

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA**

CHARLES DE SOUSA ALVES

A NOVA LEI DE GUARDA E SUA APLICAÇÃO

Porto Velho

2015

CHARLES DE SOUSA ALVES

A NOVA LEI DE GUARDA E SUA APLICAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, em cumprimento das exigências para obtenção do título de especialista em direito para a carreira da magistratura.

Orientadora: Esp. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

Porto Velho

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

A474n	Alves, Charles de Sousa. A nova lei de guarda e sua aplicação / Charles de Sousa Alves. -- Porto Velho, 2015. 72p. Monografia (Especialização). – Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON, 2015. Orientação Profa. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza, Pós-Graduação em Direito para a Carreira da Magistratura. 1. Direito 2. Direito de Família 3. Guarda Compartilhada I. Título II. Souza, Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria. CDU: 347.643
-------	---

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA – EMERON
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA**

TÍTULO DA MONOGRAFIA

“A Nova Lei de Guarda e Sua Aplicação”

**APRESENTADA POR
CHARLES DE SOUSA ALVES**

**APROVADO EM 09 DE DEZEMBRO DE 2015,
PELA BANCA EXAMINADORA**

**Prof.^a Esp. ÚRSULA GONÇALVES THEODORO DE FARIA SOUZA
Orientadora – EMERON**

Prof. Mestre GUILHERME RIBEIRO BALDAN

Prof. Esp. EDENIR SEBASTIÃO ALBUQUERQUE DA ROSA

*Dedico ao meu filho Rafael, motivação
dos meus estudos, pela compreensão nas
minhas ausências.*

AGRADECIMENTOS

A Deus por permitir que esse momento se realize.

À minha mãe, Maria Denise, por possibilitar a conclusão deste curso na medida em que sempre esteve presente nos momentos difíceis.

Ao meu pai, Jorge Alves, pelo incentivo.

À professora e Juíza de Direito, Dra. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza, pelo conhecimento transmitido e atenção dispensada.

Aos amigos que estiveram sempre presentes durante o curso.

À todos os professores que fizeram parte da pós-graduação sem os quais a conclusão do curso não seria possível.

O meu profundo e sincero agradecimento.

RESUMO

Este trabalho irá tratar da aplicação da nova lei de guarda (Lei 13.058/2014), que divide opiniões sobre a guarda compartilhada. Para tanto, demonstrará como essa espécie de guarda entrou no direito brasileiro e quais são as suas modalidades. Identificará se é possível aplicar a guarda compartilhada mesmo quando não há acordo entre os genitores e quais são as principais vantagens de sua utilização. Será abordado o posicionamento da jurisprudência e dos juízes de primeiro grau, titulares das Varas de Família da comarca de Porto Velho, para identificar se a nova legislação está sendo aplicada como consta no texto legal. Serão explanados ainda quais os possíveis reflexos que a nova legislação poderá causar no judiciário, bem como no poder familiar. Será analisada a aplicação da guarda compartilhada com o dever de prestar alimentos, visitas, regime de convivência bem como se é possível sua aplicação quando os genitores residirem em cidades diferentes.

Palavras chaves: Nova lei de guarda compartilhada, aplicação, consenso.

ABSTRACT

This study will explain the share custody Law nº 11.698/08, with the objective to establish many species of custody and what are their modality. Will identify with is possible to apply the share custody when the parents don't have any consensus and what are the advantages. Will broach the judiciary positions about share custody, especially the Family's Judges in Porto Velho. The new legislation of share custody may cause damages in a sphere of justice and family power and these reflection will be broach too. Will broach the share custody with food duty, visitation duty and with is possible to apply share custody with parents that lives far away.

Keywords: New share custody, apply, consensus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO	11
1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	11
1.2 A FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	17
1.3 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO.....	18
2 O PODER FAMILIAR E A GUARDA	22
2.1 PODER FAMILIAR	22
2.1.1 Características.....	23
2.1.2 Obrigações.....	25
2.1.3 Suspensão, extinção e perda do poder familiar	27
2.2 GUARDA DOS FILHOS	29
2.2.1 Guarda unilateral.....	33
2.2.2 Guarda alternada.....	34
2.2.3 Aninhamento ou nidal.....	35
2.2.4 Guarda compartilhada	37
2.3 DIFERENÇAS ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA	39
3 APLICABILIDADE DA NOVA LEI DE GUARDA	42
3.1 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA	42
3.1.1 A guarda compartilhada de forma obrigatória?	46
3.1.2 Guarda compartilhada ou alternada?	47
3.2 BENEFÍCIOS DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	48
3.3 PROBLEMAS DE APLICAÇÃO.....	51
3.3.1 Interferência do Estado na família	51
3.3.2 Necessidade de acordo entre os genitores	53
3.3.3 Genitores que residem em cidades diferentes	55
3.3.4 A guarda compartilhada e o dever de alimentos.....	58
3.3.5 Decisão judicial de difícil execução.....	59
4 ENTREVISTAS COM MAGISTRADOS DA COMARCA DE PORTO VELHO SOBRE A APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA.....	62
4.1 MÉTODO.....	62

4.2 RESULTADO	62
4.3 DISCUSSÃO	64
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Tema que sempre ganha destaque no direito de família é a guarda dos filhos. Ao longo da nossa história tal instituto teve modificações significativas.

Em nosso ordenamento jurídico a família iniciou patriarcal e pautada nos comandos da igreja, porém com a evolução da sociedade as concepções sobre família se modificaram. Assim, o conceito de guarda dos filhos também sofreu modificações relevantes, sendo inclusive determinante para alterações na legislação.

Antes da última reforma o §2º do art. 1.584 do Código Civil estabelecia que a guarda compartilhada fosse aplicada sempre que possível. Tal expressão acabou por acalorar uma discussão sobre a necessidade ou não de acordo entre os genitores para aplicar a guarda compartilhada, o que fez com que alguns julgadores não aplicassem a guarda compartilhada quando não houvesse consenso entre os genitores.

Com o advento da nova lei, que estipula a guarda compartilhada como regra, surgiram inúmeros questionamentos quanto a sua aplicabilidade dividindo juristas sobre o tema.

Além de sua aplicabilidade outros posicionamentos sobre o dever de prestar alimentos, visitas e posse dos filhos voltam a ser objeto de debate.

Diante da inovação legislativa surge a ideia para a população de que não há mais necessidade de prestar alimentos e que seria possível dividir o tempo da criança com o outro genitor de forma rigorosa e igualitária, fato que poderá aumentar as demandas no judiciário.

A nova lei de guarda estabelece que a guarda dos filhos deve ser aplicada em todos os casos, mesmo não havendo acordo entre os genitores. Nesse ponto surge a controvérsia: é possível a aplicação da guarda compartilhada mesmo sem consenso entre os genitores?

Com esse trabalho abordaremos o posicionamento da jurisprudência dos tribunais do país, bem como dos juízes de primeiro grau da comarca de Porto Velho sobre a aplicabilidade da nova lei.

Uma primeira linha de pesquisa pode levar a conclusão de que não é possível sua aplicação, pois a guarda compartilhada necessita de consenso entre as partes.

Por outro lado, vários doutrinadores afirmam que é perfeitamente possível a existência de guarda compartilhada, ainda que os pais não consigam estabelecer acordo e que tal prática é benéfica para a criança.

Para identificarmos qual das hipóteses levantadas é a melhor solução, relacionaremos as decisões judiciais encontradas bem como a manifestação dos juízes de primeiro grau da comarca de Porto Velho com os posicionamentos doutrinários correspondentes.

É necessário ainda um estudo do que é guarda compartilhada, conceituando-a, bem como estabelecer qual a diferença da guarda alternada. Após será possível analisar a aplicabilidade da nova lei e os seus reflexos nos demais direitos e deveres inerentes ao poder familiar, como visitas, alimentos e posse dos filhos.

Outro ponto relevante a ser esclarecido é se a nova lei de guarda está de acordo com a atual sociedade ou tenta impor uma mudança de comportamento através de inovação legislativa.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO

A família pode ser considerada uma das instituições sociais de maior relevância, pois dela derivam as demais. É no ambiente familiar que ocorre o primeiro contato com vida em sociedade, onde se aprende os valores prestigiados no grupo em que estamos inseridos.

Como o direito busca regular a vida em sociedade a família não poderia escapar de sua regulamentação. Para que possamos prosseguir com o estudo é imperioso uma breve explanação da evolução histórica do conceito de família, a fim de tornar possível a análise criteriosa dos novos dispositivos legais sobre guarda dos filhos.

1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Ao longo da história o conceito de família e de filiação sofreu grandes transformações. Alguns autores afirmam que sua gênese ocorreu em tempos primitivos, entretanto Caio Mario da Silva Pereira¹, aponta que o estudo certo e comprovado sobre o estudo da família se inicia nas civilizações mediterrâneas, pois a partir desses povos é que se têm registros históricos.

Na família romana predominava a autoridade do *pater familias*, em quem se concentrava todo o pátrio poder. Nesse tempo ela era organizada sobre o princípio da autoridade. O *pater* dirigia a vida de seus familiares, era ele quem decidia todas as questões relativas aos filhos, como por exemplo, a escolha do marido de suas filhas. Era ele que oficiava o culto aos deuses domésticos. A preocupação com a família visava manter o convívio familiar independente de afeto, preservando-a enquanto instituição.

Destaque-se que o *pater* detinha o poder sobre a vida de sua prole podendo, inclusive, dispor dela, podia vendê-los ou impor-lhes penas cruéis, Caio Mario da Silva Pereira assinala nesse sentido:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*iusvitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*),

¹ Instituições de Direito Civil: Direito de Família, p. 19.

nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios [...].²

Na idade média a família passou a ter forte influência do direito canônico, desta forma, durante os séculos X e XV, ela era uma instituição religiosa. Nesse período somente o casamento ocorrido na igreja era reconhecido, nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves ressalta que:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica.³

O pai se preocupava somente com duas questões: o patrimônio e os filhos. O pai controlava toda a vida de sua prole, da infância ao casamento e quanto ao patrimônio, também era ele quem tinha o poder de gestão de toda a renda obtida pela família.

Tatiana Wagner L. de Paula⁴ afirma que houve uma pequena modificação desse cenário no período da renascença (séculos XV e XVI), pois pai e mãe passavam a ter um papel significativo na educação dos filhos. Os meninos iam com os pais para o campo e as meninas ficavam com a mãe e aprendiam o seu papel de mulher. A educação era passada dos pais aos filhos, para que estes soubessem qual era o seu papel na sociedade. Em seguida, durante o século XVIII, a educação passou do privado ao público, o que coincidia com a vontade do poder político e religioso de controlar o conjunto da sociedade.

No Brasil o estudo da família e filiação no direito começa na colonização, implantada por Portugal, que não se dissociou da situação europeia tendo o sistema feudal sido implantado no Brasil. Podemos afirmar que a entidade familiar brasileira era baseada na estabilidade patriarcal e na obediência aos comandos da igreja, Carlos Roberto Gonçalves preleciona:

É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos

² Ob. cit., p. 20.

³ Direito Civil Brasileiro, V.6, pg. 32.

⁴ Adoção à Brasileira: registro de filho alheiro em nome próprio, p. 21.

impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade⁵.

A colonização brasileira foi realizada por europeus que traziam escravos africanos além dos indígenas que aqui já estavam estabelecidos, o que proporcionou uma formação de população miscigenada e de diferentes classes sociais.

Leila Mezan Algranti⁶ aponta que a organização familiar e doméstica foi influenciada por elementos sociais e políticos que marcaram profundamente a formação da sociedade brasileira no período colonial dentre eles pode-se destacar “a falta de mulheres brancas, a presença da escravidão negra e indígena, a constante expansão do território, assim como a precariedade de recursos e de toda sorte de produtos com os quais estavam acostumados os colonos no seu dia-a-dia”.

Eni de Mesquita Samara⁷ aponta que desde o início da colonização as condições locais favoreceram o estabelecimento de uma estrutura econômica de base agrária, latifundiária e escravocrata. Tal fato associado a diversos outros elementos como descentralização administrativa local, excessiva concentração fundiária e acentuada dispersão populacional provocou a instalação de uma sociedade paternalista.

Nesse sentido Gilberto Freyre⁸ afirma que “a sociedade colonial no Brasil, principalmente em Pernambuco e no Recôncavo da Bahia, desenvolveu-se patriarcal e aristocraticamente à sombra de grandes plantações de açúcar”.

Podemos perceber que o estabelecimento da família brasileira ocorreu em virtude da sua forma de colonização e das condições que aqui se estabeleceram o que fortalecia a família como entidade patriarcal.

Samara afirma ainda que a família desempenhou um papel fundamental na sociedade colonial na medida em que concentrou em seu seio as funções econômicas e sociais mais importantes, “aparecendo também como solução para os problemas de acomodação sócio-cultural da população livre e pobre”⁹.

A entidade patriarcal da sociedade colonial baseava-se no poder do chefe do clã ou grupo de parentes. Este cuidava dos negócios e tinha, como princípio,

⁵ Ob. Cit. p. 32.

⁶ História da Vida Privada no Brasil, V.1, pg. 84.

⁷ Revista Brasileira de História, v. 11 nº 22, pg. 9

⁸ Casa Grande & Senzala, p. 79.

⁹ Ob. Cit., pg. 10.

preservar a linhagem e honra da família, exercendo sua autoridade sobre a mulher, filhos e demais dependentes sob a área de sua influência.

Leila Mezan Algranti ressalta que no espaço doméstico ganhava destaque a figura da mulher a quem cabia o “asseio e limpeza da casa, a preparação dos alimentos, o comando das escravas e índios domésticos, além de grande parte da indústria caseira¹⁰.

Vale ressaltar que ainda no período colonial existiam formações familiares diferentes da do modelo patriarcal. Leila Mezan Algranti¹¹ aponta que era possível verificar em alguns domicílios a presença de mulheres com seus filhos, porém sem maridos, assim como um casal de cônjuges e a concubina do marido vivendo sob o mesmo teto, o que demonstra que a família colonial possuía outras formas de modelo familiar.

Angela Mendes de Almeida¹² aponta que existiam manuais portugueses de casamento. Tais textos se situam na fronteira entre textos religiosos e os textos leigos, estes últimos, textos dedicados ao comportamento ideal do homem da corte. A autora aponta como exemplos: *Espelhos de Casados* (1540) do Doutor João de Barros; *Casamento Perfeito* (1630) de Diogo de Paiva de Andrada; e *Carta de Guia de Casados* (1651) de D. Francisco Manuel de Melo, tais textos foram escritos por leigos e dirigidos aos homens.

A historiadora ressalta que a pesar de terem sido feitos por leigos, tais livros se baseiam nos ditames da igreja católica, e entre eles a indissolubilidade do sacramento do matrimônio. Dentre outros ditames tais manuais afirmavam que o homem devia escolher bem sua esposa, pois o casamento seria irreversível, quais qualidades deveriam ser buscadas numa esposa, regras de comportamento dentre outras. Afirmava-se que esposa ideal é a mulher dedicada à casa e ao patrimônio familiar, e significativamente, nada se fala da mãe dedicada aos filhos.¹³

Observa-se que estes manuais de casamento portugueses refletiam o pensamento da sociedade portuguesa na época da nossa colonização, o que fez com que tais pensamentos aqui se implantassem, de modo que a nossa sociedade colonial tornou-se excessivamente patriarcal e pautada nos comandos da Igreja.

¹⁰ Ob. Cit. p. 120.

¹¹ Ob. Cit. p. 87.

¹² Revista Brasileira de História, v. 9 nº 17, pg. 196

¹³ Ob. Cit. p. 199.

Eni de Mesquita Samara¹⁴ aponta que o núcleo central era composto pelo chefe da família, esposa e legítimos descendentes: filhos e netos por linha materna ou paterna. Existia ainda uma camada periférica, pois se agregavam os filhos ilegítimos ou de criação, afilhados, amigos, serviçais e escravos.

A família aglomerada desta forma permitia uma maior participação política. Pois se por um lado, os agregados que não tinham um grande prestígio na sociedade necessitavam de apoio de um patriarca, este necessitava ser rodeado por um grupo de pessoas significativo para que pudesse ser reconhecido como pessoa de grande valor na sociedade.

Nessa sociedade patriarcal as mulheres não eram dotadas de grande poder de decisão. Eram, inclusive, passadas da tutela do pai para a do marido, quando casavam devendo cuidar dos filhos e da casa. A sua participação de forma mais decisiva era quando devia chefiar os afazeres domésticos, como comandar os escravos e demais agregados para tal função, nesse sentido Leila Mezan Algranti aponta que era comum encontrar cenas de “sinhás entrando e saindo das cozinhas dos engenhos, gritando incessantemente com as escravas e comandando a faxina doméstica”.¹⁵

Entretanto, o modelo de família patriarcal assumiu características diversas de acordo com o tempo e região, como aponta Eni de Mesquita Samara¹⁶. Para a historiadora o modelo de família idealizado por Gilberto Freire não reflete a realidade brasileira, pois a família teve características determinadas pelas diferenças regionais e as distinções de classe. Notadamente a organização da família fazendeira se distingue de forma significativa da família de classes baixas, da plebe rural.

Segundo a autora no final do século XVIII as famílias tinham estrutura mais simples no sul do país e que o modelo de família patriarcal extensa não chegava a representar 26% dos domicílios.

O celibato e o concubinato, comuns à época, contribuíam para o nascimento de filhos ilegítimos, em que pese o surgimento destes já ocorresse desde o período colonial. Nesse período os filhos nascidos fora do matrimônio eram protegidos de forma natural pelos pais, porém sua aceitação no meio social dependia da posição sócio-econômica de seu genitor e que muitas vezes tinha que ocultá-los dos

¹⁴ Ob. Cit., pg. 13.

¹⁵ Ob. cit. p.121.

¹⁶ Ob. Cit. P. 14.

parentes e amigos. Destaque-se ainda que a aceitação e inserção de filhos bastardos poderiam depender de sua cor. O preconceito relacionado à cor era maior do que o relacionado à ascendência legítima. Era mais provável que um bastardo de pele clara se inserisse na sociedade do que um de pele escura.

Os filhos ilegítimos eram lembrados desde que não tivessem que concorrer com os legítimos na sucessão e era comum que aqueles nascidos de mães escravas fossem libertados quando do falecimento do pai, que concedia o “benefício” por meio de testamento.

Eni de Mesquita Samara¹⁷ aponta que mudanças econômicas ocorridas afetaram o conjunto da sociedade e provocaram alterações no estilo de vida de seus habitantes. Pode-se destacar que a descoberta de minas de ouro na década de 1690 constituiu um novo polo de colonização deslocando o eixo econômico do Nordeste para o Sul. A sociedade que se formou na região era formada por uma miscigenação de raças e origens diversas, o que contribuiu para o enfraquecimento dos comandos da Igreja Portuguesa relativos à família.

Essas modificações no cenário nacional se acentuam ao longo do século XIX com o desenvolvimento da economia no Sul do país com a cafeicultura. Além disso, ocorreram modificações políticas importantes, notadamente a Independência em 1822 e República em 1889, e a abolição da escravatura em 1888 que modificou o sistema de mão-de-obra até então vigente.

Diante de tais acontecimentos históricos, aponta a autora, que se abriram novas oportunidades de emprego tendo inclusive a mulher ingressado no mercado de trabalho. Além disso com a modificação da mão-de-obra é possível concluir que a forma da família brasileira passou cada vez mais a deixar de ser patriarcal, pois os antigos agregados e escravos passaram a ser livres e com o avançar do tempo iam se libertando, de fato, da dependência econômica do chefe de família.

Em que pese às mudanças sociais ocorridas, a legislação da época ainda prestigiava a família como instituição religiosa e o poder do patriarca.

Como aponta Ralph Lopes Pinheiro¹⁸ a época do descobrimento vigiam em Portugal as ordenações do Reino que prestigiavam os ditames da Igreja. Tais ordenações que iniciaram com as Afonsinas, em seguida Manoelinhas e por último,

¹⁷ Revista de Psicologia USP, 2002, Vol. 13, No.2, 27-48, disponível em <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>> Acesso em 05.04.2015.

¹⁸ História Resumida do Direito, p. 97

sendo um compêndio das últimas e de todas as leis esparsas surge as Filipinas que vigoraram no Brasil até a o advento do Código civil de 1916.

No mesmo sentido das ordenações Filipinas o Código Civil reconheceu e legitimou a supremacia masculina e a dotou de poder central, tópico que será analisado a seguir.

1.2 A FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Inegável que a família contemporânea sofreu grande influência dos dogmas existentes na Europa e dos conceitos difundidos pela igreja, pois o Código Civil de 1916 continha previsões intimamente ligadas com o poder da igreja e a concentração de poder no *pater*, notadamente em razão da colonização promovida por Portugal como explanado anteriormente.

A busca pela preservação do núcleo familiar da sociedade brasileira antes da atual constituição autorizava que os filhos fossem classificados de forma discriminatória. Os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos. Os filhos ilegítimos se subdividem em naturais ou espúrios, estes últimos, subdividem-se em incestuosos e adulterinos. Jacqueline Felgueiras Nogueira¹⁹ assinala:

A família e o sistema de filiação que repousa no Código Civil têm suas características e remontam ao Brasil Colônia e aos modelos de família vigente à época. Abrigava a noção de família patriarcal, funcional, hierarquizada e que refletia uma comunidade de sangue fundada no casamento, pois só através do matrimônio se poderia constituir família (art. 229), conferindo aos filhos deste o estatuto privilegiado da 'legitimidade' (art. 337), quase que impossibilitando o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, os chamados 'ilegítimos', os excluídos relegando o legislador a um plano marginal a questão da verdade biológica da filiação, tudo em favor de valores morais e éticos desenhados pelo sistema vigente e em nome da 'paz familiar'.

Naturais eram os filhos que advinham de relações extramatrimoniais de pessoas que não tinham impedimento de se casar. Dessa forma era possível o seu reconhecimento como filho, e após serem legitimados pelo casamento adquiriam os mesmos direitos dos legítimos, conforme estabelecia o art. 352 do Código Civil de 1916. Espúrios eram aqueles nascidos de pais impedidos de casar entre si, isso em decorrência de parentesco e afinidade, no caso de filhos incestuosos, ou casamento no caso de filhos adulterinos.

¹⁹ A Filiação que se constrói: o relacionamento do afeto como valor jurídico, pg. 31.

Maria Berenice Dias ressalta que “essa classificação tinha único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, a prole proceder ou não de genitores casados entre si”²⁰. Desta forma, filho era somente aquele concebido dentro do matrimônio, independente da verdade biológica ou do afeto. Vale destacar que no Código Civil de 1916 em sua redação originária (art. 358) os filhos incestuosos e os adulterinos não poderiam ser reconhecidos, tal dispositivo lhe suprimia além do direito à identidade o direito à própria sobrevivência. A ilustre doutrinadora traz a seguinte reflexão sobre a paternidade na legislação civilista anterior, *in verbis*:

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime – e infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhes direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais.²¹

Observa-se que a família no Código Civil de 1916 era patriarcal e valorizava os comandos da igreja e reconhecia como família apenas aquela decorrente do matrimônio. Em igual sentido afirmava que filhos eram somente a prole concebida da relação matrimonial.

1.3 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO

Com o decorrer do tempo as distinções de filhos legítimos e ilegítimos já não pareciam mais justas, e começam a surgir legislações tais como o Decreto-Lei 4.737/1942 e Lei 883/1949 possibilitando o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, entretanto somente após a dissolução do casamento.

Nessas legislações tivemos um pequeno avanço, pois se permitia o direito de investigar a paternidade para garantia de alimentos tendo a ação que tramitar em segredo de justiça. Tais filhos eram registrados como filhos ilegítimos e teriam somente direito a metade da herança que teria direito de receber o filho legítimo ou legitimado.

A vedação de reconhecimento de filhos fora do matrimônio sofreu

²⁰ Manual de Direito das Famílias. 10^a ed, pg. 387.

²¹ Idem.

abrandamentos ao longo do tempo e com o advento da Lei 7.841/89, essa proibição desapareceu da legislação civil. Entretanto, o surgimento desta lei ocorreu já sob os ditames da Constituição de 1988 que deu nova roupagem ao conceito de família e filiação, adequando a legislação para a sociedade da época que não mais admitia tais discriminações.

A Constituição de 1988, em seu artigo 226, afirma que a família é a base da sociedade e teve ter especial proteção do Estado, devendo proporcionar assistência a cada um dos que a integram. O matrimônio não é mais a única forma de se constituir a entidade familiar. Na atual constituição entende-se como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo ainda a união estável assegurando que sua conversão em casamento deve ser facilitada.

Em relação à filiação a carta magna excluiu qualquer discriminação. Expressões como filhos legítimos, naturais, adulterinos e incestuosos foram banidos do direito brasileiro. José Afonso da Silva sem seu magistério afirma que

O art. 227, §6º, contém importante norma relativa ao *direito de filiação*, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a e ela relativas²².

Atualmente, pode-se afirmar que filiação é um vínculo que se estabelece entre pais e filhos, independente da verdade biológica. Prestigia-se o caráter socioafetivo da paternidade e filiação. Todo ser humano possui pai e mãe, mesmo nos casos de reprodução assistida é necessário o progenitor. Maria Helena Diniz conceitua:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda (CC, art. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.) ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.²³

O conceito trazido pela doutrinadora se mostra amplo e relativamente capaz de abranger o que seria a filiação, uma vez que ela não decorre somente da origem biológica reconhecendo também a paternidade socioafetiva e os casos de reprodução assistida.

²² Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed, pg. 851.

²³ Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 5. Pg. 420.

A modificação da sociedade criou inúmeras formas de família e de filiação, pois na sociedade atual são comuns outras formas de arranjos familiares como a união estável e a família monoparental, assim chamada aquela constituída por um dos pais e seu filho. A professora Maria Berenice Dias, complementa “os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual”²⁴.

Atualmente o conceito de filiação não mais decorre da existência ou não de casamento. Também não decorre da existência de vínculo genético, hoje facilmente demonstrado pelo exame de DNA. As modificações na sociedade e na legislação demonstram que o vínculo de filiação é compreendido por conceitos mais abrangentes como filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, etc. Tais expressões demonstram, em apertada síntese, que a filiação hoje decorre das relações de afeto, nesse sentido:

Ditas expressões nada mais significam do que o reconhecimento, também no campo da parentalidade, do novo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do **vínculo afetivo** paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que passou a compreender o **parentesco psicológico**, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal [grifo do autor]²⁵.

É possível concluir que com a evolução da sociedade no tempo e com o enfraquecimento da igreja o conceito de família e filiação se transformou. Atualmente temos um novo modelo de família, dissociado daquele outrora vigente.

O outro ponto que merece destaque é o fato de que a sociedade é modificada por fatores sociais e políticos. O que efetivamente modificou a estrutura da família brasileira são os acontecimentos sociopolíticos como, por exemplo, a descoberta do ouro no Sul (1690) independência (1822), abolição da escravatura (1888), proclamação da República (1889) e não as alterações legislativas.

Em que pese existir resquícios da família paternalista, se observa que ela não é a forma predominante. Não há um modelo de família contemporânea, há na verdade, diversas formas reconhecidas pela sociedade e pelo direito.

Estabelecida a ideia de família e filiação e como ela foi regulada no tempo pela nossa sociedade passemos à análise do poder familiar e guarda.

²⁴ Ob. Cit. p. 389.

²⁵ Idem.

Abordaremos como tais institutos foram regulamentados em nosso direto, bem como as principais modificações legislativas sobre o tema para que possamos seguir com o estudo da nova lei de guarda compartilhada.

2 O PODER FAMILIAR E A GUARDA

2.1 PODER FAMILIAR

A expressão poder familiar adotada no atual Código Civil substituiu o termo *pátrio poder*, e este, como vimos, tem origem no direito romano. Observamos que o termo continuou a ser usado na Europa e em nosso país, perdurando entre nós por até pouco tempo na história.

O ordenamento jurídico anterior priorizava o homem como chefe da família e lhe dava poder sobre toda a família. O progresso das relações sociais, notadamente com as novas perspectivas de igualdade entre homens e mulheres, impulsionaram alterações do Código Civil de 1916 e quando da promulgação da nova Constituição tais valores foram contemplados.

A redação original do Código Civil anterior assegurava o poder sobre a família exclusivamente ao marido, e a mulher somente poderia exercê-lo quando viúva. O estatuto da mulher casada (Lei 4.121/62) alterou o art. 233 do Código Civil anterior e assegurou que a mulher poderia auxiliar o homem com relação ao pátrio poder.

A Constituição Federal de 1988 ao garantir tratamento isonômico ao homem e a mulher e assegurando-lhes iguais direitos e deveres em relação à sociedade conjugal, trouxe o mesmo tratamento com relação ao pátrio poder, que agora deveria receber outra denominação.

Dessa mudança de paradigma se fez necessário trazer uma nova denominação, pois o poder não era mais exercido pelo *pater*. A esse respeito Maria Berenice Dias aponta que “como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar”.²⁶

Ocorre que atualmente o poder familiar também não é a melhor expressão a ser utilizada. Com o avanço da sociedade e do direito o termo deixou de representar domínio sobre os filhos para ter conotação de proteção. Rolf Madaleno aponta que:

Com a influência do cristianismo o poder familiar assumiu características de direito protetivo, tornando-se uma imposição de ordem pública, no sentido de os pais zelarem pela formação integral dos filhos,

²⁶ Ob. Cit. pg. 460.

com o alcance determinado pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira, merecendo o menor especial destaque, alvo de absoluta prioridade, sendo assegurado à criança e ao adolescente e agora também ao jovem, em razão da Emenda Constitucional n. 65/2010, 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, deixando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²⁷

Observa-se que o atual legislador preocupou-se tanto em extinguir a diferença entre homens e mulheres em relação aos filhos que pecou ao utilizar o termo. Nesse tempo em que a mulher adquiriu igualdade de condições com os homens na gestão da família, os filhos deixaram de ser objeto de dominação dos pais, para serem sujeitos de direitos, aos quais os pais e toda a sociedade devem dar absoluta prioridade e proteção integral.

Maria Berenice Dias aponta que “o poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função familiar ou em dever familiar”.²⁸

Igual pensamento é externado por Arnaldo Rizzato que em seu magistério afirma: “diríamos que hoje preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar, e que os filhos não mais são vistos com o propósito ou esperança de futuro auxílio aos progenitores”.²⁹

Sílvio Rodrigues sintetiza e preleciona que “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.”³⁰

Assim o poder familiar deixou de ser uma autoridade consubstanciada no domínio dos filhos para receber uma conotação de dever para com a prole. O ordenamento deixou de conferir um poder de autoridade sobre os filhos e passou a impor aos pais a proteção integral de seus filhos, tornando-os objeto de absoluta prioridade.

2.1.1 Características

Podemos apontar algumas características inerentes ao poder familiar tais

²⁷ Curso de Direito de Família, 5^a ed., autal., e ampl. P. 676.

²⁸ Ob. Cit. p. 461

²⁹ Direito de Família, 8^a ed. 535.

³⁰ Direito Civil, v. 6, p. 356

como a sua irrenunciabilidade, inalienabilidade, impossibilidade de transferência, e imprescritibilidade. Tais características decorrem dos princípios constitucionais envolvidos e a sua natureza. Para Maria Berenice Dias:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele defluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.³¹

Algumas considerações merecem destaque. O poder familiar pode decorrer da filiação natural, legal ou socioafetiva, porém na prática a filiação se prova com o registro de nascimento conforme estabelece o art. 1.603 do Código Civil. Desta forma, provado o estado de filiação pelo registro de nascimento, o fato da filiação se originar da norma, de presunção legal, do vínculo genético ou da socioafetividade não terá nenhuma distinção em relação ao poder familiar. Entretanto, se não constar no registro de nascimento será necessário prévio reconhecimento do estado de filiação.

A irrenunciabilidade do poder familiar é uma de suas características principais, pois os pais não podem simplesmente renunciá-lo. Se fosse possível, estaríamos diante da possibilidade de se eximir de um múnus público, imposto pela lei. Ocorre que há um caso em que na prática pode implicar na renúncia ao poder familiar: Casos de adoção e a disposição contida no art. 166 da Lei no 8.069/90. Arnaldo Rizzato aponta que os pais:

Comparecem em cartório, e declaram expressamente que consentem na adoção do filho por terceira pessoa. Ora, como a adoção envolve necessariamente a transferência do poder familiar, é correto deduzir que a perda do múnus se opera com a entrega voluntária do filho. Ao mesmo tempo que se dá a concordância com a adoção, verifica-se, mesmo que indiretamente, a renúncia do poder familiar³²

Neste caso há de fato uma renúncia do poder familiar, porém há que se observar que o foco principal não é permitir que os genitores renunciem ao seu poder familiar, mas dotar os pais adotivos de poder familiar em relação aos filhos adotados, sem a interferência daqueles que optaram pela entrega dos filhos para a adoção.

³¹ Ob. cit. p. 462

³² Ob. Cit. p. 538

2.1.2 Obrigações

Os filhos menores de dezoitos anos estão sujeitos ao poder familiar conforme preceitua o artigo 1.630 do Código Civil, ressalvadas as hipóteses de emancipação e os casos em que houver decisão judicial extinguindo ou suspendendo o poder familiar.

A legislação atual confere aos genitores, em igualdade de condições, o exercício do poder familiar. O art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispõe que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil”. O dispositivo ressalta ainda a possibilidade de que, em caso de discordância, os genitores possam se socorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O art. 1.633 do Código Civil estabelece que se o filho não for reconhecido pelo pai, ficará sob o poder familiar apenas da mãe. Ocorre que tal norma é de todo óbvia, se não há prova da filiação, ou se o pai é desconhecido não poderá ele exercer o poder familiar. Como dito anteriormente, será necessário demanda de investigação de paternidade ou reconhecimento espontâneo prévio.

A Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º estabelece que os poderes e deveres decorrentes da sociedade conjugal serão exercidos de forma igualitária pelo homem e pela mulher. Nesse mesmo sentido o art. 1.631 do Código Civil estabelece que durante o casamento ou união estável, o poder familiar será exercido por ambos. Somente em caso de falta ou impedimento é que ele poderá ser exercido de forma unilateral.

Os dispositivos que regem o casamento (art. 1.566 do CC) e da união estável (art. 1.724 do CC), em consonância com os preceitos constitucionais, conferem a ambos o poder familiar. Maria Berenice Dias aponta que mesmo que o convívio familiar seja rompido o poder familiar segue exercido por ambos, “independente de quem detém sua guarda. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo de que se perpetua independentemente da relação dos genitores”.³³ A esse respeito, Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Na realidade, independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar. Bastaria, pois, que o dispositivo em apreço estabelecesse

³³ Ob.cit. p. 464.

que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe...”, visto que o aludido múnus decorre da filiação, não do casamento ou união estável.³⁴

Assim o poder familiar é exercido por ambos os genitores e independem da relação entre eles, pois a filiação e o poder familiar não se vinculam de qualquer forma à sociedade conjugal.

Atualmente a questão controversa em relação ao exercício do poder familiar versa em torno da separação do casal.

Com a nova lei de guarda, que alterou dispositivos no Código Civil estabelecendo como regra a guarda compartilhada, houve intensificação do debate em torno do poder familiar, guarda dos filhos e alimentos.

O tema será abordado em seguida com mais profundidade, mas por ora para que possamos explorar quem detém o poder familiar, em se tratando de pais separados, trago à baila os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC 1.632). Os filhos permanecem sob a guarda compartilhada dos genitores, ainda que não haja acordo entre ambos. O tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada. Ainda assim persiste o dever de ambos de promoverem.³⁵

Observa-se que o poder familiar será exercido por ambos, independente da situação conjugal dos genitores, e pode ser visualizado nas disposições do art. 1634, que foi objeto de alteração da nova lei de guarda e teve sua redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014. Tal dispositivo distribui entre os genitores a “competência” em relação à pessoa dos filhos, a saber:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

³⁴ Ob. Cit. p.416.

³⁵ Ob. cit. p. 464.

- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Observa-se o dispositivo em tela que o exercício da guarda é um dos atributos decorrentes do poder familiar e com ele não deve ser confundido. Pois além de ter os filhos em sua companhia e dirigir-lhes a educação, os pais detêm atributos como conceder consentimento para casarem ou viajar para o exterior, bem como os demais casos previstos na legislação em comento.

2.1.3 Suspensão, extinção e perda do poder familiar

A proteção aos filhos em nosso ordenamento é tão forte que, se os pais deixarem de cumprir com o dever de sustento da prole, poderá restar configurado o delito de abandono material previsto no art. 244 do Código Penal.

Como o poder familiar é um dever a ser exercido pelos pais em favor dos filhos, o Estado poderá intervir quando necessário. Poderá ele, com o objetivo de fiscalizar o cumprimento dos deveres que decorrem do poder familiar, suspendê-lo ou até mesmo excluí-lo.

O Estado é legitimado a intervir na relação com os filhos pelo disposto no art. 227 da Constituição Federal, ao estabelecer que as crianças e adolescentes devam ser objeto de proteção integral. Se os genitores faltam com o seu dever, é de todo necessário que se busque meios para retirar as crianças de situações de risco ou até mesmo colocá-las em família substituta.

Existem três modalidades distintas com relação à limitação do exercício do poder familiar: a suspensão, extinção e perda do poder familiar.

A suspensão e a destituição estão relacionadas com um caráter de sanção aos pais que faltam com os deveres a eles atribuídos pelo poder familiar. Contudo, observa-se que na prática tal fato pode não se revelar uma punição aos pais. O que se busca é a proteção dos filhos. Nesse sentido Sílvio Rodrigues preleciona:

Ao nosso ver, tais sanções têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. Tanto assim é que, cessadas as causas que conduziram à suspensão ou à destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares.³⁶

³⁶ Ob. Cit. p. 368/369.

As hipóteses de suspensão do poder familiar estão relacionadas com abuso de autoridade e estão previstas no art. 1.637 do CC que estabelece que se um dos genitores abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, o juiz deverá, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha, quando requerido por algum parente ou o Ministério Público.

O parágrafo único do mesmo dispositivo afirma que se suspenderá o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Ocorre que, como aponta Maria Berenice Dias, esta norma é desarrazoada, pois a condenação a pena superior a dois anos não necessariamente implica em privação de liberdade em regime fechado ou semiaberto, pois pelo tempo da condenação será possível o cumprimento em regime aberto (CP art. 33, §2º, c), ou ainda substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (CP art. 44).³⁷

A perda do poder familiar decorre de uma sanção imposta ao passo que a extinção ocorre com a morte de uma das partes da relação familiar, com a capacidade civil plena do filho ou ainda em casos de adoção.

O art. 1.635 do Código Civil determina que o poder familiar se extingue nos casos de: I - morte dos pais ou do filho; II - emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - maioridade; IV - adoção; V - decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Em que pese a literalidade da lei, tem-se que o inciso V se trata da perda do poder familiar e não extinção e poderá ocorrer nas hipóteses elencadas no art. 1638 do Código Civil: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Destaque-se ainda que em caso de crime doloso cometido contra o filho, punido com pena de reclusão, a perda do poder familiar será efeito da condenação nos termos do que preceitua o art. 92, II do Código Penal.

Observe-se que a perda do poder familiar pela prática de castigos

³⁷ Ob. Cit. p. 471.

imoderados prevista no inciso I, permitia concluir que os castigos moderados eram admitidos pelo direito. Entretanto tal dispositivo deve ser interpretado observando o disposto na Lei 13.010/2014 “lei da palmada”, que prevê punições específicas em casos de castigos físicos.

2.2 GUARDA DOS FILHOS

Como se pode observar do período colonial de nosso país, aos homens não era atribuído a tarefa de cuidar da prole, estavam sempre ocupados com os negócios da família e com o dever de lhe prover o sustento.

É certo que tinham direito de ter a posse dos filhos em caso de separação, fato decorrente do pátrio poder, porém se observa que os filhos sempre estiveram com as mães, e os pais pouco contato tinham com os filhos. Assim quando houve a substituição do pátrio poder pelo poder familiar, em que a mulher passou a ter direitos iguais na sociedade conjugal, observou-se que quando o casal se separava o guarda dos filhos passava a ser naturalmente da mãe.

No Código Civil de 1916 (art. 326) havia previsão de que, em caso de separação judicial, a guarda ficaria com o cônjuge inocente. Ao que parece tais dispositivos longe de procurar preservar os interesses dos filhos, preocupava-se em premiar aquele que foi inocente na separação do casal.

Do mesmo dispositivo sobressai a preferência para que a mãe tivesse a guarda, pois estabelecia que, na hipótese de serem ambos culpados, os filhos ficariam com a mãe, salvo se tal fato causasse prejuízo de ordem moral aos filhos.

O disposto no art. 226, §5º da Constituição Federal ao suprimir as desigualdades na relação conjugal, bem como de seu art. 5º ao estabelecer igualdade entre homens e mulheres, aliado à modificação da sociedade brasileira proporcionou uma mudança de paradigma.

Como aponta Maria Berenice Dias quando as mulheres ingressaram no mercado de trabalho e a frequentar faculdades, necessitaram passar tempo fora de casa, o que fez com que os homens fossem chamados a participar da vida doméstica³⁸.

Desta forma, homens passaram a integrar o convívio familiar, o que fez com

³⁸ Ob. Cit. p. 519.

que a regra de que a guarda dos filhos fosse da mãe se modificasse.

Atualmente, a guarda será daquele genitor que melhor atender aos interesses da prole, pouco importando se é o pai ou a mãe, bem como a culpa do fim do relacionamento. Ademais, a alteração da nova lei de guarda traz modificações significativas com relação à guarda dos filhos, tema que será abordado a seguir.

Para uma melhor fundamentação do acima exposto é necessário definirmos o conceito de guarda e quais são suas modalidades.

O vocábulo guarda, conforme De Plácido e Silva, é derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração.³⁹

Rolf Madaleno em seu magistério afirma que em relação aos pais, o termo guarda “consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole.”⁴⁰

Já Simone Roberta Fontes assinala que a “guarda integra o conjunto de deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais em relação às pessoas e bens dos filhos.”⁴¹ Em sentido semelhante Ana Carolina Silveira Akel preleciona que “a guarda dos filhos é um direito potestativo, ou seja, um poder-dever, conferido àquele que mantém a prole, ou parte dela, sob sua companhia, vigilância e responsabilidade.”⁴²

Por sua vez Maria Berenice Dias critica o termo sustentando que não é o termo adequado, para ela “a palavra guarda significa verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que sujeito de direitos. Daí a preferência pela expressão direito de convivência”⁴³.

Com a devida vênia à doutrinadora, há que se fazer uma distinção entre guarda e visitas, pois a esta última a professora também prefere o termo direito de convivência⁴⁴.

Em que pese o direito de convivência poder englobar os conceitos de guarda

³⁹ *Apud* LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos: Os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42.

⁴⁰ Ob. Cit. p. 432.

⁴¹ *Guarda Compartilhada: Doutrina e prática*, p. 36.

⁴² *Guarda Compartilhada: Um avanço para a família*, p. 75.

⁴³ Ob. Cit. p. 522.

⁴⁴ Ob. Cit. p. 532.

e visitas, termo de melhor demonstração da realidade fática, não consegue distinguir os institutos.

As visitas serão reguladas ao genitor que não detém a guarda e consiste na fixação de dias em que um dos genitores poderá ter seu filho em sua companhia, e a guarda, em suas diversas formas, consiste em além de ter o filho em sua posse e companhia, todos os demais atributos do poder familiar, como a gestão de seus interesses e decisão sobre sua vida e educação, nesse sentido Conrado Paulino da Rosa afirma que:

Guarda e convivência são institutos distintos. Embora comumente confundidos, o primeiro diz respeito ao modo de gestão dos interesses da prole – que pode ser de forma conjunta ou unilateral – e o segundo, anteriormente tratado como direito de visitas, versa sobre o período de convivência que cada genitor terá com os filhos, sendo necessária a sua fixação em qualquer modalidade de guarda.⁴⁵

Destaque-se que o cônjuge não detentor da guarda mantém os atributos do poder familiar e poderá continuar a fiscalizar a educação e manutenção dos filhos, conforme determina o artigo 1.589 do Código Civil, sendo-lhe facultado ir ao juízo para que dirima conflitos em relação às decisões em relação aos filhos, nos termos do parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil.

O artigo 1.630 do mesmo diploma legal determina que os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, de forma que é possível concluir que mesmo não sendo o detentor da guarda persistirá o poder familiar.

É de se reconhecer que a guarda, em regra, é um dos atributos do poder familiar e não instituto autônomo e independente. Conrado Paulino da Rosa afirma que “a guarda, quando é exercida pelos pais, trata-se, em verdade, de uma demarcação de poderes atribuídos pelo poder familiar”⁴⁶, nesse sentido ainda Rolf Madaleno assinala:

A guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos (CC, art. 1.632). Em regra a guarda é atributo do poder familiar, embora não seja de sua essência, pois existem guardiões sem o poder parental, como sucede, por exemplo, na tutela e com as famílias reconstituídas, nas quais o novo parceiro do guardião ascendente não exerce o poder familiar, embora exerça a guarda indireta dos filhos de seu companheiro.⁴⁷

⁴⁵ Nova Lei da Guarda Compartilhada, p. 65..

⁴⁶ Ob. Cit. p. 13.

⁴⁷ Ob. Cit. p. 432.

Em que pese a etimologia da palavra significar posse, a guarda tem ganhado novos aspectos. Não basta que a criança esteja sobre a vigilância de seus genitores, é necessário que os pais se empenhem em sua função.

Não há que se reconhecer que guarda tenha o mesmo sentido aplicado ao direito das coisas, aqui há uma relação de direitos e deveres, tendo os deveres dos pais para com o filhos maior relevância, Rolf Madaleno preleciona que

Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor.⁴⁸

Na mesma esteira, Fernanda Rocha Lourenço Levy assinala que:

A guarda é um complexo de deveres (e direitos) que tem por objetivo a proteção integral do filho menor não emancipado. Estão inseridos no instituto da guarda os deveres de cuidar, vigiar, criar, educar e ter os filhos em companhia e de perseguí-los e reavê-los de quem injustamente os detenha. Pode ser oposta perante terceiros e mesmo entre os pais⁴⁹

Desta forma, pode-se afirmar com segurança que a guarda não é apenas o direito de ter os filhos sob sua companhia, revelando-se em uma relação de direitos e deveres entre pais e filhos, devendo os primeiros dispensar cuidados e orientações sobre saúde, educação, lazer para com os segundos.

Há que se ressaltar ainda a distinção da guarda civilista da estatutária. A primeira, objeto do presente estudo, trata da proteção dos filhos menores no âmbito da família parental, por outro lado a estatutária, prevista no ECA, regula a guarda de crianças e adolescentes em situação de risco.

Na estatutária, a guarda destina-se a regulamentar a posse de fato, como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção ou, excepcionalmente, fora dos casos de adoção e tutela, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de determinados atos (art. 33 do ECA).

Feitos esses delineamentos, passamos a discorrer quanto às modalidades de guardas bem como suas características.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Guarda de Filhos: os conflitos no exercício do poder familiar

2.2.1 Guarda unilateral

O artigo 1.583 do Código Civil estabelece que no direito pátrio a guarda será unilateral ou compartilhada, e conceitua a guarda unilateral como sendo aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, conforme o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

Como aponta Conrado Paulino de Rosa, nos casos de guarda unilateral, o guardião possuirá “não só a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole”. Destaque-se que ao outro genitor caberá a supervisão da vida dos filhos.

Fernanda Rocha Lourenço Levy, ressalta que a guarda unilateral será a adotada quando a titularidade do poder familiar for exercida com exclusividade de um dos genitores, citando como exemplos a falta de reconhecimento da paternidade e as hipóteses de suspensão ou destituição do poder familiar.⁵⁰ Com razão a autora, se a guarda é um dos atributos inerentes ao poder familiar aquele que não reconheceu a paternidade, devidamente comprovada em registro de nascimento, não tem como exercer a guarda, se não por decisão judicial. Igual razão nos casos de suspensão e destituição do poder familiar, pois se este está suspenso ou fora destituído, em regra, não há como conceder ao genitor a guarda dos filhos.

Ana Carolina Silveira Akel classifica tal modalidade de guarda como monoparental, pois ao atribuir a guarda dos filhos à um só dos genitores, se formará uma família monoparental, família esta consagrada no art. 226, §4º da Constituição Federal. A referida autora destaca que

Dentro do longo processo de modificação nas relações familiares, o conceito de família biparental, ou seja, aquela formada por ambos os genitores, pai e mãe, deu origem a uma nova forma de organização familiar, denominada família monoparental, constituída por um ascendente e o seu descendente, que ganhou relevância diante da projeção da ideologia feminista no âmbito das Ciências Sociais.⁵¹

Certamente ao se atribuir a guarda dos filhos à um dos genitores teremos a formação da família monoparental, que atualmente é reconhecida no sistema jurídico pátrio como consequência da evolução do conceito de família.

Convém destacar que, conforme preleciona Fernanda Rocha Lourenço Levy,

⁵⁰ Ob. Cit. 54.

⁵¹ Ob.cit. p. 96-97.

o exercício de alguns atributos do poder familiar deverão ser exercidos em conjunto, tais como, “nos casos do consentimento para o casamento, da emancipação e da adoção, justamente por implicarem a extinção do próprio poder familiar, e outras específicas, como no caso de autorização para viagem do filho para o exterior”.⁵²

Como já dito, conforme previsão contida no §5º do art. 1.583, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Tal modalidade de guarda apesar de, até a edição da nova lei de guarda (lei 13.058/14), ser aplicada como regra recebe inúmeras críticas de toda a doutrina que versa sobre direito de família. Simone Roberta Fontes aponta que

A criança neste sistema é muito prejudicada, pois o vínculo com um dos pais fica prejudicado, sendo que somente terá contato com o mesmo nos dias e horários de visitas, sendo que não poderá compartilhar de sua presença.⁵³

Em igual sentido Conrado Paulino da Rosa afirma que “andou bem a alteração legislativa para determinar a guarda unilateral como via restritiva. Isso porque sua fixação acirra o litígio”.

Observa-se que tal modalidade de guarda tem sido adotada na prática pelos juízes brasileiros, pois sua fixação é de mais fácil execução. As dificuldades de aplicação da guarda compartilhada serão abordadas mais adiante, por ora, apenas consignamos que a guarda unilateral tem sido a aplicada com mais frequência.

2.2.2 Guarda alternada

Como apontado no tópico anterior as modalidades de guarda estabelecidas no ordenamento pátrio são a unilateral e compartilhada (art. 1.583 do CC). Talvez o sentido da norma seja justamente afastar a fixação da guarda de forma alternada.

Nessa última modalidade de guarda a criança fica sob os cuidados materiais e jurídicos exclusivos de um dos genitores por determinado espaço de tempo, como

⁵² Ob. Cit. 54.

⁵³ Ob. Cit. p. 43.

semana, mês, ano, etc.

Simone Roberta Fontes preleciona que a guarda alternada “caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia”⁵⁴.

Conrado Paulino da Rosa afirma que nessa modalidade de guarda

Tanto jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais. Dessa forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a cada um deles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.⁵⁵

A guarda alternada tem sofrido fortes críticas na doutrina contemporânea, pois, impede a criação de um referencial para os filhos, que passam a transitar de uma residência para outra em intervalos de tempos rígidos e muitas vezes com orientações antagônicas.

Em sentido semelhante Simone Roberta Fontes em seu magistério observa que tal modalidade de guarda “é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões de formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais.”⁵⁶

A fixação de guarda nesse formato deixa de lado o interesse dos filhos, para que estes se tornem objeto de transação entre os pais. Há algum tempo Fernanda Rocha Lourenço Levy já afirmava “que a guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança”.⁵⁷

A redação do código civil, ao que parece, buscou suprimir tal modalidade de guarda ao prever expressamente as duas modalidades de guarda. Ocorre que tal rol se mostra mais exemplificativo do que taxativo, bem como há uma possibilidade de interpretação equivocada de outros dispositivos que possam levar à aplicação de guarda alternada.

2.2.3 Aninhamento ou nidal

⁵⁴ Ob. Cit. p. 43.

⁵⁵ Ob. Cit. p. 59.

⁵⁶ Ob. Ct. P. 44.

⁵⁷ Ob. Cit. p. 60.

Conforme preleciona Conrado Paulina da Rosa a expressão “nidal” vem do latim *nidus*, que significa ninho e traz consigo o sentido de que os filhos permanecem no ninho e os pais é que se revezarão.⁵⁸

Maria Berenice Dias conceitua: “o filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece”.⁵⁹ A doutrinadora sustenta que o aninhamento seria uma subespécie de guarda compartilhada.

Simone Roberta Fontes por sua vez afirma que esta modalidade de guarda trará prejuízos iguais aos da guarda alternada, e que por isso é pouco defendida.⁶⁰

Também denominada nidação, nesta modalidade de guarda os filhos terão uma residência fixa e os pais que terão que alternar os períodos de convivência entre si. Pouco utilizada em razão da necessidade de um alto poder aquisitivo, pois será necessário que além de suas casas os pais tenham que manter uma terceira. Outro óbice a sua utilização é que os pais terão que entrar em um acordo com relação à manutenção da terceira casa.

Contudo, há que se destacar que a nidação ou aninhamento em verdade, não é uma modalidade de guarda em si. Trata-se tão somente do regime de fixação de residência base.

O local de residência dos filhos não deve ser confundido com guarda, pois esta se revela muito mais do que ter os filhos em sua companhia. Trata-se do exercício de todos os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, como orientação da vida e educação dos filhos bem como o poder de decidir sobre as questões da prole.

No que se convencionou chamar de guarda nidal, os pais podem estar exercendo a guarda compartilhada ou alternada. Se forem fixados regimes fixos de alternância dos pais nas residências com a exclusiva criação dos filhos, sem a participação do outro, de fato, teremos uma guarda alternada que certamente trará prejuízos para a criança.

Entretanto, se for estabelecido a guarda compartilhada com essa modalidade de fixação de residência o resultado será benéfico para a prole.

Em que pese art. 1583 do Código Civil estabelecer que a guarda deva ser

⁵⁸ Ob. Cit. p. 60

⁵⁹ Ob. Cit. p 528.

⁶⁰ Ob. Cit. p. 47.

unilateral ou compartilhada, há que se dar uma interpretação ampliada a tal dispositivo.

Ao realizamos uma interpretação que entenda ser este um rol taxativo, vedaremos outras modalidades que possam, diante do caso concreto, serem favoráveis aos menores.

A Constituição Federal ao consagrar o princípio da proteção integral e o dever de garantia do melhor interesse da criança em seu art. 227, impõe a aplicação de qualquer modalidade de guarda que se revele vantajosa para a prole.

Assim, em que pese ausência de previsão legal, havendo possibilidade de sua aplicação e constatado que ela será benéfica aos filhos é de se aplicar tal modalidade de fixação de residência, evitando que seja na forma de guarda alternada.

2.2.4 Guarda compartilhada

Enquanto filhos de pais que são casados ou vivem juntos, a guarda é naturalmente conjunta, e neste caso há efetivamente um compartilhamento de todos os atributos do poder familiar, seja a posse do filho bem como a tomada de decisões em conjunto.

Conforme preceitua o art. 1.632 do Código Civil, “o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”, de forma que permanece inalterado o poder familiar quando os pais se separam. Porém, como aponta Rolf Madaleno “é preciso indicar qual dos progenitores deverá exercer a guarda física dos filhos, encarregado dos cuidados diários da prole”.⁶¹

Como apontado no início deste capítulo historicamente, a guarda dos filhos na hipótese de separação dos genitores, era conferida de forma maciça à mãe, salvo raras e graves exceções capazes de afetar os interesses do menor, Rolf Madaleno complementa:

A preferência em favor da mãe para continuar com a custódia dos filhos na separação dos pais era tida como razoável para o contexto social e familiar existente em um período em que a mulher não trabalhava e costumava ter tempo para poder se dedicar inteiramente ao lar e aos filhos, sendo deferido ao pai a faculdade de visitar seus filhos.⁶²

⁶¹ Ob. Cit. p. 438.

⁶² Ob. Cit. p. 433.

Ocorre que essa modalidade de guarda deferida exclusivamente à genitora deixou de ser aplicada em razão do avanço cultural e socioeconômico do nosso país. Assim como a guarda unilateral passou a ser severamente criticada por não atender ao melhor interesse da criança.

Nesta esteira boa parte da doutrina passou a defender a utilização da guarda na modalidade compartilhada. Simone Roberta Fontes, afirma que “na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham equitativamente sua guarda jurídica.”⁶³

Fernanda Rocha Lourenço Levy aponta que essa modalidade de guarda tem por fim precípua a minimização dos danos suportados pelos filhos em razão do fim ou mesmo da inexistência de relação entre os genitores, mantendo os laços paterno-filiais em condições de igualdade. Afirma ainda que os pais co-participam efetivamente de todas as decisões da vida dos filhos, de maneira igualitária.⁶⁴

Por sua vez Paulo Oliveira Leite afirma que “a guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos.”⁶⁵

Álvaro Villaça de Azevedo pondera que na guarda compartilhada há um estágio bem avançado de educação conjunta de filhos por seus pais separados. Argumenta que para o seu sucesso é necessário um grau de compreensão muito grande por parte desses genitores que dividem decisões procurando melhor vida educacional social e bem-estar dos seus filhos⁶⁶.

Rolf Madaleno em seu magistério afirma que a

Guarda compartilhada tem em mira permitir a cada um dos pais o direito de poder participar das mais relevantes decisões pertinentes a seus filhos comuns, sempre na intenção de proteção da prole, durante seu estágio de crescimento, desenvolvimento e estabilidade emocional, devolvendo à vida dos filhos de pais separados a participação efetiva de ambos os genitores na sua formação social, psicológica, afetiva, espiritual e no tocante à sua educação.⁶⁷

Destaque-se que boa parte da doutrina utiliza os termos guarda conjunta e compartilhada como sinônimos. Fernanda Rocha Lourenço Levy, afirma que são

⁶³ Ob. Cit. p. 47.

⁶⁴ Ob. Cit. p. 54

⁶⁵ Apud ROSA, Conrado Paulino. Nova Lei da Guarda Compartilhada, p.69.

⁶⁶ Direito de Família, p. 231.

⁶⁷ Ob. Cit. p. 435.

institutos distintos, pois conjunta será aquela em que o casal ainda convive e por isso exerce a guarda de forma conjunta, ambos terão a posse dos filhos e dividirão os direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Já a compartilhada ocorrerá quando o casal não convive junto, porém as decisões sobre vida da prole são divididas, compartilhadas, nesse sentido:

Guarda conjunta é aquela exercida pelos pais durante o relacionamento conjugal. Pressupõe exercício simultâneo, contínuo, comum, conjugado, não fragmentado do poder familiar e da guarda jurídica e material exercida por ambos os genitores. Também é denominada de guarda indistinta, pois seu exercício é realizado da mesma maneira pelos pais. Na verdade, por vezes encontramos a guarda conjunta no mesmo sentido da guarda compartilhada, posto que nesta se busca justamente o efetivo exercício conjunto do poder familiar pelos pais, embora não haja conjugalidade entre eles.⁶⁸

É possível afirmar que a guarda compartilhada importará em uma soma de esforços e na contribuição dos pais, com o fim de garantir a participação de ambos de forma igualitária na criação e educação dos filhos bem como a distribuição do tempo de convivência.

2.3 DIFERENÇAS ENTRE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA

Importante destacar que a guarda compartilhada e alternada não se confundem.

Na guarda alternada os pais revezam a guarda unilateral por determinado espaço de tempo, que pode ser semanal, mensal, anual ou outro período de tempo qualquer. Nessa modalidade os genitores exercerão, com exclusividade, os atributos inerentes ao poder familiar no período de tempo pré-determinado.

Ao término do lapso temporal passarão os filhos a ficar sob a guarda do outro genitor que, de igual maneira, passará a exercer a guarda da prole no período de tempo pré-determinado.

Por outro lado na guarda compartilhada o que se divide são os atributos inerentes ao poder familiar, como dirigir a educação, saúde, lazer, bem como decidir as questões referentes a prole, como onde estudar e quais locais frequentar.

Paulo Andreatto Bonfim afirma que:

⁶⁸ Ob. Cit. p. 53.

A "guarda compartilhada", ao revés, não se confunde com a "guarda alternada", vez que naquela não se inclui a ideia de "alternância" de dias, semanas ou meses de exclusividade na companhia dos filhos. De fato, na "guarda compartilhada" o que se "compartilha" não é a posse, mas sim a responsabilidade pela sua educação, saúde, formação, bem estar, etc. Questões como o colégio a ser escolhido, as atividades de lazer a serem desenvolvidas, a orientação religiosa etc., deverão ser debatidas e solucionadas por ambos os cônjuges, posto que esta é a ideia que justifica a escolha da "guarda compartilhada".⁶⁹

Conrado Paulino da Rosa complementa e afirma que

O objetivo da guarda compartilhada vai além da simples responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse; na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança.⁷⁰

Importante destacar que, como aponta Fernanda Rocha Lourenço Levy, embora a guarda compartilhada seja o exercício conjunto pelos pais do poder familiar, a guarda material, consubstanciada na convivência contínua com ambos, não está aí incluída. Sustenta que a guarda compartilhada está mais relacionada com a divisão de responsabilidades do que em relação à posse e complementa:

Mesmo na modalidade da guarda compartilhada, o filho mora com um dos genitores, sendo que o diferencial consiste na participação dos pais de maneira igualitária e efetiva no exercício do poder familiar, incluído o livre e constante acesso do genitor descontínuo ao filho.⁷¹

Conrado Paulino da Rosa preleciona que a "determinação da guarda compartilhada importa necessariamente na atribuição da custódia física do filho, ou seja, com quem ele irá morar."⁷²

Ainda que seja fixada guarda compartilhada é necessário fixar o local de residência que a nova lei chamou de base de moradia, conforme §3º do art. 1.583 do Código Civil.

Como aponta Laura Affonso da Costa Levy,

No âmbito da guarda conjunta, diferentemente da guarda alternada, existe somente um ambiente físico determinado. No qual, garante o bom desenvolvimento emocional e psíquico da criança, ou adolescente, uma aproximação dos papéis materno e paterno e o desenvolvimento da esfera social adequada.⁷³

⁶⁹ BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7335>>. Acesso em: 8 maio 2015.

⁷⁰ Ob. Cit. p. 74/75.

⁷¹ Ob. Cti. p. 55.

⁷² Ob. Cit. p. 76.

⁷³ LEVY, Laura Affonso da Costa. O estudo sobre a guarda compartilhada. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <<http://www.ambito->

Em sentido semelhante Ana Carolina Silveira Akel afirma que:

A guarda compartilhada carrega o necessário pressuposto de uma residência fixa, única e não alternada, ou seja, o menor reside num lar determinado, que lhe gera estabilidade, o que não ocorre na guarda alternada, na qual os filhos são transformados em verdadeiros “ioiôs” humanos, permanecendo, por exemplo, uma semana com cada genitor. Há que se distinguir, definitivamente, o exercício alternado da guarda do exercício compartilhado, no qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os menores cumprirem suas obrigações e receberem o que lhes é de direito.⁷⁴

Desta forma enquanto na guarda alternada há uma alternância de residências por períodos determinados e sem a participação efetiva do outro genitor, na guarda compartilhada há uma base de moradia e ambos os genitores participarão da educação dos filhos, bem como das decisões relativas à eles.

3 APLICABILIDADE DA NOVA LEI DE GUARDA

Com o advento da Lei 13.058/2014 ocorreram significativas modificações na regulamentação da guarda civilista no direito brasileiro, em especial sobre a aplicação da guarda compartilhada.

Ao estabelecer a guarda compartilhada como regra, mesmo em caso de desacordo dos pais, tal legislação atendeu aos reclamos da doutrina e da sociedade civil organizada, porém contraria o que tem sido aplicado por diversos tribunais.

Para que se possa constatar sua aplicabilidade, ou não, importante será a explanação de como essa modalidade de guarda ingressou em nosso ordenamento jurídico, bem como a forma como ela vinha sendo utilizada.

Com a aplicação da nova lei algumas dúvidas emergem tais como: é realmente obrigatória a fixação da guarda na modalidade compartilhada? As disposições que afirmam que o tempo de convivência deve ser dividido de forma equilibrada não tornaria a guarda alternada? É possível executar uma sentença que estabeleça guarda compartilhada? Ou ainda, o que fazer em caso de descumprimento?

3.1 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA

Inicialmente o Código Civil de 2002 não especificou modalidades de guarda, o que fazia com que os juízes aplicassem a guarda unilateral em casos de pais que não convivem juntos.

A redação original dos artigos 1.583 e 1.584 do citado diploma legal estabeleciam que em relação à guarda dos filhos seria observado o acordo que os pais realizassem. Em caso de dissenso a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições de exercê-la.

Diante dos novos conceitos de família e a necessidade de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, alguns tribunais começaram a reconhecer a guarda compartilhada como aplicável mesmo sem previsão legal. Sustentavam que a guarda deveria ser estabelecida observando o melhor interesse da criança, nesse sentido:

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70005760673, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, **Julgado em 12/03/2003**).

Em que pese não existir previsão expressa na lei então vigente a guarda compartilhada não era vedada. Ao realizar uma interpretação sistemática entre constituição e normas infraconstitucionais, se constatou que ela é plenamente viável.

A Constituição Federal em seu art. 226, §5º, ao estabelecer a igualdade na relação familiar, atribui a ambos os genitores a igualdade no tratamento dos filhos.

A interpretação de disposições como a norma constitucional de igualdade, a regra de que em relação à guarda deverá ser observado o que os pais acordarem, além os preceitos protetivos e comandos de observância do melhor interesse da criança, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiram concluir que a guarda compartilhada poderia ser aplicada.

Nesse contexto a Lei 11.698/08 introduziu a guarda compartilhada em nosso ordenamento positivado e trouxe conceitos sobre o tema. Na justificativa do projeto de Lei nº 58/06 da Câmara o deputado Tilden Santiago⁷⁵ atento ao fato de que alguns tribunais brasileiros já aplicavam a guarda compartilhada e aos reclamos da sociedade civil organizada, trouxe a proposta de introduzir a guarda compartilhada no Código Civil. Após diversas modificações na redação original do projeto, a lei foi aprovada com a seguinte redação:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

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

Embora a redação do dispositivo em tela fale que quando não houver acordo

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=40372&tp=1>>
Acesso em 30.04.2015.

entre os pais a guarda compartilhada deveria ser aplicada, a expressão “sempre que possível” ganhou um interpretação que parece dissociar do objetivo de tal norma.

Os tribunais brasileiros entendem, em sua grande maioria, que para a aplicação da guarda compartilhada é necessário o acordo entre os genitores. Havendo conflito entre eles não seria possível a sua aplicação, nesse sentido:

GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à filha desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a filha, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. [...].

(TJ-RS - AI: 70052006368 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 02/01/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/01/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. GUARDA MONOPARENTAL DO FILHO MENOR DO CASAL. PLENA ADAPTAÇÃO AOS AMBIENTES FAMILIAR E ESCOLAR PROPORCIONADOS PELO GENITOR. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL À MANUTENÇÃO DA GUARDA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA JUSTIFICAR SUA MODIFICAÇÃO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA MANTIDA NESTE PONTO. Demonstrado que o genitor exerce a guarda do filho menor desde a separação do casal e, comprovado tratar-se de ambiente saudável para o seu desenvolvimento, há que ser mantida a guarda em seu favor, a fim de preservar os melhores interesses do infante. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. NECESSÁRIA RELAÇÃO AMIGÁVEL A FIM DE NÃO PREJUDICAR A CRIANÇA. Somente deve ser deferida a guarda compartilhada quando houver entre os genitores relação amigável e consenso, a fim de não inviabilizar o objetivo dessa modalidade que é resguardar o melhor interesse da criança. REGIME DE VISITAS. AMPLIAÇÃO DOS PERÍODOS DE CONVIVÊNCIA COM A GENITORA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INFANTE. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos. Assim, inexistente qualquer prejuízo à criança, deve ser acolhido o pleito da mãe que pretende a ampliação dos seus períodos de visitas. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SC - Apelação Cível: AC 20120258309 SC 2012.025830-9, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 21/08/2013, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado).

Entretanto boa parte da doutrina que trata do direito de família defende que não há necessidade de acordo para que a guarda compartilhada possa ser aplicada. De forma que alguns tribunais passaram a aplicar a guarda compartilhada

independente de acordo entre os genitores, entre eles o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. 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 definidas pelo gênero dos pais. 2. 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. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação 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. 4. 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. 5. 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. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA).

Nesse ínterim surge a Lei 13.058/14 que modifica a guarda no nosso sistema jurídico, impondo, ainda que não tenha acordo entre os genitores, a guarda compartilhada.

Na justificativa do projeto de Lei 117/ 2013 (original 1.009/2011) de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá⁷⁶, se afirma que os operadores do direito não entenderam o real significado da lei 13058/14, pois “têm interpretado a expressão ‘sempre que possível’ existente no inciso em pauta, como ‘sempre os genitores sem relacionem bem’(sic)”.

O parlamentar defende que desde redação anterior a ideia era de que a guarda compartilhada fosse a regra e que o bom relacionamento entre os genitores é irrelevante. Sustenta ainda que se fosse entendido que a guarda compartilhada dependesse de acordo, permitiria que um dos genitores insistisse no conflito para que a guarda lhe fosse atribuída de forma exclusiva.

Após algumas modificações em outros pontos no projeto original, surge a

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142603&tp=1>>
Acesso em: 02.06.2015.

nova lei dando nova redação ao instituto da guarda compartilhada:

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.

Do dispositivo em tela sobressai que a guarda dos filhos deve ser obrigatoriamente compartilhada, mesmo não havendo acordo entre os genitores.

Entretanto tal norma é de duvidosa aplicabilidade. Doutrina e jurisprudência divergem sobre o tema, ocorrendo por vezes mudanças de posicionamento. E sobre a sua aplicação surgem inúmeros questionamentos que dela possam decorrer, temas que abordaremos a seguir.

3.1.1 A guarda compartilhada de forma obrigatória?

A literalidade do parágrafo segundo do art. 1.584 do Código Civil com a redação dada pela nova lei de guarda indica que a guarda compartilhada obrigatoriamente deve ser aplicada, ressalvada a possibilidade de um dos genitores expressamente não a desejar ou quando um deles não estiver apto a exercer o poder familiar.

De tal dispositivo se constata que o legislador previamente valorou a guarda compartilhada como melhor forma de estipulação de guarda dos filhos, sem observar as peculiaridades de cada caso concreto.

Ocorre que o Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer o princípio da melhor interesse da criança determina que esta deva ter absoluta prioridade.

Desta forma o juiz deve realizar uma análise do caso concreto e verificar se, de fato, a guarda compartilhada é a forma que melhor atende aos interesses da criança. Porém, agora deve ele justificar e apresentar os motivos de que a guarda compartilhada é inviável, já que esta tem a preferência legal.

A esse respeito a Juíza Ângela Gimenes, titular da Primeira Vara Especializada em Família e Sucessões de Cuiabá, em entrevista concedida ao IBDFAM sustenta que a guarda compartilhada somente deve ser afastada em casos extremos e previstos em lei, para ela:

Os casos em que a guarda compartilhada não será aplicada remontam às exceções, igualmente previstas em lei. São casos extremos de condutas ilícitas, como aquelas que envolvam violência doméstica, drogas, detenção, dentre outras.⁷⁷

Como dito anteriormente jurisprudência aplicava a guarda compartilhada, mesmo sem previsão legal, pautada no princípio do melhor interesse da criança. Da mesma maneira, deve afastá-la se de alguma forma se revelar desapropriada.

3.1.2 Guarda compartilhada ou alternada?

Outro ponto polêmico da nova lei foi o estabelecimento de divisão de tempo de forma equilibrada que traz uma discussão interminável sobre as distinções de guarda compartilhada e alternada.

O debate sobre o tema ganhou relevo, pois as disposições da nova lei de guarda muito se assemelham à guarda alternada que não contém previsão legal em nosso ordenamento e é desaconselhada pela doutrina e jurisprudência.

O parágrafo segundo art. 1.583 do Código Civil brasileiro estabelece que “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”.

A esse respeito, Waldyr Grisard Filho sustenta que:

Ao enfatizar a necessidade de se determinar um lapso temporal de convivência entre pais e filhos, revelada nas expressões “estabelecer... períodos de convivência”, “divisão equilibrada de tempo”, o Projeto não privilegia fatores existenciais e o aproxima da nefasta guarda alternada. A guarda compartilhada proposta, nessa linha de disciplinação, corre o risco de transformar-se em guarda alternada, operando um retrocesso social⁷⁸.

Evidentemente que uma leitura apressada do dispositivo em tela poderia levar à conclusão de que fora estabelecida a guarda alternada em nosso ordenamento jurídico. Porém, tal dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática e em conjunto com os demais dispositivos.

O que se busca é que ambos os genitores participem efetivamente da vida dos filhos, inclusive que o regime de convivência seja distribuído de forma

⁷⁷ Entrevista com o tema Igualdade Parental. Revista do IBDFAM n. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, Janeiro de 2015.

⁷⁸ A guarda compartilhada na berlinda. Revista do IBDFAM n. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, Janeiro de 2015, p. 12.

equilibrada. Isso não significa dizer que os filhos deverão passar determinado espaço de tempo com um dos genitores para em seguida passarem igual período, sob a guarda exclusiva, do outro genitor.

Assim guarda compartilhada com divisão do tempo é diferente de guarda alternada. Na primeira ambos participam efetivamente das decisões sobre a vida dos filhos e dividem os períodos de convivência, no segundo a guarda é exercida de forma exclusiva por um dos genitores a cada intervalo de tempo estabelecido previamente.

A nova legislação ao dispor do período de convivência induz pessoas a pensarem que a guarda alternada foi estabelecida em nosso ordenamento. Entretanto ao se distinguir guarda compartilhada da guarda alternada, se percebe que a divisão equilibrada de tempo é compatível com a guarda compartilhada.

3.2 BENEFÍCIOS DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

É pacífico o entendimento doutrinário de que a guarda compartilhada é a modalidade que melhor atende aos interesses dos menores, pois privilegia a convivência de ambos os genitores com os filhos.

Tal modalidade de guarda faz com que ambos os pais continuem a manter o contato com os filhos e participem das principais decisões de suas vidas, o que implica na manutenção dos laços de afeto.

Laura Affonso da Costa Levy e Maiana Ribeiro Rodrigues afirmam que:

Com a guarda compartilhada busca-se atenuar o impacto negativo da ruptura conjugal, enquanto mantêm os dois pais envolvidos na criação dos filhos, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto. Dessa forma, os filhos seguem estando aí, seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família segue existindo, alquebradas, mas não destruída.⁷⁹

Conrado Paulino da Rosa aponta que:

São evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, já que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, não ficando um dos pais como mero coadjuvante na

⁷⁹ LEVY, Laura Affonso da Costa; RODRIGUES, Maiana Ribeiro. Guarda Compartilhada: um enfoque psico-jurídico. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7624&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em set 2015.

criação do filho, ao contribuir apenas com os alimentos e tendo como "recompensa" o direito à visitação.

Ou seja, para formação psicológica da criança é melhor que ela conviva cotidianamente com ambos os pais, ainda que em "condições não ideais", do que uma "paz artificial", na qual um de seus pais "some", reaparecendo como visitante derrotado [...].

Evidentemente que com a adoção de guarda unilateral um dos pais terá menor participação na vida do filho. Com o passar do tempo o genitor não guardião vai perdendo espaço e se tornando distante, pois não participa ativamente das decisões que são importantes para a prole.

A adoção de guarda unilateral faz com que um dos genitores se torne coadjuvante e de menor importância reduzindo sua participação na vida da prole à visitas periódicas.

Em regra a guarda compartilhada trará benefícios para os filhos, pois permite a participação de ambos os genitores, mesmo que estes não morem juntos.

A psicóloga Denise Maria Perinissi da Silva sustenta que:

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.⁸⁰

Afirma ainda a psicóloga que a guarda compartilhada também é necessária para a boa formação dos indivíduos, pois a presença de ambos os genitores é fator determinante na correta educação e formação de valores das crianças.

A psicóloga Sandra Maria Baccara Araújo em seu trabalho denominado "A ausência da função paterna no contexto da violência juvenil", faz uma análise da figura paterna na criação dos filhos e sua evolução na sociedade. A autora ainda traz os impactos que a ausência do genitor representa na criação dos filhos e sua relação com os adolescentes em conflito com a lei. Para a psicóloga

O exercício da função paterna pressupõe muito mais do que a simples presença masculina na relação com o bebê. Acreditamos que essa função se localiza no espaço de subjetivação do exercício do poder, entendido como a representação da Lei, como representação simbólica do mundo.⁸¹

⁸⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda compartilhada é o melhor para a criança!. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11578>. Acesso em set 2015.

⁸¹ A ausência da função paterna no contexto da violência juvenil. Disponível em <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC000000082005000200006&script=sci_arttext>.

A especialista sustenta que a figura paterna representa a lei e limitação aos filhos fazendo um a importante ponte entre a existência familiar e a societária, transmitindo os dogmas da sociedade em que se vive. Para ela a ausência o pai pode representar a ausência de limites o que contribui para que os filhos entrem em conflito com a lei.

Conclui-se que para uma melhor formação moral e social das crianças é necessário que elas contêm com ambos os genitores, cada um desempenhando o seu papel na criação e educação dos filhos.

Não se defende aqui que filhos que não tenham tido a participação de um dos genitores certamente terão alguma má formação de caráter ou moral. O que se defende, na realidade, é que se ambos os genitores participarem ativamente do processo de formação dos filhos o resultado será melhor para estes.

O pediatra e diretor científico da Associação Nacional Italiana de Profissionais de Família, Vítorio Vezzetti, sustenta que o estabelecimento de duas casas como moradia dos filhos traz mais benefícios do que a modalidade de guarda unilateral, vejamos:

Estas análises de estudos longitudinais demonstram que nenhum efeito negativo resulta da guarda partilhada entre duas casas ou de modelos educacionais distintos inconsistentes. Tal como acima referido, os resultados indicam o contrário.

Em contraste, onde as principais tarefas da educação são alocadas para apenas um dos progenitores, evidências científicas confiáveis de inúmeros estudos demonstram picos de desconforto para a criança. [...] A ideia, portanto, da dupla residência, longe de poder ser considerado como potencialmente prejudicial para o menor, deve ser visto como uma ferramenta chave para proteger o desenvolvimento equilibrado da criança.⁸²

É possível afirmar que não há prejuízos na utilização da guarda compartilhada e que estabelecimento de moradia em duas casas não traz prejuízos aos infantes.

Do respectivo estudo é possível notar ainda que um dos principais efeitos negativos que se atribui à guarda alternada é afastado pelo especialista em questão.

A maioria da doutrina de direito de família atribuí, como ponto negativo da

Acesso em set 2015.

⁸² Guarda Partilhada: O Interesse Da Criança Em Diferentes Estruturas Familiares. Tradução Catarina Esteves e Roberta Frontini. Disponível em <http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2013/06/GUARDA-PARTILHADA_O-INTERESSE-DA-CRIAN%C3%87A-EM-DIFERENTES-ESTRUTURAS-FAMILIARES_vers%C3%A3o-final.pdf> texto original em <<http://www.colibri-italia.it/2012/10/affido-condiviso-linteresse-del-minore.html>> Acesso em set 2015.

guarda alternada, a perda do referencial de moradia. Entende a doutrina que a alternância de residências com diferentes dogmas seria prejudicial aos infantes, porém o referido doutrinador põe em dúvida tal argumento.

Ainda entre os juristas há quem entenda que a alternância de residências não seria prejudicial aos infantes, Conrado Paulino da Rosa sustenta que

Uma das argumentações favoráveis à guarda compartilhada é que a criança pode se adaptar facilmente à nova rotina de alternância, sem que isso lhe traga transtornos. Assim como a criança arruma sua mochila para ir à escola todos os dias, ela pode se adaptar perfeitamente a levar e trazer seus objetos pessoais e roupas de uma residência para outra, já que sua realidade é ter duas casas, e isso não é necessariamente ruim.⁸³

Em que pese o estudo mencionado bem como o posicionamento acima acalorarem uma grande polêmica sobre o estudo e aplicação da guarda alternada, esta não é objeto deste trabalho.

Com o objetivo de assegurar a melhor modalidade de guarda em nosso ordenamento o legislador optou por impor a guarda compartilhada como regra. Entretanto algumas dúvidas sobre sua aplicação surgem, tema que abordaremos em seguida.

3.3 PROBLEMAS DE APLICAÇÃO

3.3.1 Interferência do Estado na família

Com a estipulação da guarda compartilhada ambos os genitores têm o poder de decisão na vida dos filhos. Em se tratando de um casal que consiga se relacionar harmonicamente não surgirão maiores problemas. Entretanto se o casal estiver continuamente em litígio certamente surgirão conflitos, tais como: em qual escola os filhos irão estudar; se irão ou não frequentar a igreja; quais atividades extracurriculares serão exercidas pelas crianças; qual tratamento médico será adotado, dentre outros.

Tais questões até os dias atuais raramente são postas em juízo, pois os pais são casados e conseguem chegar a um consenso mais facilmente, ou o guardião decide de forma unilateral.

Porém com a introdução da guarda compartilhada de forma obrigatória, tais

⁸³ Ob. Cit. p. 67.

questões certamente serão objeto de litígio entre os genitores que não terão alternativa se não retornarem ao judiciário para que o juiz escolha a escola que seus filhos devem frequentar, se devem ir ou não à igreja, ou ainda se devem fazer curso de idiomas ou atividades esportivas.

Já existe previsão de que o juiz intervenha em caso de conflito entre os genitores consoante disposição contida no parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil. Apesar de tal instituto já ser utilizado atualmente, a busca por tal ferramenta será potencializada com a guarda compartilhada entre pais conflituosos, pois todas as decisões sobre a vida dos filhos, em tese, podem ser objeto de disputa.

Atualmente o juiz somente decidiria contra a vontade do guardião se houvesse um relevante motivo que justificasse. Entretanto, no caso da guarda compartilhada, ambos os genitores são guardiões e a decisão se o infante deve frequentar cursos de idiomas ou atividades esportivas, por exemplo, não deveria caber ao judiciário.

Com a aplicação da nova lei de guarda um dos desdobramentos possíveis é o aumento da interferência do Estado na família.

Ocorre que quando o Estado é chamado para decidir questões que deveriam estar estritamente ligadas à liberdade de cada indivíduo, temos um excesso de interferência ilegítimo.

Por outro lado, modificações legislativas que possibilitaram igual interferência já ocorreram em nosso ordenamento e tiveram o mesmo receio que acima se expôs.

Silvio Rodrigues destaca que a Lei 4.121/62 deu nova redação ao artigo 380 do Código Civil então em vigor e permitiu que o poder familiar fosse exercido com a colaboração da mulher e em caso de divergência prevaleceria a opinião do pai, ressalvado à mulher o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência, para o doutrinador:

A reforma legislativa provocou, nesse campo, veemente reação, pois rebelaram-se os críticos contra a permissão conferida à mulher de recorrer ao Judiciário para dirimir as pendências domésticas. Pareceu altamente inconveniente, aos objetantes, invocar a interferência de um estranho, ainda que se tratasse de um juiz, para decidir questões que não deviam transpirar das paredes do lar; e viram nessa solução judicial um meio de enfraquecer os liames conjugais e a estabilidade da família.⁸⁴

⁸⁴ Ob. Cit. p. 356 / 357.

Com nova a legislação da guarda o Estado poderá vir a intervir de forma mais acentuada na família, decidindo questões que não deveriam ser postas em juízo. Entretanto esses prováveis conflitos que serão postos em juízo devem ser analisados sem sombra de dúvida.

Tal fato não se revela um problema de aplicação da nova lei. Em verdade, se trata de uma mudança de paradigma e dos conceitos até então existentes, pois agora o juiz poderá ser chamado a decidir questões que estavam estritamente no seio de cada família.

Devermos passar por uma fase de adaptação e aceitação de que o juiz poderá ser chamado a decidir tais questões.

3.3.2 Necessidade de acordo entre os genitores

Um debate interminável se formou sobre a necessidade ou não de acordo entre os genitores para a aplicação da guarda compartilhada.

A Lei 11.698 de 2008 ao introduzir a guarda compartilhada em nosso sistema positivado utilizou a expressão “sempre que possível” que acabou recebendo uma interpretação relacionada à boa convivência entre os genitores.

Segundo o autor do projeto de lei, os juízes não tinham entendido o real significado da norma o que culminou na modificação do termo para deixar claro a imposição da guarda compartilhada.

Cristiano Chaves de Farias pontua que a guarda compartilhada deve ser aplicada justamente em casos de litígio entre os genitores, pois aquele que detém a guarda utiliza o filho como um verdadeiro instrumento para chantagear o outro, criando diversos obstáculos para o contato entre o genitor não guardião e o filho.⁸⁵

Para Conrado Paulino da Rosa determinar a guarda unilateral acaba por diminuir os cuidados inerentes ao poder familiar daquele genitor a quem não foi outorgada a guarda e se revela prejudicial ao desenvolvimento da personalidade dos filhos que se vê afastado de um dos genitores e complementa:

O que se pode concluir é que nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar. Isso equivaleria a deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante prejuízo do maior interessado: o filho. O estado de dissintonia mantido pelos pais caso

⁸⁵ *Apud* ROSA, Conrado Paulino. Nova Lei da Guarda Compartilhada, p.81

existente, não pode ser ignorado pelo magistrado, mas há de ser revelado e tratado.⁸⁶

Por outro lado, Ana Carolina Silveira Akel defende que em casos de beligerância entre os genitores a guarda compartilhada não deve ser aplicada:

Com efeito, a guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica que somente se realiza na cooperação entre os genitores, isto é, os pais devem isolar os filhos de seus conflitos pessoais, não sendo viável seu estabelecimento numa relação em que pai e mãe vivam em constantes discussões, conforme corriqueiramente se observa. [...]

Nas famílias em que predominam desavenças e desrespeito, que inviabilizam qualquer tipo de convivência entre os genitores, deve-se optar pela guarda única, modelo tradicional, deferindo-a ao genitor que melhor tem condições de guardar os filhos menores, conferindo, ao outro, o direito amplo de visitas.⁸⁷

Maria Berenice Dias afirma que para se obter êxito na guarda compartilhada os genitores devem se desarmar e superar seus conflitos, porém, entende que esta modalidade de guarda não deve ser abandonada mesmo em casos de beligerância: “exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos.”⁸⁸

O ponto de equilíbrio entre as duas correntes é que, efetivamente, não se pode estabelecer a guarda compartilhada apenas quando ambos os genitores assim desejarem. Se um deles não concordar, e com isso conseguisse evitar a guarda compartilhada, este gozaria de um poder que não detém.

Porém, se, além do desacordo com relação à guarda compartilhada os genitores viverem em estado de constante litígio, com problemas de relacionamento, a guarda compartilhada será desaconselhada, nesse sentido:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas

⁸⁶ Ob. cit. p. 81/82.

⁸⁷ Ob. Cit. p. 110.

⁸⁸ Ob. Cit. p. 526.

nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. Se o réu alega que não pode pagar os alimentos fixados, cabia a ele demonstrar a sua impossibilidade, comprovando cabalmente a sua real capacidade econômica, mas desse ônus não se desincumbiu. Conclusão nº 37 do CETJRS. 8. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio... no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 9. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70063464135, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015).

Não se pode impor a guarda compartilhada para um casal que não consegue se relacionar e com tal atitude deixar uma criança em meio ao litígio. Nesses casos o melhor a se adotar é a guarda unilateral com o objetivo de evitar que a criança passe por traumas durante toda a sua infância.

3.3.3 Genitores que residem em cidades diferentes

O parágrafo 3º do artigo 1.583 do Código Civil estabelece que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

Do dispositivo em comento sobressai a ideia de que mesmo no caso de pais que residem em cidades diferentes é possível a aplicação da guarda compartilhada. Nesse sentido Conrado Paulino da Rosa afirma que

Conforme a nova redação do Código Civil, no art. 1.583, §3º, a custódia física foi tratada como “base de moradia”, que a partir de agora, de forma expressa, inclusive, o compartilhamento pode ser realizado mesmo quando os genitores não residem na mesma cidade.

Merce deferência a nova redação do dispositivo, para evitar aplicações equivocadas da legislação, que, desde a edição da Lei n. 11.698/2008, muitos Tribunais vinham deixando de aplicar a guarda compartilhada quando os genitores residiam em cidades diferentes.⁸⁹

A nova redação do dispositivo em tela demonstra a necessidade de se fixar uma base de moradia, onde a criança irá residir. Conrado Paulino da Rosa preleciona ainda que “é importante salientar que a determinação da guarda compartilhada importa necessariamente na atribuição da custódia física, ou seja,

⁸⁹ Ob. cit. p. 76/77.

com quem ele irá morar"⁹⁰

Em sentido oposto Maria Berenice Dias afirma que:

Não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como de referência, mas para que um não fique à mercê da vontade do outro, principalmente quando inexistir acordo, cabe ao juiz estabelecer as atribuições década um e o período de convivência de forma equilibrada.⁹¹

Em que pese os ensinamentos da doutrinadora parece mais acertado o primeiro posicionamento, pois de acordo a legislação.

Evidentemente que o regime de convivência nestes casos deve observar as peculiaridades de cada caso. Notadamente a distância entre as cidades inviabiliza a divisão equilibrada do tempo de convívio, devendo ser fixado outra forma de visitação.

A psicóloga Eliana Riberto Nazareth afirma que a faixa etária dos filhos também é fator determinante para a fixação da modalidade de guarda, pois

Até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com a mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas⁹².

Desta forma, a fixação da modalidade de guarda e regime de convivência deve observar as peculiaridades de cada idade dos filhos e a localização dos genitores.

O exercício da guarda compartilhada pode ocorrer, ainda que os pais residam em cidades diferentes, pois o que se compartilham são as responsabilidades e decisões sobre a vida dos filhos, porém se deve observar as peculiaridades do caso, levando-se em conta a distância e idade dos filhos.

Entretanto, há julgados entendendo que a guarda compartilhada não pode ser estabelecida quando os genitores residirem em cidades diferentes:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO -
HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA DOS
FILHOS - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - GUARDA
COMPARTILHADA - INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO -
GENITORES QUE RESIDEM EM CIDADES DIFERENTES - AUSÊNCIA DE

⁹⁰ Ob. Cit. p. 76.

⁹¹ Ob. Cit. p. 527.

⁹² Apud AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: um avanço para a família, p. 110/111.

MOTIVOS PARA MODIFICAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL ESTABELECIDA ESPONTANEAMENTE PELOS PAIS. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda compartilhada deve ser deferida quando requerida por consenso por ambos os pais e desde que verificado que o relacionamento entre eles é harmônico, viabilizando o seu exercício. - Quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral, o Juiz não pode impor o compartilhamento. - Não se está a restringir o salutar convívio das filhas com o pai, até porque a regulamentação de visitas foi providenciada de modo a favorecer o convívio paterno-filial amplo. - Além do acordo espontâneo sobre a guarda unilateral, as circunstâncias dos autos evidenciam a inviabilidade da custódia física conjunta, vez que o genitor atualmente reside e trabalha em cidade diversa de onde moram as menores, o que, por óbvio, tem o condão de impedir o compartilhamento da guarda. - Recurso não provido.

(TJ-MG - AC: 10396130002662001 MG , Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 22/05/2014, Câmaras Cíveis / 4^a CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/05/2014).

CIVIL PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS. [...]. GENITORES QUE RESIDEM EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA GENITORA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGIME DE VISITAÇÃO LIVRE NÃO ACORDADA PELAS PARTES. IMPOSSIBILIDADE.[...]

5. Mostra-se inviável a manutenção da guarda compartilhada, quando, além da animosidade entre os genitores do menor, ocorreu relevante modificação na situação fática existente por ocasião do acordo anteriormente firmado pelas partes, de modo que, o só fato de os pais da criança residirem atualmente em cidades localizadas em estados diversos da federação (Brasília e Curitiba), inviabiliza o exercício eficaz da guarda compartilhada.

6. Se a criança sempre residiu com a genitora e, tendo sido ressaltado no parecer técnico elaborado pelo serviço psicossocial, o tempo de convivência da criança já estabelecido com a mãe, com a consolidação de uma rotina de cuidados, bem como o fato de a criança já ter iniciado noutra cidade um processo de adaptação, a conclusão a que se chega é a de que a guarda unilateral em favor daquela é a que atende o melhor interesse da criança, no presente momento.

[...] 9. recurso parcialmente provido.

(TJ-DF - APC: 20120111429479 DF 0039100-70.2012.8.07.0001, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 09/07/2014, 4^a Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/07/2014 . Pág.: 142).

Evidentemente que com a distância o convívio equilibrado restará prejudicado e este é o principal ponto da guarda compartilhada.

Com a utilização de recursos tecnológicos o genitor que não detém a custódia física pode participar ativamente da vida do filho, muito embora não seja forma mais recomendada, é possível.

Porém esse não é o posicionamento majoritário adotado pelos tribunais que optam por restringir a guarda compartilhada nesses casos.

3.3.4 A guarda compartilhada e o dever de alimentos

Uma leitura apressada das disposições da guarda compartilhada poderia levar à conclusão que haveria alguma modificação na forma da prestar alimentos. Ocorre que, a maior parte dos gastos com os filhos são decorrentes de despesas fixas, como escola, saúde, mensalidades de cursos e atividades, bem como algumas variáveis, porém corriqueiras, como de vestuário.

A fixação do valor devido à título de alimentos permanece inalterada. Após a definição de quem será o detentor da custódia física do filho, caberá ao outro o dever de prestar alimentos observando os critérios de necessidade / possibilidade sem maiores alterações.

Conrado Paulino da Rosa a esse respeito afirma que

A atribuição da custódia física a um dos pais irá, também, resultar na responsabilidade do outro progenitor no pagamento da pensão alimentícia. O compartilhamento das responsabilidades não exime que um dos genitores seja o responsável financeiro pela prole.⁹³

Em sentido semelhante Maria Berenice Dias sustenta que

O regime de compartilhamento não exime o estabelecimento da obrigação alimentar, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida pela via judicial. Não há peculiaridades técnico-jurídicas dignas de maior exame em matéria alimentar na guarda compartilhada aplicando-se os mesmos princípios e regras.⁹⁴

Desta forma a estipulação de guarda compartilhada não exime o outro genitor do pagamento de pensão alimentícia, pois a maior parte dos gastos é de natureza fixa, nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO CONSENSUAL. FILHOS MENORES. GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DO LAR REFERENCIAL. NECESSIDADE. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS IN Natura. IMPOSSIBILIDADE. 1. A GUARDA COMPARTILHADA OU CONJUNTA EXIGE O ESTABELECIMENTO DE UM LAR DE REFERÊNCIA PARA OS MENORES. 2. O PAGAMENTO IN Natura DA PENSÃO ALIMENTÍCIA, EMBORA ADMITIDO, RESERVA-SE A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, QUANDO NÃO RECOMENDÁVEL O PAGAMENTO EM PECÚNIA, POR EXEMPLO, SE COMPROVADA A MÁ-FÉ NA ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS PELO DETENTOR DA GUARDA DO ALIMENTANDO, OU MESMO INCAPACIDADE DO ALIMENTANTE PARA

⁹³ Ob. Cit. p. 79.

⁹⁴ Ob. Citt. p. 527.

PRESTÁ-LOS EM PECÚNIA. 3. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJ-DF - AGI: 20140020087080 DF 0008758-11.2014.8.07.0000, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 11/06/2014, 5^a Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/06/2014 . Pág.: 118).

Em igual sentido:

GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. [...] 3. O encargo de prover o sustento da prole comum é de ambos os genitores, devendo cada qual concorrer na medida da sua própria disponibilidade. 4. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho, mas dentro da capacidade econômica do genitor e sem sobrecarregá-lo em demasia. [...]. 6. Tratando-se de alimentos destinados para o filho, e sendo a guarda compartilhada, o valor fixado é suficiente para ajudar na sua manutenção, quando na companhia materna. Recursos desprovidos. (Apelação Cível Nº 70056741390, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/10/2013)

Destaque-se que a fixação da guarda compartilhada pode ser levada em consideração no momento da quantificação dos alimentos, pois as despesas com alimentação no período em que os filhos passarem com o genitor não detentor da custódia física são de responsabilidade deste. Entretanto, tal fator tem influência mínima da fixação da verba alimentar.

3.3.5 Decisão judicial de difícil execução

Uma das maiores garantias de efetividade das decisões judiciais é que elas podem ser executadas e compelir o devedor a satisfazer a obrigação até o limite do seu patrimônio, observadas as escusas legais.

Entretanto a sentença judicial que determina a guarda compartilhada não se enquadra no padrão mencionado. A guarda compartilhada é exercida continuamente e se um dos genitores embaraçar o seu cumprimento a execução da sentença é inviável.

Não há como intimar o genitor que se opõe a guarda compartilhada a satisfazer a obrigação, aplicando-se a regra geral do CPC, pois o descumprimento depende de prova a ser produzida mediante estudo técnico especializado.

Além de existir punições específicas em caso de descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada, deve ser assegurado ao outro genitor o direito ao contraditório e a ampla defesa para que somente então o juiz possa aplicar as medidas cabíveis.

Não é tão simples avaliar qual dos genitores é que não contribui para a boa relação da guarda compartilhada o que leva boa parte dos juízes brasileiros a aplicá-la apenas quanto há consenso entre os genitores.

Com o objetivo de minimizar os efeitos do conflito a legislação estipulou no §3º do art. 1.583 do Código Civil que ao 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 se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Maria Berenice Dias afirma que

Quanto mais conflituado o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente deve ser regulamentado o regime de convivência, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida. Esta é a única forma de não deixar um genitor à mercê do poder do outro, só tendo acesso ao filho quando o outro “deixa”.⁹⁵

Como aponta Conrado Paulino da Rosa “o acompanhamento terapêutico ou a realização de sessões de mediação servirão como espaço privilegiado para que esses ajustes se tornem possíveis”⁹⁶, de forma que, para uma melhor divisão das tarefas é necessário acompanhamento de profissionais de outras disciplinas.

Em caso de falta de observância do que fora estabelecido a legislação estipulou que deve ser aplicado sanções ao genitor resistente. O § 4º do art. 1.584 do Código Civil estabelece que “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”.

Embora a legislação não especifique quais são as prerrogativas que serão reduzidas é certo que o descumprimento injustificado das funções estabelecidas na guarda compartilhada não pode ocorrer sem qualquer punição.

Para Maria Berenice Dias a manutenção no estado de beligerância na guarda compartilhada pode levar até mesmo a atribuição da guarda a terceiros:

Claro que sua concessão não retira do juiz a responsabilidade de preservar o melhor interesse de quem constitucionalmente desfruta da proteção integral. Ao contrário, só faz aumentar seus encargos. Mantendo-se o clima de beligerância, têm ele a faculdade de atribuir a terceiros,

⁹⁵ Ob. Cit. p. 522.

⁹⁶ Ob. Cit. p. 88.

preferencialmente algum parente, com quem os filhos mantenham relações de afinidade e afetividade (CC 1.583 §5º).⁹⁷

Como aponta Dimas Messias de Carvalho o descumprimento injustificado do dever do guardião em possibilitar uma convivência familiar harmônica, violando os seus direitos e abusando do exercício do poder familiar, possibilita a aplicação de medidas de proteção para fortalecer ou restabelecer os vínculos familiares (art. 98, II, e 100 do ECA). Além de permitir a imposição de medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no art. 129 do ECA, como advertência, encaminhamento a orientação psicológica, modificação da guarda e, em casos mais extremos, até a suspensão ou perda do poder familiar conforme artigos 22 e 24 do mesmo diploma legal.⁹⁸

Destaque-se que as penalidades impostas por descumprimento de funções na guarda compartilhada de natureza extrapatrimonial devem ser aplicadas com cautela, pois além de punir o genitor resistente também trará reflexos para os filhos. Não se pode perder de vista que as diminuições de prerrogativas do genitor também reduzem de alguma forma o contato do filho com tal ascendente.

Nesse sentido Waldyr Grisard Filho afirma que:

Se, por um lado, o dispositivo convoca os pais à necessidade de obediência à religiosa ao que foi convencionado ou decretado, por outro, a previsão legislativa não está em sintonia com a atualidade do instituto, pois contraria o espírito da própria lei, mais penalizando a criança que o pai ou a mãe infrator, além de negar efetividade ao princípio da proteção integral.⁹⁹

Nesse ponto se encontra um paradoxo de difícil solução. Ao genitor que insiste no conflito deve ser aplicada uma penalidade com o objetivo de fazer cessar a resistência, todavia, a maioria das sanções também repercutirá na prole que nada fez para receber tal punição.

⁹⁷ Ob. Cit. p. 530.

⁹⁸ *Apud* ROSA, Conrado Paulino. Nova Lei da Guarda Compartilhada, p.93.

⁹⁹ A guarda compartilhada na berlinda. Revista do IBDFAM n. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, Janeiro de 2015, p. 12.

4 ENTREVISTAS COM MAGISTRADOS DA COMARCA DE PORTO VELHO SOBRE A APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA

4.1 MÉTODO

Com o objetivo de identificar a aplicação da nova lei de guarda compartilhada, foram realizadas entrevistas com os juízes titulares das varas de família da capital ou seus substitutos, nos casos em que a substituição se der por mais de 60 (sessenta) dias, no período de 8 de outubro a 18 de novembro de 2015.

As entrevistas foram realizadas de forma dirigida através de questionário formulado anteriormente contendo perguntas que possam ser respondidas de forma curta e razoavelmente objetivas.

Na demonstração dos resultados serão utilizados termos no masculino com o objetivo de não identificar os participantes da pesquisa.

4.2 RESULTADO

Para a pergunta “Vossa excelência aplica a guarda compartilhada mesmo quando não há consenso entre os genitores?” Apenas um dos quatro juízes entrevistados afirmou que não aplica.

Ao magistrado que afirmou não aplicar a guarda compartilhada diante da ausência de consenso, lhe foi perguntado:

A) Por qual razão? Que respondeu que somente é possível a sua aplicação com o acordo dos genitores. Entretanto somente em casos excepcionais é que tal modalidade de guarda poderia ser aplicada sem o acordo dos pais.

B) Acredita que o condicionamento da guarda compartilhada ao consenso dos pais poderia aumentar o litígio entre eles? Que respondeu: Não. O litígio entre as partes independe da decisão judicial.

Aos magistrados que aplicam a guarda compartilhada mesmo sem o acordo entre os genitores lhe foram perguntados:

A) Acredita que não há necessidade de acordo entre os genitores? Um estado de conflito entre eles poderia afastar a guarda compartilhada?

Um magistrado respondeu que não há necessidade de acordo entre os

genitores e de igual forma o litígio entre os genitores não necessariamente afastará a guarda compartilhada.

O segundo magistrado respondeu que não há necessidade de acordo. O que determina a modalidade de guarda é o interesse do filho. Se houver conflito intenso, pode restar prejudicada a guarda compartilhada para evitar que o filho fique em meio ao litígio.

O terceiro sustenta que o critério que define a guarda é o melhor interesse da criança. Não há necessidade de consenso e que já fixou guarda compartilhada mesmo sem pedido das partes em observância à nova lei. Ainda que exista conflito, este acaba diminuindo quando o juiz fixa a guarda compartilhada e somente em casos de extremo confronto é que a guarda compartilhada deve ser evitada. Afirma também que o magistrado deve observar, diante de cada caso concreto, qual é o melhor para os infantes. Relata que há casos em que na guarda unilateral o genitor guardião se sente no direito de excluir o outro, o que faz com que o litígio se acirre.

B) Quais as dificuldades encontradas?

Um magistrado respondeu: A imposição da guarda compartilhada sem o consenso não dá certo e acaba por ocasionar uma nova ação.

O segundo magistrado respondeu que até o momento houve poucos casos em que se aplicou guarda compartilhada, sem consenso entre os genitores, e que é comum intentarem novas ações para modificar a guarda para que ela seja de forma unilateral.

O terceiro afirma que não há dados estatísticos e que foram poucos casos em que a guarda compartilhada foi imposta. Porém afirma que não houve novas ações pleiteando a modificação para unilateral.

C) Acredita que a imposição da guarda compartilhada diminui ou aumenta o litígio entre os genitores?

Um magistrado respondeu que depende do grau de litígio entre as partes de forma que tal questão é subjetiva e não pode ser respondida de forma geral.

O segundo afirma que aumento de litígio acontece em casos pontuais e que não há como generalizar.

Ao terceiro não lhe foi perguntado pois esta resposta já consta nas explanações do item “a”.

Para todos ainda foi perguntado se “acredita que mediação poderia ser utilizada para a sua aplicação?” Apenas um magistrado afirmou que não a utiliza,

por entender que tal medida é opção das partes. Os outros três magistrados afirmaram que fazem uso da mediação em alguns casos e que obtém resultados positivos. Afirmaram que quando não se resolve o litígio ele é reduzido.

4.3 DISCUSSÃO

Das respostas dos magistrados se constata que a aplicação da nova lei de guarda divide opiniões. Em uma visão perfunctória poderíamos chegar a conclusão que a maioria dos juízes aplicam a guarda compartilhada mesmo sem o consenso entre os genitores.

Ocorre que, na justificativa de sua aplicação, os reais motivos da utilização da guarda compartilhada dissociam-se da intenção do legislador.

Dois dos magistrados afirmam categoricamente que o fator determinante para a fixação da guarda compartilhada é o interesse dos filhos, tendo pouca relevância o consenso ou não dos pais. O outro ao entender que em determinados casos o estado de beligerância pode afastar a guarda compartilhada, também revela a preocupação com o interesse dos menores.

Tal tema foi abordado no item 3.1.1 onde discutiu a obrigatoriedade da guarda compartilhada. Princípios consagrados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como o da proteção integral e da prioridade absoluta devem prevalecer sobre o texto do Código Civil.

Desta forma, o que interessa para a fixação da modalidade de guarda é o interesse dos filhos, o acordo entre os genitores tem papel secundário. Entretanto o estado de beligerância entre eles poderia afastar a aplicação da guarda compartilhada.

Evidentemente que o texto legal sofre um controle de constitucionalidade, fazendo com que os juízes optem por preservar os interesses do infante em obediência ao comando constitucional. Desta forma a regra imposta pelo Código Civil recebe interpretação conforme à constituição.

Em que pese o legislador optar previamente por um modelo de guarda, indicando em sua justificativa expressamente que essa era a sua intenção, tal norma receberá controle de constitucionalidade pela via difusa e não subsistirá.

O que se coaduna com a posição do magistrado que diretamente afirma só

aplicar a guarda compartilhada em casos de consenso entre os genitores.

A experiência deste magistrado ainda revela que a fixação de guarda compartilhada somente com consenso dos genitores não aumenta litígio, pois este existe por si só, e não será a decisão judicial que o ocasionará.

Muito embora um magistrado afirme que a guarda unilateral acirra o litígio e que este é mitigado quando a guarda compartilhada é imposta.

Dois juízes afirmam que aplicam a guarda compartilhada mesmo sem o consenso dos genitores, porém por motivos diversos, relataram que não há muito sucesso na imposição dessa modalidade de guarda que a acaba por ser objeto de revisão em um processo posterior. Fato este que não ocorre com um dos juízes entrevistados.

A experiência de alguns magistrados da comarca de Porto Velho demonstra que a imposição da guarda compartilhada acaba por ser objeto de revisão, implicando numa reprodução de demandas no judiciário.

As entrevistas demonstraram que nova lei de guarda compartilhada, não é aplicada na forma como foi redigida. Os juízes até aplicam a guarda compartilhada quando não há acordo, porém o fator determinante para tal medida é o melhor interesse da criança, muito embora um dos juízes relate que já aplicou a guarda compartilhada na forma como preconiza a lei em casos pontuais.

Nas unidades jurisdicionais em que é utilizada a mediação tem sido benéfica, muito embora ainda seja utilizada de forma tímida, se obteve bons resultados.

A utilização da mediação como forma de fazer com que os genitores entendam o seu papel pode ser uma boa alternativa para que estes passem a se relacionar de forma que possibilite a aplicação da guarda compartilhada.

5 CONCLUSÃO

A família teve sua base modificada ao longo do tempo. Na família romana a autoridade do *pater* era predominante e ele exercia um poder soberano sobre sua família, notadamente todo esse conceito de família baseada no poder do pai foi predominante por muito tempo e esteve presente na nossa legislação até pouco tempo.

Eventos políticos e sociais modificaram a forma da família em nossa sociedade, de modo que a constituição cidadã deu novos rumos ao direito de família, dispensando especial atenção aos novos conceitos em atendimento à sociedade atual. Valores como a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a família como base da sociedade, dentre outros, ganharam espaço no direito brasileiro.

Pautado nos novos conceitos de família e filiação a jurisprudência começou a admitir a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico o que impulsionou o legislador a inseri-la em nossa legislação.

Em que pese a previsão legal, a guarda compartilhada era raramente aplicada. Tal fato fez com que o legislador, em atendimento aos reclamos de boa parte da doutrina, modificasse o Código Civil e impusesse a guarda compartilhada como regra.

Contudo, observa-se que a nova lei de guarda pouco traz de inovação legislativa, pois pelo que se constata do inciso I do art. 1.634 do Código Civil, um dos atributos do poder familiar é a competência dos genitores de dirigir a criação e educação dos filhos.

Já o artigo 1.632 do Código Civil estabelece que no caso de separação dos genitores o poder familiar permanece intacto e genitor não guardião poderá fiscalizar a educação e criação dos filhos lhe sendo facultado demandar em juízo para que se dirimam conflitos em casos de divergência, consoante art. 1.589 c/c 1.631 ambos do Código Civil.

O genitor não guardião sempre pode participar da criação e educação da vida de seu filho, de forma que inserir a guarda compartilhada como regra em nada inovou no sistema jurídico pátrio. O que a doutrina chama de guarda compartilhada é justamente dividir as decisões da vida dos filhos, prerrogativa que também é atributo do poder familiar.

Por outro lado, se observa que há uma modificação do conceito de guarda. Atualmente o termo dissocia-se daquilo que era compreendido no Código Civil de 1916, tentando o legislador fazer com que os genitores se relacionem bem em favor dos filhos.

A nova legislação tenta impor uma mudança de postura nos pais que antes se afastavam e assumiam a figura de coadjuvante, para que agora participem ativamente da vida da prole. Ao afirmar que ele também detém a guarda, busca-se fazer com que essa participação ocorra de fato.

Com modificação dos paradigmas proporcionados pela nova lei de guarda certamente haverá uma multiplicidade de ações buscando a modificação da guarda, alimentos ou mesmo de visitas. Ocorre que, na maioria dos casos o real sentido da guarda compartilhada não é compreendido.

Ainda que se fixe a guarda compartilhada não haverá base para sustentação de uma eventual revisão ou exoneração da pensão alimentícia. O estabelecimento da guarda compartilhada em nada afetará o dever de prestar alimentos, pois a maioria das despesas permanecem inalteradas, devendo o genitor não detentor da posse do filho, contribuir com a prestação alimentícia.

Em certos casos o que se busca é uma aplicação do direito de visitas ou mesmo a fixação de guarda alternada. No primeiro caso, há que se analisar cada caso, pois com a imposição legal de que o tempo de convívio deve ser equilibrado, razão terá o genitor não detentor da posse de fato em pleitear o aumento do tempo com o filho. No segundo caso, a guarda alternada não é admitida em nosso direito. Assim estipulações rígidas de divisão tão somente de tempo devem ser evitadas, pois trazem prejuízos aos filhos por perderem o seu referencial de moradia.

Embora seja um tema controvertido a guarda compartilhada em casos de genitores que residem em cidades diferentes é possível, pois o que se divide é o poder de decisão na vida dos filhos e o tempo de convívio. Evidentemente que nestes casos o tempo de convívio é prejudicado, porém é possível que o genitor não detentor da posse do filho possa exercer o poder de decisão na vida dos filhos através de recursos tecnológicos.

Muito embora seja possível, a guarda compartilhada com pais que residem em cidades diferentes pouca efetividade terá, pois a distância acabará por mitigar a influência do outro genitor na vida dos filhos.

Há juristas que aplicam a guarda compartilhada e obtém bons resultados,

entretanto não é um procedimento adotado na maioria dos tribunais, pois a divergência sobre a necessidade de acordo ainda é forte.

Em que pese nos encontrarmos em uma fase de mudança em relação à guarda dos filhos, o momento da sociedade não permite impor a guarda compartilhada como regra, pois esta não está preparada para aplicá-la.

Talvez em um futuro próximo se possa afirmar que a nova lei de guarda foi um estopim da mudança na forma de se aplicar a guarda dos filhos em nosso ordenamento jurídico.

Os defensores da imposição da guarda compartilhada sustentam que condicionar tal modalidade de guarda ao acordo dos pais incentivaria o litígio entre eles para que um deles tivesse para si a guarda unilateral.

Com a devida vênia aos defensores dessa tese, aplicar a guarda compartilhada como regra independente de harmonia entre os genitores é uma tentativa do legislador de forçar as partes a se comportarem bem. Não é por uma sentença judicial ou imposição legislativa que o litígio e as questões mal resolvidas do fim de um relacionamento serão solucionadas.

Ao estabelecer que a decisão da vida dos filhos, caberá a ambos genitores que estão em conflito, é na realidade, devolver o problema para quem não encontrou a solução.

Enquanto os pais confrontam-se sobre as decisões dos filhos, estes permanecem em meio ao fogo cruzado de seus genitores. A guarda compartilhada nesse cenário só pode ser prejudicial ao infante que presenciará inúmeras cenas de disputa de poder.

Infelizmente nestes casos, é melhor que o filho perca parte do contato um dos genitores para que possa viver tranquilamente do que conviver com ambos em um clima continuamente tenso.

As entrevistas com magistrados demonstraram que o legislador não andou bem ao impor guarda compartilhada como regra, pois a modalidade de guarda deve ser fixada com base no melhor interesse da criança.

Desta forma, se conclui que a nova lei de guarda compartilhada não é aplicada, na comarca de Porto Velho, na forma que está redigida. O fator determinante para os magistrados é o melhor interesse dos infantes, que acaba por vezes afastando a aplicação da lei quando não há acordo.

De uma maneira geral, os mesmos problemas de aplicação existentes na

comarca de Porto Velho estão também presentes o que faz com que a lei de guarda compartilhada seja de difícil aplicação na sociedade atual, pois o estado de conflito entre os genitores pode afastar a aplicação a guarda compartilhada.

O ponto de equilíbrio observado entre os diferentes posicionamentos é que a guarda compartilhada pode ser aplicada ainda que não se tenha acordo dos genitores, pois tal fato não depende de consenso destes. Porém o estado de intenso conflito, poderá sim impedir o compartilhamento da guarda dos filhos com o objetivo de poupá-los de presenciar cenas de conflito de seus genitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (coordenador geral da coleção) **História da vida privada no Brasil**, V.1, São Paulo: Companhia de Letras, 1997.
- ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. **A ausência da função paterna no contexto da violência juvenil.** Disponível em <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC000000082005000200006&script=sci_arttext>. Acesso em set 2015.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Direito de família.** São Paulo: atlas, 2013.
- BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda compartilhada x guarda alternada:** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7335>>. Acesso em: 8 maio 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 22 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.
- FONTES, Simone Roberta. **Guarda compartilhada: doutrina e prática.** Leme: Pensamentos e Letras, 2009.
- FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala.** Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 49^a ed. Recife: Global, 2003.
- GIMENES, Ângela. Entrevista com o tema: **Igualdade parental.** Revista do IBDFAM n. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, Janeiro de 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família.** 8^a ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2011. v. 6.
- GRISARD FILHO, Waldir. **A guarda compartilhada na berlinda.** Revista do IBDFAM n. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, Janeiro de 2015.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.
- LEVY, Laura Affonso da Costa; RODRIGUES, Maiana Ribeiro. **Guarda compartilhada: um enfoque psico-jurídico.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7624&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em set 2015.

- LEVY, Laura Affonso da Costa. **O estudo sobre a guarda compartilhada.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416>. Acesso em maio 2015.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5^a ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói:** o relacionamento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira:** registro de filho alheiro em nome próprio, Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2007.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil:** Direito de Família. 8^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PINHEIRO, Ralph Lopes. **História resumida do direito.** 9^a ed., Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.
- RIZZARDO. Arnaldo. **Direito de família.** 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** Direito de família. 28^a ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
- ROSA, Conrado Paulino. **A nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015.
- SAMARA. Eni de Mesquita, **O que mudou na família brasileira?** (Da colônia à atualidade) In: Revista de Psicologia USP, 2002, Vol. 13, No.2, 27-48, disponível em <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/53500/57500>>. Acesso em 05.04.2015.
- SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada é o melhor para a criança!.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11578>. Acesso em set 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- Vezzetti, Vitorino. **Guarda partilhada:** O interesse da criança em diferentes estruturas familiares. Tradução Catarina Esteves e Roberta Frontini. Disponível em <http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2013/06/GUARDA-PARTILHADA_O-INTERESSE-DA-CRIAN%C3%87A-EM-DIFERENTES-ESTRUTURAS-FAMILIAR>.

ES_vers%C3%A3o-final.pdf> texto original em <<http://www.colibri-italia.it/2012/10/affido-condiviso-linteresse-del-minore.html>> Acesso em set 2015.