

GUARDA COMPARTILHADA, UM MODELO QUE DEU CERTO?

NASCIMENTO, Isamara¹
BIANCONI, Viviana²

RESUMO

A Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 veio para regulamentar a guarda compartilhada, substituindo os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, trazendo um novo modelo de guarda que ainda não tinha previsão legal. Com isto, para melhor entender os motivos de sua existência bem como sua funcionalidade, explanamos a evolução histórica do poder familiar, a mudança das famílias, seu funcionamento em outros países e os modelos de guarda que haviam e qual a postura de cada um. O presente trabalho visa avaliar a guarda compartilhada, seu fundamento jurídico, sua aplicabilidade, a responsabilidade dos pais no tocante à educação, alimentação, responsabilidade civil e suas desvantagens e seus consequentes reflexos na vida das pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Melhor Interesse do Menor.

SHARED STORAGE, A MODEL GIVING RIGHT?

ABSTRACT

The Law 11,698 of June 13, 2008 came to regulate the joint custody, replacing Articles 1583 and 1584 of the Brazilian Civil Code, bringing a new type of guard who had not yet a legal provision. With this, to better understand the reasons for its existence and its functionality, we explain the historical evolution of family power, changing families, their operation in other countries and models who had custody and the posture of each. This paper aims at assessing joint custody, legal basis, its applicability, the responsibility of parents regarding the education, food, civil liability and its drawbacks and its consequent effects on people's lives.

KEY WORDS: Joint Custody. Power Family. Best Interest of the Minor.

1 INTRODUÇÃO

Guarda Compartilhada, Um Modelo Que Deu Certo? Visa analisar o instituto da Guarda compartilhada, exordialmente avaliando a evolução do poder familiar, provindo do Direito Romano com a exclusividade patriarcal, até o momento com os novos modelos de família existentes, divagando pelos outros modelos de guarda, os aplicados e os ultrapassados, para dar sustentação à análise do resultado da guarda compartida nos dias de hoje.

Avalia-se também os reflexos psicológicos da adoção deste ou de outro modelo de guarda na vida do menor e as inconveniências encontradas em sua aplicação, para que, principalmente os homens, não se sintam desestimulados em manter o contato com sua prole, pois na maioria dos casos o juiz tende a proteger a maternidade, afastando o pai do convívio.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O PODER FAMILIAR

Como uma consequência da vida em sociedade da humanidade, chegou o tempo em que os grupos precisavam de um líder, e desde o início, este líder foi o que melhor poderia defender a família, com isto surgiu o Poder Familiar, que antigamente era conhecido como Pátrio Poder, ele decorre do status de pai e mãe com filiação adotiva ou natural, sendo um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores como diz Gonçalves (2006, p. 573), sendo de que busca atender aos interesses da família ou dos menores, não o interesse dos pais.

O termo Pátrio Poder foi adotado pelo código civil de 1916 que faz menção ao poder paternal já que a capacidade civil plena a mulher só teve reconhecida pela Lei nº 4.121 de 1962 que instituiu o Estatuto da Mulher Casada, esta igualdade foi corroborada com o advento da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 em seu artigo 226 que diz: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade

¹ Acadêmica do curso de Direito – Faculdade Assis Gurgacz. Nascimento.isa@gmail.com

² Docente orientadora do curso de Direito– Faculdade Assis Gurgacz

conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e o Estatuto da Criança e do Adolescente fala especificamente do pátrio poder em seu art. 21.

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

O “pátrio poder”, assim conhecido até o Código Civil de 2002, foi alterado para “poder familiar” pela Emenda nº 278 do Senado Federal tirando a idéia restrita de poder patriarcal.

Em síntese, o poder familiar é um conjunto de condutas que devem ser adotadas pelos guardiões dos menores, como integridade física e mental, desenvolvimento educacional, incumbência esta dada aos pais pelo Estado e é fiscalizado pelo mesmo, conforme declarado na Constituição Federal em seu artigo 226, §5º que declara que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, assim como também prevê o Código Civil no artigo 1.634 do CC:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - 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;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É um dever dos pais prestarem assistência total até seus dezesseis anos por sua incapacidade civil absoluta e para assistência parcial entre os dezesseis e dezoito anos quando este possui capacidade civil relativa.

2.2 DA SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

As formas de interferência no poder familiar alteram conforme o grau da conduta lesiva dos pais, onde temos: suspensão, destituição e extinção do poder familiar.

A suspensão do poder familiar se dá pela quebra dos deveres esculpidos nos artigos 24 e 129, inciso X do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são a quebra do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e o não cumprimento das obrigações judiciais, a suspensão ocorre por sentença judicial pelo tempo que o juiz entender conveniente conforme exposto no artigo 1.637 do Código Civil.

Já quando ocorre a destituição ou perda do poder familiar, a situação é mais grave. Os detentores do dever de cuidar do menor incorreram em ação grave de falta de cuidado conforme insculpido no artigo 1.638 do Código Civil como: castigar imoderadamente, o deixar em abandono ou se praticar atos que firam a moral e os bons costumes.

E a extinção se dá pela morte, adoção, maioridade ou emancipação do filho conforme previsto no artigo 1.635 do Código Civil.

2.3. GUARDA DOS FILHOS

O Código Civil de 1916 durou 86 anos, porém o novo Código Civil não resolvia satisfatoriamente a questão da guarda dos menores. Em seus artigos 1.583 e 1.584, determinava que não havendo acordo entre os genitores, ficaria a guarda sob o poder de quem detivesse melhor condições de exercê-la, deixando o outro com direito de visitas e a contribuir com a pensão alimentícia.

O instituto da Guarda vem nas entrelinhas do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, e com base na premissa constitucional em assegurar um guardião para todo incapaz, foi lavrada a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 regulamentando a Guarda Compartilhada e a Guarda Unilateral.

Conforme destaca Bittencourt (1984, p. 171): “a lei estabelece que cabe a ambos os pais, igualmente o direito de ter o filho sob sua guarda e de zelar pelo seu bem estar e que cumpre, sendo além de questão de direito, questão de fato em face de uma separação, cabendo ao juiz aplicar o direito.”

Com a separação dos pais, aparece a necessidade de determinar com quem os filhos ficarão, com isso surge a guarda judicial, em que será definida de forma que melhor preserve a criança, que diante do novo cenário de vida dos envolvidos, bem como baseado na Constituição Federal de 1988 e na co-responsabilidade parental, a guarda exclusiva tradicional, como única opção, em momentos pretéritos, cedeu lugar a outras modalidades de guarda, a fim de proporcionar aos genitores uma melhor chance de se adaptar a nova vida sem perder o vínculo ou ser o único responsável pelos filhos.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, conforme previa seu artigo 326, com a separação, o menor ficava sob a guarda do cônjuge que não teve culpa pelo desquite, sendo os dois considerados culpados, ficaria os menores de seis anos com o pai e as filhas maiores de seis anos com a mãe.

São quatro os modelos que existentes de guarda judicial, nominadas como: guarda unilateral, alternada, dividida ou nidação e finalmente a compartilhada. Porém, após a sanção da Lei 11.698/2008, somente dois deles permaneceram em nosso ordenamento: a unilateral e a compartilhada.

O modelo mais aplicado de guarda é a unilateral, que está prevista no § 1º do artigo 1.583 do Código Civil que diz: “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, assim, não se manifestando, deixa implícito que ao outro cabe o direito de visitas e o dever de “supervisionar os interesses dos filhos” como se vê mais adiante no §3º do mesmo artigo, bem como o compromisso com os alimentos. Ela pode ser firmada por acordo ou determinação judicial.

A respeito da guarda alternada afirma Duarte (2006, p.30):

“Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores. Reside, por exemplo, 15 dias na casa de cada genitor, ou períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro. Tal arranjo gera ansiedade e tem escassa probabilidade de sucesso (...).”

Este modelo é pouco utilizado por acarretar diversos desgastes ao menor, como perda de referência do lar.

Já a guarda denominada aninhamento ou nidição, é uma modalidade extinta, pela impossibilidade de sua aplicação que consistia em permanecer o menor na mesma casa, revezando os genitores na casa em que as crianças viviam em períodos alternados de tempo.

Por fim, a guarda compartilhada, que nada mais é do que a responsabilidade dos dois genitores em conjunto, com a qual o menor possa passar maior tempo com ambos os pais e poder contar com os dois para as decisões de sua vida.

O consenso dos estudiosos das disciplinas que envolvem estas relações, como operadores do direito, psicólogos, pedagogos e sociólogos, é que a guarda compartilhada é a melhor opção, pois consegue, na medida do possível, manter a igualdade entre os pais e o menor impacto por conta das mudanças na vida do menor. Porém ela ainda é pouco usada, quais seriam as dificuldades ou o receio para a sua aplicação?

Uma das causas de a guarda compartilhada não ser aplicada num primeiro momento é que a maior parte separações não ocorre de forma amistosa, ou acaba levando um tempo para que os pais passem a conversar amigavelmente, nestes casos, o melhor modelo de guarda aplicável certamente não é a compartilhada para que a criança não fique no meio do “fogo cruzado” dos ex-companheiros.

Para os operadores do Direito, a guarda compartilhada deve ser usada quando há consenso entre as partes para evitar o contato entre os genitores, já para os estudiosos da Psicologia, ela deve ser empregada como regra, independente do litígio para que o menor não perca o convívio com um dos pais o que, segundo eles, causa maiores danos ao menor.

Quando o assunto é a guarda dos filhos, deve-se pensar que o bem-estar material e emocional deve ser mantido na melhor forma possível independente da animosidade dos pais. O que se deve buscar manter é o equilíbrio da criança ou adolescente, não a pretensão do pai ou da mãe.

A aplicação da guarda compartilhada tem como objetivo a união dos pais junto às necessidades da criança, trazendo maior segurança e qualidade de vida à criança ou adolescente, para que a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal seja um problema dos pais e que atinja de menor maneira os filhos.

2.4. GUARDA COMPARTILHADA

2.4.1. Conceito e Origem

A guarda compartilhada apareceu pela primeira vez na Common Law, no Direito Inglês, na década de 60. Ainda assim, frisa Leite (1997, p. 266) para quem:

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

Para acompanhar a evolução do Direito Familiar e superar o modelo patriarcal, as decisões judiciais já vislumbravam a possibilidade da guarda compartilhada, o artigo 1583, §1º, do Código Civil, teve sua redação alterada pela Lei nº. 11.698/2008 que prevê este modelo de guarda de forma expressa,

Neste sentido linha, leciona Dias (2008, p. 401):

“Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de efetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.”

Apesar da diferença de costumes e práticas de cada cultura, é interessante analisar o emprego da guarda compartilhada no direito alienígena, pois com a globalização, bons exemplos podem ser copiados com maior facilidade.

A idéia de guarda conjunta, surgiu no Direito Inglês, na *Common Law*, com a denominação inicial de *joint custody*, estendendo-se para a França e para o Canadá, o termo *joint custody* equivale ao poder familiar do Código Civil brasileiro.

Foi na França que surgiu a primeira Lei sobre guarda compartilhada, chamada de Lei Malhuret, em homenagem ao então Secretário de Estado dos Direitos Humanos, editada em 22 de julho de 1987, na qual foi estabelecida a autoridade parental a ser exercida pelo casal independente se estarem unidos ou não.

Já Portugal, batizou a guarda compartilhada como guarda conjunta, porém mesmo antes da edição da Lei, os tribunais portugueses já admitiam o exercício comum do “poder paternal” que somente fez parte da sua legislação no ano de 1999.

Na Alemanha, até 1992, a Lei visada somente a guarda unilateral, até que um pai, requerendo a guarda de um filho que tivera fora do matrimônio teve seu pedido indeferido, dirigindo-se às Cortes Européias dos Direitos Humanos para pedir justiça e reparação contra o Estado Alemão.

Invocou que a Alemanha não haverá respeitado o artigo 8º da Convenção dos Direitos Humanos, onde toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida familiar.

No Canadá, a guarda compartida só é deferida se os pais optarem por ela, entretanto os juízes os orientam que esta é a modalidade de guarda mais correta e benéfica aos filhos e a eles próprios.

Mas é nos Direito americano que a guarda compartilhada encontra sua mais ampla aplicação com algumas singularidades, como por exemplo, o tempo de permanência com os filhos deve ser o mais aproximado possível de como era na vigência da união e, se ambos ganham mais ou menos o mesmo salário, estão dispensados de pagar pensão, visto que tudo é dividido meio a meio. Outra coisa interessante é que são obrigados a fazer um curso sobre a responsabilidade na criação dos filhos.

2.4.2 Fundamentos Jurídicos Que Viabilizam A Aplicação Da Guarda Compartilhada

Munidos pela máxima afirmada na Constituição Federal em seu art. 5º que prevê igualdade absoluta entre homem e mulher, bem como à sociedade conjugal, como corroborado no art. 226 §5º que diz: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” e a devida proteção vista no art. 227 combinado com o art. 229 confere a ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Visto também no art. 4º da Lei 8.060/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – expõe o mesmo texto do art. 227 da Constituição Federal e o art. 6º diz que na interpretação da lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

No art. 16, caput “o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...) “V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação”

E por fim, o art. 22 dispõe que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Temos ainda o que a Lei 9.278/96 dispõe em seu art. 2º sobre a igualdade de direitos e obrigações onde diz que a guarda, sustento e educação dos filhos são comuns.

Vemos também na Lei 6.515/77 no artigo 2º que traz as atribuições estabelecidas da guarda de filhos em destaque de seu artigo 13 que facilita ao juiz dispor sobre a guarda de maneira mais conveniente aos filhos.

No tocante à visão doutrinária, Grisardi (2000, pag. 139) dizia:

“(...) em 1986 o então juiz de direito e depois desembargador do TJRS, Sérgio Gischkow Pereira, fez publicar o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, ou conjunta, em nosso Direito, anotando que, naquela época, o modelo começara a ser pesquisado no Rio Grande do Sul “sob o prisma jurídico e psiquiátrico” envolvendo profissionais de Direito, da Educação, da Medicina, da Sociologia etc.”

Mesmo com o advento do Código Civil de 2002, ainda persistia a lacuna no que diz respeito a guarda compartilhada, pois não foi considerado como um dos modelos de guarda.

E em paralelo já havia um Projeto de Lei para alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil sobre a guarda de filhos nos casos de dissolução do vínculoconjugal, pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual que visavam acrescentar parágrafos para a aplicação da guarda compartilhada.

Uma destas alterações dizia que o Juiz precisa evidenciar às partes as vantagens da guarda compartilhada já no início do processo, porém sabe-se que é necessário que o Magistrado necessita avaliar o caso concreto para analisar a viabilidade de uma guarda compartida, mesmo que para chegar a esta conclusão necessite do apoio de uma equipe multidisciplinar.

A Lei está pronta para aplicação nos casos práticos, necessitando apenas de maiores esclarecimentos acerca das atribuições de cada genitor.

2.4.3. Aspectos Positivos E Negativos Da Lei Nº 11.698/2008

Após a entrada em vigor da Lei nº 11.698 de 2008, os aspectos positivos e negativos observados podem ser resumidos, praticamente, nos argumentos daqueles que militam a favor e contra, pelo compartilhamento da guarda em situação de litígio.

Como desvantagem, se vê a não aplicação em qualquer caso, pois se o casal encontra-se em desarmonia, não irão cooperar mutuamente estando insatisfeitos um entre si. Em situações como esta a opção pela guarda compartilhada pode gerar um conflito mais intenso, por isso, escolher a guarda unilateral, costuma-se que em tais casos, seja deferida àquele genitor que demonstrou maior estabilidade emocional e com melhores condições de cuidar do menor.

A analisar a problemática, Nick (1997, p.137), um dos pioneiros na análise da questão diz:

“As desvantagens da guarda compartilhada se centram na impossibilidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais; na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como um meio para negociar menores valores de pensão alimentícia; e na inviabilidade da guarda conjunta para famílias de classes econômicas mais baixas.”

Neste mesmo sentido, salienta Canezin (2002, p.15):

“Para que o exercício da guarda compartilhada possa funcionar, importa que os pais revelem capacidade de cooperação e de educar, em conjunto, o filho menor, esquecendo todos os conflitos interpessoais, já que somente é possível o exercício desse modelo quando existe, entre os genitores, uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito. Esta contra-indicação tem relevância nos casos em que a guarda compartilhada é decidida judicialmente sem que ela aconteça na forma de um acordo espontâneo entre os separandos.”

Há também quem se oponha a guarda compartilhada devido às mudanças que ocorrem no cotidiano do menor envolvido, acima de tudo quando estas se encontram nos anos iniciais em que necessitam de maiores cuidados maternos e é difícil entender quem é seu responsável realmente.

Assim destaca Nazareth (1997, p.83), que insurge sobre tal modelo:

“Quando as crianças são muito pequenas... 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 velhas.”

Uma mera discordância de posicionamento dos pais em relação a algo relevante ao interesse do menor não deve ser comparada com uma convivência conflituosa onde os pais vivem em desarmonia. Divergências podem existir e na sua persistência, o juiz deve ser procurado para a solução sempre visando o melhor interesse do menor.

Não há dúvidas quando se pensa em qualidade de vida para todas as partes que o modelo citado é o mais indicado por ser o único que garante a continuidade do vínculo após a ruptura do casamento ou da união estável, ou seja, para os estudiosos que indicam o modelo, este é o que sem sombra de dúvidas, o que tem melhores reflexos na vida do menor contribuindo para um desenvolvimento da personalidade mais adequado, já que os pais mantêm-se participando da vida do menor igual era antes da ruptura.

No que diz respeito a matéria, aponta o Gama, em nota por ele publicada no Jornal do Comércio (2001, p. B6):

O modelo tradicional de guarda exclusiva, atribuída na maior parte das vezes à mãe, à evidencia se mostrou falho e insuficiente na maior parte dos casos, para cumprir o papel parental no período de pós dissolução da sociedade conjugal, daí a procura por novas modalidades de guarda que possibilitem aos pais o exercício da autoridade parental em igualdade de condições, mesmo com o término da união.

Dentre os modelos de guarda, vê-se que a compartilhada é a que tem melhores reflexos na vida das partes envolvidas, porém a sua aplicada depende diretamente do bom relacionamento dos pais.

2.4.4 Análise Da Guarda Compartilhada

Com a finalidade de sempre visar o melhor interesse da criança pregado pelo ECA, deve-se aplicar isto no dia-a-dia da criança em decisões chaves como educação, religião, saúde, atividades extracurriculares entre outras que possam vir a ter impacto no desenvolvimento socioemocional da criança.

Vê-se também, que não há um padrão para a guarda compartida, em cada caso, é aplicado conforme a disposição familiar, inclusive incluindo avós que se prontifiquem a ficar com a criança em determinados horários ou ajudar em determinadas atividades assegurando uma convivência saudável para todos.

Uma vida social integrada propicia à criança experiências saudáveis que refletirão vida afora, diferente de disputa pelo amor da criança, chantagem e especulações que normalmente é presenciado nas situações onde há desarmonia entre os genitores separados.

Nos casos onde a guarda compartilhada é aplicada, verifica-se também que o desenvolvimento psicoemocional do menor é mais elevado dos que desfrutam da guarda unilateral e aos pais, vê-se ambos mais satisfeitos, a mãe por poder dividir os encargos que teria com a guarda unilateral e que o pai por não ficar apenas com o encargo de prover os filhos.

Ao passo que o poder familiar pertence a ambos, na prática, toda decisão deve ser consentida por ambos e em caso de desacordo, pode-se recorrer sempre ao juiz para reexaminar a situação, mas o seu sucesso está diretamente ligado ao bom relacionamento dos ex-companheiros.

2.5 CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA

2.5.1 Residência Do Menor E Educação

Sob o regime da guarda compartilhada o menor terá apenas um domicílio sendo na casa de qualquer um dos genitores, para evitar o que foi visto e amargado com a aplicação da guarda alternada, onde as crianças perdiam a referência do lar, porém nas outras necessidades, prevalece a idéia de o menor ter os pais disponíveis conforme sua necessidade.

Nessa esteia, leciona Dias (2008, p. 403):

“Guarda compartilhada significa dois lares, dupla residência, mais de um domicílio, o que, aliás é admitido pela lei (CC 71). Fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer. Porém, não há qualquer impedimento que estipulem os genitores – de preferência em procedimento de mediação –, alguns pontos a serem observados por ambos. Assim, há a possibilidade de ficar definida a residência do filho com um dos pais. Porém é de se ter cuidado para que essa fixação não desvirtue o instituto, restando o genitor, cujo lar serve de abrigo ao filho, com a sensação de que ganhou a disputa, e o filho, de que ele é o seu guardião.”

É o que sustenta Groeninga (2006, p.126) “havendo compartilhamento, ao mesmo tempo, e na mesma intensidade do poder familiar, embora vivam em lares distintos, a residência dos filhos é fixada em um destes lares”. Essa determinação do local de residência do menor gera “a estabilidade que o direito deseja para o filho e não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo”, conforme afirma Strenger (1998, p. 71).

No tocante ao dever com a educação, de acordo com o preceito visto no artigo 229 da Constituição Federal, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, dever este corroborado pelo artigo 1.634, inciso I do Código Civil é também visto em texto semelhante no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde diz que a guarda obriga seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional.

2.5.3 Direito De Visitas E Obrigação À Prestação Alimentar

Sobretudo, o direto de visita é um direito do menor, que não deve ser privado do amor e carinho necessários ao seu desenvolvimento. Com a aplicação da guarda compartilhada, o termo “direito de visitas” é substituído por “direito de convivência”, pois apesar de a residência do menor ser na casa de um dos genitores, o menor vai estar em maior contato com o outro do que não mora com ele, do que em relação à guarda compartilhada.

Mesmo com a guarda conjunta, não há nada que impeça a fixação de alimentos por parte do juiz, para evitar que haja um desamparo por uma das partes, pois as dívidas do menor devem ser divididas e não há lógica de, por ventura, em um local ele ter acesso a certas coisas e no outro não ter, fazendo com que opte por ficar com apenas um genitor, então para a guarda compartilhada devem-se ser aplicados os princípios e regras gerais.

No mesmo sentido dispõe Dias (2008, p. 403):

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial.

Se fixados os alimentos conforme artigo 1.694 do Código Civil, e o obrigado com a prestação a deixar de adimplir, caberá condenação judicial na obrigação alimentar igualmente como ocorre com a guarda unilateral.

2.5.4. Responsabilidade Civil

Independentemente de os genitores estarem unidos ou separados, a responsabilidade dos filhos menores é igual conforme se pode ver no artigo 1.583, § 3º do Código Civil, mantendo o direito-dever de supervisionar a sua manutenção como se vê no artigo 1.589 do mesmo Diploma, de maneira que resta desprovido o argumento apresentado pelos defensores da guarda compartilhada no sentido de afirmar que tal instituto seria “um modo de garantir, de forma efetiva, a co-responsabilidade parental” (BERENICE, 2008, p. 401).

Sobre a matéria afirma o Código Civil que “são também responsáveis pela reparação civil: os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia” (artigo 932, II, CC).

Diante tal dispositivo, afirmam Nery Júnior e Andrade Nery (2003, p. 491):

Os pais são responsáveis pela reparação civil dos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia, a teor do disposto no CC/1916 1521 [CC 932]. Delineia-se, na espécie, uma presunção de culpa cuja fonte é justamente o pátrio poder. A momentânea ausência do pai por motivo de viagem na época dos fatos não desfigura a presunção, denotando falta de maior empenho paterno na admonição e preparação do filho. Também, a não imputabilidade deste não funciona como excludente da responsabilidade paterna pela simples razão de que sua fonte é o pátrio poder, abrangendo ela todos os atos ilícitos que pratique, em qualquer situação, porque a vigilância que lhe incumbe é universal e contínua, não podendo, pois pretender que com relação a determinados atos submetidos a essa vigilância não se configure sua responsabilidade.

Entretanto, este último entendimento precisa de fundamentação razoável, se apresentando como uma limitação real ao poder familiar, logo, inadmissível. Trata-se o poder familiar de um direito constitucionalmente garantido, conferido aos pais, então, devendo ambos responder, igualmente, por todos os atos praticados pelos filhos menores, independentemente, do regime de guarda que os contemplam, sob pena de ferir a própria Constituição Federal.

2.6 ASPECTOS PSICOLÓGICOS

Conforme o visto na presente pesquisa, busca-se com a guarda compartilhada minorar os efeitos, normalmente traumáticos, do término da relação conjugal na vida dos menores, de forma a manter-se os vínculos afetivos parentais, fazendo que ambos os genitores participem ativamente na educação e desenvolvimento de sua progênie.

Porém, observa-se que a alienação parental, ou implantação de falsas memórias, é muito comum em relações recém-terminadas, onde um ou ambos genitor(es) utilizam o filho como arma para atingir o outro, trazendo à eles problemas de ordem psicossociais muitas vezes irreversíveis.

Por alienação parental ou implantação de falsas memórias nos instrui Silva (2008, p. 154) que “a alienação parental é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado pelo comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que detém a guarda do filho.” Sendo a alienação parental um processo que consiste e programar uma criança para que odeie um dos genitores, sem justificativa. Quando a síndrome se apresenta, a criança dá sua própria contribuição para desmoralizar o genitor alienado perante todos.

Aduz-se, pois, a guarda conjunta como uma alternativa para solucionar a problemática do fim da relação, uma vez que há uma maior proximidade quase como era quando co-habitavam, permitindo aos genitores um maior controle, fiscalização e participação na criação dos filhos.

2.7 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

As desvantagens do modelo vêm com a aplicação errônea do instituto, seja ao aplicá-la quando o casal se encontra em desarmonia ou mesmo quando a criança não fixa a residência perdendo sua referência de lar, por ficar ora com o pai, ora com a mãe em ambientes diferentes.

O maior problema é a ausência de instrução satisfatória para os genitores acerca das possibilidades dentro das suas possibilidades específicas, necessitando de maior acompanhamento de Assistentes Sociais e Psicólogos dentro das Varas de Família.

A sua aplicação deve, sem sombra de dúvidas, ser acompanhada de equipe multidisciplinar para que os pais sejam instruídos sobre como proceder neste novo momento para que não sejam todos jogados numa situação de desconforto e desarmonia, pois além de os genitores terem uma boa relação, também devem ter condições operacionais para a utilização da guarda conjunta.

3 CONCLUSÃO

A intenção do trabalho é discutir as alterações existentes após o advento da Lei 11.698 de 13 de julho de 2008 que trata a guarda compartilhada de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, substituindo os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil vigente, sendo reflexo da evolução do Poder Familiar visto no desenvolver da sociedade.

Com a norma regulamentada, o instituto anteriormente utilizado timidamente pelos magistrados, passou a ser regra no Brasil, assim como em diversos outros países como visto no direito comparado, sempre com amparo no melhor interesse do menor.

O presente trabalho é uma simples explanação para a melhor compreensão da aplicabilidade da guarda compartilhada, atualmente presente no Direito Civil brasileiro, sempre buscando ao fim um melhor desenvolvimento da criança, o resguardo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Divagou-se pelo poder familiar, pela problemática acerca da ruptura do casamento ou da união estável, viu-se as possibilidades sobre a guarda e a função que cabe ao guardião da criança e os efeitos jurídicos da aplicação da guarda compartida.

O intuito maior foi demonstrar a vantagem advinda da guarda compartilhada, que prioriza e favorece a íntima relação entre os pais e filhos, mesmo após a desunião do casal, bem como protege o saudável desenvolvimento dos filhos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, L. M. S. **Guarda compartilhada: exclusiva viabilidade transacional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n3359, 11.09.2012 Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/22588>>. Acesso em:23 maio 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – direito de família, v. VI, 6.ed.rev.atual., São Paulo, Saraiva, 2009
- ARBACHE, F. Mãe não é mais intocável. **Jornal do Comércio.** Rio de Janeiro, 9 de abril de 2001. Caderno Direito & Justiça, fl B6.
- BITTENCOURT, E. M. **Guarda de Filhos.** São Paulo. Ed. Universitária de Direito, p. 68-69, 1997.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família.
- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ASOLESCENTE. Lei nº 8.069, de 13.07.1990.
- GAMA, G. N. **Jornal do Comércio.** Caderno Direito & Justiça, fl B6, 9 de abril de 2001.
- GRISARD, W. F. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.
- GROENINGA, G. A Parceria Direito/Psicanálise. **Boletim Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)** n. 14, 2000, pg. 5.
- HIRONAKA, G. M. F. N. **Família e Casamento em Evolução.** Revista Brasileira de Direito da Família. N. 1, 2000 p. 7
- NAZARETH, E. R. **Com quem fico, com papai ou mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada.** Constituições ao direito da família. Disponível em www.apase.com.br, acesso em 02/05/2013
- NICK, S. E. **Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados.** Rio de Janeiro: Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1994.
- PELUSO, A. C.. Guarda dos Filhos. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**
- RODRIGUES, S. **Direito Civil. Volume 6. Direito de Família.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, 432 p.
- SILVA, A. M. M. **A Lei sobre Guarda compartilhada – 3ª Ed.** São Paulo: J.H. Mizuno. 2012.
- STRENGER, G. G. **Guarda dos Filhos.** São Paulo: Saraiva: 1998.
- WAMBIER, T. A. A.; LEITE, E. O. (coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 448p.