

O NOVO MODELO DE FAMÍLIA, A IGUALDADE PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA

Thaís Martins Passos De PAULA ¹

RESUMO: O presente artigo tem por fim a análise do instituto da guarda compartilhada, sobretudo nas hipóteses de dissolução do núcleo familiar, verificando o contexto à luz dos preceitos constitucionais da igualdade entre homens e mulheres, que no âmbito familiar se traduz na ideia de igualdade parental; da paternidade responsável e da primazia absoluta dos interesses do menor. Para tal fim, aborda-se o conceito de família e de poder familiar, bem como o conceito e evolução de guarda, apontando-se as opções feitas pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto com abordagens doutrinárias e jurisprudenciais. Toda a análise busca um cotejo com os princípios constitucionais que garantem a proteção especial à criança e ao adolescente e que embasam a preocupação e relevância do assunto escolhido.

Palavras-chave: Família. Poder familiar. Guarda compartilhada. Igualdade parental. Direito do menor.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe a família enquanto base da sociedade². Ademais, proferiu especial atenção à proteção da criança e do adolescente, estabelecendo, assim, o dever da entidade familiar, bem como da sociedade como um todo e do Estado, de garantir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, bem como à vida, saúde, alimentação, educação, dentre outros, o que deve ser feito com absoluta prioridade³. Além disso, instituiu a responsabilidade parental pela assistência, criação e educação dos filhos⁴.

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. thaismartinspassos@gmail.com

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴ Art. 229. Os pais têm 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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, corroborando com a expressa determinação constitucional, também traz a especial proteção do menor, enquanto sujeito detentor de todos os direitos fundamentais, pelo Estado, sendo dever, por conseguinte, não só da família, mas da sociedade em geral, zelar pela sua segurança e seu desenvolvimento⁵.

Diante disto, nota-se que o poder familiar exercido pelos pais sobre seus filhos, mesmo após a separação dos cônjuges e a atribuição da guarda a apenas um deles, deve ter por fim à proteção integral dos filhos e a consecução de seu melhor interesse, em consonância com os direitos constitucionalmente assegurados, acima mencionados, os quais, como já ressaltado, gozam de prioridade absoluta.

Neste cenário, a guarda de filhos é tema de especial relevância, em especial no que concerne à dissolução da entidade familiar, tendo em vista a proeminência dos direitos da criança e do adolescente. Os cônjuges podem decidir de maneira consensual ou não, hipótese em que ficaria a cargo do juiz a decisão sobre a espécie de guarda que melhor se adequa à lide sub judice.

É comum, nas hipóteses de separação, que a guarda seja de um dos cônjuges, usualmente a mãe, restando ao pai o direito a visitas periódicas ao filho. Neste diapasão, a guarda compartilhada aparece como um instrumento que visa mitigar as deficiências decorrentes do sistema de guarda única e do modelo de visitação.

Assim, ante ao direito da criança à convivência familiar e, portanto, de ter a presença conjunta do pai e da mãe, ganha destaque o instrumento da guarda compartilhada, que almeja, justamente, não gerar distorções no vínculo familiar e garantir a convivência efetiva de ambos os pais na realidade e no desenvolvimento do filho, mesmo após a dissolução da entidade conjugal.

Para o desenvolvimento das premissas teóricas o trabalho se utilizou do método dedutivo e pesquisa bibliográfica sobre o tema. Fixou-se a conceituação, características e requisitos da guarda compartilhada tendo em vista o Princípio do Melhor Interesse do menor.

⁵ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA, A IGUALDADE ENTRE OS MEMBROS E O PODER FAMILIAR

Sobre o conceito de família, nota-se que Maria Celina Bodin de Moraes a define como “um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal” em que se busca “fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco”⁶.

Tradicionalmente, contudo, imperou no direito e na realidade social uma visão patriarcal e patrimonialista de família, na qual a figura do homem, enquanto marido, prevalecia sobre a da mulher e dos filhos. Assim, na vigência do Código Civil de 1916, a preocupação preponderante com o aspecto econômico levou a adoção de um sistema patrimonialista no âmbito do Direito de Família, em que a proteção do patrimônio fora eleita como objetivo maior. Nesta seara, as relações familiares eram marcadas pelo autoritarismo e pela discriminação, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram pontos fulcrais do ordenamento jurídico⁷.

A Constituição Federal de 1998 trouxe significativa mudança em tais concepções. Com o seu advento, a pessoa passa a ser o ponto central do sistema de princípios e valores eleitos pelo Texto Maior, os quais também devem, invariavelmente, ser observados no âmbito do Direito Civil e do Direito de Família.

Nota-se, em consequência disto, a ocorrência de uma mutação axiológica na concepção jurídica de família, a qual se caracteriza pela personalização dos vínculos e pela ideia de uma família plural e igualitária, definida com base na afetividade e que tem como fim a promoção do livre desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal e afetiva de seus integrantes⁸.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 614.

⁷ Neste sentido: “A preocupação com o aspecto econômico da família levou o Código Civil de 1916 a uma opção patrimonialista, elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos preponderantes. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 348 – 350.

Neste sentido, o Texto Maior, em seu artigo 5º, inciso I, prevê que “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações (...)”. Corroborando com a igualdade de gênero, mas especificamente no âmbito conjugal, o artigo 226, § 5º, também da Constituição Federal, afirma que “os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”.

No âmbito infraconstitucional, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.511, estabelece, em consonância com os ditames constitucionais, a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher no casamento⁹. Ademais, o artigo 1.631, também do Código Civil, preconiza que: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, alude que: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe.”¹⁰

Destarte, em decorrência do princípio da igualdade, aqui denominada como “igualdade parental”, pai e mãe são, de forma idêntica, investidos de poder familiar, o qual pode ser entendido como o conjunto de direitos e poderes que os pais possuem no que tange à pessoa e aos bens de seus filhos menores e não emancipados, com a finalidade de cumprir os seus deveres de cuidado e de garantia do livre desenvolvimento da personalidade do menor, os quais, frisa-se, uma vez mais, gozam de prioridade absoluta.¹¹

Ainda sobre o conceito de poder familiar, Maria Helena Diniz afirma que este “compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, como fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente.”. Continuando, a autora conclui que “a autoridade paternal é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-lo à autonomia responsável.”¹²

⁹ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

¹⁰ Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

¹¹ Neste sentido, Roberto João Elias conceitua o poder familiar como: “um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”. ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder**: guarda dos filhos e direito de visitas. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 6.

¹² DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2007, v. 5.p. 378.

Disso se depreende que o direito de família foi alvo de transformações e se pauta no pluralismo, na igualdade e da liberdade, tendo uma concepção horizontal e igualitária de família, que deve ser norteadada pelo livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Também em decorrência da posição central do ser humano no ordenamento jurídico, os filhos, nas disputas judiciais entre seus pais, passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direito e destinatários principais da tutela jurisdicional - e não meros objetos das controvérsias -, de tal forma que deve haver uma busca constante da promoção do melhor interesse do menor, assegurando-se os direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme disposto pelo artigo 227, da Carta Magna, que consagrou o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança.¹³

É neste cenário que ganha força o instituto da guarda compartilhada, com o fim de efetivar as previsões sobre a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal, bem como sobre o direito da criança à convivência familiar e ao seu pleno desenvolvimento.

2.1 A Ruptura do Núcleo Familiar e a Guarda dos Filhos

A dissolução do núcleo familiar, seja pelo fim do casamento ou pela dissolução da união estável, não pode gerar o fim do vínculo familiar, o qual é indissolúvel, nem dos deveres decorrentes desta relação. Diante disto, deve-se conciliar o exercício da liberdade que garante aos pais autonomia a respeito das decisões sobre a sociedade conjugal, com a garantia do exercício das responsabilidades e deveres em relação à prole.

Ademais, existem casos em que os filhos são concebidos fora de qualquer relação de cunho conjugal, hipótese em que também se torna necessária à conciliação entre a autonomia de cada genitor, a convivência afetiva entre pais e filhos e a responsabilidade parental.

¹³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É neste contexto que surge a figura jurídica da guarda, cuja definição deve se pautar no respeito ao melhor interesse da criança, que é uma pessoa em formação e sujeito de direito, e que goza de primazia, ante ao princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da Constituição), que coloca o menor em posição de centralidade na tutela jurídico-familiar¹⁴.

Neste sentido, Maria Berenice Dias leciona que:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer à continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.¹⁵

Dessa forma, quando ocorre a ruptura do casamento ou da união estável, a guarda dos filhos é um assunto que usualmente gera conflitos entre os pais, devendo-se decidir a quem caberá à guarda dos filhos, a qual pode ser unilateral ou compartilhada, conforme previsão do art. 1.583 do Código Civil¹⁶. De acordo Paulo Lôbo:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos, dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se exclusiva; quando por ambos, compartilhada, Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício.¹⁷

Ainda no que tange à compreensão do conceito de guarda, César Fiuza afirma que esta constitui, “em termos genéricos, o lado material do poder familiar; é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes.”¹⁸

Assim, a guarda diz respeito à relação jurídica entre uma pessoa e o menor, em que este está sob o poder daquele, e em que aquele possui

¹⁴ Neste sentido: LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.168.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 398.

¹⁶ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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 responsabilização 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.

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Guarda e Convivência dos Filhos** Após a Lei nº 11.698/2008. Disponível em: <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

¹⁸ FIÚZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 12ª Ed. Belo horizonte: Del Rey, 2008, p. 987.

responsabilidade sobre o menor, no que diz respeito, por exemplo, à vigilância, direção e educação¹⁹. Pode, diante do exposto, ser vista como um dever dos pais e um direito dos filhos, consistindo em um instrumento que almeja garantir a assistência material, moral e educacional do menor²⁰.

O Código Civil, em seu artigo 1.584, estabelece que a guarda, unilateral ou compartilhada, por ser requerida, de forma consensual, por um ou ambos os cônjuges; ou decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou de acordo com a distribuição de tempo necessário para o convívio do filho com o pai e com a mãe²¹.

Diante disto, sobre a forma de constituição da guarda, que pode ter por base o consenso ou a imposição, há o desdobramento entre a guarda consensual e a guarda judicial. A guarda consensual frequentemente é chamada de guarda de filhos, uma vez que há um acordo entre os pais no que tange à guarda da criança. Já na guarda judicial, também conhecida como legal, o juiz é quem a determina, por decisão fundamentada. Inobstante a modalidade verificada no caso concreto, destaca-se que em todo e qualquer processo judicial envolvendo a temática, deve-se sempre tutelar o melhor interesse dos filhos, e não o interesse dos pais.

Neste ponto, é de se ressaltar a preferência pelo acordo entre os pais sobre a guarda do filho, devendo o juiz, contudo, analisar se o acordo observa, de fato, o melhor interesse dos filhos, ou “o reduz em benefício de concessões recíprocas para superação do ambiente conflituoso, contemplando mais os interesses de um ou de ambos os pais.”²²

Diante do exposto, o juiz, ante a um caso de guarda, deve levar em consideração, acima de qualquer coisa, o melhor interesse da criança, isto é, o princípio norteador da decisão a ser proferida pelo magistrado deve ser o da primazia dos interesses do menor, a fim de garantir-lhe o pleno desenvolvimento e de não privá-lo da convivência com os ambos os genitores²³. A depender da lide, o

¹⁹ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do pátrio poder. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 138 – 139.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit, p.503.

²¹ Art. 1584 – A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

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.

²² LÔBO, Paulo. Direito Civil (...). Op. cit. p. 169.

²³ Neste sentido, Paulo Lôbo afirma que: “o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito.”. Ibidem, p.168.

juiz poderá requerer estudo social e avaliação psicológica, tudo com o fim de aferir a melhor solução e a promoção dos direitos do menor, conforme se depreende da jurisprudência pátria²⁴.

Por fim, salienta-se, ainda, que uma vez fixada a guarda, seja de forma consensual ou por determinação do juiz, pode haver modificação ante a presença de razões ou elementos que demonstrem tal necessidade, justamente em decorrência do princípio da primazia absoluta do interesse do menor.²⁵

3 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral, também denominada exclusiva, de acordo com o Código Civil, e após a Lei 11.698/2008 e a Lei 13.058/2014, é aquela atribuída pelo juiz a um dos pais, nas hipóteses em que não existe consenso e em que a guarda compartilhada se mostra inviável, tendo em vista que o ordenamento jurídico atribuído preferência a esta modalidade.

A guarda também é unilateral nos casos em que o juiz a atribui a um terceiro por se convencer que nenhum dos pais possui as condições necessárias para exercê-la.

Ademais, na separação judicial convencional ou no divórcio convencional, os cônjuges podem transigir sobre a guarda exclusiva a um dos dois, desde que isto esteja de acordo com o melhor interesse dos filhos, elemento indispensável e que deve estar presente no respectivo instrumento assinado pelo casal que visa à separação ou o divórcio.

²⁴ Exemplifica-se:

GUARDA PROVISÓRIA. DISPUTA ENTRE OS GENITORES. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA GUARDA PATERNA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA E DE ESTUDO SOCIAL. 1. Se o pai ostenta condições de exercer a guarda da filha, que já está na companhia dele desde que a genitora foi internada para tratamento psicológico, descabe reverter a situação já consolidada, não havendo prova da situação de risco para a infante. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que não se verifica. 3. Para se encontrar a solução que melhor atenda os interesses da criança, deverá ser realizado estudo social na casa dos litigantes e uma avaliação psicológica e, se for o caso, também psiquiátrica, na genitora. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70066018524, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015).

²⁵ Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

A verificação do melhor interesse do menor deve levar em conta diferentes aspectos - e não apenas o financeiro - que transcendam melhores circunstâncias afetivas, sociais e econômicas para o pleno desenvolvimento – moral, educacional, psicológico – do filho.

Neste diapasão, a Lei 11.698/2008, em seu artigo 1º, § 2º, traz um rol exemplificativo de fatores que podem indicar a melhor aptidão para a determinação da guarda unilateral, quais sejam: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação. Neste sentido, Lôbo ressalta a necessidade do estudo social multidisciplinar supramencionado, a fim de aferir as reais condições que demonstram o que atenderá melhor aos interesses dos filhos.²⁶

De acordo com a doutrina, existem dois princípios que norteiam a decisão judicial sobre a guarda unilateral: o de fomento e o de continuidade. Conforme leciona Thomas Rauscher:

Em primeiro lugar, analisa-se a capacidade dos pais de educar seus filhos, de fornecer-lhes o ambiente que provavelmente haveria o melhor desenvolvimento de sua personalidade. (...). Não há, no entanto, regras que predefinem quem está mais apto a fazer o que, quando. Há somente elementos que devem ser levados em conta durante a ação como, por exemplo, educação dos pais ou estabilidade no emprego. Não necessariamente mãe terá a guarda unilateral de uma criança de colo, nem o pai empregado com bom salário obterá a guarda em detrimento da mãe, que parou de trabalhar quando a criança nasceu. Mesmo o comportamento não é um elemento definitivo da decisão. Não é porque o seu parceiro traiu a esposa que seu comportamento irresponsável necessariamente se refletirá na educação da criança. No entanto, é indício da falta de comprometimento em manter a união da família, em fazer o melhor para a criança. A crença religiosa das partes somente se torna relevante se uma das partes utiliza a criança como instrumento de propagação de sua crença que seja prejudicial ao bem-estar do menor, ou se a não participação do menor na crença se torna motivo de rechaço social²⁷.

Por fim, cumpre mencionar que nos casos em que a saída seja a guarda exclusiva, existirá, em contrapartida, o direito de visita ao filho do genitor não guardião, o qual deve ser fixado em respeito ao direito recíproco à convivência entre pais e filhos, independentemente da separação. Tal direito assegura, conforme

²⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil (...). Op. cit. p. 172.

²⁷ RAUSCHER, Thomas. Familienrecht. Apud NERY, Rosa Maria de Andrade. Relações de cuidado economia da família. Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

preceitua o artigo 1589, do Código Civil, a possibilidade de ter o filho em sua companhia e de fiscalizar a sua manutenção e educação²⁸.

4 GUARDA COMPARTILHADA: HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA²⁹

Até a metade século XIX, a guarda dos filhos e o pátrio poder eram atribuídos à figura paterna de forma exclusiva. Assim, em uma sociedade patriarcal, o homem mantinha todo o poder, ao passo que a figura materna era submissa às suas determinações. À época, a mulher era considerada relativamente incapaz, de forma que não possuía o poder exigido para dividir as responsabilidades inerentes à vida conjugal.

Com o fenômeno da industrialização, o homem passa a dispender maior parte do seu tempo fora do âmbito familiar, de forma que esta necessidade imposta pelo trabalho masculino acarreta o reconhecimento da capacidade da mulher para o exercício dos atos da vida civil, o que têm, como consequência, o reconhecimento da figura da mãe como a mais apta para o exercício da guarda dos filhos, em casos de separação, em decorrência de uma presunção de maior sensibilidade e aptidão para o cuidado dos filhos. Em suma, neste cenário, a figura paterna tinha a incumbência de prover as necessidades materiais da família, ao passo que a figura materna se dedicava à família e aos afazeres domésticos.

Com as alterações ocorridas na sociedade no decorrer do século XX, o homem passa a ter maiores responsabilidades no âmbito familiar, o que decorre da inserção da mulher no mercado de trabalho. Diante disto, emerge a necessidade da adequação do Direito de Família à nova realidade e aos novos anseios sociais.

Neste contexto, há uma transformação na seara familiar e uma redefinição dos papéis de seus protagonistas: ou seja, o pai deixa de ser aquela figura distante e autoritária, para se tornar mais participativo e presente na vida dos

²⁸ Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

²⁹ Essa parte foi baseada no artigo de Elizana Rodrigo de Moura sobre guarda compartilhada. MOURA, Elizana Rodrigues. Guarda compartilhada: Uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. Disponível em: < <http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>>. Acesso em: 11 set. 2016.

filhos; enquanto a mãe, até então submissa ao pai, vê seus direitos reconhecidos em igualdade de condições. Já o filho deixa de ser objeto de posse dos pais para ocupar um lugar central na família, passando a ser visto como um ser humano em processo de desenvolvimento, que merece proteção integral dos pais, da sociedade e do Estado.

Com todas essas mudanças mencionadas, a figura do pai passou a assumir, de maneira gradual, responsabilidades familiares, buscando um melhor relacionamento com seus filhos e uma participação mais ativa em suas vidas, o que trouxe a necessidade de alterações no instituto da guarda, a fim de garantir que pais e mães pudessem se relacionar de igual modo com seus filhos.

Esta mudança social, com reflexões no âmbito do Direito de Família, contribuiu, também, para a construção de novas teorias sobre guarda, buscando, sempre, manter os filhos em contato com ambos os pais, a fim de diminuir eventuais efeitos negativos que podem surgir na relação entre pais e filhos, em decorrência da dissolução do núcleo familiar.

Neste cenário, emergiram correntes no âmbito da psicologia, da sociologia e do direito, com o fim de teorizar sobre a ideia de “guarda compartilhada”, concedida como a maneira mais adequada de manter os laços inerentes à relação entre pais e filhos.

Assim, foi adotada no Brasil, por força do Projeto de Lei 6.350/2002, aperfeiçoado pelo projeto substitutivo e convertido na Lei no 11.698, de 2008, bem como da Lei 13.058, de 2014, a guarda compartilhada, que pode ser vista como fruto do desejo por mudanças em um cenário de nítido desequilíbrio existente nas relações parentais, uma vez que, na maioria dos casos de ruptura conjugal, era a figura materna que permanecia com a guarda dos filhos.

Dessa forma, o modelo de família patriarcal entra em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, com o advento dos valores introduzidos pelo Texto Constitucional de 1998, que preconiza pela afetividade enquanto paradigma da família, que consagra a igualdade entre os conjugues e que assegura o princípio absoluto da primazia dos interesses do menor.

4.1 Breves Considerações de Direito Comparado

Nos anos 60 ocorreu a primeira decisão a respeito da guarda compartilhada na Inglaterra. Os Tribunais de tal país passaram a privilegiar o interesse maior da criança e a ideia de igualdade entre os pais.³⁰

Já em Portugal, em um primeiro momento, proibia-se, de forma expressa, qualquer espécie de guarda que não a guarda única. Com a edição da Lei 85, de 1995, que modificou o Código Civil, no que diz respeito ao exercício do poder parental após a dissolução conjugal, tornou-se possível que os pais acordassem sobre o exercício do poder parental de forma conjunta. Tal hipótese continua a ser legalmente admitida pela Lei 59, de 1999, porém há a necessidade do acordo dos pais, sem o qual o juiz decreta a guarda única.³¹

Na França, o assunto atinente à autoridade parental foi alvo de alteração legislativa em 2002, quando o ordenamento passou a dar preferência à guarda compartilhada e à residência alternada. No mesmo sentido a lei e a jurisprudência da Holanda passaram a conferir predominância à adoção da guarda compartilhada, com base no princípio da continuidade da relação afetiva entre pais e filhos, independentemente do rompimento do vínculo entre os pais.³²

O Direito Americano, por sua vez, conforme aponta Simone Roberta Fontes, “foi o que mais se aplicou a este estudo, e a maioria de seus estados já adota francamente a guarda compartilhada. Inúmeros juristas americanos estão dedicando-se a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme em todo o País.”³³

Já no Brasil a guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico com o advento da Lei 11.698, de 2008, que incluiu os artigos 1.583 e 1.584 Código Civil de 2002, bem como pela Lei 13.058, de 2014, que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.63, também do Código Civil.

³⁰ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 113.

³¹ MOURA, Elizana Rodrigues. *Guarda compartilhada (...)*. Op.cit .

³² LÔBO, Paulo. *Direito Civil (...)*. Op. cit. p. 182.

³³ FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009, p. 30.

4.2 Guarda Compartilhada e Igualdade Parental

A Lei 11.698/2008, bem como a Lei 13.058/2014, batizada de “Lei da Igualdade Parental”, promoveu alteração radical no sistema de guarda dos filhos, posto que, até então, vigorava no ordenamento pátrio o modelo da guarda única com o direito de visita. Com as novas previsões, a guarda compartilhada passou a gozar de preferência, de forma que apenas não será adotada nos casos que o melhor interesse dos filhos recomende a opção pela guarda unilateral.³⁴

O objetivo de tal instituto consiste em garantir a continuidade da relação afetiva com os pais, e não somente dos deveres decorrentes do poder familiar, tendo em vista a valorização da convivência familiar.

De acordo com o Código Civil, após as introduções das referidas lei, a guarda compartilhada pode ser requerida ao magistrado por ambos os pais, de forma consensual, ou por apenas um deles nas ações litigiosas de divórcio, separação, dissolução de união estável, ou, ainda, por meio de medida cautelar.³⁵ Nota-se, assim, que o consenso não é requisito para a guarda compartilhada e que, diversamente, será aplicada sempre que possível, ainda que não haja acordo.³⁶

Ademais, o juiz pode decretar a guarda compartilhada no curso das referidas ações que levam à dissolução do núcleo familiar, ainda que inexistente requerimento por qualquer dos pais, quando verificar que ela é necessária para atender às exigências específicas do filho, tendo em vista as problemáticas que podem emergir ao se aguardar o deslinde da ação. Conforme leciona Lôbo, “a formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui.”³⁷

³⁴ O novo sistema se mostra em consonância com o disposto pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário e que assegura o Direito de Convivência entre pais e filhos separados e a Igualdade na responsabilidade de criação dos filhos. In verbis:

“Artigo 9 - A criança tem o direito de viver com um ou ambos os pais exceto quando se considere que isto é incompatível com o interesse maior da criança. A criança que esteja separada de um ou ambos os pais tem o direito a manter relações pessoais e contato direto com ambos os pais.

Artigo 18 - Os pais têm obrigações comuns no que diz respeito à criação dos filhos e o governo deverá prestar assistência apropriada.”

³⁵ Conforme artigo 1.584, incisos I e II, já citados acima.

³⁶ Art. 1.584 - § 2º 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.

³⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil (...). Op. cit. p. 178.

A guarda compartilhada é instrumento, assim, que permite o exercício da guarda de forma conjunta pelos pais separados, visando, assim, assegurar aos filhos a convivência com ambos e dotando tanto o pai com a mãe da titularidade do poder familiar, assegurando a co-parentalidade e corresponsabilidade dos pais em relação aos filhos, corroborando, por conseguinte, com os ditames constitucionais da igualdade.

Quando fixada a guarda compartilhada, determina-se a residência de um dos pais, o que não impede, todavia, a liberdade de frequentar a do outro ou mesmo a possibilidade de viver alternadamente em uma e outra. Todavia, a residência dos pais em locais diferentes não caracteriza óbice para a adoção da guarda compartilhada. Neste sentido, Lôbo afirma:

A guarda compartilhada tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou corresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais. Consequentemente, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações.³⁸

Diante disto, o que se depreende é que a guarda compartilhada é caracterizada por manter, de forma solidária, a responsabilidade pelos direitos e deveres decorrentes do poder parental, buscando dirimir os efeitos adversos que podem emergir com a separação dos cônjuges. O modo como tais responsabilidades serão divididas, bem como a efetivação da convivência familiar, pode ser alvo de consenso entre os pais ou de determinação juiz, hipótese em que deverá haver orientação técnico-profissional. Ademais, o período de convivência não precisa ser igual para que a guarda compartilhada seja caracterizada.

Em consonância com todo o exposto já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, mesmo ante da Lei 13.058/14. Vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais

³⁸ *Ibidem*, p. 178.

definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta se sujeita, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011)

Ademais, reforçando a importância das alterações aqui estudadas, de acordo com o *Jornal de Psicologia Familiar, dos Estados Unidos*, a guarda compartilhada tem efeitos benéficos para os filhos:

Isso faz bem à saúde mental das crianças (...). Quando os filhos têm a oportunidade de dividir seu tempo equilibradamente entre seus pais, a probabilidade de que venham a ter problemas emocionais, de comportamento ou de baixa autoestima diminuem.³⁹

No mesmo sentido, uma pesquisa científica canadense, ao investigar questões de guarda, apontou a necessidade da mudança de paradigma de “custódia universal” para a noção de guarda compartilhada. Um resumo dos resultados foi

³⁹ Revista Veja, edição de 31/07/2002 *Apud* LÔBO, Paulo. **Direito Civil** (...). *Op. Cit.* p. 179.

publicado pela Associação Brasileira Criança Feliz (ABCF)⁴⁰, onde se depreende que a guarda unilateral, diversas vezes, culmina na alienação parental e que a ausência do pai pode ter efeitos deveras prejudiciais para a criança. Neste sentido, os dados mostram que 80% dos jovens que estão na prisão não tem pai; que 71% dos casos de abandono escolar envolvem jovens que não têm pai; e que 90% das crianças que fogem de casa não têm pai. Além disso, jovens que não possuem pai apresentam maiores índices de depressão, suicídio, delinquência, gravidez na adolescência, problemas de comportamento, abuso de substâncias ilícitas, etc.

Ademais, o estudo mostrou que para 70% dos filhos que possuem pais divorciados, a guarda compartilhada é de seu interesse superior, pois acreditam que a divisão igual do tempo com cada um dos pais é a melhor opção.

Ademais, um estudo feito nos Estados Unidos, também apresentado pela ABCF, comparou os modelos de guarda exclusiva e compartilhada, concluindo que as crianças que vivem sob o regime da guarda compartilhada apresentaram melhores resultados em todas as avaliações feitas em relação à adaptação global do menor, tais como ajuste geral das crianças, relações familiares, resultados acadêmicos, autoestima, etc.

Por fim, tais estudos também mostram que a guarda compartilhada ajuda a diminuir o conflito parental com o passar do tempo, ao passo em que tais conflitos aumentam, ao longo do tempo, em famílias na qual se adotou o modelo de guarda exclusiva.

Dessa forma, a guarda compartilhada pode ser vista como meio de priorizar o melhor interesse do menor e de efetivar a igualdade de gênero no exercício do poder familiar, além de tutelar a família como um todo, e não como a mera soma de partes, “que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores.”⁴¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁰ Disponível em: < <http://criancafeliz.org/orientacao-cientifica-sobre-a-guarda-compartilhada/>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil** (...). *Op. cit.* p. 180.

A família, que constitui a base da sociedade, é atingida, diariamente, por inúmeras dificuldades que afetam a relação entre os cônjuges, tendo em vista que fatores como a globalização, as exigências do mercado laboral, a dinamicidade da vida contemporânea, etc., propiciam um número crescente de dissolução conjugal, o que pode ocasionar danos irreparáveis aos filhos.

Neste cenário, a atribuição de guarda com o advento da separação é de suma importância na vida do menor, o qual, como mencionado ao longo do artigo, é sujeito de direito, e não mera propriedade dos pais.

O Código Civil de 2002, alterado pela Lei 11.698/08, bem como pela Lei 13.058/2014, passou a tratar da guarda compartilhada dos filhos, consistindo no sistema que melhor se adequa aos princípios constitucionais da igualdade entre o homem e a mulher, da paternidade responsável e da primazia dos direitos do menor, tornando os pais igualmente e solidariamente responsáveis pelas decisões a respeito dos interesses de seus filhos.

Segundo informações do Atlas da Guarda Compartilhada no Brasil, antes da sanção da Lei 13.058/2014, somente 7% das decisões de guarda nas Varas de Família em todo o Brasil faziam opção pelo sistema da guarda compartilhada. Hoje, a lei estabelece que a decisão deve optar, preferencialmente, por tal modalidade, o que fez com que a sua aplicabilidade alcançasse 30% dos casos⁴².

De acordo com a magistrada da Terceira Vara Especializada de Família e Sucessões da Comarca de Várzea Grande, Jaqueline Cherulli, em entrevista publicada pelo TJMT, os últimos anos foram cruciais no avanço da luta pela igualdade no que diz respeito à guarda:

Apesar de existir uma legislação federal específica sobre o assunto desde 2008, a sociedade brasileira despertou para esse tema somente a partir de 2014. E, embora os números demonstrem um crescimento substancial na aplicação da lei, ainda existem resistências tanto por parte dos operadores do Direito quanto pela sociedade. Está arraigado no imaginário social que a aptidão para cuidar dos filhos é inata à mulher, mas isso não é verdade.⁴³

Assim, em consonância com o exposto ao longo deste artigo, a nova lei foi promulgada com o fim de fortalecer a igualdade entre pais e mães no que tange ao cuidado da criança. Nesta perspectiva, o efetivo exercício da guarda

⁴² Disponível em: < <http://www.tjmt.jus.br/Noticias/42701#.V9czSpgrLIV>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁴³ *Ibidem*.

compartilhada valoriza tanto o papel materno, quanto o paterno, podendo minimizar, de forma considerável, disputas entre os pais, o que, muitas vezes, acarreta inúmeros danos – físicos e mentais - para todos os integrantes da família.

Portanto, o instituto da guarda compartilhada aparece como meio hábil para assegurar a igualdade entre os pais na condução da vida dos filhos menores, após a ruptura do casamento ou da união, fortalecendo o laço de paternidade da criança com ambos os pais. Ademais, conforme os estudos científicos supramencionados, parece ser a melhor forma de concretizar o princípio da primazia dos interesses do menor.

A guarda compartilhada deve, portanto, prevalecer sobre a guarda única, sempre que o interesse do menor o permitir, buscando, dessa forma, uma divisão mais equilibrada na convivência entre pais e filhos, a fim de concretizar o direito recíproco à convivência, a valorização do afeto e do reconhecimento da igualdade parental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Lídia R. Folgueira. **Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?**. São Paulo: Casa do psicólogo, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 22ª ed. São Paulo: Saraiva 2007.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio: Uma interlocução da psicanálise com o direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil: Curso completo**. 12 edição. Belo Horizonte: Delrey, 2008.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Guarda Compartilhada**. Campinas: LZN, 2008.

LEVY, Fernanda R. Lourenço. **Guarda de filhos “Os conflitos no Exercício do Poder familiar”**. São Paulo: Atlas. S.A. São Paulo, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008**. Disponível em: < <http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopez de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. V. 5. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAUSCHER, Thomas. Familienrecht. *Apud* NERY, Rosa Maria de Andrade. **Relações de cuidado economia da família**. Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.