uma vez que o mesmo encontrava-se acostumado com a relação afetiva da família em conjunto, com a cooperação e harmonia dos pais, aos quais deliberavam sobre questões da família em conjunto, sendo está à habitualidade em que o menor convivia. Ainda, a separação por si só, já ocasiona transtornos psicológicos ao

⁶⁴ COLTRO, Antônio Carlos Mathias et al. Guarda Compartilhada. Ed Forense, 2018, 3ª Edição, Rio de Janeiro, p. 297.

menor, todavia, está modalidade visa amenizar um pouco sobre está questão, Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado entendem que:

“Não há lugar para a guarda conjunta física entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas desinteligências pessoais, sendo inevitável a sua denegação em especial no litígio intransponível dos pais, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a Lei da Guarda Compartilhada viabilize a maior distribuição do tempo dos pais para com seus filhos comuns, justamente para criar as condições de atendimento à função da guarda repartida, Contudo, existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os pais separados, realmente não haverá como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada física, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais e, mesmo assim se constatarem que o compartilhamento do tempo dos filhos se trata de medida que atenderá aos superiores interesses da prole”.⁶⁵

No mais, ainda que a guarda compartilhada no direito brasileiro seja a mais preferível aos magistrados, ante as vantagens lecionadas neste trabalho, é dever do magistrado em qualquer das situações ao caso concreto, analisar as condições que se encontra o menor, para que assim fundamente sua decisão com o tipo de guarda mais cabível no momento, para que isso ocorra, o magistrado é auxiliado por uma equipe interdisciplinar, ao qual analisará a fundo o âmbito familiar em que o menor convive, se os pais estão aptos a desenvolver direitos e deveres sobre o menor, na proporção em que a lei expressamente permite, bem como, será analisado o psíquico do mesmo, para que seja em todas as circunstâncias visado o melhor interesse do menor. Ademais, os genitores devem manifestar-se em juízo quanto à vontade de obter a guarda do menor para si, ou seja, se um destes não obtiver o interesse quanto à guarda, não há a necessidade da imposição da guarda compartilhada neste caso. Entretanto, para que haja a concessão da modalidade, deve haver um mínimo possível de convivência harmônica entre os ex-cônjuges, uma vez que estes devem cooperar entre si, nas funções designadas pela modalidade de guarda compartilhada. Com isso, Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado, ponderam está questão como:

⁶⁵ COLTRO, Antônio Carlos Mathias et al. Guarda Compartilhada. Ed Forense, 2018, 3ª Edição, Rio de Janeiro, p. 299.

“Como a guarda compartilhada pressupõe o consenso, embora a Lei 13.058/2014 busque forçar a sua aplicação ao conferir poderes judiciais para uma eventual imposição de custódia conjunta, é forçoso reconhecer que casais separados têm dificuldades para exercê-la quando não mantêm qualquer diálogo e nenhuma relação de espontâneo entendimento, com espíritos pacificados pela total resolução das suas diferenças conjugais. Para permitir a serena adoção da guarda conjunta jurídica ou física, especialmente esta última que depende não somente do mútuo consenso para o seu sucesso, como também de uma séria consulta aos filhos em idade de decidirem, sendo que, em qualquer hipótese não pode haver represa de dissensões pessoais.”⁶⁶

Após a determinação em juízo, qual modalidade será designada ao caso concreto, deve ser perceptível que poderá ser alterada a qualquer momento, uma vez constatado que não se encontra mais atingindo o melhor interesse do menor, ante a modificação da situação quando designada, ou seja, não quer dizer que o juiz tenha determinado na sentença quanto à guarda compartilhada, ou tenha homologado o acordo entre os genitores, que está modalidade terá caráter definitivo, e assim, não poderá ser alterada com o passar do tempo. Por isso, como a modificação das condições, a guarda poderá ser alterada, tendo em vista que sempre será analisado o bem estar do menor, em qualquer situação e momento.

A guarda compartilhada fora positivada primeiramente no ordenamento jurídico em 2008, através da lei 11.698, posteriormente houve algumas alterações e foram acrescentadas algumas questões, com isso, veio à lei 13.058/14, uma das alterações entre uma lei e outra é que, a primeira previa que apenas com o consenso entre os pais, poderia haver a imposição da modalidade no âmbito familiar, e atualmente com o advento da lei 13.058/14, houve a alteração no quesito quanto ao consenso entre os pais quanta inserção da guarda compartilhada no âmbito familiar, uma vez que está questão não é requisito de existência da guarda compartilhada, conforme o art. 1.584, §2º, da lei 13.058/14, ao qual prevê 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”*, contudo, Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado fazem uma interpretação com cautela sobre este artigo, qual seja:

⁶⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias et al. Guarda Compartilhada. Ed Forense, 2018, 3ª Edição, Rio de Janeiro, p.298.

“A divergência entre os pais quanto à guarda dos filhos era tida como óbice intransponível para a adoção da guarda compartilhada, no entanto, o artigo em comento afasta condicionantes relativas ao consenso entre os pais, no intuito de garantir a aplicabilidade da guarda compartilhada. Porém, há quem entenda que a imposição do regime da guarda compartilhada possa ser nociva para os filhos, razão pela qual pais beligerantes não estariam aptos ao exercício da guarda conjunta. Neste particular, é indispensável proceder com cautela, para que o pai ou a mãe que pretenda exercer a guarda unilateral por razões alheias ao melhor interesse da criança, não torne a lei *letra morta*”.⁶⁷

Está modalidade não condiz com a visita livre do genitor que não detém a guarda física do menor, uma vez que, após a dissolução conjugal é considerado dentro da normalidade que os ex-cônjuges possam constituir uma nova família, ou seja, não deve os genitores adentrar na privacidade do outros, além da convivência relacionada ao menor, com isso, será estipulada visitas regulares a este genitor, para que não gere mais transtornos além daqueles ocasionados pela separação conjugal em si, desta forma, o regime de visitas será delimitado pelo magistrado, na proporção da necessidade do menor, ante ao princípio do melhor interesse do mesmo, já que a guarda não visa interesses particulares dos pais, muito menos como instrumento de interferência na privacidade destes, em suas relações particulares.

Entretanto a lei 13.058/14 visa à modificação dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, do Código Civil, com o intuito de inserir a modalidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, cuja sua finalidade é estritamente amenizar os impactos gerados ao menor ante ao divórcio dos pais, uma vez que, este tipo possibilita a convivência efetiva das relações afetivas entre pais e filhos. Conforme as jurisprudências predominantes dos tribunais são compreendidas pela aplicação da guarda compartilhada no âmbito familiar, uma vez que está apresentam vantagens a respeito ao interesse do menor, sendo que está modalidade possibilita a manutenção das relações afetivas entre pais e filhos e com isso, possibilitando que o menor se desenvolva como ser humano, sem transtornos físicos e psicológicos.

“AÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI-MENORES EM COMPANHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE

⁶⁷ COLTRO, Antônio Carlos Mathias et al. Guarda Compartilhada. Ed Forense, 2018, 3ª Edição, Rio de Janeiro, p.311.

ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA POSSIBILIDADE. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. Provimento parcial do recurso.(TJ-RJ - APL: 13521920048190011 RJ 0001352-19.2004.8.19.0011, Relator: DES. JOSE GERALDO ANTONIO, Data de Julgamento: 11/08/2010, SETIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 20/08/2010)".⁶⁸

Desta forma, a inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, vem com a finalidade estrita de visar o melhor interesse do menor, em todas as circunstâncias, tendo em vista, que na maioria das vezes é o mais atingindo em virtude do divórcio. Com isso, entende-se que esta modalidade é a mais adequada, por possibilitar ao menor a manutenção das relações afetivas com os genitores, tal como antigamente na vigência do casamento, por estes permanecem com suas obrigações perante os filhos. Todavia, ainda que a lei preveja a aplicação da guarda compartilhada em primeiro plano, ou seja, como regra, deve ser analisado o caso concreto, uma vez que, o objetivo em questão é o interesse do menor, assim, caso outra modalidade de guarda seja mais adequada ao caso concreto, o magistrado terá que aplicá-la ao invés da compartilhada, por simplesmente ser a regra do ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁸ Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923231/apelacao-apl-13521920048190011-rj-0001352-1920048190011-tjrj>> Acesso em: 29 de março de 2018.

6. CONCLUSÃO

Com a modernização das famílias, veio à necessidade de supressão das necessidades destas, ante a sua modernização, uma vez que buscam a manutenção das relações afetivas, mesmo após a dissolução conjugal. Todavia, com tal necessidade surge-se no ordenamento jurídico brasileiro, uma modalidade de guarda, com o intuito de suprir as necessidades do mundo contemporâneo, sendo está denominada como guarda compartilhada. Está modalidade visa preencher as necessidades inseridas no âmbito das famílias modernas, por haver interesses comuns dos pais, após a dissolução conjugal, em permanecerem no exercício do poder parental.

Além do mais, a mulher no mundo contemporâneo ganhou papéis significativos, não sendo mais vista apenas como a cuidadora dos filhos e do lar, assim, adquirindo independência, e ganhando espaço na sociedade, bem como no âmbito familiar, com isso, tendo autonomia em suas próprias decisões sobre questões que dizem a respeito à família, sem o consentimento do cônjuge. Sendo assim, passou-se a ser reconhecida a igualdade entre homens e mulheres, nas relações externizadas, bem como nas internas, ou seja, âmbito familiar, ante ao princípio da igualdade entre os cônjuges, uma vez que estes obtêm os mesmos deveres e direitos perante os filhos, sem nenhuma distinção, ainda, havendo a prerrogativa de que ambos poderão tomar decisões que envolvam o menor de forma autônoma. Com isso, este princípio perdura até hoje nas relações familiares, mesmo após a dissolução conjugal, uma vez que a relação que se acaba diz a respeito ao casal, e não aos filhos, por isso, os pais continuam com seus deveres e direitos, devendo estes ser exercidos.

Com isso, prevalece o entendimento que as famílias modernas, mesmo após o divórcio, detêm o interesse de permanecerem com suas relações afetivas, ou seja, os ex-cônjuges pleiteiam pela manutenção do exercício do pátrio poder, e com isso, sendo mantidas as relações afetivas com os filhos, desta forma, pode se dizer que está é característica primordial das famílias modernas. Ao contrário, antigamente não havia o interesse pela manutenção do pátrio poder, após a dissolução conjugal, isto é, o que predominava em regra era a imposição da guarda unilateral, na maioria

das vezes designada a guarda com a mãe, e ao pai cabia o dever do pagamento da pensão alimentícia, não sendo mantidas as relações afetivas entre pais e filhos.

Com isso, pela necessidade da modernização das famílias, entendeu-se necessária a constituição da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, ora, ainda que a positivação deu-se primeiramente em 2008, com a lei 11.698, e posteriormente com o advento da lei 13.058/2014, está premissa não era proibida, ainda que não tivesse lei que estipulasse a modalidade na época, sendo assim, juízes a depender do caso concreto, poderiam determinar a hipótese de guarda compartilhada anteriormente, sem lei prévia que o defina, todavia, em todos os casos antigos ou atuais, devem ser constatado se o melhor interesse do menor está sendo reconhecido, e se o tipo de guarda irá satisfazer esta questão.

Assim, a guarda compartilhada surge-se com a necessidade de suprir uma realidade moderna, possibilitando que os pais deliberem sobre questões referentes ao menor em conjunto, tendo estes direito e deveres, e sendo responsabilizado, caso deixam de auferir alguma necessidade ao menor, ou que sejam omissos quanto a isso. Esta modalidade inova com advento da lei 13.058/14, uma vez que determina que o menor obtenha uma residência fixa, qual o magistrado determinará um guardião físico, isso quer dizer que, o menor não faz a alternância de residência, todavia, não há uma proibição quanto à alternância por um determinado tempo específico, se este for o melhor interesse do menor. Entretanto, ambos os genitores são guardiões jurídicos, e cabe a estes deveres e direitos perante o menor, e com isso, sendo mantidas suas relações afetivas, tendo em vista que esta modalidade tenta manter o mais próximo possível as relações pais e filhos, para que este possa se desenvolver como ser humano, sem transtornos físicos e psicológicos.

No entanto, em todos os tipos de guarda deve ser analisado pelo juiz, com cautela, e auxílio de profissionais interdisciplinares, para que em todas as circunstâncias seja visado o melhor interesse do menor, com isso, deve ser analisado o caso concreto, e determinado o tipo de guarda que mais se adequa a este. Tendo em vista que, a finalidade da guarda é única e exclusivamente atingir os interesses do menor, este que é na maioria das vezes o mais atingido nas questões relacionadas ao divórcio dos pais, ou seja, sempre respeitando os princípios que torneiam esta modalidade, quais seja dignidade da pessoa humana, melhor interesse do menor, solidariedade entre os cônjuges, igualdade entre os

cônjuges, afetividade, e assim, em segundo plano, será analisada as questões particulares que dizem a respeito estritamente sobre os genitores, caso for necessária.

Além disso, a guarda compartilhada trás inovações na lei 13.058/14, quanto a não necessidade de consenso entre os cônjuges, para a imposição da modalidade ao caso concreto, todavia, está lei deve ser analisada com ressalva tendo em vista que qualquer modalidade de guarda tem o intuito de preservar a integridade física e psíquica do menor, ou seja, visando seu melhor interesse. Com isso, se no caso concreto os genitores não entram em um consenso, havendo reiteradas desavenças, sendo um ambiente de extrema discórdia, verifica-se não ser um ambiente mais saudável para o menor conviver, então neste caso deverá o magistrado analisar e determinar outra modalidade de guarda se for o caso, devendo sempre ser respeitado os princípios, para que o menor tenha menos impactos possíveis, e tenha um bom desenvolvimento como ser humano.

No entanto, a modalidade de guarda compartilhada é vista como regra em nosso ordenamento jurídico, por proporcionar na maioria das circunstâncias uma maior satisfação às necessidades das famílias modernas, tendo em vista a manutenção das suas relações afetivas entre pais e filhos, mesmo após a dissolução conjugal, todavia, a exceção deve ser analisada, ante ao caso concreto, uma vez que deve sempre prevalecer o melhor interesse do menor, com isso, o magistrado deve analisar e fundamentar sua decisão visando entre todos os princípios que permeiam as modalidades, em principal o melhor interesse do menor, e não apenas aplicar a regra ao caso concreto, pura e simplesmente por ser a regra, tendo em vista, que são casos de extrema complexidade, por tratar de menores, que na maioria das vezes estão sofrendo com a separação dos pais. Com isso, a guarda vem com o intuito de amenizar os transtornos já ocasionados, fazendo com que o menor possa permanecer se relacionando com ambos os genitores, como já estava acostumado.

Por estas questões abordadas neste trabalho, deve ser frisado que, em qualquer circunstância o melhor interesse do menor deve ser prevalecido, e com isso, deve o magistrado aplicar ao caso concreto o melhor tipo de guarda que se enquadra, seja ela unilateral, alternada ou compartilhada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

LOBÔ, Paulo. **Direito Civil: famílias**. Ed. RT, 2002.

FILHO GRISARD, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo, Ed. Revistas dos tribunais, 2001.

FILHO GRISARD, Waldyr et al. **Guarda Compartilhada, aspecto jurídicos e psicológicos**. Ed. Equilíbrio, 2005.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias et al. **Guarda Compartilhada**. Ed Forense, 2018, 3ª Edição, Rio de Janeiro.

AKEL SILVEIRA, Ana Carolina. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo. Ed Atlas S.A, 2009, 2ª edição.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro. Ed. Forense LTDA. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, direito de família**. Ed. Saraiva, São Paulo, V.6, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais, 2013, 9ª edição.

RAMO CHAMBERS DE OLIVEIRA PIMENTEL, PATRÍCIA. **Poder familiar e guarda compartilhada, novos paradigmas do direito de família**. Ed. Saraiva, 2016, São Paulo.

LEVY LOURENÇO ROCHA, Fernanda. **Guarda dos filhos, os conflitos do exercício do poder familiar**. Ed. Atlas S.A, 2008, São Paulo.

LEITE, E.O. **Temas de direito de família**. Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, 1994.

Guarda compartilhada, disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923231/apelacao-apl-13521920048190011-rj-0001352-1920048190011-tjrj>> Acesso em: 29 de março de 2018.