



FACULDADE DE JUSSARA

GUARDA COMPARTILHADA COMO UMA REGRA GERAL

JUSSARA - GO

2019

CÁSSIOS LIMA CAVALCANTE

GUARDA COMPARTILHADA COMO UMA REGRA GERAL

Artigo apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial á obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rafael Machado de Souza.

JUSSARA - GO

2019



GUARDA COMPARTILHADA COMO UMA REGRA GERAL¹

Cássios Lima Cavalcante²

Rafael Machado de Souza³

RESUMO

O artigo científico desenvolvido vem tratar do instituto da guarda compartilhada, tratado como meio geral e fundamental a ser utilizado pelo Judiciário para proteger os laços afetivos após a dissolução matrimonial. As demais espécies de guarda serão apontadas, dando ênfase na guarda compartilhada. Busca-se evidenciar os benefícios que a guarda compartilhada pode proporcionar aos vínculos afetivos que foram distanciados. O ordenamento jurídico será consultado como meio fundamental para a proteção da família, em ênfase ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-Chave: Dissolução conjugal. Guarda. Vínculos familiares. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

The scientific article developed deals with the institute of shared custody, treated as a general and fundamental means to be used by the judiciary to protect affective ties after marriage dissolution. The other species of guard will be pointed, emphasizing the shared guard. It seeks to highlight the benefits that shared custody can provide to affective bonds that have been distanced. The legal system will be consulted as a fundamental means for the protection of the family, emphasizing the Civil Code and the Statute of the Child and Adolescent.

Keywords: Marital dissolution. Guard. Family ties. Shared custody.

¹Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara/FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

²Discente do Curso de Direito da Faculdade de Jussara - FAJ. E-mail: cassioslimacavalcante@hotmail.com

³Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás, Especializado em Direito Processual Civil pela Universidade Internacional de Curitiba. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ. Especialista. E-mail: rafaelmachado1986@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade permite a criação de grupos de pessoas, formando grupos familiares que se expandem por diversas localidades, promovendo o crescimento da sociedade e da cultura compartilhada entre os indivíduos. Os núcleos familiares nascem, crescem, desenvolvem, alguns provem frutos (filhos) e outros se dissolvem, desenvolvendo novas características de grupos familiares e culturais.

A instituição familiar recebe amparo normativo, seguindo preceitos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), que define em seu artigo 22 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” (ECA/90).

Logo, ainda haja a desconstrução de uma estrutura familiar, esta será amparada pelos meios legais pertinentes, resguardando as responsabilidades dos pais diante dos filhos envolvidos na dissolução familiar. Caso haja essa dissolução, haverá a divisão de guarda dos filhos, que segundo o artigo 1.590 do Código Civil, estabelecendo que “as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes” (CC/02).

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê a responsabilidade de cuidado dos genitores para com seus filhos, aos quais estarão obrigados a prestar todos os cuidados necessários, inclusive em caso de dissolução conjugal, em que o instituto da guarda será aplicado para proteger os vínculos familiares (ECA/90).

A guarda familiar pode ocorrer de diversas formas, seguindo os termos descritos no Código Civil, ao qual descreve a existência da guarda unilateral e a guarda compartilhada. Mas, em visão doutrinária podemos evidenciar a existência de uma guarda alternada, contudo é pouco usual.

Portanto, em meio às várias espécies de guarda, o principal foco será além de apontar as espécies de guarda e suas características, será discutir a eficiência que a guarda compartilhada pode causar diante das relações familiares dissolvidas. A guarda compartilhada que será vista como regra fundamental de atuação, buscando compreender os benefícios de sua aplicabilidade no meio jurídico e no fortalecimento dos vínculos familiares.

2 RELAÇÕES FAMILIARES

O convívio em sociedade permitiu a construção de vínculos afetivos, capazes de proporcionar o crescimento social dos indivíduos. As relações humanas começam a ser compostas por estes vínculos, a ponto de mantê-los como uma base da sociedade. Mas, os eventuais conflitos sociais, dissolvem algumas destas relações individuais e familiares.

Na busca de minimizar as controvérsias da sociedade, o Estado age normativamente para evitar danos e controlar as condutas sociais reprováveis dos indivíduos, oriunda das relações afetivas. Assim, o Estado intervém junto ao direito de família (descrito na Constituição Federal e, em geral, disciplinado no Código Civil) para solucionar as controvérsias e garantir que não haja a desconstrução dos vínculos afetivos existentes.

Temos a oportunidade no direito de família de vivenciarmos a valorização jurídica do afeto, onde em nenhum momento na história o afeto possuiu tanto valor nas decisões jurídicas e sociais. Entretanto, o Judiciário tornou-se uma ferramenta essencial para dirimir diversas espécies de conflitos, inclusive os de natureza familiar e seus efeitos, que originam as discussões sobre alimentos e guarda (CC/02).

Ressalvando, que ao tratarmos das relações familiares, será possível notar que a sua dissolução causa diversos efeitos frente aqueles que a compõem, devendo o Estado auxiliar por meio das disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, o melhor caminho para que essa dissolução familiar não cause dano aos seus membros, inclusive sob o âmbito da guarda de menores.

Desta forma, é primordial uma análise da guarda compartilhada como regra geral de atuação no meio jurídico, de acordo com os preceitos do Código Civil, resguardando os mandamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem deixar de observar a lei nº 11.698/08, que regulamenta esta espécie de guarda.

2.1 A origem da família

A família tem sido à base da sociedade e sua composição sofreu alterações por séculos, até que alcançassem a estruturação atual. De modo que “a família já não é mais vista como uma rígida estrutura formada através de uma única fórmula” (REIS, 2008, p. 12), pois a sua estruturação pode ser constituída por diversos membros, ligados por uma relação de afeto (SANTANA, 2015).

Apesar de grandes modificações, a conceituação de família possuiu algumas solidificações, como em “1916 [que] a família limitava-se exclusivamente aos componentes originados do casamento, e sua dissolução era proibida, pois havia discriminação a pessoas que conviviam sem o casamento bem como a prole fruto desses relacionamentos” (SANTANA, 2015, p. 4), estando arraigados aos costumes da época.

Nessa formação familiar, “apenas a família formada pelo casamento é que recebia o amparo do Poder Público” (SANTANA, 2015, p. 2), sem qualquer ideal de igualdade e amparo as famílias que foram dissolvidas. Assim, a figura do Estado estaria ligado a essa concepção de família que prevalecia naquela época e aquele que não se enquadrasse ao modelo base, seria excluído dos cuidados estatais.

A instituição familiar passou por alterações fundamentais a sua sedimentação, resguardando em sua essência a importância da afetividade entre seus membros. Logo, “a instituição familiar foi ganhando novos rumos se adaptando à nova realidade, buscando desta forma a união constituída pelo carinho, amor e afeto” (SANTANA, 2015, p. 6), desconstruindo os paradigmas patriarcais.

Deste modo, a concepção de família evoluiu e esta “instituição pode ser constituída por pessoas que moram no mesmo lugar, a fim de construir um lar, baseado apenas nos vínculos afetivos, independente de matrimônio” (SANTANA, 2015, p. 2). O afeto começa a ser inserido na estruturação familiar e torna-se um elemento essencial a esta composição.

2.2 A proteção familiar

A família atualmente recebe o amparo e os cuidados do Estado, diferentemente das concepções passadas, que limitavam a proteção da família pelo Estado. Assim, de acordo com preceitos constitucionais do artigo 226, caput, da Constituição Federal, o qual declara que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (CF/88).

A partir dos termos da Constituição Federal de 1988, o Estado sedimenta seu exercício de proteção à família e ainda a ressalva como uma base da sociedade. A composição familiar ganha proteção estatal e estruturação própria, positivada exemplificativamente em nossa lei maior (CF/88).

Portanto, em termos constitucionais instituídos pelo artigo 226, §4º, “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CF/88). Ao passo de fundamentar que a família não tenha uma constituição propriamente fixa.

Ainda sob os parâmetros constitucionais, recai perante o Estado o papel de proteger e resguardar a instituição familiar, inclusive promover assistência a seu planejamento, para que seja composta de forma adequada e firme, garantindo a manutenção de seus laços afetivos (CF/88).

Consequentemente, o artigo 226, §8º, declara que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (CF/88).

Diante disso, é possível observar que os núcleos familiares são de suma importância para a constituição da sociedade, devendo ser resguardados pelo Estado por composições normativas que efetivem seus direitos e diretrizes de proteção. Em caso de conflito de interesse familiar a intervenção do Estado será primordial e a lei garantirá essa efetivação.

2.3 Poder familiar

Além da proteção estatal, a família possui o direito de manutenção do poder familiar dos genitores que a compõem, perante os menores envolvidos nessa relação. A instituição do poder familiar recai sobre os genitores frente a seus filhos e possui proteção normativa positivada no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A conceituação do poder familiar pode ser ampla, mas seu intuito está em uma relação física, pois “o poder familiar decorre da relação de parentesco, e não da relação havida entre os pais (casamento ou união estável)” (SIEGEL; NETO; SOARES, 2016, p. 1356). A ponto de estar ligada aos vínculos físicos entre pais e filhos, submetidos a uma relação de cuidado e proteção.

Logo, o “poder familiar é função precípua dos pais, expresso inicialmente no ato de dar existência ao filho, concebendo-o, completa-se com a conseqüente criação da prole” (REIS, 2005, p. 69), originando indivíduos a sociedade.

Contudo, a maior discussão em relação ao poder familiar recai quando ocorre a dissolução das relações conjugais, as quais originaram os laços afetivos entre pais e filhos. A vista que o dissolvimento do casamento desampara os filhos e torna-se necessário a destinação definitiva das proles para algum dos genitores.

Consequentemente, o destino dos filhos de uma relação matrimonial dissolvida é destinada aos cuidados de seus genitores por meio da propositura da guarda, seja para um deles (guarda unilateral) ou destinada a ambos (guarda compartilhada ou guarda alternada). Mas, ressalta-se que “a separação/divórcio (de fato ou jurídica) não implica perda ou

destituição do poder familiar. Ainda que divorciados, os pais preservarão o poder familiar, mas apenas um deles exercerá a guarda” (SIEGEL; NETO; SOARES, 2016, p. 1356).

Entretanto, o “poder familiar pode continuar sendo exercido sem que a guarda seja concedida a um dos genitores” (SIEGEL; NETO; SOARES, 2016, p. 1356). Embora possibilite o amparo aos filhos, “o poder familiar não é um direito sobre a pessoa dos filhos, mas um poder que se exerce na medida do interesse do menor” (REIS, 2005, p. 54), tratado como meio de proteção e garantia de seus direitos.

Diante de fundamentação normativa, segundo o Código Civil, em seu artigo 1.634, prevê que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar[...]” (CC/02), estabelecendo em seus incisos as funções a serem exercidas pelo poder familiar, como a instituição da guarda, a direção dos filhos em sua criação, a manutenção da educação e outros direitos e deveres importantes do menor.

Ainda nos termos do Código Civil, pode ser vislumbrado que vários de seus artigos discorrem sobre a família e o poder exercido pelos genitores. Desse modo, o poder familiar pode ser reafirmado pelo artigo 1.630, que descreve que os “filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (CC/02), logo, seus genitores estão responsáveis por seu direcionamento e proteção.

O dissolvimento da relação conjugal pode causar dúvidas sobre o direcionamento do poder familiar, mas os termos do Código Civil aponta os meios adequados para determinar a destinação dos filhos. Ao passo que segundo o artigo 1.631, caso seja “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (CC/02).

No entanto, ainda pode haver divergência sobre a destinação das proles, mas o parágrafo único do referido artigo esclarece essa situação, descrevendo que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (CC/02). Embora possam consentir na destinação de seus filhos, a propositura de meios judiciais é possível e cabível quando houver divergências entre ambos.

Mesmo que o poder familiar seja pertencente a ambos os genitores, podem haver situações em que haja sua perda, destituindo-o de um dos pais ou mesmo de ambos, o poder familiar sobre seus filhos (CC/02).

Nesta situação, o Código Civil descreve em seu artigo 1.638, com seus incisos, situações as quais sejam submetidos os filhos por seus genitores (situações imorais e degradantes), deve haver a destituição do poder familiar, sendo estas hipóteses prescritas:

1.638. [...]

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.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (CC/02)

Mas, cabe ressaltar as disposições do o artigo 1.636, do Código Civil, ao qual declara hipótese em que não ocasiona a perda deste poder familiar perante os filhos, ao descrever que “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro” (CC/02).

Neste termos a composição do poder familiar é de fato de suma importância para a estrutura da família atual, resguardado por elementos normativos e agraciado pelos membros da sociedade. Ainda que haja situações possíveis de sua destituição, é primordial compreender que o ordenamento declara a primazia de proteção a estes menores e ainda que haja esta destituição, serão amparados e protegidos pelos preceitos legais adequados (CC/02).

3 O INSTITUTO DA GUARDA

As relações familiares foram vistas em seus aspectos históricos, culturais e normativos, classificando a família como a base da sociedade. A construção de uma relação conjugal como vimos, é capaz de constituir uma família e caso haja sua dissolução, é necessário adotar medidas de proteção aos vínculos afetivos gerados, ao permitir autonomia ao Estado, para interferir e resguardar essa proteção.

O Estado agirá sempre na proteção de nossos interesses e necessidades, resguardando aos membros das relações conjugais dissolvidas, amparo normativo, sob a divisão dos bens adquiridos em sua constância e sob a destinação dos menores envolvidos, aplicando a instituição da guarda (CC/02).

De modo que a “guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (OLIVEIRA; GOULART, 2016, p. 12). A fragilidade dos menores envolvidos requer atenção e cuidado, sendo necessário destiná-lo ao genitor responsável por sua tutela, sem retirar os vínculos afetivos com o genitor separado (CC/02).

A composição da guarda age diretamente nos vínculos afetivos, permitindo que “os pais possam continuar exercendo as funções parentais e cumprindo com o seu compromisso em relação ao filho, além disso, oferece à criança a possibilidade de continuar convivendo com os pais mesmo após a ruptura conjugal” (OLIVEIRA; GOULART, 2016, p. 13).

Logo, é evidente que a composição da guarda visa à manutenção dos laços afetivos, aproximando os filhos de seus genitores, ainda que a relação conjugal tenha sido destituída. O ordenamento jurídico protegerá estas relações, disponibilizando espécies de guarda para cada estrutura e convívio familiar, zelando pela manutenção da afetividade.

A instituição da guarda será definida pelos preceitos do Código Civil, em seu artigo 1.583, ao qual estabelece que “a guarda será unilateral ou compartilhada” (CC/02), devendo ser ressaltado o reconhecimento doutrinário da guarda alternada, mesmo que pouco utilizada. Em uma análise, será possível avaliar cada instituto, observando cada espécie, a ponto de avistar a guarda compartilhada como uma regra mais adiante.

3. 1 Guarda unilateral

A guarda unilateral é comum em nosso cotidiano, adotada pela sociedade como uma espécie adequada, por conta das novas estruturas familiares. Nessa composição, a guarda será “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º [...])” (art. 1.583, §1º, CC/02).

Assim, na “guarda unilateral um dos genitores possui a guarda da criança, enquanto o outro tem a seu favor a regulamentação de visita, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores” (RAMALHO, 2010, p. 23), concentrando as obrigações em um único genitor.

A “guarda unilateral é, na atualidade, a modalidade de guarda mais comum e difundida na sociedade brasileira. Trata-se de um modelo visto socialmente como o melhor instrumento de guarda, mas o meio jurídico a evidencia como insatisfatória, junto à guarda alternada que possui malefícios (MARROCOS, 2015, p. 8).

A aplicabilidade da “guarda unilateral [pressupõe que] seja deferida ao genitor que oferecer melhores condições para o desenvolvimento da criança e adolescente, e neste contexto, melhores condições não se relacionam a bens materiais e financeiros” (LONGO, 2017, p. 34). Mas, ainda que o genitor possa oferecer boas condições financeiras não será o suficiente, pois devem ser mantidos seus vínculos afetivos e estabilidade em sua vida.

Contudo, a guarda unilateral não desobriga o segundo genitor de fiscalizar o dia a dia de seus filhos, uma questão obrigacional nos termos da lei e deve promover a supervisão de ambos os genitores. Segundo o artigo 1.583,§ 5º, do Código Civil:

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. (CC/02)

Portanto, a figura da guarda unilateral abarca os cuidados à apenas um dos genitores, em alguns casos, o único responsável pelo menor. De fato, a instituição da guarda unilateral não visa à desobrigação do outro genitor, ou mesmo, afastá-lo da vida do menor, mas propor um cuidado individual na proteção da família, podendo ser benéfico ou não, tratando da manutenção dos laços afetivos.

3. 2 Guarda alternada

Dentre as espécies de guarda familiar, podemos mencionar a guarda alternada, vista como um posicionamento doutrinário pouco utilizado no meio jurídico. Nessa espécie de guarda, é estabelecido que “o menor resida por prazo pré-determinado na casa de um dos genitores e, com o término do prazo, muda-se para a casa do outro, que exercerá, de forma individual, as conjecturas da guarda” (LONGO, 2017, p. 34), sendo deslocado frequentemente de genitor para outro.

Embora a guarda alternada possa manter os laços afetivos entre o menor e seus genitores, o fato deste ser transferido de casa em casa a cada período, causa uma verdadeira confusão em seus horários e não permite que tenha uma vida estável e programática, em relação aos seus estudos ou ao seu local de convívio.

Nesse ponto de vista, ressalta-se uma condição maléfica, por se tratar de uma estrutura de revezamento de cuidados aos filhos, ao ponto, que “alterna-se a exclusividade da guarda do menor de tempos em tempos, sendo que esses períodos são determinados em sentença

judicial” (MARROCOS, 2015, p. 8), distribuindo responsabilidades. Mas exige que a criança/adolescente tenha que se deslocar repetidas vezes por longos períodos.

Desta forma, podemos afirmar que na “guarda alternada, também não há preservação do princípio do melhor interesse da criança” (SANTOS, 2016, p. 19), ignorando o fato de o menor ser deslocado entre seus genitores. Visto como forma prejudicial ao seu crescimento e desenvolvimento, mas, sua aplicabilidade ainda existe no caso concreto.

3.3 Guarda compartilhada

O instituto de guarda mais utilizado pelo meio jurídico compõe-se pela guarda compartilhada, regida pelo ordenamento, pelos termos do Código Civil (CC) e defendida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90). Considerada como um meio eficaz de manter as relações afetivas e o cuidado com os filhos menores.

Em uma breve conceituação, a “guarda compartilhada é a igualdade de direitos e deveres que os pais têm em relação aos seus filhos menores, direito de conviver e o dever de proteger” (VELLY, 2011, p. 3). Resguardando essa proteção, por sua fragilidade, na busca de manter os genitores próximos aos seus filhos.

Desse modo, serão compartilhadas as responsabilidades e os gastos financeiros, ao passo que “na guarda compartilhada, os pais dividem, entre si, as responsabilidades com a criança e/ou adolescente, visando sempre a garantir o melhor convívio possível entre os pais e os filhos” (LONGO, 2017, p. 14).

Aos benefícios detectados sob a guarda compartilhada, os vínculos afetivos podem ser mantidos e pode ser garantido que os filhos possam estar junto a seus pais, mesmo após uma dissolução familiar. Notavelmente, afirmamos que:

Guarda Compartilhada permite um convívio dos genitores com a criança e/ou adolescente de forma igualitária, tendo como finalidade proporcionar o melhor estilo de vida para o filho em comum, e para que haja o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos (LONGO, 2017, p. 14).

Consequentemente, a proposta desta guarda é proporcionar um convívio familiar entre os filhos e os conjugues separados, garantindo que permaneçam os laços afetivos. Pois, a “guarda compartilhada, tenta-se a manutenção do poder familiar, visando a minimizar os possíveis conflitos psicológicos pelos quais a criança possa passar” (MARROCOS, 2015, p. 10).

Em aspectos normativos, cabe a “guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (art. 1.583, §1º, CC/02).

Logo, é notório que “o instituto da guarda compartilhada reflete em direitos e obrigações não apenas relacionados à família, mas também à sociedade de uma forma geral” (MARROCOS, 2015, p. 13), tratando do bem estar familiar ao garantir a proteção eficaz dos filhos e de seus genitores.

Nessa percepção além da manutenção de laços afetivos, essa espécie de guarda proporciona uma divisão de responsabilidades, vista no mundo jurídico, como benéfica. Mas para que seja efetivada por ambos os genitores devem concordar e dispor de pleno compromisso.

Contudo, quando não houver um acordo sobre a espécie de guarda entre os genitores por discordância ou por ausência de um deles em audiência de guarda, o artigo 1.583, §2º, do CC/02, determina a guarda compartilhada como uma regra, de acordo com os termos que:

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. (CC/02)

Ainda que a guarda compartilhada tenha condições de efetividade positiva, a sociedade não é capaz de enxergar seu potencial, reconhecendo a guarda unilateral como a melhor saída quando ocorre uma dissolução familiar, ou mesmo quando provém filhos sem vínculos familiares entre si. A cultura da sociedade entende que a mãe é a genitora principal que cuida dos filhos, deixando o papel de pai como secundário, permitindo que a guarda unilateral ganhe força.

No entanto, as imposições da guarda compartilhada a um genitor ou a ambos como podemos notar, tem a finalidade de manter os vínculos afetivos e o poder familiar dos genitores. De modo, que cada espécie de guarda, disponibiliza uma realidade diferente, sendo benéfica ou não ao caso concreto a qual for aplicada.

Ainda que a guarda compartilhada tenha suas barreiras de aplicação, é considerada uma regra geral, mesmo que “é aplicada somente quando há mútuo acordo entre os cônjuges” (LONGO, 2017, p. 14). Embora divergentes esta espécie de guarda, é a única capaz de partilhar responsabilidades entre genitores, garantir a permanência do poder familiar de ambos e zelar pela proteção dos menores envolvidos.

4 GUARDA COMPARTILHADA COMO MÉTODO PRINCIPAL

O destino dos menores envolvidos nas relações conjugais falidas vem sendo tratado em toda sua essência, dando ênfase ao instituto da guarda, em especial a guarda compartilhada, por ser considerada o melhor instrumento à ser aplicada ao meio familiar dissolvido.

Contudo, evidenciamos que a instituição da guarda é ainda mais ampla, capaz de abranger não apenas a custódia dos filhos, mas protegê-los de qualquer dano a que venham sofrer, advindo da separação dos genitores.

Portanto, a “guarda compartilhada tem o objetivo de privilegiar o melhor interesse da criança, já que a responsabilidade parental tem impacto decisivo no desenvolvimento social, emocional e afetivo do menor” (PESSOA, 2017, p. 37). Assim, a busca de melhores condições ao menor é primordial, responsabilizando o ordenamento jurídico por esse cuidado.

De fato, a “guarda compartilhada não impõe à prole a escolha de um dos genitores para ser o detentor da guarda, evitando assim o desgaste emocional” (SILVA, 2010, p. 28) e por meio do compartilhamento das responsabilidades entre os genitores, a vivência do menor envolvido nessa relação será mais tranquila e saudável.

Em análise as características das espécies de guarda observadas anteriormente, notamos que ambas buscam proteger a família que foi dissolvida pelo divórcio, ou aquela composta por um único genitor, prezando pelo cuidado com os filhos e principalmente, mantendo o bem estar social dos genitores. Mas, uma análise jurídica, apontou a guarda compartilhada como uma regra geral, por possibilitar a conservação de laços familiares e os vínculos afetivos (CC/02).

Todavia, diversas normas legais possibilitam e defendem a atuação da guarda compartilhada, seja perante os termos do Código Civil (CC/02), ou mesmo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), sem deixar de mencionar o dispositivo legal que alterou as condições da guarda compartilhada no Código Civil, a lei n° 11.698, de 2008.

A própria Constituição Federal em seu texto, atribui proteção aos diversos direitos e deveres inclusive a família, que deve receber total atenção e cuidado do Estado, em todos os seus aspectos (CF/88). Desse modo, a guarda é o meio que facilita a proteção dos menores e do afeto familiar.

As alterações normativas advindas da lei n° 11.698, de 2008, sob os termos do Código de Civil, garantiram como regra a designação da guarda compartilhada, principalmente quando houver desacordo entre os genitores, sanando o litígio e resguardando o melhor

interesse do menor. Logo na própria audiência de conciliação, apontará as condições da guarda e suas possíveis sanções em relação ao seu descumprimento (CC/02).

Enquanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), o instituto da guarda é visto como essencial e responsável por garantir que o menor receba assistência material, moral e educacional, sendo de responsabilidade não apenas dos genitores, mas cabível a qualquer terceiro que possua qualidade para receber essa obrigação de cuidado (ECA/90). Cabendo ressaltar a capacidade da “guarda compartilhada como instrumento legal hábil para melhoria dos relacionamentos entre pais separados e seus filhos” (PESSOA, 2017, p. 31).

Desta forma, a guarda compartilhada é introduzida nos termos do Código Civil como uma ferramenta de atuação geral, designada aos casos em que os genitores possuem comum acordo, sob a divisão igualitária das responsabilidades junto a seus filhos. Assim, a própria norma ainda define que em caso de desacordo, esta espécie de guarda também será aplicada, como um dispositivo geral em caso de conflito (CC/02).

Além da percepção normativa, a discussão sobre o instituto da guarda alcança concepções jurisprudenciais, com posicionamentos legalmente constituídos. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevalece que a guarda compartilhada, é um método essencial para a manutenção do poder familiar entre os genitores e seus filhos, ao passo que mantém os laços afetivos (REC. ESP. STJ, 2011).

Em análise a esse entendimento do STJ, é possível verificar que o tribunal classifica a guarda compartilhada como um meio benéfico ao seio familiar, zelando pela busca do melhor interesse do menor, ao descrever:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO.NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. **A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.** 4. **Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior 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.**

[...]

(STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011) (grifos nossos)

Igualmente, na esfera do Supremo Tribunal Federal, pode ser avaliado alguns posicionamentos referentes ao assunto, como o Informativo nº 690 que trata sobre a guarda no estrangeiro e o Informativo nº 635, que discute a guarda nas relações homoafetivas.

Em ambos os informativos do STF, a valorização do afeto é respeitado como mecanismo formador da família (Informativo nº 690, STF), vista com igualdade em qualquer estrutura familiar (Informativo nº 635, STF). Logo, essa supremacia do afeto é facilitada pela guarda compartilhada, que efetiva esses preceitos.

In verbis:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. MEDIDA LIMINAR. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. PATERNIDADE SOBRE FILHO MENOR IMPÚBERE BRASILEIRO NASCIDO APÓS A PRÁTICA DO DELITO ENSEJADOR DO ATO DE EXPULSÃO. O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONDIÇÕES DE INEXPULSABILIDADE: DEPENDÊNCIA ECONÔMICA OU VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO AFETO COMO VALOR CONSTITUCIONAL IRRADIADOR DE EFEITOS JURÍDICOS. A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA.** A RELAÇÃO SÓCIO-AFETIVA COMO CAUSA OBSTATIVA DO PODER EXPULSÓRIO DO ESTADO. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE PROTEGER A UNIDADE E DE PRESERVAR A INTEGRIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES FUNDADAS EM RELAÇÕES HÉTERO OU HOMOAFETIVAS. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTEGRAL E EFETIVA À CRIANÇA E/OU AO ADOLESCENTE NASCIDOS NO BRASIL. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR. CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (HC 114901/DF)

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). **O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 477554/MG)

Neste contexto, a “guarda compartilhada surgiu tendo como principal objetivo suprir as deficiências das outras espécies de guarda, em especial a unilateral” (PESSOA, 2017, p.

27), por ser capaz de garantir a presença afetiva de ambos os genitores na vida do menor (CC/02).

Embora o ordenamento permita a existência de outras espécies de guarda, é clara a valorização de uma guarda conjunta/compartilhada. Assim, como regra geral previne longas discussões judiciais e sua aplicabilidade eficiente protege a família.

5 CONCLUSÃO

Diante da análise das espécies de guarda, dando ênfase à guarda compartilhada, pode ser notado que o seu principal intuito é o cuidado com os filhos menores, resultantes de relações conjugais dissolvidas. No entanto, a imposição da guarda compartilhada mostrou-se um mecanismo fundamental na manutenção do poder familiar e dos laços afetivos.

Desta forma, a decretação dessa espécie de guarda começa a ser vinculada sob amparo normativo, visto que o Código Civil (CC/02) vem impondo sua aplicabilidade em caso de dúvida, como uma regra geral, também resguardada pelo ECA/90. Assim, sua efetividade ganha espaço no meio jurídico ao gerar grandes benefícios à sociedade.

Em suma, evidenciamos que a guarda compartilhada é capaz de garantir a manutenção dos laços afetivos entre filhos e genitores, reduzindo conflitos familiares e judiciais, ao proteger o núcleo familiar, pois mesmo que dissolvido, as relações pessoais ainda existem e para o bem de seus membros, devem ser protegidas e resguardadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Família. Guarda Compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de Residência do Menor. Possibilidade. STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>> Acesso em: 20 set 2019.

____ **Código Civil. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 set 2019.

____ **Código de Processo civil.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 20 set 2019.

____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm> Acesso em:
20 set 2019.

____ **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em:
<<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1649/TCC%20CLARA%20MODIFICADO.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 set 2019.

____ **Informativo nº 690, STF.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GUARDA+COMPARTILHADA%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y2bqey4b>> Acesso em:
20 set 2019.

____ **Informativo nº 635, STF.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GUARDA+COMPARTILHADA%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y2bqey4b>> Acesso em:
20 set 2019.

____ **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 20 set 2019.

____ **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 20 set 2019.

LONGO, Letícia de Moraes. **A guarda compartilhada e a pensão alimentícia.** Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4335/MONOGRAFIA%20-%20Let%C3%ADcia%20de%20Moraes%20Longo..pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 20 set 2019.

MARROCOS, Juliana Maria Oliveira de. **Da guarda compartilhada: Uma abordagem acerca da efetividade deste instituto na sociedade atual.** Disponível em:
<http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/143/public/143-644-1-PB.pdf> Acesso em: 20 set 2019.

OLIVEIRA, Morgana Valadares; GOULART, Maria Cristina Vianna. **Os laços familiares no processo da guarda compartilhada.** Disponível em:
<<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0416.pdf>> Acesso em: 20 set 2019.

PESSOA, Thaís Souto Maior de Lyra. **Guarda compartilhada e seus benefícios no direito brasileiro.** Disponível em:
<<https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/21956/1/MONOGRAFIA%20PDF%20THAIS%20SOUTO%20MAIOR-%20Guarda%20compartilhada%20e%20seus%20benef%C3%ADcios%20no%20direito%20brasileiro.pdf>> Acesso em: 20 set 2019.

RAMALHO, Eliana Sander. **Guarda unilateral e a alienação parental.** Disponível em:
<http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo_10082010070812_MONO%20ELIANA%20FINAL.pdf> Acesso em: 20 set 2019.

REIS, André Gomes de Noronha. **O afeto nas relações familiares.** Disponível em:
<<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16682/16682.PDF>> Acesso em: 20 set 2019.

SANTANA, Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha. **A família na atualidade: Novo conceito de família, novas formações e o papel do IBDFAM (Instituto brasileiro de direito de família).** Disponível em:
<<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1649/TCC%20CLARA%20MODIFICADO.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 set 2019.

SANTOS, Kennia Maria Ferreira dos. **Guarda compartilhada x guarda alternada: Uma linha tênue as separa.** Disponível em:
<<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12653/1/PDF%20-%20KENNIA%20MARIA%20FERREIRA%20DOS%20SANTOS.pdf>> Acesso em: 20 set 2019.

SIEGEL, Frederico Andrade Siegel1; NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; SOARES, Josemar Sidinei Soares. **A guarda e a guarda compartilhada e o poder familiar: Implicações práticas.** Disponível em:
<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/9822/5522>> Acesso em: 20 set 2019.

SILVA, Marcello Alves Cazé. **Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada.**
Disponível em: <<https://www.univale.br/wp-content/uploads/2019/07/Vantagens-e-desvantagens-da-guarda-compartilhada.pdf>> Acesso em: 20 set 2019.

VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda compartilhada: Uma nova realidade para pais e filhos.**
Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf> Acesso em: 20 set 2019.