

A GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DO EXERCÍCIO EQUILIBRADO DO PODER FAMILIAR

Silvia Caroline dos Santos Mendonça¹

Resumo: Neste artigo a Guarda Compartilhada Obrigatória é abordada sob o prisma do exercício equilibrado do poder familiar. Este instituto é analisado visando atender aos melhores interesses dos filhos, demonstrando que o exercício do poder familiar se baseia na manutenção da saúde física e psíquica do menor, independentemente da situação conjugal dos genitores. Esta espécie de guarda é o instituto que visa a participação dos genitores em nível de igualdade nas decisões que se relacionam aos seus descendentes; também entendida como contribuição equilibrada dos pais na educação e formação dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar. A hipótese lançada tem o intuito de demonstrar através de pesquisas que a fixação obrigatória da guarda compartilhada, imposta pela Lei nº 13.058/2014 constitui a melhor solução mediante a dissolução conjugal, salvo situações específicas, para atender aos direitos constitucionais garantidos ao menor, balizada pelo princípio do melhor interesse deste, e efetivar o exercício equilibrado do poder familiar. Para tanto, foi realizado o estudo dos fundamentos legais previstos na Carta Magna, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei da Guarda Compartilhada, dentre outras, que servirão de base para a fixação da Guarda Compartilhada Obrigatória.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada Obrigatória. Poder Familiar. Exercício Equilibrado.

Abstrac: In this article the Mandatory Shared Guard is approached from the perspective of the balanced exercise of family power. This institute is analyzed to meet the best interests of children, demonstrating that the exercise of family power is based on maintaining the physical and mental health of the minor, regardless of the marital status of parents. This kind of guard is the institute that aims at equal parental participation in decisions that relate to their descendants; It is also understood as a balanced contribution of parents in the education and training of their children until they reach full capacity in the event of disruption of family society. The hypothesis is intended to demonstrate through research that the mandatory establishment of shared custody, imposed by Law nº 13.058/2014 is the best solution through marital dissolution, except specific situations, to meet the constitutional rights guaranteed to the minor, marked on the principle of the best interests of the latter, and to effect the balanced exercise of family power. To this end, a study was made of the legal grounds provided for in the Magna Carta, Civil Code, Statute of the Child and Adolescent and the Law of Shared Guard, among others, which will serve as a basis for the establishment of the Mandatory Shared Guard.

Key words: Shared Guard Required. Family power. Balanced exercise.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe - FASE; pós graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio de Sergipe - FASE; analista do Seguro Social – INSS Aracaju/SE. Endereço eletrônico: silcasam@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa abordaremos o tema do exercício equilibrado do poder familiar, considerando o instituto da concessão da guarda dos filhos menores e discutindo sobre a adequada relação entre as normas do direito brasileiro, no tocante a tutela de menores e o adequado exercício do poder familiar. Para tanto, verificaremos o histórico das relações familiares e formas de exercício de poder pelos genitores, bem como as diversas espécies de guarda de filhos menores.

Desta forma, questionaremos se a guarda compartilhada obrigatória é um instrumento jurídico capaz de efetivar o exercício equilibrado do poder familiar, permitindo que os dois genitores exerçam seus papéis e funções para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente.

Assim, abordaremos o tema com base no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as demais atualizações existentes no tocante a guarda de filhos melhores, com o objetivo de analisar a eficácia da guarda compartilhada obrigatória como instituto jurídico capaz de efetivar o exercício equilibrado do poder familiar.

Para tanto, discorreremos sobre o poder familiar, visando compreender o seu exercício equilibrado; bem como sobre a guarda de filhos menores, a fim de contextualizar a guarda compartilhada obrigatória; e, por fim, sobre esta espécie de guarda, com base nos princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio, objetivando analisar a guarda compartilhada obrigatória sob os aspectos do melhor interesse do menor.

Neste sentido, o presente trabalho, de cunho bibliográfico e, portanto, baseado na pesquisa em livros, periódicos e artigos retirados da internet, demonstrará que o hoje denominado poder familiar é sugerido no ordenamento jurídico como um direito do menor e uma obrigação dos pais, balizado pelo princípio do melhor interesse do menor. Eis que surge a necessidade de analisar a guarda compartilhada obrigatória, uma vez que esta representa a atualização jurídica brasileira mais recente quanto ao assunto, razão pela qual se desenvolve esta pesquisa.

2 DESENVOLVIMENTO

A partir desta seção iniciaremos o desenvolvimento do tema proposto nesta pesquisa, abordando o poder familiar, a guarda de filhos menores, bem como suas espécies, com ênfase na guarda compartilhada; e, por fim, trabalharemos esta espécie de guarda, considerando a sua fixação obrigatória como o instrumento jurídico capaz de efetivar o exercício do poder familiar de forma equilibrada entre os genitores. Assim, iniciemos abaixo o estudo do primeiro item proposto.

2.1 O poder familiar

O poder familiar possui um contexto histórico, visto que derivou do pátrio poder. A substituição do termo pátrio poder por poder familiar acompanhou uma evolução social no sentido de reconhecer que homens e mulheres detêm direitos iguais, conforme aduz a Constituição Federal, de modo que ambos são igualmente importantes na vida dos filhos e fazem jus, portanto, aos mesmos direitos sobre eles.

2.1.1 Conceito e natureza jurídica do poder familiar

O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código Civil (CC/02) para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ocorre que ao longo do século XX este instituto mudou substancialmente, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária, a qual era voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos, para constituir um *múnus*, em que ressaltam os deveres.

Tais evoluções familiares, apoiadas na Carta Magna, compreendem a família sob os laços da afetividade, no reconhecimento da liberdade e da natureza participativa de cada membro da família diante dos demais. Assim, o poder familiar tornou-se cada vez menos poder e mais dever, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir.

É exatamente na Constituição Federal (CF/88), através do *caput* do art. 227, que se verifica as obrigações inerentes ao poder familiar, por este dispor que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, vários direitos, dentre eles o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, dentre outros.

Assim, se extrai o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, *a fortiori* ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. Ou seja, são deveres jurídicos correspectivos a direitos, cujo titular é o filho.

Silva (2008, p. 39) apresenta o poder familiar como uma conduta dos pais relativamente aos filhos, não havendo tão somente em encargo ou um múnus, mas uma conduta de proteção, de orientação e acompanhamento destes perante seus filhos.

Nesta esteira, se faz mister a apresentação do conceito de poder familiar, que segundo Oliveira (1995, p. 353) trata-se de um instituto jurídico destinado a proteger os filhos menores. Logo, é possível conceituar o poder familiar como um conjunto de direitos e deveres, que compreende a pessoa e os bens dos filhos menores, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.

Para Rodrigues (2002, p. 398), trata-se de um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes, caracterizando-o como irrenunciável.

Neste entendimento, a renomada doutrinadora, Maria Helena Diniz (2011, p. 515), afirma que o poder familiar é uma espécie de função correspondente a um encargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo. Este posicionamento corrobora com as linhas introdutórias deste texto, ao concluir que o poder familiar é, portanto, um encargo atribuído pelo Estado aos pais, em benefício dos filhos, de forma irrenunciável.

Ainda sobre o tema, o art. 21, da lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), preleciona que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência.

O poder familiar conserva a natureza de uma relação de autoridade, por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, uma vez que os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência, conforme se depreende no leitura do art. 1.634, do CC/02, nos incisos I e II, e VII.

Assim, uma vez evidenciado o poder familiar, demonstrando o seu conceito, passa-se

a versar sobre a evolução da família no contexto mundial.

2.1.2 Evolução histórica da família e os novos modelos familiares

Tendo sido apresentado o conceito do poder familiar, o qual já foi explicitado como derivado do pátrio poder, passaremos agora a evidenciar a evolução histórica da família e seus diferentes modelos, considerando as modificações sucessivas ocorridas, as quais estão relacionadas a fatores de ordem cultural, religiosa, econômica e política, vivenciados nas diferentes sociedades.

Observa-se que as constantes mudanças ocorridas no modelo familiar geraram uma necessidade de adequação do Direito de Família, a fim de propiciar o melhor atendimento às necessidades sociais, ou seja, as alterações sociais trouxeram também alterações legislativas voltadas para a família. Para entender tal situação é preciso analisar o instituto do poder familiar e suas transformações ao longo dos anos.

Conforme dito por Felicidade (2008, p. 9), desde a pré-história, a família constituía um grupo, onde as autoridades, religiosa e civil, eram exercidas por um líder. Inicialmente, os povos se reuniam em torno de algo ou alguém constituindo a família, visto que o essencial era o agrupamento, mesmo que de forma indisciplinada.

Em Roma, o modelo de família patriarcal, caracterizado pelo absoluto poder do pai sobre a pessoa do filho, permitia a este, inclusive, dispor da vida de um filho ou mesmo vendê-lo (SILVA, 2012, p. 11). Venosa (2012, p. 32), aduz que o pater no âmbito da família possuía uma autoridade ilimitada sobre seus filhos, e estes, por sua vez, não tinham capacidade de direito.

A partir da Revolução Francesa foi possível perceber uma transição do caráter preponderantemente patriarcal deste pátrio poder, deixando de visar tão somente o interesse do chefe de família e voltando-se prioritariamente para a proteção dos filhos menores (PEREIRA, 2008, p. 23).

Entendendo o pátrio poder, Felicidade (2008, p. 15) o define como um conjunto incidível de poderes-deveres que deve ser exercido visando o desenvolvimento dos filhos. Esta expressão foi adota pelo Código Civil de 1916 (CC/16), o qual evidenciava uma família patriarcal, conservando a indissolubilidade do matrimônio e sem priorizar o direito da criança, não considerando o seu interesse em ter as melhores condições de desenvolvimento.

Ultrapassados tais conceitos e prosseguindo na análise dos modelos familiares pré-

existentes, é possível concluir uma significativa alteração no modelo familiar, onde se abandonou o pátrio poder e instituiu o poder familiar, persistente até os dias atuais, porém com algumas adequações ao modelo societário vigente.

Iniciando a análise com o Código Civil de 1916, percebe-se que este designava a autoridade dos pais sobre os filhos no exercício do pátrio poder, prevalecendo a autoridade do marido, e na sua falta ou impedimento, é que este poder dever passava à mulher, conforme disposto nos arts. 379 e 380, deste código.

Posteriormente, sob forte influência da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em decorrência da crise da família masculina patriarcal e consequente presença de novas configurações familiares, a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar, com o advento do Código Civil de 2002 (CC/02). Tais mudanças foram explicitadas nos arts. 1.630 e 1.631, do referido código, os quais abordam que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, e que durante o casamento e a união estável este poder compete aos pais.

De acordo com Mariano (2009, p. 2), o novo sistema jurídico estabeleceu regramentos segundo a realidade social e esta alcançou diretamente o núcleo familiar, regulamentando a possibilidade de novas concepções de família, instaurando a igualdade entre homem e mulher, ampliando o conceito de família e protegendo todos os seus integrantes.

Assim sendo, para atender à isonomia de gêneros prevista pela Constituição Federal, art. 5º, I, e 226, § 5º, o pátrio poder dá lugar ao poder familiar, que é entendido como o conjunto de direitos e deveres exercidos por ambos os pais no intuito de proteger e resguardar os direitos dos filhos, não se justificando a manutenção da designação indicativa da superioridade paterna no âmbito familiar, conforme os dizeres de Santos (2012, p. 18).

No mesmo sentido, Diniz (2011, p. 588) ensina que o poder familiar é um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Tal situação permite fazer alusão ao princípio da igualdade na chefia familiar, tratado no art. 226, § 5º, CF/88, que dispõe sobre a absoluta igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, de modo que o poder familiar passa a ser exercido de forma igualitária entre os pais, substituindo-se uma hierarquia por uma diarquia. Tartuce (2014, p. 38) nomeia este fenômeno de despatriarcalização do Direito de Família, destacando que, na atualidade, o regime familiar é de companheirismo e de cooperação e não de hierarquia, como outrora imperava.

Esta realidade encontra-se amparada no texto da Carta Magna, no art. 5º, I, que prevê a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações; bem como no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), oportunamente já citado anteriormente.

Complementando este cenário, pode-se lançar mão do atual Código Civil brasileiro atual, que enuncia em seu art. 1.631 que durante o casamento ou união estável compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá esse poder com exclusividade. E quanto ao exercício deste poder, de forma igualitária, também consta no art. 1.634 do mesmo código, que competirá aos pais quanto à pessoa dos filhos menores, dentre outras obrigações, a direção da criação e educação dos filhos, e principalmente, tê-los em sua companhia e guarda, pertinentemente aqui destacado em decorrência do tema ora trabalhado.

Depreende-se então, a isonomia dos pais no exercício do referido instituto, para a proteção e defesa da pessoa do filho, pautado no poder familiar. Para tal, faz-se necessário a cumulação das melhores condições físicas, psicológicas e morais no ambiente familiar, assegurando o desenvolvimento pleno do menor, mediante o exercício do direito-dever dos genitores de criação e educação, simultâneo ao dever de amparo, bem como o de correção, dentro dos limites de tolerância.

Assim, após analisar a evolução histórica da família e os novos modelos familiares surgidos em decorrência das transformações sociais e adentrarmos no estudo do exercício do poder familiar, discorreremos agora sobre os modos de suspensão, destituição e extinção do referido exercício.

2.1.3 Modos de suspensão, destituição e extinção do poder familiar

Diante do que já foi exposto, é possível depreender que o poder familiar não é livre e absoluto como era o pátrio poder. O ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de proteger os menores de idade, fiscaliza o exercício do poder familiar para garantir que o seja exercido com base nos interesses do menor, impedindo assim que tal exercício possa ser prejudicial os filhos. Desta forma, o CC/02 regulamenta não só o exercício do poder familiar, mas também prevê a suspensão, destituição e extinção deste, conforme verificaremos adiante.

Observe-se que o poder familiar se constitui com o nascimento do filho, e em princípio perdura até a maioridade deste. Entretanto, podem ocorrer fatos jurídicos que

importam a prematura extinção desse poder, conforme versa o art. 1.635, do CC/02, como naturalmente pela morte dos pais ou do filho ou pela maioridade, dentre outros.

Verifica-se, desde logo, que o legislador pátrio, visando o bem estar e a proteção do menor, previu situações em que o exercício do poder familiar poderá sofrer alterações, mediante sua suspensão, destituição ou mesmo extinção. Estes últimos são mais graves que o primeiro, visto que são permanentes, enquanto a suspensão é temporária, perdurando apenas enquanto existir o fato que lhe deu causa.

A suspensão do poder familiar é uma sanção imposta aos pais por terem cometido alguma infração no exercício do poder familiar, como o abuso de autoridade, a falta dos deveres paternos e a dilapidação dos bens do filho. Tais causas estão determinadas no art. 1.637, do CC/02, bem como no art. 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Rizzardo (2006, p. 610), a suspensão é a cessação temporária do exercício do poder familiar por determinação judicial com motivo definido em lei. É medida provisória usada quando houver abuso da função dos pais que cause prejuízo aos filhos menores e vai perdurar enquanto necessária e útil aos interesses da prole.

Sobre esta suspensão, a doutrina é concebida sob dois aspectos distintos: como proteção aos interesses do filho ou como sanção aos pais por infração ao dever de exercer o poder familiar conforme a lei, afastando os filhos da nociva influência dos pais. No entanto, o entendimento doutrinário majoritário acredita que a intervenção judicial é baseada no interesse do menor (COMEL, 2003, p. 265).

Quanto a destituição, sanção mais grave que a suspensão, o Código Civil disciplina o fato jurídico através do art. 1.638, dispondo que o pai ou a mãe perderá, por ato judicial, o poder familiar em certas situações, como na prática de castigos imoderados ao filho ou ao deixá-lo em abandono, etc.

Ao ampliar os estudos quanto ao tema, é possível perceber que vários doutrinadores lecionam sobre a perda e destituição do poder familiar, e neste momento se faz oportuno o aludido por Coelho (2012, p. 175), visto que caracteriza a perda deste poder como permanente, imperativa e ampla. É permanente porque não se pré-define o tempo em que a medida irá durar, imperativa porque o juiz não pode deixar se aplicá-la, sempre que verificado o pressuposto legal, e ampla porque abrange necessariamente toda a prole do pai, da mãe ou de ambos.

Entretanto, a destituição é permanente, mas não se pode dizer que seja definitiva, já que os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a

causa que ensejou a perda não mais exista. E mais, é imperatividade, fica caracterizada por abranger todos os filhos, já que as causas de extinção são bastante graves, colocando em risco toda a prole.

Considerando os demais ramos do ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal também estipula causas de perda do poder familiar. A exemplo de situações onde o pai estupra a própria filha, ou corrompe seus filhos, ou instiga-os a praticarem crimes, não merecendo assim exercer o poder familiar, cabendo então a destituição deste poder, hipótese em que a interdição será definitiva. Trata-se de pena acessória, prevista no artigo 92, inciso II, do Código Penal, sendo efeitos da incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (BRASIL, 1940).

Note-se que até presente momento foi abordada a evolução histórica do pátrio poder para poder familiar, bem como a regulamentação do seu exercício e modos de garantir que este esteja de acordo com os interesses dos filhos menores, considerando ainda o conceito de família e os novos modelos familiares. Entretanto, para a compreensão do tema proposto é preciso também analisar a guarda de filhos menores, abordando o conceito e espécies, considerando seus aspectos, tanto para os pais quanto para os filhos.

2.2 A guarda de filhos menores

O instituto da guarda de filhos menores, conforme os já apontados princípios do direito, compreende o ato ou efeito de guardar e defender o filho quando menor ou inválido, zelar quando no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, atuando simultaneamente com ele em algumas situações que sucede.

A guarda é abrangente e advém da necessidade de cuidado e proteção que dependem os menores, que conforme aludido é atribuição do poder familiar; um direito e dever que compete a ambos os pais, tendo os dois a mesma responsabilidade material, educacional e social em relação às crianças, mesmo diante de uma possível dissolução do casamento ou união estável.

2.2.1 Considerações iniciais sobre a guarda de filhos menores

Assim como as sociedades passaram por diversas modificações, o instituto da guarda de filhos menores de idade também sofreu suas alterações. Nos dias atuais, a regulamentação

da guarda está disposta, de maneira implícita, no art. 227 e 229, CF/88, assegurando a criança e ao adolescente o direito de ter um guardião para protegê-los, na ausência dos genitores, e lhes sendo prestada assistência moral, material e educacional (BRASIL, 1988).

É baseado no poder familiar que se determina a guarda do menor de idade em favor dos pais, conforme verificamos e relatamos em momento anterior o art. 1.634, CC/02. Ou seja, a guarda dos filhos está relacionada ao exercício do poder familiar, devendo ser compartilhada pelos genitores na constância da sociedade conjugal. Entretanto havendo a dissolução desta, quem perde a guarda não perderá também o poder familiar, visto que o mesmo permanece inalterado, inexistindo apenas o seu exercício, posto que o mesmo ocorrerá através do genitor-guardião, conforme aduzido por Martins (2012, p. 27).

É importante entender que a guarda é um dos deveres que integram o conteúdo do poder familiar e compreende os deveres de ordem jurídica que se impõem aos pais com relação aos seus filhos menores. Entretanto, preliminarmente, é necessário verificar que existem limites a menoridade, que estão dispostos no Código Civil, no art. 5º (BRASIL, 2002).

Assim, todos os filhos, de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos, ressalvados os casos de emancipação, estão sujeitos ao poder familiar, exercido conjuntamente pelos pais, cabendo ressaltar que não é permitido aos pais renunciar, transferir ou alienar tal prerrogativa. Ademais, configura crime, segundo o art. 245 do Código Penal, a entrega de filho à pessoa inidônea, além de existirem outras figuras penais acrescentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrentes do mau exercício do dever de guarda de filhos menores.

Diante das considerações ora expostas, passa-se adiante a análise conceitual do instituto da guarda de filhos menores.

2.2.2 O conceito de guarda de filhos menores

No âmbito jurídico, considerando as transformações e necessidades sociais, o conceito de guarda de filhos tem sido muito difundido, encontrando respaldo em artigos específicos no Código Civil e na Lei nº 11.694/08, esta responsável pela redação dos artigos 1.583 e 1.595 do código citado.

Da análise dos dispositivos legais vigentes que abordam o tema ora proposto, é possível perceber que a guarda consiste numa prerrogativa legal atribuída aos titulares do poder familiar ou terceiras pessoas de manterem consigo menores ou maiores inválidos, a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e

imateriais, encaminhando-os para a vida.

De pronto, é possível definir a guarda como o instituto jurídico através do qual se atribui ao guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos, com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de quem dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (CARBONERA, 2000, p. 64).

De Plácido e Silva (2006, p. 667), em seu vocabulário jurídico, aborda a guarda de filhos como sendo indicativa, seja do direito ou do dever, de que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil; significando a guarda tanto a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

É possível perceber, então, que a guarda é ao mesmo tempo um direito e um dever dos pais. Direito sob o aspecto da necessidade de manter os filhos no convívio familiar, regulando as relações, mas também dever conferido aos genitores de zelar pela vida e segurança dos filhos, assim como de cuidar, de proteger e de exercer vigilância sobre estes, assegurando que estão resguardados de qualquer perigo (MACIEL, 2007, p. 72).

No sentido jurídico, então, a guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Logo, percebe-se assim, que o instituto da guarda de menores trata-se de um poder-dever dos pais, no exercício do poder familiar, de comandar e direcionar a vida dos filhos menores, na busca de seu melhor interesse, resguardando-lhes os direitos e orientando a sua formação moral, conforme pode ser observado nos dispositivos constitucionais a serem abordados adiante.

Assim, mediante a abordagem conceitual do instituto jurídico em questão, analisaremos adiante as espécies de guarda de filhos menores.

2.2.3 As espécies de guarda de filhos menores

As espécies de guarda de menores estão previstas no CC/02, tendo sido tal código modificado com o advento da lei nº 11.698/2008 (Lei da Guarda Compartilhada). A partir da edição da referida lei, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro passaram a prever e disciplinar a fixação da guarda unilateral ou compartilhada, mediante a separação dos genitores (BRASIL, 2008).

Segundo estes dispositivos, compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só

dos genitores ou a alguém que o substitua; e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos genitores, que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comum.

Neste código, verifica-se ainda que a guarda unilateral pode ser fixada por consenso ou litígio, e neste caso, a lei aduz que a guarda será fixada em favor daquele que reunir melhores condições para exercê-la e mais aptidão para oferecer afeto, integração familiar, saúde, segurança e educação, conforme o § 2º do art. 1.583, em consonância ao princípio do melhor interesse do menor, previamente já discutido. Na guarda unilateral, o pai ou a mãe que não a detenha, ainda assim, está obrigado a garantir os interesses dos filhos, exercendo assim o seu direito de supervisão, tendo ainda assegurado o seu o direito de visitas, comum a essa forma de guarda, consagrado pelo § 3º do mesmo dispositivo (BRASIL, 2002).

Percebe-se que esta espécie de guarda não permite equilíbrio do tempo de custódia dos genitores perante o menor de idade, apresentando o inconveniente de privar o infante da convivência diária e contínua de um dos genitores. É exatamente por esta razão, atendendo às necessidades sociais e interesses da criança e do adolescente que a supramencionada lei nº 11.698/2008 visa incentivar a guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada ambos os pais detêm a guarda legal dos filhos menores, exercendo em conjunto, no mesmo tempo e na mesma intensidade, as decisões e os controles relacionados à prole, embora vivam em lares separados. Conforme Dias (2008, p. 26), nesta espécie, visualiza-se um modelo de corresponsabilidade, que “favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse”.

Prosseguindo na análise, quanto a fixação desta ou daquela guarda, observando a redação ao art. 1.584, do CC, verifica-se que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; ou decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe (BRASIL, 2002).

Logo, o *caput* do art. 1.584, bem como seus incisos I e II, CC/02, preconizam que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser efetivada através de requerimento consensual dos genitores ou decretada pelo juiz. Na primeira hipótese, há o pleno acordo dos genitores; já na segunda, o juiz põe fim ao litígio, decidindo sobre a guarda imposta, em atenção a necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao

convívio deste com o pai e com a mãe.

E sobre o artigo supracitado, quanto a espécie da guarda compartilhada, o § 2º deste, aduz que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada, sendo esta a principal consequência da lei nº 11.698/2008.

Assim, considerando a necessidade de fixação da guarda do infante, no tange o confronto entre as espécies de guarda unilateral ou compartilhada, depreende-se que esta deverá analisar precipuamente o melhor interesse do menor, o qual direciona para a fixação da guarda compartilhada. Isto porque desta forma estarão sendo alcançados os reais objetivos do poder familiar, com a participação igualitária dos pais no exercício deste e oportunidade de interação dos pais no processo de criação de seus filhos.

É oportuno falar sobre a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores, de modo que para a jurisprudência dominante, a responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. Sendo assim, em se tratando de guarda unilateral somente o genitor que a tem responderá; enquanto na guarda compartilhada, como ambos detêm o poder de fato sobre os filhos menores, mantendo-os sob sua autoridade e em sua companhia, respondem solidariamente pelos atos ilícitos dos filhos menores (PEREIRA, 2008, p. 85).

Tal observação está de acordo com o disposto no Código Civil vigente, através do art. 932, I, que aduz serem, também responsáveis pela reparação civil, os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (BRASIL, 2002).

Sobre o abordado neste artigo, Gagliano e Filho (2014, p. 221) realizou uma análise da responsabilidade civil dos pais à luz dos Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002, prelecionando que o Código de 2002 foi mais técnico ao referir a expressão “autoridade” em lugar da palavra “poder”, mas, aparentemente, optou por restringir a responsabilidade ao pai ou à mãe que tivesse o menor “em sua companhia”, o que não seria justo, visto que a ambos os detentores do poder familiar compete o dever de educar.

Assim sendo, verifica-se então que, ao mesmo tempo que os pais compartilham as obrigações pelo encaminhamento da vida de seus filhos, eles também dividem a responsabilidade sobre os atos praticados por estes, de modo que a mesma pode ser classificada como responsabilidade civil objetiva, que independente de culpa, ou seja, baseada na culpa *in vigilando*, prevista no art. 933, CC/02 (BRASIL, 2002).

Mas há ainda a espécie de guarda denominada como alternada, tida como uma

atribuição da guarda, tanto jurídica, quanto material, a um e ao outro genitor, implicando, na alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais. Esta modalidade, conforme as considerações de Silva (2012, p. 18) apesar de fracionada, não deixa de ser uma guarda única, pois o período de tempo que cada um irá exercer a guarda pode ser de um ano escolar, um mês, uma semana ou, até mesmo, no dia a dia. Com a adoção desse modelo, os pais são obrigados a dividir em partes iguais o tempo que passam com seus filhos, mas, sempre, exercendo de maneira única, a guarda do menor.

As constantes mudanças de residência são a principal desvantagem deste modelo, uma vez que dificultam a consolidação dos hábitos, valores, padrões de vida e formação da personalidade do filho, comprometendo sua estabilidade emocional e psíquica, acarretando prejuízos imensuráveis a formação e construção da identidade subjetiva e social da criança ou do adolescente (BONFIM, 2005).

Por tais razões, esta espécie de guarda é bastante criticada pela doutrina e depreciada pela jurisprudência, devido à quebra de continuidade do lar, visto que provoca a supressão de referências básicas, como hábitos e locais, comprometendo a estabilidade emocional e psíquica da criança.

2.2.4 Atribuição da guarda e os interesses do menor

No Direito de Família Brasileiro, o instituto da guarda, em obediência aos princípios constitucionais fixados nos artigos 227 e 229, é regulamentado pelo Código Civil de 2002 e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente através dos artigos 1.583 ao 1.590 e 1.634, inciso II; e dos artigos 33 a 35.

A partir destes dispositivos, verifica-se que na vigência do casamento ou da união estável vigoram-se os atributos do poder familiar, de modo que a guarda dos filhos menores deve ser exercida conjuntamente pelos pais. Entretanto, havendo a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável dos genitores, estes atributos são diluídos, pois com o rompimento dos pais, frequentemente, há a fragmentação do direito de guarda.

Baseado no artigo 227 da Carta Magna, quanto ao instituto familiar, referente à proteção integral do menor, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) através do seu artigo 4º, impõe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de assegurar-lhe uma convivência familiar, considerando sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento.

Assim sendo, o ECA garante ao menor o direito de participar da vida familiar,

consoante artigo 16, V; de ser criado e educado no seio de sua família, conforme artigo 19; submetendo-se ao poder familiar do pai e da mãe, exercido em igualdade de condições, a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação, conforme previsões legais dos artigos 21 e artigo 22.

Logo, mediante tais observações, para a atribuição da guarda do menor infante é preciso considerar o real objetivo deste instituto, o qual se encontra expressamente disposto no art. 33, *caput*, do ECA. Neste dispositivo, tem-se que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Neste contexto, é oportuno apresentar o entendimento explicitado por Canezin (2005, p. 7), ao diferenciar o poder familiar da guarda, lecionando que esta é um atributo daquele, mas que embora a guarda seja a essência do poder familiar, nele não se esgota, pois, há possibilidade de existência de poder familiar sem a guarda, enquanto a mesma pode ser exercida isoladamente.

Persistindo nesta análise com base no Estatuto supracitado, verifica-se que é possível existir a guarda sem o poder familiar, visto que independentemente da perda do poder familiar, o guardião a qualquer momento poderá reclamar o direito de retirar o menor da posse de quem quer que a esteja ilegalmente detendo, como nos casos de crianças abandonadas. Está-se diante da posse de fato da guarda do menor, que pode ser verificada no § 1º, do art. 33, do ECA.

Em tais situações, embora o poder familiar permaneça com o pai e com a mãe, a guarda poderá ser exercida por apenas um deles ou ainda por terceiros, nos casos em que este for o melhor entendimento. Nesta última possibilidade, dar-se-á preferência ao grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o § 5º, do artigo 1.584, do Código Civil vigente, bem como no artigo 33, §§ 2º e 3º, do ECA.

Assim, a guarda não necessariamente é atribuída aos genitores, podendo ser regulada de forma diferente pelo juiz, e, quando possível, a concessão da guarda será dada a quem efetivamente der amor ao menor. E este vem sendo o entendimento dos Tribunais pátrios, a exemplo da decisão preferida pela Quarta Turma do STJ, através no informativo nº 0434, onde o relator Ministro Aldir Passarinho Junior, em sede do REsp 1.147.138-SP, atribuiu a guarda do menor ao avó e tio paternos, que já detinham a guarda fática da menor desde os quatro meses de idade, baseado no desejo da própria criança em permanecer com os estes parentes e a concordância dos genitores com a guarda pretendida, havendo o reconhecimento

de que a menor recebe bons cuidados (BRASIL, 2010).

De tantos dispositivos, depreende-se então que é direito fundamental da criança chegar à fase adulta sob as melhores garantias morais e materiais, as quais serão oferecidas através do bom desenvolvimento do instituto da guarda do menor. Este instituto, que permite o exercício do poder familiar, foi criado com o objetivo de proteger o menor.

Considerando tal objetivo, nas relações de filiação, o interesse do menor é o princípio básico norteador, sendo o critério de maior importância para a atribuição da guarda. Isto porque considera-se que a criança e o adolescente estão em fase de formação de personalidade e, portanto, em situação de fragilidade. Deste modo, é possível concluir que o princípio do melhor interesse do menor decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por fim, após as análises já realizadas, abordaremos agora a mais recente alteração do ordenamento jurídico brasileiro no tocante a guarda de filhos menores, a qual se refere ao instituto da guarda compartilhada obrigatória. Assim analisaremos as inovações legais, ponderando esta espécie de guarda como o instituto jurídico capaz de efetivar o exercício equilibrado do poder familiar.

2.3 A guarda compartilhada obrigatória como instrumento efetivador do exercício equilibrado do poder familiar

Como dito na seção anterior, o poder familiar é exercido mediante a guarda de filhos menores, a qual constitui um dever assistencial dos pais para com seus filhos, com a finalidade de garantir-lhes o pleno desenvolvimento como indivíduo, baseado, principalmente, no princípio do melhor interesse do menor.

Logo, considerando-se que o poder familiar advém da filiação, seja ela consequência ou não do matrimônio, o seu exercício deve ser exercido de maneira equilibrada, a fim de permitir a formação sadia da personalidade dos filhos, bem como a convivência igualitária com os genitores, o que passaremos a analisar a partir de agora.

2.3.1 A função da guarda e da autoridade parental na formação da personalidade dos filhos menores

É cediço que a guarda é um poder dever dos pais perante os filhos menores, ou seja, implica na obrigação igualitária dos pais de cuidar de seus filhos. Assim, antes de prosseguir nesta análise, é preciso ponderar o significado da palavra cuidar, que no entendimento de

Tupinambá (2008, p. 138) compreende garantir aos menores as condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade emocional.

Portanto, o dever de guarda é de fundamental importância para que se efetivem as demais prerrogativas do poder familiar. O pai, assim como a mãe, não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou materna, ou fixar-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher. Ou seja, é o conjunto desses pequenos direitos paternos ou maternos que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda de seu pai ou de sua mãe.

Para Grisard Filho (2009, p. 19), o poder familiar é efeito da paternidade/maternidade, e não do matrimônio ou da união estável. Assim, do ponto de vista jurídico, as regras de conduta relacionadas à autoridade parental, combinando-se a disciplina do CC/02 com as do ECA, abrangem as relações patrimoniais e existenciais próprias da filiação. Portanto, a fixação da guarda e escolha de modalidade deverá considerar o comportamento dos genitores após a separação conjugal e suas responsabilidades na formação da personalidade e caráter do menor, bem como seus deveres assistenciais perante os filhos.

Assim sendo, é possível verificar a preocupação do legislador brasileiro ao impor que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alterem as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito que aos primeiros cabe de terem em sua companhia os segundos, conforme disposição do art. 1.632, CC/02.

Desde já, verifica-se que o ordenamento jurídico expressamente se preocupa com o bem estar do menor, destacando pilares da unidade familiar, bem como a necessidade de amparo da criança e do adolescente incapazes diante do exercício do poder familiar, com primazia do melhor interesse destes quando da possível necessidade de fixação da guarda, mediante a eventual separação dos genitores.

Portanto, embora o instituto da família tenha passado por mudanças significativas ao longo dos anos, cada um de seus membros exerce papel fundamental e estruturante na educação e criação dos filhos. Deste modo, ambos os genitores precisam estar presentes e colaborar com o processo de desenvolvimento do menor, dando-lhes o suporte necessário. Este entendimento é corroborado por Bowlby (2006, p. 169) ao relatar que as crianças que crescem na companhia de pais que proporcionam essas condições apresentam-se mais

seguras, autoconfiantes e mais cooperativas com as outras pessoas.

A tríade “pai-mãe-filho” envolve a responsabilidade materna e paterna na estruturação da criança em fase de seu desenvolvimento, sendo que a ausência ou privação de qualquer dos genitores implica, entre outros aspectos, no desconhecimento de suas experiências, do contexto de vida de seus antepassados, de sua cultura e de seus valores. O elemento de maior riqueza do ser humano, que lhe concede característica ímpar, é o fato de ele ser fruto de duas pessoas diferentes (PEREIRA, 2009, p. 350).

É importante destacar que qualquer que seja a forma de eventual ruptura entre os genitores, as relações entre pais e filhos não se alteram. Logo, a autoridade parental não sofrerá modificações, quanto ao seu exercício, e seus deveres deverão ser realizados de maneira conjunta pelos genitores, qualquer que seja a situação conjugal.

Teixeira (2009, p. 14), ainda sobre a autoridade parental, afirma que esta compreende a que se mede na tutela da pessoa, a qual não tem apenas o escopo protetivo, mas principalmente, promocional da personalidade. Por isso, abarca maior aglomerado de funções, pois ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, no sentido amplo, envolvendo criação, orientação e acompanhamento, tais tarefas não incubem apenas o genitor guardião.

Neste sentido, asseverou a Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1251000/MG, julgado em 23 de agosto de 2011, que não obstante os pais separados precisem se adequarem, se reestruturarem e fazerem concessões, a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar, de modo que a prole possa desfrutar no decorrer de sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial (BRASIL, 2011).

Conforme a Ministra, não obstante haja o problema de o divórcio acontecer no auge do distanciamento do ex casal, quando também ficam mais evidentes as suas diferenças, o que são fatores que retiram qualquer princípio de consensualidade entre o casal, não se pode deixar de lado o melhor interesse da criança e do adolescente (BRASIL, 2011).

Neste contexto, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a guarda compartilhada, tendo em vista a proteção dos filhos, não afastando a possibilidade de estabelecer a sua aplicação, visando garantir direito constitucional da convivência dos filhos no seio da sua família, como forma de preservação e de promoção do seu desenvolvimento, e na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.2 A guarda compartilhada

Este modelo de guarda de filhos menores adotado no ordenamento jurídico pátrio retira da guarda a idéia de posse e está pautado na corresponsabilidade dos pais, o que favorece o desenvolvimento de indivíduos com menos traumas, além de propiciar a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores.

Observa-se então que o compartilhamento da guarda dos filhos pode refletir no exercício equilibrado do poder familiar, pois o modelo se apresenta como uma ferramenta viável ao não comprometimento dos vínculos parentais mediante o rompimento da vida conjugal dos genitores, mantendo os laços de afetividade e minorando os efeitos que a separação acarreta nos filhos.

Este entendimento é corroborado por Neiva (2002, p. 5) ao relatar que a guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

No mesmo sentido discorre Grisard Filho (2009, p. 111) ao afirmar que a guarda conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Assim, muitos doutrinadores sustentam que a guarda compartilhada é o tipo de guarda mais indicado, considerando a sua flexibilidade em relação às situações que acontecem na vida das crianças, permitindo que os genitores estejam sempre presentes na vida dos filhos. De certo, a fundamentação jurídica da guarda compartilhada encontra-se em princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade entre os cônjuges, o princípio da afetividade e o princípio da prevalência do interesse da criança e do adolescente.

2.3.2.1 Conceito de guarda compartilhada

O instituto da guarda compartilhada é decorrente de um processo de evolução da

família e do poder familiar, envolvendo precipuamente o interesse da criança e do adolescente, após a ruptura do laço matrimonial entre seus pais.

A denominação advém da possibilidade do menor manter convivência com ambos os pais, os quais participam ativamente da vida dos filhos, posto que detêm a guarda legal dos mesmos, mantendo intacto o exercício do poder familiar, dando prosseguimento à relação de afeto construída entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança (QUINTAS, 2009, p. 28).

A guarda compartilhada de filhos menores é um instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos; é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde, moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de eventual ruptura da sociedade familiar, sem detrimento ou privilégio de nenhuma das partes.

Assim sendo, é um instrumento que traduz a igualdade entre homens e mulheres como preconizado pela CF/88, no art. 226, I. Esta modalidade de guarda torna as prerrogativas legais que advém do poder familiar equilibradas, vez que ambos os genitores dividem as tarefas em igualdade de condições, proporcionando estabilidade e harmonia para os infantes (MOREIRA, 2016, p. 13).

2.3.2.2 A Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória – Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014

A lei em comento, também chamada de Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória ou A Nova Lei da Guarda Compartilhada, alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002 para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. A nova normatização legal assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental.

Esta interpretação advém da leitura do art. 2º, § 2º, da Lei nº 13.058/2014, o qual modificou o parágrafo 2º do art. 1.583 do CC/02, passando a vigorar com a seguinte redação: “§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (BRASIL, 2014).

Este dispositivo unifica a responsabilidade de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento da capacidade humana dos menores. Sendo assim, tendo em vista o

princípio do melhor interesse da criança, devem, obrigatoriamente, proporcionar de forma compartilhada, o sustento e a educação dos filhos independente da dissolução da união aplicada.

Desta forma, o não guardião não mais se limita apenas a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro genitor, conforme a disposição do art. 1.589, CC/02. Da mesma forma, ambos os pais passam a ser responsáveis por todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, inclusive se sujeitando à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente, em conformidade com o art. 249, do ECA.

A nova lei objetiva aliar a convivência familiar com a guarda do menor ao promover as alterações dos artigos citados. Sua vigência trouxe novos regramentos sobre a guarda compartilhada, tornando-a, em tese, obrigatória. Diz-se isto porque este espécie de guarda passou a ser regra, portanto obrigatória, quando da separação conjugal.

Esta conclusão é consequência da nova redação do art. 1.584 do CC/02, mediante o implemento realizado pela Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, ora em comento, de acordo § 2º, que versa sobre a ausência de acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, e esclarece 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 a guarda do menor (BRASIL, 2014, grifos nossos).

É mister destacar que a antiga redação do dispositivo acima citado, no CC/02, dispunha que a guarda compartilhada seria aplicada sempre que possível. Deste modo, com o novo texto legal, a lei é impositiva no sentido de adoção da guarda compartilhada obrigatoriamente, como regra.

Este é o modelo de guarda onde os pais exercem conjuntamente a autoridade parental em estrita cooperação, objetivando a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, numa contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento ou privilégio de nenhuma das partes.

Entretanto, prosseguindo na análise, embora a lei seja impositiva quanto a fixação da guarda compartilhada como regra, o legislador deixou espaço para a manifestação do genitor no sentido de não desejar a guarda do menor. Neste caso, deverá um dos genitores manifestar ao juiz que não tem interesse na guarda do filho. Tal possibilidade encontra-se expressa *in fine* do § 2º, art. 1.584, CC/02.

Ademais, é possível citar outra importante alteração provocada pela nova lei ao

acrescentar o § 6º, no art. 1.584, § 6º, do CC/02, e dispor que os estabelecimentos, público ou privado, são obrigados a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação (BRASIL, 2014).

Este implemento ao texto legal representa uma forma eficaz para minimizar a alienação parental, pois este é um meio comumente utilizado por genitores detentores da guarda do menor, que proíbem a escola de prestar informações para o genitor não detentor, com fins de penalizá-lo mediante a separação do casal.

Com esta inovação, a Lei 13.058/2014 fortalece o princípio do melhor interesse do menor, bem como o instituto da guarda compartilhada obrigatória, garantindo o direito, e também obrigação, aos genitores de supervisionar os interesses de seus filhos, sendo parte legítima para solicitar quaisquer informações e intervir diretamente nos assuntos que afetem a saúde física e/ou psicológica, assim como a educação de seus filhos, prevendo punição pecuniária ao estabelecimento público ou privado que desrespeitar o dispositivo vigente.

Prosseguindo nas alterações promovidas pela Lei nº 13.058/2014, destaca-se também a nova redação do art. 1.584, do CC/02, o qual aduz que em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, **salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte**, aplicando-se as disposições do art. 1.584 (BRASIL, 2014, grifos nossos).

Fica evidente com este dispositivo que em sede de medida cautelar não se decidirá sobre a guarda de filhos, mesmo que provisoriamente, devendo esta ser estatuída somente após o contraditório. Entretanto, o dispositivo também versa sobre a excepcionalidade da concessão da cautelar quando em risco estiver os interesses do menor, o que soa em conformidade com o disposto no art. 305 do Novo Código de Processo Civil (NCPC/15), o qual exige a demonstração do perigo do dano.

Por fim, passa-se agora a análise do último artigo do CC/02 também alterado pela Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, qual seja o art. 1.634, considerando-se que novos incisos foram acrescentados com o objetivo de positivizar direitos e obrigações de ambos os genitores perante seus filhos, independentemente da situação conjugal, e especificar as duas modalidades de guarda a partir de então, assim compreendidas como a unilateral e compartilhada.

Considerando os acréscimos realizados, é possível perceber que a Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014 representa um avanço da distribuição e atribuição de responsabilidades entre os genitores para com seus filhos, implementando a guarda compartilhada como um instituto obrigatório mediante a separação conjugal, salvo o expresse desinteresse de um dos genitores perante a autoridade judiciária.

No entendimento de Motta (1996, p. 19), a guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole, devendo ser compreendida como a forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.

Observe-se que, inegavelmente, a obrigatoriedade da guarda compartilhada visa a diminuição dos impactos negativos da separação dos pais sobre os filhos, ao possibilitar a repartição da responsabilidade dos pais pelas decisões acerca dos menores e ao permitir o equilíbrio de convivência dos filhos com seus genitores.

2.3.3 Aspectos importantes sobre o instituto da guarda compartilhada obrigatória

Como já dito, o instituto da guarda compartilhada confere a ambos os pais a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo após a ruptura da vida conjugal, que, conforme Domingues (2015, p. 01), exclui a sensação de abandono causado pela separação dos genitores, possibilitando assim o contato diário e mantendo-se o vínculo sentimental com os mesmos.

Neste sentido, esclarece Venosa (2012, p. 185) que o objetivo é fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Entretanto, muito é questionado no cenário jurídico quanto a viabilidade da existência de dois lares para a criança submetida a guarda de forma compartilhada pelos genitores. Tal questão vem sendo respondida através de decisões dos tribunais, de modo que uma dessas decisões foi magistralmente interpretada por João Egmont, na APC em que foi relator, evidenciando que a adoção do regime de guarda compartilhada não exclui a possibilidade de definição de um lar de referência, assim como não implica, necessariamente, a eleição das residências de ambos os genitores, como sendo de referência, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas do caso concreto (BRASIL, 2016).

Assim, para dirimir tais questionamentos, tem-se que na guarda compartilhada a residência do menor é fixa, sendo um genitor guardião e o outro não guardião. O primeiro tem a guarda física, o que determina a residência do menor ou seu domicílio de referência, porém ambos têm a guarda jurídica, o que aumenta o convívio entre pais e filhos o que traz benefícios.

Outra possível foco de dúvida é sobre o foro competente para as ações quando for estabelecida a guarda compartilhada, perante as alterações do NCPC/15, isto porque o art. 53, I, “a”, deste código, determina que será competente para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável o foro de domicílio do guardião de filho incapaz (BRASIL, 2015).

Entretanto, esta situação não pode ser assim analisada quando ambas os genitores têm a guarda do menor, como se dá na guarda é compartilhada. Assim, havendo guarda compartilhada, deve remeter o intérprete para a norma a ser subsidiária e imediatamente aplicada perante o art. 53, I, “b”, do mesmo código: “é competente o juízo cujo foro abranger o lugar do último domicílio do casal”.

Este entendimento é corroborado por Stolze (2015, p. 27) ao discorrer que em se tratando de guarda compartilhada, não haveria primazia de nenhum dos pais, sendo competente o foro do último domicílio do casal.

Outro aspecto importante, e por vezes ainda questionado, é sobre a inviabilidade de fixação da guarda compartilhada diante da falta de diálogo entre os pais do menor. Entretanto tal impasse já foi sanado por decisão do STJ, em sede do REsp de nº 1.626.495-SP, em que a Ministra Nancy Andrichi foi relatora, consolidando o entendimento de que a guarda deve ser compartilhada, ainda que os progenitores não tenham diálogo favorável entre si. Para a Ministra, a nova redação ao art. 1.584 do CC mostra, com força vinculante, a preponderância da guarda compartilhada (BRASIL, 2016).

Da mesma forma, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, também em sede do REsp 1560594/RS decidiu sobre a impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados”. O Ministro afirmou que efetivamente, a dificuldade de diálogo entre os cônjuges separados, em regra, é consequência natural dos desentendimentos que levaram ao rompimento do vínculo matrimonial. Esse fato, por si só, não justifica a supressão do direito de guarda de um dos genitores, até porque, se assim fosse, a regra seria guarda unilateral, não a compartilhada (BRASIL, 2016).

Por fim, outro ponto relevante sobre a guarda compartilhada obrigatória é quanto a sua aplicabilidade como remédio para a alienação parental. E para melhor reflexão sobre o assunto, lembremos que nesta espécie de guarda, impositiva pela Lei nº 13.058/2014, há a garantia assegurada aos pais de obter a guarda dos filhos, e não mais a imposição da guarda unilateral como em tempos prévios.

Observe-se que, por vezes, mediante o afastamento dos pais é comum o desentendimento destes, refletindo na falta de consenso, que repercute negativamente na criação dos filhos. Assim, neste contexto, a guarda unilateral, aquela em que um dos pais detém a guarda física, sendo diretamente o guardião do filho, pode criar obstáculos para a convivência com o outro genitor, caracterizando-se a alienação parental, a exemplo de dificultar o exercício da autoridade parental pelo genitor não detentor da guarda, previsto no art. 2º, II, Lei nº 12.318/2010.

Diante desta situação, a nova Lei da Guarda Compartilhada, entenda-se guarda compartilhada obrigatória, enfraquece a guarda unilateral e desestimula a prática de atos nocivos à criança mediante a alienação parental, de modo a permitir o exercício equilibrado do poder familiar entre os genitores, com fins de desenvolver um ambiente saudável e equilibrado para o menor, assegurando a devida primazia aos interesses do menor.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução no conceito do pátrio poder até o atual instituto do poder familiar refletiu o acompanhamento jurídico aos modelos de família que foram surgindo ao longo dos anos, constituindo um avanço para a garantia de direitos aos filhos menores e imposição de deveres aos genitores, de modo a permitir um ambiente familiar saudável ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Entretanto, o avanço deste conceito ainda não refletiu a efetiva divisão de responsabilidade entre os genitores perante seus descendentes incapazes ou relativamente capazes, ditada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o legislador persuadido da necessidade de ampliar as garantias dos infantes, e não mais tratar o poder familiar como uma propriedade dos pais, estatuiu a lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual passou a sugerir de maneira tênue a guarda compartilhada, sem tampouco apresentar um conceito desta.

Ocorre que, embora tivessem surgido algumas espécies de guarda de filhos menores, o avanço no ordenamento jurídico brasileiro progrediu, mais uma vez, e apresentou outra inovação através da Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória - Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 – que consagrou a guarda compartilhada obrigatória, como regra, entendendo ser essa a espécie mais adequada para efetivar o exercício equilibrado do poder familiar, tendo em vista que os genitores dividem igualmente a responsabilidade quanto ao desenvolvimento do menor, independentemente da situação conjugal, salvo o exposto desinteresse de um dos genitores ou inequívoca falta de condição de um deles à formação do menor.

Desta forma, a fixação da guarda compartilhada obrigatória se apresenta como a alternativa mais adequada, expressando um direito do menor e um dever dos genitores, baseada em princípios constitucionais, como da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges, da afetividade e da prevalência do interesse da criança e do adolescente, como forma de preservação e promoção do seu desenvolvimento psicossocial, mediante a corresponsabilidade dos pais perante os filhos, permitindo a ambos o exercício do poder familiar.

REFERÊNCIAS

BONFIM, P. A. **Guarda Compartilhada x Guarda Alternada**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7335/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BOWLBY, J. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916 (não mais vigente). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em 12 nov. 2015.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 01 set. 2015

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 01 set. 2015.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 01 out. 2015.

_____. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1147138 - SP (2009/0125640-2). Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2010. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055>> Acesso em 15 fev. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.251.000 - MG (2011/0084897-5). Relatora: Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 23 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17092777&sReg=201100848975&sData=20110831&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 jan. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.560.594 - RS (2014/0234755-0). Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data de Julgamento: 23 fev. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/\(STJ%202016\)%20REsp%201_560_594%20-%20guarda%20compartilhada_%20desaven%C3%A7as%20entre%20os%20pais_%20irrel ev%C3%A2ncia%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/(STJ%202016)%20REsp%201_560_594%20-%20guarda%20compartilhada_%20desaven%C3%A7as%20entre%20os%20pais_%20irrel ev%C3%A2ncia%20(1).pdf)>. Acesso em 12 nov. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal.** APC nº 20130111132839. Relator: João Egmont, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 01/03/2016. Pág.: 328. Disponível em: [29](http://tj-</p></div><div data-bbox=)

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310267120/apelacao-civel-apc-20130111132839>.
Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.626.495 – SP (2015/0151618-2). Relatora: Nancy Andrighi. Data de Publicação: 30 set. 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/126962096/stj-30-09-2016-pg-1339>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CANEZIN, C. C. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, nº 28, p. 7.

CARBONERA, S. M. **Guarda de Filhos - Na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 64.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil: família, sucessões**. Volume 5. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

COMEL, D. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 265-266.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 667.

DIAS, M. B. **Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos**. Revista Jurídica Consulex, n. 275, p. 26, publicada em 30 jun. 2008.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Volume 5. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 515.

DOMINGUES, F. F. **A nova lei da guarda compartilhada**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16529&revista_caderno=14>. Acesso em: 01 nov. 2016.

FELICIDADE, R. B. R. **A ineficácia da guarda compartilhada na educação dos filhos**. Monografia. 55p. Amapá. Centro de Ensino Superior do Amapá, 2008.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil**. Volume 3: responsabilidade civil. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

GRISARD FILHO, W. (2009). **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental** (4º ed. rev., atual. e ampl.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Poder Familiar**. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 72.

MARIANO, A. B. P. **As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares**. UniBrasil, 2009. Disponível em <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>>.

Acesso em: 02 mar. 2015.

MARTINS, F. O. **Alienação parental e a guarda compartilhada**. Monografia. 96p. Brasília. Universidade Católica de Brasília, 2012.

MOREIRA, L. M. R. **Aspectos gerais da guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523>. Acesso em: 01 nov. 2016

MOTTA, M. A. P. **Guarda Compartilhada: uma solução possível**. Revista Literária do direito, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996.

NEIVA, D. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=10&lsTextoId=-2002396541>>. Acesso em: 29 set. 2002.

OLIVEIRA, W. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 353

PEREIRA, D. B. **A guarda compartilhada e seus aspectos frente ao ordenamento jurídico brasileiro atual**. Monografia. 108p. Tijuca. Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

PEREIRA, T. S. **O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada**. ed. Método. Capítulo 21. São Paulo. 2009.

QUINTAS, M. M. R. A. **Guarda Compartilhada. De acordo com a lei 11.698/08**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, A. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 610.

RODRIGUES, S. **Direito civil**. Volume 6. 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, P. G. **A viabilidade da guarda compartilhada no processo litigioso**. Monografia. 76p. Brasília. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2012.

SILVA, A. M. M. **A Lei Sobre Guarda Compartilhada**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 39.

SILVA, L. J. **O eterno paralelo entre a guarda compartilhada e alternada**. Monografia. 60p. Formiga. Centro Universitário de Formiga - UNIFOR-MG, 2012.

STOLZE, P. **O Novo CPC e o Direito de Família: Primeiras Impressões**. In: Brasil Jurídico Ensino de Alta Performance. Jun 2015. Disponível em <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/o-novo-cpc-e-o-direito-de-familia--primeiras-impressoes>>. Acesso em 01 nov. 2016.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de família**. 9 ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 38.

TEIXEIRA, A. C. B. **A (Dês)necessidade da guarda compartilhada: Ante o Conteúdo da autoridade parental.** ed. Método. 2009. São Paulo.

TUPINAMBÁ, R. **O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares.** In: O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123-151.

VENOSA, S. S. **Direito Civil. Direito de Família,** Volume 6, 12 ed. Editora Atlas, São Paulo, 2012.