

A GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AOS ENUNCIADOS DA LEI n° 13.058/14

Manuela Munhoz Roos¹, Bianca Corbellini Bertani²

Resumo: A guarda compartilhada é tema relevante, em razão das alterações introduzidas pela Lei n° 13.058/14, que tornou compulsória a sua adoção, quando o Judiciário é acionado a dirimir os conflitos familiares e os litigantes não encontram consenso sobre a responsabilidade parental em relação aos filhos. Assim, este artigo tem por objetivo refletir sobre a guarda compartilhada ante os enunciados da Lei 13.058/14. Por meio de pesquisa qualitativa, método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental, pretende-se esclarecer a ideia de família e sua relação com a autoridade parental, destacando-se a importância do afeto na configuração familiar. Em seguida, passa-se pela responsabilidade parental e a proteção dos filhos, adentrando-se na guarda compartilhada, seu significado e importância, ressaltando os efeitos dessa modificação nas relações familiares, na convivência parental e no equilíbrio emocional da criança e/ou adolescente. Conclui-se que a guarda compartilhada proporciona um convívio de melhor qualidade, principalmente com o genitor que não detém a guarda física do filho e também oportuniza aos cônjuges uma melhor superação dos episódios que determinaram a dissolução da sociedade conjugal.

Palavras-chave: Família. Autoridade parental. Guarda compartilhada. Lei n° 13.058/14.

1 INTRODUÇÃO

Embora a guarda compartilhada não seja uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua adoção era parcimoniosa, pois os litigantes e mesmo o Poder Judiciário preferiam a guarda unilateral, talvez por uma questão de hábito ou cultura. Dessa maneira, por vezes, prejudicava-se a relação paterno/materno-filial, pois esse modelo de guarda (unilateral) contribuía para a ocorrência de alienação parental, dificultando ou ainda extinguindo a relação entre os cônjuges e destes com os filhos.

1 Graduada em Direito da Univates. E-mail: mroos@universo.univates.br

2 Professora e coordenadora do Curso de Direito da Univates. Mestre em Direito. Email: biancabertani@univates.br

Por outro lado, o ingresso da mulher no mercado de trabalho e as posturas emancipatórias refletidas no texto constitucional fizeram com que a família rumasse por novos caminhos, adequando-se a um novo modelo, a denominada família contemporânea. Conceitos importantes, tais como afetividade, melhor interesse da criança e/ou adolescente e solidariedade familiar têm sido debatidos e a eles atribuído valor significativo na vivência familiar. Dessa forma, os legisladores e mesmo o Poder Judiciário tiveram de se adaptar à lei e a seus entendimentos, bem como às modificações ocorridas nas famílias, para efetivar a proteção dos filhos (e das famílias agora reestruturadas), priorizando a melhor convivência entre pais e filhos, mesmo quando a união conjugal dos pais tenha se encerrado.

Como o advento da Lei 13.058/14, sobre a guarda compartilhada, este artigo tem o objetivo de discutir alguns tópicos da lei e as perspectivas desta modalidade de guarda, frente aos novos enunciados legais. Compreende-se que, a despeito de a nova lei determinar que a guarda compartilhada ser compulsória, sua aplicação necessita de uma abordagem e de um estudo sobre as condições do grupo familiar e que efeitos ela trará para a criança e ou adolescente, merecendo, portanto, uma análise caso a caso, mas partindo-se da regra de que a guarda compartilhada é a prioridade, por meio de pesquisa qualitativa, método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental.

2 FAMÍLIA E AUTORIDADE PARENTAL

Historicamente, a família baseava-se na função religiosa, representando uma instituição patriarcal, sacralizada, indissolúvel e procracional, em virtude do grande número de filhos que o casal possuía. O poder masculino prevalecia sobre a mulher, configurando o poder marital; sobre os filhos, vigorava o pátrio poder, que prevaleceu como modelo desde os tempos do Brasil Colônia, entrando em crise em decorrência da introdução de novos valores jurídicos, trazidos na Constituição de 1988 (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2010).

O modelo democrático da família constitucionalizada atual consagrou-se devido à emancipação e ascensão da mulher no mercado de trabalho, bem como ao aumento populacional nos centros urbanos no século XX e à perda da força procracional, em virtude de que muitos casais optam por não terem filhos. Dessa maneira, do ponto de vista jurídico, a família é composta por meio de vínculos e grupos. O primeiro pode ser de sangue, por direito ou afeto, e é por intermédio dele que são compostos os grupos que integram a família: conjugais, parietais ou secundários. A quebra de paradigmas envolvendo a família patriarcal se deu à medida que uma outra família ascendeu, a família atual, fundamentada pelo afeto, na qual “enquanto haverá afeto, haverá família” (LÔBO, 2014, p.7).

Nesse sentido, o autor entende ainda que:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram, ou passaram a desempenhar papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família, e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua (LÔBO, 2014 p. 17).

Compartilhando do mesmo entendimento, Madaleno (2009) atribui ao afeto como ensejador dos laços familiares entre duas ou mais pessoas, para o fim de dar explicação e dignidade à realidade humana. Dessa forma, com a evolução e a quebra paradigmática dos conceitos de família, o direito abriu-se aos sentimentos, convertendo o afeto em valor jurídico, fundamental para a estruturação da família, bem como primordial para a busca da felicidade nas relações interpessoais.

Pode-se dizer que dois grandes marcos contribuíram para a evolução da família, antes patriarcal e hierarquizada: o primeiro foi a edição Lei 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, trazendo grandes inovações à capacidade da mulher casada, equiparando os direitos dos cônjuges, além de resguardar os bens adquiridos através do seu trabalho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002). Outro foi a Constituição Federal de 1988, trazendo a família para além do casamento e constitucionalizando o divórcio.

Vale lembrar, que o divórcio, no Brasil, já está legalizado desde a Lei nº 6.515/77, consagrada como Lei do Divórcio, que, nas palavras de Dias (2014, p. 30), “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada”.

A legislação pátria não se preocupou com a definição de família, atribuindo-a inicialmente somente através do casamento, mas isso mudou com a promulgação da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, trazendo pela primeira vez, em seu art. 5º, II, a definição de família, atendendo a seu perfil moderno, definindo família como aquela formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Nota-se que nas palavras de Bauman (2004, p. 45) a afinidade tem como fator qualificante a escolha, e sua intenção “é ser como o parentesco, tão incondicional, irrevogável e indissolúvel quanto ele”. Dessa maneira, a família antes vista e formada a partir da esfera jurídica, atualmente é uma família eudemonista, voltada para a busca da felicidade. Conforme Almeida e Rodrigues Junior (2010, p. 22): “família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem”, baseada na ostensibilidade, que aparece como evidente, reconhecida na afetividade, pois abrange a comunhão de afeto e, por fim, na

estabilidade que assegura aos familiares aos poucos a construção e formação das relações sociais.

Para desconstruir a noção de “pai” como representativo de “pátrio poder”, disposto no Código Civil de 1916 (CC/16), passou-se a utilizar a expressão “poder familiar”, utilizada no Código Civil de 2002 (CC/02), compreendendo, conforme art. 1.634, o exercício da autoridade parental, cuidar da criação, sustento dos filhos menores de dezoito anos, bem como representá-los em diversos atos da vida civil. Assim, foi sendo desconstituída a noção de pátrio poder, na qual o pai exercia o poder sobre seus filhos como se fosse seu dono, como se os filhos fossem propriedade inviolável e inatingível, e o Estado jamais poderia investigar essa relação.

Desse modo, a nova expressão – poder familiar ou autoridade parental - pode ser entendida como um conceito jurídico que significa o vínculo entre mãe e pai com seus filhos, ou apenas um dos genitores na falta do outro. Ele representa um poder-dever que tem os pais de bem criar seus filhos, visando à igualdade de condições entre os genitores para o bem-estar dos seus filhos. Configura um poder-dever porque implica cuidar da criança em questões como alimentação, vestuário, educação, saúde, e dar o suporte necessário para que ela se desenvolva, não só na questão da materialidade, mas, sim, no principal suporte que os genitores podem dar aos seus filhos: o afeto. Sem dúvida, em concordância com Dias (2014, p. 435), “objeto de poder, o filho passou a ser sujeito de direito”; a autoridade parental não abrange deveres que envolvam apenas o campo material, mas, principalmente o campo existencial, no qual outras necessidades, por parte dos filhos, se fazem presentes, notadamente de índole afetiva.

3 A RESPONSABILIDADE PARENTAL E A PROTEÇÃO DOS FILHOS

O CC/16, nas questões de guarda (atualmente responsabilidade parental), mantinha um posicionamento ultrapassado, associando a guarda ainda ao poder dos pais sobre os filhos. Dessa forma, a guarda era atribuída e associada em sentido de propriedade sobre os filhos e qual dos genitores a exerceria. A vontade da criança ficava em segundo plano frente à vontade dos pais. Para Costa (2002, p. 87), “o problema da guarda dos filhos surge no momento em que ocorre a ruptura, ou a desunião da família, pois a guarda deve ser atribuída somente ao pai, ou à mãe”.

Atualmente, em decorrência da combinação dos artigos 5º, “caput”, 226, § 5º e 227, “caput”, todos da Constituição Federal de 1988 (CF/88), os membros do núcleo familiar convivem em igualdade de condições referentes à sociedade conjugal. Independente da vontade dos cônjuges ou companheiros em permanecer juntos ou não, a criança não pode ser privada da convivência e ser separada de um ou de ambos, posto que ela possui o direito fundamental de conviver com seus genitores.

Consagrado o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, asseguraram-se os mesmos direitos e deveres inerentes à vida conjugal a ambos, banindo discriminações e deixando de valorizar somente a vontade masculina na relação (DIAS, 2014). Ainda, em seu art. 227, a CF/88 priorizou de modo absoluto os filhos, assegurando-lhes a garantia à convivência familiar e colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, negligência, crueldade e opressão. Por sua vez, conforme o art. 229, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90), conforme Dias (2014), também alçou e transformou a criança em sujeito de direito, trazendo uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a dezoito anos. A referida autora comenta ainda que o CC/2002 pecou ao estabelecer de forma simples algumas diretrizes referentes à guarda, o que posteriormente tentou-se solucionar com a Lei nº 11.698/08, sugerindo e priorizando a guarda compartilhada dos filhos, bem como as conjuntas responsabilidades dos genitores em relação ao poder familiar.

Com isso, o fim da união conjugal deve ensejar apenas tal finalidade, e não comprometer a relação entre pais e filhos, uma vez que não se pode indispor do núcleo familiar, já que “[...] a afetividade entre pais e filhos é coisa que cresce ao longo do tempo, através do envolvimento que ambos vão tendo no cotidiano de suas vidas” (BARROS, 2015, texto digital).

Para Dias (2014, p. 453):

A guarda dos filhos é implicitamente conjunta apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decidirá atendendo ao melhor interesse do menor.

Os pais devem manter consigo e conservar os filhos em seu poder, ainda que separados, pois a autoridade parental não termina com o fim do relacionamento, tampouco da família, e os direitos inerentes a ela.

A guarda conjunta enseja em uma maior participação do genitor que não detém a guarda física da criança e/ou adolescente, em sua vida, o que não ocorria antes. Na grande maioria das vezes a mãe permanecia com a guarda física unilateral da criança, ficando o pai restrito apenas ao direito de “visita”, e meramente ao pagamento de pensão.

Nesse sentido, Fiuza (2010) entende que a guarda deriva da autoridade parental (poder familiar), porém nem sempre os pais são os titulares, posto que a guarda também poderá ser concedida a terceiro, normalmente aquele que tiver um grau de parentesco e possuir relações de afeto com a criança. A unidade familiar deve persistir mesmo depois da separação de seus componentes,

devendo ser encarada como um elo perpétuo, que não deve comprometer a continuidade das relações familiares.

Durante o tempo em que a família se conserva física e unida pelo afeto, a criança e/ou adolescente desfrutam de seus dois genitores, porém a ruptura do casal abre espaço para a família monoparental, transferindo a responsabilidade parental, que antes era exercida pelo pai e pela mãe, a um só dos genitores. Dessa maneira, o papel do genitor que não possui a guarda fica reduzido e opera-se de forma secundária e, relação ao titular. Assim, Grisard Filho (2013) entende que com a evolução da sociedade e das normas jurídicas, a culpa de um dos cônjuges no processo de dissolução de união estável ou divórcio deixou de ser considerada relevante no processo de guarda dos filhos, e hoje é tratado com naturalidade. Dessa forma, a proteção dos filhos pode ser definida como um conjunto de instrumentos e normas legais que visam a proteger e preservar o interesse da criança.

Para Lôbo (2009, p.174), a proteção dos filhos se torna mais ampla que a guarda e a fixação da obrigação alimentar:

[...] a proteção dos filhos constitui direito primordial destes é direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os polos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito de contrato. Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles a ao compartilhamento recíproco de sua formação.

Nesse tocante à proteção, esta se torna muito mais abrangente do que a guarda, por compreender um direito primordial da criança, desde o nascimento, que não termina com a ruptura conjugal e o regime de guarda.

O conceito de guarda, conforme Lôbo (2009), passa pelo entendimento que, para alguns, a separação dos pais é a separação dos filhos; com a separação dos cônjuges, a guarda é atribuída a um ou a ambos os cônjuges que devem manter os deveres de cuidado e zelo para com os filhos menores de dezoito anos, não permitindo que a convivência familiar fique comprometida.

Já Fiuza (2010) acredita que a guarda é uma relação originária do poder familiar, porém nem sempre significa que os pais serão os seus titulares, pois poderá ser concedida a terceiros, preferencialmente aqueles que tiverem grau de parentesco ou mantiver relações de afetividade e afinidade. Consequentemente, entende que a unidade familiar deve ser encarada como um elo perpétuo, para não comprometer nem prejudicar a convivência familiar.

Com a dissolução do vínculo conjugal, abre-se a discussão de quem permanecerá com a guarda dos filhos. Por muito tempo, o marido era o detentor do poder de decidir sobre a vida dos filhos, ficando a mulher em situação desfavorável, a fim de que se ficasse com a guarda dos filhos, não

conseguia trabalhar e cuidar do sustento da família. Com o advento da CF/88, a responsabilidade parental é ao mesmo tempo um dever e direito dos pais, e, respectivamente, direito que os filhos têm de contar com educação, sustento e principalmente com afeto como elemento fundamental e estrutural na sua formação vindo de seus pais (GONÇALVES, 2000).

Há, portanto, modelos de guarda possíveis: unilateral, alternada, nidada e compartilhada.

A guarda unilateral, conforme Dias (2014), é a guarda atribuída a só um dos genitores, estabelecida consensualmente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la, e tenha capacidade para propiciar ao filho afeto no grupo familiar, saúde, segurança e educação conforme art. 1.583, § 2, do CC. Para Fiuza (2010) a guarda unilateral configura-se quando é concedida apenas um dos pais, quando separados ou na impossibilidade do outro exercê-la.

A guarda alternada não está positivada no nosso ordenamento jurídico, conforme é possível extrair do art. 1583, do CC/2002, que a guarda será unilateral ou compartilhada. Para Fiuza (2010) ocorre a guarda alternada quando cada um dos pais permanecer com a guarda dos filhos seguindo um determinado lapso temporal, que poderá ser organizado em dias, meses ou até anos. Cada um dos genitores deterá a guarda nesse período ficando responsável pela tarefa de cuidar diretamente do filho, ou seja, apenas um dos genitores, por um período que pode ser anual, semestral, mensal ou até diário, é sucedido pelo outro genitor. Sendo assim, o período em que a criança permanece com um dos genitores torna este genitor responsável em todos os aspectos relativos ao filho de forma exclusiva; findo o período essas atribuições, transferem-se ao outro genitor.

Uma guarda decorrente dos países europeus e pouco utilizada no Brasil, é a guarda por nidação ou aninhamento, que consiste na permanência da criança e ou adolescente no domicílio que morava com os pais antes da separação. Dessa maneira, os pais revezam-se para estar em companhia do filho, no domicílio, onde viviam antes da separação, além de possuir cada um a sua nova moradia (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012). Esse modelo de guarda é pouco utilizado, sobretudo porque enseja que os envolvidos estejam muito bem financeiramente, pois devem manter além de sua moradia atual, aquela em que o filho permanece morando.

No que concerne à guarda compartilhada, lembra-se que, com a separação, o divórcio ou com a dissolução na união estável, a estrutura familiar fica abalada e as funções sociais precisam ser bipartidas. Pela Lei nº 11.698/2008, o legislador introduziu a guarda compartilhada como modelo, configurando um tipo legal no ordenamento jurídico ao lado da guarda unilateral, sendo uma opção entre os genitores. Agora, com o advento da Lei nº 13.508/2014, a guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico brasileiro (DIAS, 2014).

Dessa forma, a respeito do conceito de guarda compartilhada, Cherulli (2015, p. 3) explica-a como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

O direito de convivência familiar é um direito fundamental assegurado pela CF/88 em seu art. 227, garantindo a educação e criação dos filhos dentro do ambiente familiar. A guarda conjunta, por sua vez, equipara-se ao direito à convivência familiar, configurando um modo de garantir efetivamente a responsabilidade de ambos os genitores quando findada a sociedade conjugal, priorizando, assim, a permanência dos vínculos destes, visando à permanência do vínculo destes na vida dos filhos, e que a simples visitação não dá espaço: a “finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual” (DIAS, 2014, p. 454).

No entendimento de Lôbo (2014), a guarda compartilhada tem como finalidade essencial a igualdade nas decisões relativas aos filhos, ensejando uma corresponsabilidade entre os genitores em todas as situações existenciais e patrimoniais, mantendo as mesmas obrigações e acompanhamento dos filhos antes do término do vínculo conjugal.

Decorrente do direito à convivência familiar, por intermédio da guarda compartilhada, os pais possuem os mesmos direitos e obrigações em relação aos filhos menores. Os menores, por sua vez, recebem o direito de terem ambos genitores dividindo de forma mais igualitária possível as decisões que os afeta, impondo um juízo de ponderações na tarefa de priorizar os interesses dos filhos como fator primordial, e não os interesses egoístas dos pais (GRISARD FILHO, 2002).

Os vínculos afetivos latentes entre pais que não mais convivem devem permanecer, já que é interessante manter dentro do possível um ambiente semelhante ao qual a criança estava acostumada, mas o que normalmente não ocorre, ou seja, com o desmembramento do casal, é tendência haver um distanciamento familiar, que traz enorme prejuízo aos filhos, que não conseguem mais manter a permanência dos laços que os uniam antes da ruptura do relacionamento conjugal (AKEL, 2008).

Para Akel (2008, p. 104):

[...] a premissa sobre a qual se constrói essa guarda é a que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais e não só por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares.

O CC/02, em seu art. 1.584 e também nos seguintes, trata do assunto.

Nota-se que a legislação dá preferência pelo compartilhamento, eis que garante a maior participação de ambos genitores no crescimento e desenvolvimento dos filhos. O novo modelo de guarda configura um avanço para a sociedade, posto que retira da guarda a ideia de posse e propriedade, visando à continuidade das relações familiares (DIAS, 2014).

Em relação ao que propõe a guarda compartilhada, Almeida e Rodrigues Jr. (2012) acreditam que ela é responsável por manter uma convivência muito mais frequente e contributiva entre pais e filhos, o que pode ocorrer com iniciativas do cotidiano, como levar o filho à escola e auxiliá-lo nas tarefas, bem como a participação em eventos escolares, reuniões pedagógicas, acompanhá-los nas atividades extraclasses como futebol ou natação; enfim, prioriza que os pais se façam presentes frequentemente na vida dos filhos.

Da mesma forma, o instituto da guarda compartilhada valoriza tanto o papel da mãe quanto o do pai, minimizando consideravelmente disputas entre os genitores, que na maioria das vezes acarretam danos, desgastes físicos, emocionais e mentais para a família em sua integralidade, acredita Akel (2008), para quem esse tipo de guarda só é realmente eficaz quando os pais conhecem os seus benefícios e agem com discernimento e civilização e puderem compartilhar o dia a dia do filho de maneira responsável e coerente, destacando:

parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise a atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios, caso contrário, restaria inócuo (AKEL, 2008, p. 126).

Assim, o instituto da guarda compartilhada comporta a solução ideal de guarda dos filhos, por mais que represente uma oportunidade mal compreendida hoje no Brasil. Busca-se com ela a manutenção da responsabilidade parental dos genitores, mesmo após a separação, sempre respeitando as garantias individuais construídas através do afeto, e valorizando as figuras parentais.

Conforme a vigente Constituição de 1988, os homens e as mulheres são iguais perante a lei, razão pela qual não deve existir preferência por um deles na criação dos filhos, mas, sim, viver de tal maneira a assegurar a felicidade, o acompanhamento e o desenvolvimento dos filhos por ambos os pais.

Rosa (2015), por sua vez, percebe que a prerrogativa conjunta de responsabilidades preserva o desenvolvimento psíquico saudável dos filhos, pois o significado do nascimento engloba também o nascimento de genitores, de pai e de mãe, figuras primárias e primordiais na vida dos filhos. Somente

conseguirão exercer tal atribuição através da experiência de conviver, cuidar, e criar seus filhos, e não apenas de gerá-los.

A guarda compartilhada, para Freitas (2015, p. 53), é o instituto em que os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade de ambos, que venham a tomar em conjunto, compartilhar e decidir as principais e relevantes questões sob a vida dos filhos, configurando-se um dos meios de exercício da autoridade familiar, que “busca assemelhar as relações de pai/filho e mãe/filho, que espontaneamente tendem a modificar-se depois da dissolução da convivência”.

É de se observar também que a guarda compartilhada visa a manter os laços de afetividade entre pais e filhos, já que, por muito tempo, com o rompimento do convívio entre os genitores, os encargos em relação à prole eram atribuídos a favor de apenas um dos genitores. Era normalmente a mãe que permanecia com a guarda unilateral do filho, ficando o pai exclusivamente com o direito de visita ou convivência. “Pensando dessa maneira, como manter laços afetivos sem convivência e participação?”, pergunta Dias (2014). Para a autora, a convivência física e imediata dos filhos com os pais, mesmo quando cessada a relação conjugal, bem como a “corresponsabilidade parental” garante a permanência de vínculos mais estritos entre ambos. Assim, a proposta é manter laços de afetividade minorando os efeitos traumáticos que a separação pode causar, e, sobretudo, consagrar o direito da criança e de seus dois genitores.

Nesse sentido, dispõe Rosa (2015, p. 63):

A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

O doutrinador sustenta que, apesar da separação conjugal, os pais não devem se separar dos filhos, deixando a guarda somente com um deles. A ideia é que ambos progenitores participem ativamente da vida dos filhos, da rotina e do cotidiano. Da mesma forma, Lôbo (2014) entende que a guarda compartilhada é preferencial em nosso ordenamento jurídico, independentemente da vontade dos pais separados. E ainda, que ela deve objetivar o melhor interesse da criança, só não devendo ser aplicada se o Juiz se convencer de que ela não atende o superior interesse do filho e da família.

Verifica-se assim que o preceito da guarda compartilhada deve ser entendido como aquele que melhor atende às necessidades da criança e/ou

do adolescente, pois assegura o afeto e a convivência saudável da família, pela presença constante na vida do filho de ambos os genitores.

4 A GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AOS ENUNCIADOS DA LEI n° 13.058/14

Em razão do instituto da guarda compartilhada evoluir face às mudanças do conceito de família, a própria lei, desde o advento do CC/02 já se adaptou em duas oportunidades: a primeira em 2008, com a Lei 11.698/08 e, mais recentemente, com a Lei 13.058/14, que consagrou a guarda compartilhada como modelo de guarda preferencial a ser aplicado pelos juízes e estabelecido nos núcleos familiares atuais.

O Código Civil estabeleceu o instituto da guarda no art. 1.583 caput que dispunha: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

A primeira alteração do referido dispositivo veio em 2008 pela Lei 11.698/08, passando a constar como norma legal do art. 1.583, que “a guarda será unilateral ou compartilhada”. Este artigo se manteve sem alteração com o advento da Lei 13.058/14.

Acerca dessas alterações, Freitas (2015, p. 109) sinaliza:

A redação do *caput* alterada em 2008 resumiu apenas em informar a existência da nova modalidade de guarda no ordenamento jurídico pátrio, deixando para os demais textos as questões referentes à existência ou não de acordo entre as partes. Essa dicção se manteve na alteração legislativa de 2014. A redação não prevê casos de guarda alternada ou da aninhada. Mas o teor das demais alterações sugere que a guarda compartilhada possa ser com residência alternada podendo também não ser com alternância de residências, sem que, com isso perca o compartilhamento da guarda.

O art. 1.583 teve acrescido o parágrafo primeiro na alteração pela Lei 11.698/08, com a seguinte redação:

Art. 1.583. [...]

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º), e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e a mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Nada foi alterado na nova Lei 13.058/14 neste ponto, isto porque, como ensina Freitas (2015), esta inclusão se deu sob o caráter pedagógico para conceituar as guardas unilateral e compartilhada, acrescentando ter sido aceito,

em nível jurisprudencial, o compartilhamento entre avós e pai, por exemplo, estendendo-se a compreensão sobre o instituto.

Nessa linha de raciocínio, Rosa (2015) afirma que a codificação da guarda unilateral significa que com a atribuição de guardião, não apenas a custódia física do filho, mas também o poder de decisão quanto às questões da vida deste, é atribuída a um só dos genitores ou alguém que os substitua.

Outra alteração significativa foi quanto à disposição dos fatores relevantes para determinação de quem seria o guardião da prole a partir da avaliação das condições do ex-casal, que era disciplinada no art. 1.584 no CC/2002 e passou a ser disciplinada no § 2º do art. 1.583 a partir do advento da Lei 11.698/2008, recebendo a seguinte redação:

Art. 1.583. [...]

§ 2º. a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores

I- afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II- saúde e segurança;

III- educação;

Essa redação foi alterada na Lei 13.058/14, cujo texto atual é: “§ 2º. Na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos 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 reforma de 2014, segundo Freitas (2015, p. 112-113), revogou todos os critérios anteriormente adotados para definir quem seria o guardião da prole, eis que a partir desta lei a regra é da guarda compartilhada, com fixação de período de convivência da forma mais equilibrada possível “ou seja, não necessariamente igualitário, mas próximo disto de acordo com o caso concreto e o melhor interesse dos filhos”. Salienta ainda o mesmo autor que essa convivência deverá ser regulamentada e auxiliada por uma equipe interdisciplinar quando não existir uma composição amigável entre o ex-casal.

Já no entendimento de Rosa (2015, p. 56) quanto à alteração da Lei 13.058/14, a mudança veio em boa hora, eis o que antes era regra passa a ser aplicado somente em caráter excepcional, “uma vez que, 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 exercê-la” (art. 1584, § 2º, CC/02).

No que se refere aos direitos e deveres do pai ou da mãe que não exerce a guarda unilateral, a Lei 11.698/08 trouxe a primeira regulamentação com a introdução do § 3º no art. 1.583, cuja redação era a guarda unilateral obrigando o

pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. Por sua vez, a Lei 13.058/14 trouxe uma redação mais abrangente no § 5º do art. 1.583, que substituiu o § 3º, viabilizando a solicitação de informações e/ou prestação de contas objetivas ou subjetivas que afetem a esfera física, psicológica ou educacional dos filhos.

Cabe ressaltar que a lei não especifica quais são as contas subjetivas, o que, em vez de atenuar o conflito entre o ex-casal, pode contribuir para o fomento das desavenças entre os dois.

Acerca dessa alteração com a reforma de 2014, Freitas (2015) sinaliza que ela veio adequar-se às regras existentes na lei de alienação parental, principalmente no que se refere ao seu art. 2º, inciso V, que determina como ato alienatório a não divulgação de informações pessoais referentes à criança e/ou ao adolescente.

Salienta-se ainda que a Lei 13.058/14 acresceu no seu art. 1.583, § 3º que “na guarda compartilhada a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Portanto, a guarda física permanece com um genitor, e mesmo assim a guarda compartilhada pode ser aplicada, posto que ela consiste na participação das decisões inerentes a vida dos filhos, o que não implica em custódia física. As novas tecnologias estão aí para possibilitar que a distância física não implique distanciamento afetivo, tanto que já se pode falar e mencionar as “famílias virtuais” (ROSA, 2015).

Para Akel (2008), o maior pressuposto do modelo da guarda compartilhada é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes do término do relacionamento conjugal. Assim, a maior diretriz pela qual se constrói esse modelo de guarda é que o desentendimento entre os pais não pode afetar o relacionamento com os filhos. Ainda, ressalta que é preciso e também sadio o fato de que sejam educados por ambos os pais.

É de suma importância ressaltar que a guarda compartilhada nada tem a ver com a guarda alternada, na qual os filhos passam a viver como nômades, sem possuir referência de lar, onde convivem por períodos com cada um dos genitores e acabam por perder as referências familiares. Na guarda compartilhada não existe disputa entre os genitores, a fim de objetivar o equilíbrio, a plenitude na relação parental (AKEL, 2008).

A autora acredita que a vivência da guarda compartilhada faz com que a criança ou o adolescente desfrute do convívio com ambos os genitores, o que, por sua vez, mantém uma relação saudável, estável, pelo menos nas questões que dizem respeito aos filhos, sem que a quebra do vínculo conjugal ocasione também a ruptura do núcleo familiar da criança/adolescente:

Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e

educação, preservando, assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção (AKEL, 2008, p. 113).

Para tanto, deve haver cooperação entre os genitores, evidentemente o bom senso, a razoabilidade e o equilíbrio para possibilitar esse modelo de guarda. Assim dispõe art. 1.583, § 2º, da Lei 13.058/14, que na guarda compartilhada o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. Entende-se que a convivência equilibrada é diferente do convívio dividido, uma vez que a primeira somente busca diminuir a desproporção de tempo entre o guardião físico e o não guardião. Sendo assim, o equilíbrio que vem à baila na guarda compartilhada trata da necessidade de que a criança ou o adolescente tem de conviver com ambos os progenitores intensamente, fazendo com que permaneça a convivência como antes do término da relação conjugal: com os pais, com os familiares de cada um deles e ainda com todas as pessoas que participam da vida do filho, buscando a preservação da relação de afeto entre os mesmos, que não deve se extinguir por ódio, rancor, ou mera dessemelhança entre os pais.

O fim de um casamento configura na maioria das vezes um trauma para qualquer casal. Entretanto, optar pela manutenção do casamento só em função dos filhos, pode trazer igualmente traumas que um divórcio acarretaria na vida da criança. Dessa forma, Agmont (2012, texto digital) acredita que sofrer um trauma inicialmente com o divórcio dos pais não impede a criança de se tornar um adulto saudável e equilibrado; para isso, é fundamental a manutenção de um convívio da criança com os genitores e parentes, de ambos os lados familiares, afirmando que “o distanciamento de primos, tios ou avós, que antes eram próximos, vai privar a criança de um carinho indispensável em caso de separação”.

O autor traz à baila que a criança na faixa etária entre um e três anos sofre mais com a separação dos pais. É nessa idade que a criança já fala e se manifesta, porém, não consegue manifestar claramente seus sentimentos. É importante salientar que a ausência prolongada do pai ou da mãe não deve ocorrer, e se o filho solicitar a presença dos pais, seu pedido deve ser acatado. A guarda compartilhada caracteriza uma convivência saudável desde que as coisas e combinações sejam claras e organizadas, e o mais primordial: o diálogo civilizado entre os genitores.

Ainda nesse sentido, o referido autor declara a importância dos vínculos afetivos com os pais da criança dos três aos cinco anos, que se tornam mais fortes na medida que a criança cresce e se desenvolve, ampliando sua capacidade cognitiva, associando memórias, sentimentos e pode ampliar sua percepção sobre o divórcio. Os pais devem, por sua vez, enfatizar que o divórcio não implica em quebra de vínculo com os filhos, e sim apenas entre os pais. É importante explicar

para as crianças de forma simples, o que constitui a guarda compartilhada: a liberdade de convivência para as crianças transitarem entre as casas dos pais, de forma a fortalecer ainda mais o afeto entre os mesmos. Contudo, é somente a partir dos cinco anos que a criança começa entender que a presença física do genitor não implica na atribuição de “ser pai” (AGMONT, 2012).

Para Rizzi (2003, texto digital), o tempo de convívio com os filhos é avaliado através da qualidade dos vínculos afetivos estabelecido nesse período. Dessa forma, corrobora que “os filhos têm o direito a continuar a manter um estreito relacionamento com os dois genitores, mesmo após a separação conjugal. A criança e ou adolescente deve continuar a ser educada por ambos os pais, mesmo separados”. A psicóloga acredita que é possível a aplicação da guarda compartilhada quando os genitores residem na mesma cidade, e possuem uma relação de cordialidade e estando emocionalmente maduros e bem resolvidos na questão da separação conjugal. Por fim, acredita que “não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes ou ausentes, e certamente, sempre é melhor que estejam presentes na vida de seus filhos” (texto digital).

É facilmente percebido que na separação os mais vulneráveis são os filhos. São eles que sofrem mais; portanto, é extremamente necessário que os pais ofereçam um suporte, bem como não permitam o afastamento de um com os outros, considerando que a criança já sofrerá uma grande perda em não ver os pais juntos, merecendo-se afastar-se daqueles com quem conviveu e criou laços afetivos.

Akel (2008, p. 116) entende que a justiça eficaz é aquela que soluciona um conflito por meio de um consenso entre as partes, e não aquela que apenas dirime os conflitos apresentados entre os litigantes, trazendo a importância da mediação familiar enquanto método para o restabelecimento da comunicação e construção de um acordo benéfico para ambos os envolvidos.

Mediação familiar é um método através do qual uma Terceira pessoa, neutra e imparcial, ajuda as partes envolvidas em um conflito a reestabelecerem sua comunicação, para que possam construir um acordo que as beneficie mutuamente. Tal método tem como objetivos principais: evitar que as partes tomem decisões precipitadas a respeito de seus conflitos; oportunizar que as soluções sejam encontradas pelas pessoas diretamente envolvidas e não decididas por outras; esclarecer as reais necessidades e interesses de todos os envolvidos, para que as soluções sejam satisfatórias e cumpridas através de acordos viáveis; ajudar os envolvidos a exercer sua livre capacidade de tomar iniciativas com responsabilidade, cooperação e respeito mútuo e favorecer maior flexibilidade dentro da organização e relações familiares.

Assim, a doutrinadora explica que a mediação familiar se constitui em uma forma alternativa para desarmar as partes nas questões controvertidas, bem como chegar a uma solução aceitável e possível construída por ambas as partes. Consequentemente, a mediação tem um forte papel nos casos de guarda compartilhada, porque é muito mais vantajoso para as partes que elas mesmas possam definir o destino de suas vidas, os horários dos filhos, de forma consensual, do que, por exemplo, um terceiro, como o juiz, o qual normalmente desconhece o dia a dia da família.

5 CONCLUSÃO

A família ainda continua sendo o alicerce para a concretização das relações humanas e primordial para a formação da sociedade. E muito embora seu conceito tenha evoluído à medida que ela própria se modificou, ultrapassando os conceitos de religião, instituição patriarcal, indissolúvel, e do parentesco em si, para basear-se na comunhão de afetos, estabelecida e assegurada por aqueles que se entendem como grupo familiar.

Nesse cenário, observando as características da autoridade parental, dos direitos e deveres paternos e filiais, baseados na CF/88, CC/02 e ECA, pode-se concluir que mesmo que a legislação quanto ao tema determine e oriente de que forma a responsabilidade parental deve ser exercida pelos pais com relação aos filhos, tal não é suficiente para efetivar a união e a concretização da afetividade nos laços familiares. Tanto é verdade que se tem verificado cada vez mais as dissoluções conjugais, que atingem diretamente os filhos, alterando a convivência da criança e ou adolescente com seus genitores, muitas vezes de forma prejudicial.

A guarda é um meio de proteção aos filhos, independente da família estar constituída de forma tradicional, ou modificada pela extinção ou alteração da relação dos cônjuges, sempre com o objetivo de primar pelo respeito aos direitos dos filhos e resguardo da melhor interação destes com seus pais.

Assim, muito embora a unidade familiar se modifique, verificou-se que o instituto da guarda sempre foi importante para melhor resguardar o interesse da criança e do adolescente, tendo sido adotado ao longo da história a guarda unilateral normalmente concedida à mãe, limitando a convivência do pai como mero visitante da vida do filho, e provedor financeiro. Contudo, em razão de se verificar que esta modalidade, dependendo da relação dos genitores, acaba por afastar os filhos, em geral do pai que não detém a guarda, os operadores jurídicos viram-se obrigados a construir um novo instituto de guarda denominada como alternada, que muito embora não tenha base legal, passou a ser adotado para tentar amenizar os efeitos das dissoluções conjugais na vida dos filhos, eis que nessa modalidade a divisão do tempo de convivência com o filho permanece em igual período entre pai e mãe.

Tal modalidade de guarda também não apresentou resultados satisfatórios para minimizar os efeitos dos conflitos existentes entre os ex-cônjuges sobre a criança e ou adolescente, fazendo com que os filhos perdessem o referencial de autoridade, de lar e de segurança, eis que muito embora convivesse com os dois genitores, ora deveriam respeitar e obedecer às regras de um, ora a de outro, sendo que estes não mantinham uma uniformidade de entendimento quanto à rotina da criança.

A incorporação no sistema jurídico brasileiro da guarda compartilhada aplicada compulsoriamente ao longo do tempo irá cumprir uma importante função social nas relações interpessoais, eis que favorecerá diretamente a relação entre pais e filhos. Mas também se refletirá nas relações do ex-casal, que tenderá a buscar maior tolerância e cordialidade para resguardar os interesses dos filhos, e assim possibilitar a todos a encontrar a real felicidade e visibilizar “a família” como um todo, baseada no afeto, no amor incondicional, na solidariedade empenhada em “ser feliz”.

REFERÊNCIAS

AGMONT, Giuliano. O impacto da separação em filhos pequenos. **Revista Bebê**, 2012. Disponível em: <www.bebe.abril.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2015.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. **Direito Civil das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.

AURÉLIO. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

BARROS, Jussara. **Orientações para pais**. 2015. Disponível em: <www.escola.com>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CHERULLI, Jaqueline. **Cartilha guarda compartilhada**. Brasília: Poder Judiciário, 2015.

COSTA, Demian Diniz da. **Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FREITAS, Phillips Douglas. **A nova lei da guarda compartilhada**. 2. ed. São José: Voxlegem, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRISARD FILHO, Waldir. **Entrevista: Guarda compartilhada e obrigação alimentar**. IBDFAM, 2013. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 18 abr. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZI, Maria Helena. **Guarda compartilhada sob o prisma psicológico. Pai Legal**, 2003. Disponível em: <www.pailegal.net>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.