

GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS

Brenda Paiter Boscardin¹
Ellen Laura Leite Mungo²

RESUMO

A presente pesquisa visa demonstrar os motivos pelos quais a guarda compartilhada fora criada, diferenciando-a dos demais institutos de guarda, buscando a sua aplicabilidade da maneira que melhor ampare as famílias que dela necessitam, complementando esta pesquisa com a lei nº. 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que tem o intuito de estabelecer o real significado da expressão “guarda compartilhada” e sua aplicabilidade. Busca-se, através deste trabalho, mostrar os benefícios que a guarda compartilhada trouxe para o poder familiar quanto à sua efetividade, os pontos correlacionados entre a guarda compartilhada e as necessidades dos pais e filhos ao adotarem este instituto de guarda e ainda, demonstrar o direito de acesso a este instituto e em quais casos é indicada. No decorrer de toda a pesquisa constatou-se um significativo avanço da lei no que se refere à importância do bem estar familiar, garantindo maior segurança e igualdade de direitos no exercício do poder familiar.

Palavras-chave: Guarda; guarda compartilhada; poder familiar

ABSTRACT

This research aims to demonstrate the reasons why joint custody was established, differentiating it from other guard institutes, seeking their applicability in the way that best suits the families that need the same, complementing this research with no law. 13,058 of December 22, 2014, which aims to establish the real meaning of "shared custody" and its applicability. Seeks, through this work, to show the benefits that shared custody brought the family power as to its effectiveness, points correlated shared custody and the needs of parents and children to adopt this guard institute and also demonstrate right of access to this institute and in which cases is indicated. In light of all the research it has been an advancement of the law regarding the importance of family welfare, ensuring greater security and equal rights in the exercise of family power.

Key-words: Custody; shared custody; power Family.

¹Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG). E-mail: brenda__paiter@hotmail.com

²Professora do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande e Doutoranda em Educação na Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). E-mail: ellenmungo@hotmail.com, celular (65) 99982 – 2781

1 INTRODUÇÃO

Devido às transformações ocorridas na sociedade, sociais, culturais, econômicas e políticas e principalmente nas famílias e as relações entre pais e filhos após o significativo número de rupturas conjugais, a lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, surgiu tendo como principal finalidade de atender ao princípio da igualdade, dispositivo este abordado e estabelecido na Constituição Federal de 1988, demonstrando que seu interesse é evitar a quebra do vínculo de efetividade entre pais e filhos, atendendo ainda o melhor interesse do menor, sendo este último, o principal objetivo do instituto da Guarda.

A guarda compartilhada, portanto, visa garantir a igualdade entre homens e mulheres no exercício do poder familiar, que consiste nos direitos e deveres dos pais para com os filhos, diminuindo ainda muitas vezes, os efeitos negativos causados pela separação conjugal nos filhos.

O artigo possui a intenção de demonstrar a importância do instituto da Guarda Compartilhada na esfera do ordenamento jurídico atual, como meio de melhor atender ao interesse do menor envolvido; evitando muitas vezes que se faça presente a alienação parental e garantindo a igualdade entre os pais e um bom convívio entre o poder familiar, reforçado pelo princípio da igualdade na família, que estabelece que os menores tem direito ao poder familiar e este deverá ser exercido com base na igualdade, pelo pai e pela mãe, qualquer que seja a situação em relação a vida afetiva entre os pais. Tal princípio é abordado pelo artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e também, pelo artigo 1634 do Código Civil.

Este tema fora escolhido por ser relevante para o âmbito do poder familiar, uma vez que os pais que optarem por ter a guarda de seus filhos por meio deste instituto, terão uma maior convivência e responsabilidade para com eles, uma vez que se trata diretamente de interesse de menor, abrangendo, consequentemente, os direitos e deveres dos pais.

A metodologia que foi adotada neste artigo pode ser classificada como descritiva quanto aos objetivos e bibliográficos. A pesquisa bibliográfica foi baseada num levantamento dos estudos que foram escritos anteriormente, fundamentando e possibilitando a utilização de um procedimento técnico.

2 A GUARDA COMPARTILHADA

Desde 2008, vivemos sob o respaldo da Lei nº 11.698, que se dedica à Guarda Compartilhada. A Guarda Compartilhada é uma modalidade de guarda de filhos menores de 18 (dezoito) anos completos não emancipados, ou maiores incapacitados enquanto durar a incapacidade, que vem crescendo nos últimos tempos, como a maneira mais evoluída e equilibrada de manter os vínculos parentais com os filhos após o rompimento conjugal. A Guarda Compartilhada está prevista na Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

Segundo o jurista Luiz Felipe Brasil Santos, na publicação ocorrida em janeiro de 2006:

O conceito de guarda veio da palavra *warten* (que significa guarda, no antigo alemão), o qual proveio também o inglês *warden*, cujo significado é o mesmo, vindo o francês *garde*.

Guarda quer expressar que determinadas pessoas têm de vigiar, proteger, cuidar de algo que lhe é entregue, garantindo a sua conservação. Desta feita, a palavra guarda é utilizada para designar a certa pessoa algo que está sob sua proteção. Assim, conforme Rodrigues (1997, p. 21):

Guarda é o poder-dever de manter a criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional.

Guarda nada mais é que, o direito e dever de aquele que permanece com a responsabilidade do menor, com o intuito de proteger e educar, garantindo assim, um crescimento saudável. Por ser a modalidade considerada como a mais evoluída de guarda, exige um elevado grau de responsabilidade de ambos os pais para deixarem seus ressentimentos pessoais de lado e buscarem o interesse dos filhos. Não havendo assim, espaço para egoísmo ou animosidades que só prejudicam o relacionamento e causam discórdia, por isso os desentendimentos entre os pais devem, sempre que possível, serem relevados ou mesmo deixados para segundo plano, visto que o bom relacionamento deve ser mantido.

Com o desenvolvimento da sociedade passou-se a permitir a concessão da guarda da criança ou adolescente, mesmo contra a vontade do titular do poder familiar, desde que isso atendesse melhor ao interesse do menor, uma vez que antigamente quem detinha o poder de guarda era aquele que era considerado o chefe da família.

A guarda dos filhos implica em direitos e obrigações, competindo igualmente a ambos os pais, pela proteção e companhia dos filhos. Os institutos de guarda, em geral, foram tratados no Brasil em dois momentos, devido à dissolução do casamento e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal de 1988 e todo o contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), assegurou à criança, como dever primordial da família, da sociedade e do Estado, sendo estabelecidos direitos para o menor, como por exemplo a guarda, além do direito à convivência familiar e comunitária.

A determinação da guarda do menor em favor dos pais é baseada no poder familiar. Pois, havendo a dissolução da união conjugal dos pais, permanecendo os mesmo com um relacionamento saudável, o que melhor resguardaria e atenderia aos interesses dos filhos seria a guarda compartilhada, conforme será explicado adiante, pois ambos terão o poder familiar.

Há, além da guarda compartilhada, dois outros institutos de guarda no direito brasileiro e ainda há muitas pessoas que confundem a guarda compartilhada com a guarda alternada, então, por este motivo, aqui serão expostas as características que cada uma.

Só poderá ocorrer a aplicação da guarda alternada quando não seja possível a aplicação da guarda compartilhada. Esta é prevista no artigo 1.583 do Código Civil, é “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

A guarda alternada é a alternância de residências, o menor permaneceria a cada semana com um dos pais, tendo assim duas residências, não sendo utilizada frequentemente visto que isto faria com que a criança não tivesse uma rotina, sendo prejudicial, conforme reconhecido pelos Tribunais, tornando as coisas confusas para a mesma.

A principal diferença entre os institutos de guarda compartilhada e alternada é que na guarda compartilha a responsabilidade dos pais se dividem, porém é fixada a residência do menor com apenas um dos pais, sendo garantido o direito de visita do

outro. Já na guarda alternada, o menor mora com os dois pais. Vejamos a seguir detalhadamente sobre o instituto da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada surgiu com a finalidade de dar maior suporte e preencher os pontos fracos das outras espécies de guarda, em especial, quando se trata da guarda unilateral. Esta defende o sistema de visitas do pai e exclusão do mesmo em relação às decisões na vida dos filhos, deixando as decisões por parte da mãe. Tem-se que a eliminação quase integral de um dos genitores pode causar danos significativos para as crianças, seja emocional ou social.

Segundo Grissard Filho (2002):

A guarda compartilhada é o único meio de assegurar maior igualdade entre os pais na participação de vivência com os filhos.

O instituto da guarda compartilhada iniciou-se na Inglaterra na década de 60, conforme consta em um artigo publicado em 25 de novembro de 2008, pela associação dos magistrados brasileiros, buscando-se distribuir de forma igual, entre os pais, as responsabilidades frente aos filhos.

A orientação e função da guarda compartilhada é manter e permanecer acesa e constante a relação dos pais e filhos, com a finalidade de desenvolver o vínculo afetivo, visto que proporciona mais tempos de relacionamento entre pais e filhos, mesmo após a dissolução da união conjugal. A finalidade, portanto, é proteger o bem mais precioso, a vida do ser humano em sua formação.

O menor só não ficará com um dos genitores caso ambos não possuam uma relação civilizada; ou se o juiz verificar que o filho não deve ficar com um dos genitores, nos termos do artigo 1.584, § 5º, do Código Civil ou ainda, caso um dos genitores declare ao juiz que não deseja a guarda do menor, conforme § 2º do artigo 1.584, do Código Civil.

A guarda compartilhada surgiu também como meio de assegurar que ambos os pais exerçam de forma igualitária o exercício de o pátrio poder, afinal, mesmo que haja a separação dos pais, não deve haver separação com os filhos, sendo tutelado tal direito pela guarda compartilhada, conforme assegura o § 2º, do artigo 2º da lei nº 13.058/2014:

§ 2º - Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Na Guarda Compartilhada, não há espaço para sabotagens aos contatos, como acontece com a guarda monoparental, chantageando-se em troca de pagamento da pensão alimentícia que eventualmente esteja atrasada, ou pior ainda, exigir a interrupção alegando-se acusações de abuso sexual, geralmente de forma leviana e improcedente.

3 BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA

As consequências da separação dos pais na vida dos filhos tendem a diminuir quando adotado o sistema de guarda compartilhada, pois esta visa preservar o relacionamento dos pais para com os filhos e vice-versa. Assegurando um melhor desenvolvimento emocional à criança. De acordo com Eduardo Gesse (2001):

O filho detém o direito de desfrutar de ter os pais presentes, assim como os pais tem o dever, de certa forma, de estar presentes na vida de seus filhos. Perante estes fatos, que está introduzido em muitos sistemas legais, a chamada guarda conjunta ou compartilhada, visa permitir que os pais separados possam continuar a exercer, conjuntamente ou totalmente os direitos e deveres em relação aos seus filhos.

Podemos notar a evolução elencada no Código Civil de 2002, ao se referir que a guarda será do cônjuge que apresentar melhores condições em assumi-la, afastando-se desta forma, a antiga imposição de que a guarda sempre seria de responsabilidade da mãe. Lembrando, neste caso, que seria a fixação da residência junto àquele que apresentar melhores condições, uma vez que a guarda pertence a ambos os genitores. Conforme Pablo Stolze (p.609/ ano 2012):

A Guarda Compartilhada é a modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos. O próprio legislador a diferencia da modalidade unilateral: “art. 1.583, § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada, a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Nada impede que os pais, por ocasião da separação, concordem que as decisões sobre educação, saúde e domicílio do menor serão por eles tomado em conjunto. O que de certa forma seria uma modalidade de guarda conjunta, a qual não traria prejuízo algum ao menor, muito pelo contrário. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, (p. 295 /ano: 2011):

A guarda compartilhada não deve ser imposta como solução para todos os casos, sendo contraindicada para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, este instituto deve ser incentivado.

Tal instituto não é recomendado para os pais que tem por objetivo guarda única, havendo assim sempre a disputa entre os pais, podendo causar até mesmo a alienação parental, uma vez que no mínimo haveria uma duplicidade de autoridade, lesando o menor, o que não é o objetivo da guarda compartilhada. Portanto, esta é recomendada apenas aos pais que mesmo separados, mantenham um bom relacionamento.

O casal deve priorizar o bem-estar dos seus filhos por meio de relacionamento pacífico para que a guarda compartilhada tenha sucesso, pois a mesma não age sozinha. Se este perceber que não estão conseguindo manter a harmonia na criação dos filhos através da guarda compartilhada, esta poderá ser modificada a qualquer tempo.

Com o intuito de demonstrar e assegurar se há condições mínimas exigidas para a concessão da guarda conjunta, surge à mediação. Faz-se uma triagem com o casal, proporcionando uma oportunidade para a comunicação entre eles e, portanto, a possibilidade de o juiz verificar as condições de ambos, podendo não conceder a guarda compartilhada caso verifique que qualquer dos dois ou ambos não preencham as condições exigidas para cumprir as responsabilidades.

A guarda conjunta permite aos pais uma maior participação direta na vida de seus filhos, tendo deveres e direitos. Interação demonstrando que a separação ocorreu apenas de forma conjugal e não entre vínculo materno/paterno.

A guarda compartilhada é considerada opção e não obrigação, como muitas vezes é imposta pelo poder judiciário. Os pais têm que querer e ter capacidade para

exercer. Como dito anteriormente, o casal bem resolvido opta pelo instituto conscientemente e é justamente nesses casos que a mesma é indicada.

Conforme o Código Civil (2002) em seu artigo 1.584, incisos I e II e seus parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, que evidenciam como a guarda unilateral ou compartilhada deverá ser requerida e como é desenvolvida tal ação.

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz, informará ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Para DOLTO (1989, pag. 100), quando os pais assumem o divórcio de maneira responsável, isso se torna um fator de amadurecimento para todos: os pais conseguem lidar melhor com seus sentimentos pessoais, pois aprendem a ser mais flexíveis (por serem obrigados a encarar duas realidades diferentes, a do pai e da mãe), e realistas sem projetar ressentimentos nem idealizar os pais, e por isso mais preparados para lidar com as mudanças sem se desestruturarem.

É inegável que a presença de ambos os genitores é fundamental para o desenvolvimento psíquico da criança desde as primeiras fases da vida. A própria Psicanálise fundamenta essa afirmação, em especial no caso da identificação masculina nos meninos, decorrente de uma saudável vinculação paterna; no caso das meninas, aquelas cujos pais são presentes e interessados são menos propensas a cair precocemente na promiscuidade sexual e inclinadas a estabelecer

relacionamentos saudáveis com os homens quando se tornarem adultas (GOTTMAN e De CLAIRE, 1997, p.170).

Por isso, é fundamental que a criança possa permanecer o maior tempo possível com as presenças efetivas de ambos os pais, situação está desrespeitada no sistema de visitas tradicional, mas respeitada na Guarda Compartilhada.

Porém, há quem diga que há também desvantagem presente na guarda compartilhada, conforme ensinamentos de Marcial Barreto Casabona (p. 248 – ano 2006), tanto pela sua aplicação limitada, servindo apenas para pessoas que têm relações com ex-cônjuges de forma, no mínimo, civilizada. Porém, reconhece que ela tem o mérito de favorecer colaboração parental e a preservar os sentimentos muitas vezes atingidos pela ruptura da união dos pais, mantendo o exercício comum para ambos com relação à autoridade parental e reservando o direito de participar das decisões que se referem à criança.

Tal desvantagem, na verdade, é apenas um pressuposto para que a guarda compartilhada possa ser utilizada, afinal, não há possibilidade da mesma ser bem executada se não há uma boa relação entre os genitores, podendo ainda gerar mais problemas, do que ser a solução deles, que é uma de suas finalidades.

Portanto, a guarda, sendo de filhos vindos de união conjugal ou daqueles havidos fora do seio familiar, deve ser atribuída sempre de forma que melhor atenda o interesse do menor, seja pelo bem-estar moral, material, social, psicológico e até mesmo espiritual.

4 CONCLUSÃO

A guarda compartilhada é extremamente importante, bem como sua aceitação perante a sociedade. São notórios os benefícios trazidos pela mesma ao poder familiar, possibilitando aos pais, mesmo com a ruptura conjugal, uma maior participação na vida de seus filhos, benefícios estes que não teriam com outro tipo de guarda. Além de preservar os menores dos possíveis problemas que poderiam advir com o tempo, como a alienação parental ou até mesmo problemas psicológicos na vida dos menores, trazidos muitas vezes pela questão da separação.

Diferentemente do que muitos pensam o instituto da guarda compartilhada não possui qualquer objetivo de fazer com que o menor não tenha uma rotina, intercalando moradia na casa de cada um dos pais e, como visto isso não ocorre neste instituto, muito pelo contrário, ocorre que ela visa maior participação dos genitores na vida dos filhos, sendo uma opção e não uma obrigação.

No entanto, apesar de termos progredido como sociedade, não houve um desenvolvimento consideravelmente sobre a ideia da guarda compartilhada, seja pela má informação que a própria mídia repassa, como também pela disputa que os filhos se tornam na maioria dos casos.

Quando a sociedade e o Poder Judiciário passarem a consentir que ambos os genitores são capacitados e legitimados para criarem seus filhos, a guarda compartilhada, ajudará a melhorar o vínculo entre aqueles que aderiram ao bom uso da mesma, apenas pelo fato de aumentar a responsabilidade e o direito parental.

REFERÊNCIAS

CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda compartilhada*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

DOLTO, F. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2ª edição, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de Direito Civil – 6 – Direito de Família**. Editora: Saraiva. 2º edição. 2012.

GESSE, Eduardo. **Guarda da Criança e Adolescente**. Presidente Prudente. Artigo jurídico. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – 6**. Editora Saraiva. 8ª edição. 2011

GOTTMAN, J.; DeCLAIRE, J. **Inteligência Emocional e a arte de educar nossos filhos**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª edição. Ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

Guarda Compartilhada: em favor de pais e filhos. AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros. <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/noticia17216.pdf>

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Guarda Compartilhada.

RIBEIRO, Leonardo. **O Instituto da Guarda.** Novembro de 2007. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-Da-guarda/pagina1.html>>

RODRIGUES, Silvio Paulo Brabo. **Manual da Guarda no Direito da Criança e Adolescente.** Belém. CEJUP. 1997

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos.** São Paulo. Revista dos tribunais, 1998.

TARTUCE, Flavio e José Fernando Simão. **Direito Civil 5 – Direito de Família.** 5.edição. 2010.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil, **Direito de Família – Doutrina: Guarda de menores e Responsabilidade Civil:** <http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-guarda-de-menores-e.html> - acesso em 19/10/2016.