

GUARDA COMPARTILHADA

Carolina STAUT PIRES BAITELO¹

RESUMO: O presente artigo aborda a guarda dos filhos na modalidade compartilhada, analisando as inovações trazidas pela lei 11.698/08, que modificaram os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil. Objetivando minimizar os danos causados aos menores quando ocorre a dissolução da vida conjugal de seus genitores, surge a guarda compartilhada. Essa modalidade deve ser entendida como mais uma opção dada ao juiz quando os litigantes à guarda tem um bom relacionamento, caso contrário o instituto não alcançaria o fundamento a que foi criado. A pesquisa foi baseada na lei, doutrinas, jurisprudências e no direito comparado.

Palavras-chave: Filhos. Guarda. Guarda Compartilhada. Interesse do menor.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.698/08 que modificou os artigos 1.583 e 1584 do Código Civil, surgiu no ordenamento jurídico a modalidade da guarda compartilhada, que já era usada com base na doutrina e na jurisprudência. Ela veio para dividir as responsabilidades sobre a criação e educação do menor, sempre pensando em bem estar.

O enfoque sobre o assunto será exploratório e descritivo com abordagem qualitativa, como será comprovado no desenvolver do artigo.

Primeiramente, será feita uma análise sobre a origem, motivos onde se desenvolveu em primeiro lugar a guarda compartilhada e como se impõe pelo mundo. Será discorrido sobre os princípios norteadores da guarda com suas particularidades e são eles: princípio da igualdade entre os cônjuges, princípio da solidariedade familiar, princípio da afetividade, princípio da paternidade responsável e princípio do melhor interesse da criança.

Em seguida, será explanado sobre a evolução da guarda na legislação brasileira, ou seja, como esse instituto ao longo dos anos foi se comportando no

¹ Discente do 1º ano do curso de pós graduação das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. carol_stautpires@hotmail.com.

ordenamento jurídico até chegarmos à guarda compartilhada trazia pela lei 11.698/08.

A guarda é gênero que se divide em espécies que são: a guarda comum, desmembrada, delegada, originária, derivada, de fato, provisória, definitiva e alternada que serão conceituados no trabalho em estudo.

Por fim, o foco do tema, que é a guarda compartilhada, será definida e estudada em suas particularidades, com destaque às vantagens e desvantagens desse instituto.

O que se busca nesse estudo é demonstrar que a guarda compartilhada é a melhor espécie de guarda a ser aplicada, com base na doutrina e no ordenamento jurídico, e que tem como fim principal a proteção da criança do adolescente.

2 UMA BREVE ANÁLISE DA ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM ALGUNS PAÍSES

A guarda compartilhada surgiu em decorrência do desenvolvimento da vida moderna, em que pai e mãe saem para trabalhar, mas querem se manter presente na vida dos filhos mesmo após a dissolução da vida conjugal. Realidade diferente em tempos passados em que a mãe cuidava da prole e o pai trazia o sustento da família, como será analisado a seguir.

O marco da mudança acima mencionada foi a Revolução Industrial, pois levou a mulher a trabalhar fora de casa, começando a ficar em situação de igualdade com relação ao marido. Assim, ao se separarem, a guarda unilateral não era mais conveniente, surgindo assim a guarda compartilhada.

Essa modalidade de guarda surgiu inicialmente no Direito inglês, francês, americano e canadense. Ambos os genitores passaram a ter papel ativo na vida do filho após o divórcio, dividindo assim as responsabilidades.

Ensina Waldyr Grisard Filho (2000,p.118) citando Fulchiron:

A guarda compartilhada é “um dos meios de se assegurar o exercício da autoridade parental que o pai e a mãe desejam continuar a exercer na totalidade conjuntamente”. Ela nasceu há pouco mais de 20 anos na

Inglaterra e de lá trasladou-se para a Europa continental, desenvolvendo-se em França. Depois atravessou o Atlântico, encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos. Presentemente desenvolveu-se na Argentina e no Uruguai.

Nos primórdios do direito inglês, o pai era dono do filho e lhe cabia a guarda. No século XIX, o parlamento modificou este princípio e estabeleceu a guarda à mãe. Por continuar uma injustiça, apenas mudando de pólo, os Tribunais começaram a expedir o *split order* (dividir, romper). Dessa forma, a mãe era encarregada dos cuidados diários e o pai dirigia a vida do menor: nascia assim o embrião da guarda compartilhada.

Explica Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.265) sobre o real nascimento da guarda compartilhada no direito inglês:

Mas, a manifestação inequívoca desta possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no Caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada, na história jurídica inglesa.

Nasce então a guarda conjunta e essas decisões têm grande valor jurídico e histórico porque marcaram a quebra da unilateralidade da guarda.

No direito francês a guarda conjunta surge a partir de 1976 para diminuir as injustiças trazidas pela guarda unilateral, ocorrendo assim também na Inglaterra. Da jurisprudência tímida surgiu a Lei 87.570, de 22.07.87, conhecida como Lei Malhuret, que consagrou esse instituto.

Eduardo de Oliveira Leite (2003,p.267) descreve citando Nicolas-Maguin o que está lei trouxe ao direito francês:

Como se depreende da leitura dos artigos, o Direito francês não mais se refere à guarda e emprega a expressão "autoridade parental". Ou, como precisou Nicolas-Maguin, não se trata mais de fixar uma guarda, ou "designar um esposo guardião, conforme as diretivas do art.287 do CC, mas permitir aos genitores, com base no acordo por eles estabelecidos, organizar as modalidades de funcionamento de uma comunidade educativa mantida além do divórcio".

Essa lei trouxe à França a aplicação conjunta da autoridade parental numa família em que pai e mãe estão divorciados.

No direito canadense, a guarda conjunta só é instituída quando os genitores conjuntamente a requeiram, isto porque segundo a Corte, não se poderia obrigar o genitor não guardião (pai ou mãe que não tem o filho residindo com ele) a assumir responsabilidades contra sua vontade, ou ao guardião que recorra ao outro quando quiser decidir sobre assuntos relacionados ao menor.

Esse posicionamento provocou descontentamentos, uma vez que o juiz deverá decidir no interesse do menor quando ocorre uma disputa entre os pais pela guarda, e não somente deferir o compartilhamento quando ambos o requeiram. Diante disso surgiu em 1988 o projeto de lei nº95, que segundo o qual a criança ou adolescente deveria passar períodos alternados vivendo com cada genitor, o que resultaria numa guarda alternada. Esta proposta ainda não foi aprovada.

Por fim, no direito americano, como cada Estado tem sua própria lei civil, Waldyr Grisard Filho (2000,p.122) explica como ficou o impasse da aplicação da guarda compartilhada:

Como cada Estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos efeitos ao bem estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito. O resultado desse intento é a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, adotada por um crescente número de Estados (Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Louisiana, Minnesota, Ohio, Virgínia; a Corte Superior do Distrito de Colúmbia não tem autoridade para determinar a guarda compartilhada, mas a prática corrente é a de admitir esse arranjo, quando os pais sugerem).

A estabilidade entre as Cortes é garantida quando se constitui a guarda no interesse do menor. Esse tema da guarda compartilhada é amplamente estudado, pesquisado e discutido nos Estados Unidos.

Como pudemos analisar, os países que primeiro discutiram sobre a guarda compartilhada chegaram à conclusão que, via de regra, essa modalidade de guarda é a mais benéfica ao interesse do menor já que as responsabilidades são divididas e o genitor não guardião fica mais próximo do filho, não perdendo sua afetividade com a distância.

3 PRINCÍPIOS

Os fundamentais princípios sobre a guarda são: princípio da igualdade entre os cônjuges, princípio da solidariedade familiar, princípio da afetividade, princípio da paternidade responsável e princípio do melhor interesse da criança.

Esses princípios serão estudados e analisados abaixo.

3.1 Princípio da igualdade entre os cônjuges

No Capítulo VII, da Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 5º descreve que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Como vemos, este princípio está expresso na nossa Lei Maior e é aplicado especificamente para o Direito de família tanto no âmbito material como no processual.

Diante desse princípio, o Código Civil segue a mesma linha de raciocínio quando em seu artigo 1.511 diz que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, ficando nítido que não há diferença entre os cônjuges.

3.2 Princípio da solidariedade familiar

Solidariedade familiar é ajudar aos seus. O Código Civil reconhece esse mútuo assistencialismo em vários artigos, como por exemplo, artigos: 1.511, 1.694 e 1696. A Constituição Federal em seu artigo 229 explicitamente segue a mesma linha de raciocínio.

O Professor Flávio Tartuce (s.d.p.6) explica bem esse princípio:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art.3º,inc.I da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações

familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

Diante do exposto, deve haver o respeito e solidariedade mútua entre os membros de uma família tanto no âmbito moral como material.

3.3 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade não está expresso em nosso ordenamento jurídico, mas sim implícito como, por exemplo, nos artigos 1.593 e 1694, do Código Civil, isso porque o afeto deve sempre se sobrepor a questões do âmbito patrimonial.

Esse princípio decorre do tão consagrado princípio da dignidade da pessoa humana porque atualmente o que rege as relações no âmbito do Direito de Família e as une é o amor e como consequência, a afetividade.

Vale ressaltar que em nossa jurisprudência o princípio em estudo é o fundamento principal para se reconhecer a parentalidade socioafetiva frente ao vínculo biológico.

3.4 Princípio da paternidade responsável

No artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal está expresso esse princípio que também se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e diz que o planejamento familiar do casal é livre, ou seja, podem ter quantos filhos quiserem e o Estado apenas deve fornecer os recursos educacionais e científicos propícios a essa liberdade. No Código Civil, em seu artigo 1.565, reafirma o já exposto.

A paternidade responsável não se limita ao já explicado, englobando ainda as obrigações materiais e morais para com os filhos, motivo este desse princípio fundamentar a guarda, porque mesmo após o final do vínculo conjugal as responsabilidades para com os filhos permanecem inalteradas.

3.5 Princípio do melhor interesse da criança

Referente à guarda compartilhada esse é o princípio mais importante, uma vez que a guarda sempre deve ser decretada levando-se em conta o melhor interesse da criança.

No mesmo pensar está Suzana Oliveira Marques (2009, p.40):

Nos processos judiciais que têm por objetivo a guarda dos filhos, seja esta oriunda da dissolução da sociedade conjugal ou da colocação em família substitutiva, seja na hipótese de tutela ou adoção, as decisões judiciais neles lavradas deverão sempre observar o melhor interesse do menor, o que significa dizer que os interesses pessoais dos pais são sempre colocados em plano secundário.

O melhor interesse da criança está expresso no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), como exemplo podemos citar o artigo 3º que diz que a criança e o adolescente gozam de direitos fundamentais e proteção integral estabelecida por esta lei e todo ordenamento jurídico a fim de proporcionar desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No Código Civil este princípio está implícito nos artigos 1.583 e 1.584 que tratam da guarda, como bem define Flávio Tartuce (s.d. p.11 e 12):

O primeiro é o art.1.583 do Código Civil em vigor pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direito consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n.101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão *guarda de filhos* constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança. Se não há acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar *melhores condições* para exercê-la (art.1584, CC). Certamente a expressão *melhores condições* constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso.

Entende-se que para estabelecer a guarda deve ser considerado sempre o princípio do melhor interesse da criança ou *best interest of the child* porque é obrigação do Estado zelar pelo melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

4. GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Primeiramente, devemos conceituar o que vem a ser a guarda e para isso utilizaremos as palavras de César Fiuza (2008,p.987):

Assim, a guarda, em termos genéricos, é o lado material do poder do poder familiar; é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes. É óbvio que a guarda pode ser concedida a terceiros[...]

Grosso modo, a guarda é a “posse direta” que os pais têm em relação aos filhos. É de conhecimento que a posse só existe em relação a coisas ou direitos e não a pessoas, mais sua auto explicação é tão forte que até o Estatuto da Criança e do Adolescente cometeu esse deslize em seu artigo 33 parágrafo 1º, quando diz que “a guarda destina-se a regularizar a posse de fato”.

A guarda é um direito e dever porque acarreta muitas responsabilidades e obrigações como proteger o filho em sentido amplo promovendo o sustento, educação, saúde, afeto assistências entre outros. Nesse sentido, está o artigo 227 da Constituição Federal que elenca os deveres da família, sociedade e Estado para com os menores.

Na legislação brasileira a primeira norma que regulou a guarda foi o Decreto 181 de 1890 que no artigo 90 dizia: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles [...]”. Veja que o requisito para ser estabelecida a guarda era a culpa e assim, o cônjuge inocente ficaria guardião do menor.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 sobrevieram dois artigos que tratavam sobre a guarda: o 325 e o 326, que bem explicou Ana Maria Milano Silva (2008, p.44):

O esquema a ser seguido e respeitado, ocorrendo a separação, seria o seguinte: (...) havendo cônjuge inocente, com ele os filhos menores ficariam; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas menores e os filhos até os 6 (seis) anos,os quais, após essa idade, passariam á guarda do pai; os filhos menores, com mais de 6 (seis) anos passavam à guarda direta do pai; havendo motivos graves, o juiz, a bem dos filhos, poderia regular de maneira diferente.

O requisito principal para estabelecer a guarda continuava sendo a culpa e depois o sexo da criança e, só por motivos graves, poderia ser regulada de maneira diferente.

O Decreto-Lei nº 3.200 surgiu em 1941 e em seu artigo 16 determinou que a guarda fosse do progenitor que o reconheceria sob o poder do pai, no caso dos dois o terem reconhecido. Surge agora o interesse do menor porque esse mesmo artigo estabelecia que o juiz pudesse decidir de forma diferente com esse fundamento. A lei 5.582/70 alterou o artigo 16 que passou a estabelecer que a guarda fosse da mãe e não mais do pai; se fosse prejudicial ao menor poderia colocá-lo à guarda do pai ou de algum parente do pai ou da mãe. Assim, o interesse do menor continua sendo o fundamento da decisão.

Com o surgimento do Estatuto da Mulher Casada (lei 4.121/62) a guarda era estabelecida à mãe e, caso nenhum dos genitores tivesse condições, a qualquer parente idôneo dos cônjuges, assegurado o direito de visitas aos pais.

A lei 6.515/77 revogou as disposições constantes no Código Civil de 1916 sobre a guarda na dissolução da sociedade conjugal. O artigo 9º dessa lei disse que ficava decidido sobre a guarda o que os cônjuges acordassem. No artigo 10 e seus parágrafos ficou decidido que os filhos ficariam com o cônjuge não culpado; se ambos fossem culpados ele ficaria com a mãe, salvo se o juiz notar que é melhor ficarem com o pai ou com pessoa idônea, parente de um dos genitores. Por fim, o artigo 13 que veio para inovar, em caso de motivos graves o juiz poderia regular a guarda da maneira que achasse conveniente.

Com o Código Civil de 2002 os dispositivos sobre a guarda foram estabelecidos nos artigos 1.583 a 1.590 e a principal mudança foi à abolição do requisito da culpa para estabelecer a guarda.

Em 13 de junho de 2008 foi aprovada a Lei 11.698 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil e incluiu a guarda compartilhada que poderá ser requerida pelos pais ou decretada pelo juiz, sempre levando em conta o interesse do menor.

Ensina Ana Maria Milano Silva (2008, p.45):

Desse modo, uma vez escolhido este modelo de guarda pelos pais, deverá haver sua aceitação pelo juiz da causa. Até porque a destruição do casal conjugal não deve provocar o desaparecimento do casal parental. Além disso, o risco de desacordo ou conflito entre os ex-cônjuges existe igualmente na guarda única, não podendo ser erigido como impedimento à

fixação da guarda compartilhada. Não se pode olvidar também que a sentença que estabelece a guarda está sempre sujeita à revisão, se as respectivas regras deixarem de preservar os interesses do menor.

Esse foi um breve apanhado sobre a legislação brasileira sobre o tema guarda, passando por suas transformações durante os anos com a ajuda de decretos, decretos-leis e leis até chegarmos aos dias atuais com a opção da aplicação da guarda compartilhada que será estudada afundo no decorrer do trabalho.

4.1 Espécies de guarda

As espécies que iremos definir são: a guarda comum, desmembrada, delegada, originária, derivada, de fato, provisória, definitiva e alternada.

A guarda comum é aquela exercida pelo pai e a mãe conjuntamente (família biparental). Derivada da relação familiar seja ela decorrente do casamento ou união estável, é a guarda natural que o ordenamento regulamentou. Os direitos e deveres inerentes ao poder familiar são exercidos por ambos de forma igual.

Guarda desmembrada é a desvinculada do poder familiar e exercida por terceira pessoa. Explica Waldyr Grisard Filho (2000,p.71):

Trata-se, nesse caso, da guarda *desmembrada* do pátrio poder, intervindo o Estado, através do juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem não detém o pátrio poder, para a devida proteção do menor.

São exemplos no caso de menor abandonado, situação de perigo ou quando os pais não têm condições de cuidar do filho. Nesses casos a guarda será conferida a terceiro.

Guarda delegada é também guarda desmembrada porque é destituída do poder familiar e exercida por terceira pessoa. Nessa espécie o Estado deveria ser o guardião, mais como não pode, entrega o menor a terceiro que exercerá em seu nome.

Na guarda originária o poder familiar é exercido em plenitude por uma única pessoa (pelo pai ou pela mãe). O maior exemplo são as famílias monoparentais, que podem ser a mãe ou pai solteiro ou decorrente da adoção.

A guarda derivada decorre da lei nos casos de tutela e curatela. Não está diretamente ligada ao poder familiar. O Estado nesses casos está cumprindo sua função social conforme ordena o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda de fato não decorre de lei, do poder familiar e nem foi juridicamente estabelecida; é uma situação fática. Por exemplo, a mãe e o pai vão trabalhar no Japão e deixam o filho com a avó paterna. Nesses casos a doutrina e jurisprudência tem estabelecido que o guardião de fato tem legitimidade para representar o menor numa eventual ação de alimento.

Guarda provisória é medida de urgência, antecipação de tutela e precária, ou seja, pode ser alterada a qualquer momento de ofício ou a requerimento das partes. É cabível, por exemplo, no caso de adoção entre nacionais, situação de emergência do menor abandonado, durante o processo de divórcio, entre outros. Essa modalidade é temporária, surge durante o processo e desaparece com a sentença quando a guarda torna-se definitiva.

A guarda definitiva é aquela estabelecida em sentença, no processo principal de conhecimento, que define com quem ficará a guarda da criança (se alternada, compartilhada, unilateral), logo, faz coisa julgada. Essa guarda só sofre alterações se surgir fato novo que obrigue a mudança, que será analisada em um novo processo pelo juiz.

Vale ressaltar que a guarda nunca é definitiva, apesar de fazer coisa julgada, porque uma vez que apareça um fato novo que configure a necessidade da mudança de guarda para melhor atender ao interesse do menor, ela ocorrerá.

Por fim, a guarda alternada que ainda é muito confundida com a compartilhada apesar de serem institutos diferentes. Define muito bem J.F. Basílio de Oliveira (2009, p.408):

A guarda alternada consiste na possibilidade (decida ou ajustada) de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, dentro de um lapso temporal de um mês, semanas alternadas ou quinzenais. Durante esse período o genitor não-guardião pode deixar seus poderes-deveres integrantes do poder parental, invertendo-se os papéis após o término do período. Constitui a guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais.

Essa espécie é muito criticada porque prejudica a continuidade de um lar; a criança a cada momento mora em uma casa. Sabe-se que essa mudança constante origina perturbações psíquicas no menor, que necessita de segurança e estabilidade para crescer feliz e saudável.

5. GUARDA COMPARTILHADA

A locução guarda compartilhada tem origem na expressão *joint custody* que quer dizer assistência dos filhos por pais separados. Podemos citar outros nomes usados para esse instituto: guarda simultânea dos pais, guarda legal concomitante, guarda de exercício conjunto, guarda legal conjunta, guarda conjunta e guarda indistinta.

A guarda compartilhada já era usada no Brasil com base na doutrina e na jurisprudência e veio a ser regulamentada com a Lei 11.698/08 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Define esse instituto, Ricardo Rodrigues Gama (2008, p.50):

A guarda compartilhada consiste no instituto complexo constituído por direitos e deveres de pais separados, voltado à regulamentação da proteção familiar da criança e do adolescente, precisando as regras acerca da permanência, criação e educação infanto-juvenil, direcionadas ao pai e à mãe em conjunto, destacando a plenitude dos reflexos da responsabilidade com a qual devem conduzir a vida dos filhos.

Vale ressaltar que essa guarda pode ser instituída também em favor de terceiro, por exemplo, entre um dos pais e os avós, sempre levando em conta o interesse do menor que é o requisito principal para instituir qualquer tipo de guarda.

Para melhor entender, dentro do gênero guarda existem duas espécies que são a guarda física e jurídica. A guarda física (é com quem o menor está com quem ele irá estabelecer residência) dentro da compartilhada é constituída em favor de um dos genitores, sendo que o outro tem convivência (é assim chamada a visita). Já a guarda jurídica (são os direitos e deveres inerentes a criação do menor) é compartilhada entre os genitores que resolvem a escola, religião, médico, entre outros, ou seja, tudo que for referente à vida do menor ambos resolvem. Quando os

genitores não chegam a um consenso é acionado o Estado-juiz que resolverá o impasse.

Quanto à responsabilidade pelos danos causados pelos menores, como a guarda é conjunta (ambos continuam com os direitos e deveres) pertence a ambos. Ensina Eduardo de Oliveira Leite (2003,p.275):

Além disso, como já se havia afirmado a propósito da responsabilidade decorrente da separação fática, se as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre esta presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa, recai sobre ambos os genitores.

Assim, nada mais óbvio do que essa responsabilidade ser dividida, já que a guarda jurídica é repartida.

A obrigação alimentar não é afastada, visto que os genitores devem contribuir de acordo com suas possibilidades e no interesse do menor. O binômio necessidade e possibilidade é aplicado normalmente, ou seja, quem tem mais condições contribui com o maior valor.

Os casos em que se deve estabelecer essa espécie de guarda apontam divergência na doutrina, acarretando dois posicionamentos:

Primeiro fala que só é possível instituir essa modalidade de guarda quando os envolvidos no pedido têm um relacionamento harmônico, caso contrário, a melhor opção seria a guarda exclusiva (um dos envolvidos fica tanto com a guarda física como com a jurídica) por que o menor se transformaria em uma “moeda de troca” e dificilmente os envolvidos conseguiriam tomar as decisões da melhor forma possível.

O segundo posicionamento afirma que mesmo no caso de não existir uma convivência harmônica entre os envolvidos, deve se estabelecer essa guarda, uma vez que, o legislador não estabeleceu esse requisito. Quanto às diferenças os envolvidos que se resolvam e ultrapassem essa pendência sempre pensando no melhor desenvolvimento do menor.

Ante todo o exposto, não nos resta dúvida que essa espécie de guarda é a que mais beneficia ao menor porque ele mantém a convivência com ambos os genitores diminuindo o trauma que acarreta um divórcio.

5.1 Vantagens da guarda compartilhada

Destacamos as principais vantagens para descrevê-las.

Quando a guarda é disputada entre os genitores pós-divórcio, traz a vantagem de diminuir os efeitos nocivos desse término de relacionamento, ou seja, os filhos entendem que o que acabou foi o casamento dos pais e não o amor paterno e materno; a convivência e as obrigações para com esse menor se mantêm.

A possibilidade de manter a convivência com ambos os pais por que não é uma simples visita do genitor não guardião, mais sim o dever de cuidado e de decisão sobre os assuntos relacionados ao filho.

Já foi comprovado que a guarda exclusiva acaba com a relação paterno ou materno filial com o não guardião e, com o passar do tempo, as visitas acabam se tornando mais escassas e assim diminuindo o afeto entre eles.

Há um melhoramento nas questões financeiras, porque com a convivência, o genitor que não tem a guarda física está vendo as necessidades do menor e assim, acaba ajudando sem relutância nesse quesito.

Há divisão dos direitos e deveres referentes ao menor, o que acaba fortalecendo a relação materno e paterno filial, porque tudo é resolvido em conjunto pelos genitores.

Muitas são as vantagens, sendo que foram descritas apenas as principais, para comprovar que com fundamento no interesse do menor não há melhor guarda do que a compartilhada, porque não afasta o filho dos genitores e as responsabilidades são divididas.

5.2 Desvantagens da guarda compartilhada

A doutrina traz algumas desvantagens sendo que as principais serão descritas e analisadas.

A luta dos pais pelo poder confunde mentalmente os filhos, os quais não sabem qual orientação seguir. Essa desvantagem pode acontecer em qualquer

guarda até na exclusiva, no momento da visita quando o não guardião educa da maneira que acha correta.

Utilização da guarda compartilhada como moeda de troca no valor da pensão alimentícia. Isso acontece em todas as guardas no momento da visitação, com a compartilhada como os direitos e deveres são divididos o não guardião presencia quais são as necessidades do menor e facilita nesse quesito.

A convivência do filho com as constantes desavenças dos pais. Apesar de também existir nas outras guardas. Assim, concordamos com a corrente de que a guarda compartilhada só pode ser concedida quando há harmonia entre os guardiões para evitar que o menor presencie essas desavenças que nessa modalidade se tornariam mais constantes em decorrência da convivência entre os pais.

Como foi visto, desvantagens existem em todas as modalidades de guarda e a compartilhada quando há harmonia entre os pais é a melhor solução para o bom desenvolvimento do menor.

6 CONCLUSÃO

A guarda compartilhada já uma realidade em nossa sociedade, porque cada vez mais casais põem fim à relação conjugal e querem continuar presentes na vida do filho e a simples visitação e pagamento de pensão é pouco para o não guardião. Ele está querendo manter uma convivência e participar ativamente da vida do menor.

Com a Revolução Industrial a mulher saiu para trabalhar fora de casa o que a colocou em igualdade com o marido e assim, a guarda unilateral não era mais a melhor solução. A guarda compartilhada se desenvolveu primeiramente no Direito inglês, francês, americano e no canadense.

O princípio da igualdade entre os cônjuges está expresso na Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 5º, e também é aplicado no Direito de Família tanto no âmbito material como processual. Princípio da solidariedade familiar é a mútua assistência entre os membros da família que está fundamentado em vários dispositivos no Código Civil e até na Constituição Federal

em seu artigo 3º. O afeto deve sempre se sobrepor a fundamentos patrimoniais é o que diz o princípio da afetividade que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e está implícito no nosso ordenamento. Princípio da paternidade responsável além de ser a livre quantidade de filhos que um casal queira ter, engloba responsabilidades morais e patrimoniais para com os filhos. E por fim, o princípio do melhor interesse da criança como o próprio nome já diz deve ser esse o fundamento principal ao se decretar a guarda.

A guarda na legislação brasileiro começou a ser regulamentada em 1890 e o principal fundamento para sua decretação era o menor ficar com o cônjuge não culpado. Com o Código Civil de 1916 as mudanças que ocorreram ao longo do tempo sempre preservaram a culpa como fundamento da guarda, só sendo alterado com o Código Civil de 2002 que destacou o interesse do menor acima de qualquer outro requisito. Em 2008 com a Lei 11.698 trouxe o instituto da guarda compartilhada ao alterar os artigos 1.583 e 1584 do Código Civil.

Em seguida foram conceituadas as espécies de guarda. A guarda comum é a família biparental, ou seja, a guarda é exercida no seio familiar pelo pai e mãe conjuntamente. Guarda desmembrada é exercida por terceira pessoa e desvinculada do poder familiar. A guarda delegada é quase igual a desmembrada a diferença é que essa deveria ser exercida pelo Estado que a destina a terceira pessoa. Quando o poder parental é exercido exclusivamente pelo pai ou pela mãe estamos diante da guarda originária. Os casos de tutela e curatela chamam-se guarda derivada. A guarda de fato é uma situação fática; fora do judiciário, terceira pessoa está com a criança sobre seus cuidados. Guarda provisória é a estabelecida antes da definitiva, geralmente durante o processo de guarda enquanto se decide com quem ficará a guarda do menor. A guarda definida ao final do processo é a guarda definitiva. E por fim, a guarda alternada onde a criança fica períodos com cada genitor alternadamente, durante esse tempo tem-se a guarda exclusiva.

A guarda compartilhada é aquela em que os genitores dividem a guarda jurídica do menor e um deles fica com a guarda física exclusiva. Todas as decisões referentes ao filho são tomadas conjuntamente porque o não guardião tem convivência e não visita. Assim, continua existindo a obrigação alimentar ao não guardião a responsabilidade sobre os danos causados pelo menor é obviamente dividida entre os genitores.

As vantagens referentes a essa modalidade de guarda são: diminuir os efeitos nocivos ao menor referentes ao término da relação conjugal dos pais, manutenção da convivência com ambos os genitores, melhoramento financeiro porque o não guardião vivencia as despesas do menor e divisão dos direitos e deveres referente ao filho.

As desvantagens trazidas pela doutrina podem ocorrer em qualquer modalidade de guarda, logo, não devendo ser consideradas tendo em vista as vantagens trazidas ao menor.

Conclui-se que, levando em consideração o melhor interesse do menor, a guarda compartilhada é a solução mais vantajosa, uma vez que, o filho mantém a convivência com ambos os genitores e as decisões sobre a vida da criança é resolvida em comum acordo entre os pais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo.** 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda Compartilhada: lei 11.698, de 13 de junho de 2008.** Campinas: LZN Editora, 2008;

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

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

OLIVEIRA, J.B. Basílio de. **Guarda, visitação e busca e apreensão de menor.** 3 ed. Belo Horizonte: BH editora e distribuidora, 2009;

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. Leme: J.H. Mizuno, 2008;

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Curso FMB Salvador**, Salvador, sem data. Disponível em:
<http://www.cursofmbsalvador.com.br/artigos/FMB_Artigo0071.pdf>. Acesso em 30 nov. 2010.