

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LÉON RODRIGUES PEREIRA

ANÁLISE DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO PREMISSA
PARA O MELHOR INTERESSE DO MENOR

SOUSA-PB

2017

LÉON RODRIGUES PEREIRA

ANÁLISE DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO PREMISSE
PARA O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal de
Campina Grande como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Jorge
Pereira de Oliveira

SOUSA-PB

2017

LÉON RODRIGUES PEREIRA

ANÁLISE DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO PREMISSA
PARA O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Aprovada em: _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira - UFCG
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Aos meus pais Katia e Leo, minha irmã Laysa, minha esposa Bruna, minhas filhas Maria Sofia e Maria Valentina e a todos que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me guiado por este caminho fazendo com que eu concluísse mais esta etapa em minha vida.

À UFCG e seu corpo docente por ter me passado os conhecimentos necessários para concluir tal etapa.

Ao professor Eduardo Jorge pela orientação, apoio e confiança.

Aos meus pais, Katia e Leo que sempre estiveram comigo e que sempre me deram força nas horas de dificuldade.

À minha irmã Laysa que sempre esteve ao meu lado me incentivando.

À minha esposa Bruna por ter sido e ser o meu norte, nunca deixando que eu me perdesse na caminhada.

A Jean Lacerda, Caio Araruna, Breno Araujo, Glauber Ferreira e Valter Lucio por terem sido minha família longe de casa.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

Em virtude das transformações sociais ocorridas ao longo do século XX, o Direito de Família precisou se adequar à nova realidade que se observava na sociedade, tendo em vista que a mulher saiu da condição de mera esposa e dona do lar, passando a se inserir no mercado de trabalho, e o homem, conseqüentemente, passou a assumir mais responsabilidades no contexto familiar. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, o poder familiar passou a ser conferido de forma igualitária a ambos os genitores, refletindo diretamente nas relações de pais e filhos, notadamente nas ações de guarda. Com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, a modalidade de guarda compartilhada passou a ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, devendo esta ser preferencialmente adotada quando a dissolução do vínculo conjugal envolver filhos menores. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos da guarda compartilhada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, expondo as vantagens que a aplicação deste tipo de guarda apresenta em atenção ao melhor interesse do menor. Para tanto, analisou-se a evolução legislativa da guarda dos filhos no Brasil, a inserção da guarda compartilhada no país, os novos aspectos advindos com a Lei nº 13.058/2014 e as vantagens de fixação desse modelo de guarda, de modo a atender ao melhor interesse das crianças e adolescentes. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da qual foram coletados dados em livros, revistas e sites especializados, de modo a construir o referencial teórico e embasar a discussão.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda de filhos. Guarda compartilhada.

ABSTRACT

Faced with the social transformations that occurred during the 20th century, Family Law needed to adapt to the new reality that was observed in society, considering that the woman left the condition of mere wife and mistress of the home, entering the market of work, and the man, consequently, began to assume more responsibilities in the family context. From the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which established equality between men and women, family power was conferred equally on both parents, reflecting directly on the relations of parents and children, especially in guard actions. With the enactment of Law 11.698/2008, the shared custody modality became the rule in the Brazilian legal system, and this should preferably be adopted when the dissolution of the conjugal bond involves minor children. In this sense, the present work aims to analyze the foundations of shared custody and its applicability in the Brazilian legal system, exposing the advantages that the application of this type of guard presents to meet the best interest of the child. In order to do so, we analyzed the legislative evolution of child custody in Brazil, the insertion of shared custody in the country, the new aspects arising from Law 13.058/2014 and the advantages of establishing this model of custody, in order to children and adolescents. The methodology used was the bibliographic research, through which data were collected in books, magazines and specialized websites, in order to build the theoretical reference and to base the discussion.

Keywords: Family power. Child custody. Shared guard.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 AS MODIFICAÇÕES NA CONFIGURAÇÃO FAMILIAR AO LONGO DA HISTÓRIA	10
2.1 DESENVOLVIMENTO NO CONCEITO DE FAMÍLIA	10
2.2 O PODER FAMILIAR E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS.....	12
2.3 A MODERNA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NO ESTADO BRASILEIRO	19
3 O INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
3.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS.....	21
3.2 MODALIDADES DE GUARDA EXISTENTES NO BRASIL.....	29
3.2.1 Guarda unilateral.....	30
3.2.2 Guarda alternada	33
3.2.3 Guarda compartilhada	34
4 A GUARDA COMPARTILHADA E A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	35
4.1 DESENVOLVIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	35
4.2 ASPECTOS POSITIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	44
4.3 ASPECTOS NEGATIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA	45
4.4 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA O MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

As constantes transformações morais, culturais e econômicas pelas quais a sociedade brasileira passou ao longo da história influenciaram diretamente no atual estágio do ordenamento jurídico pátrio, gerando, por conseguinte, reflexos no âmbito das famílias. Nesse sentido, a evolução da mentalidade acerca dos valores éticos, humanos bem como da igualdade entre homem e mulher contribuiu diretamente para o fortalecimento da figura tanto do pai quanto da mãe no núcleo familiar.

Durante o século XX, diversas mudanças sociais influenciaram diretamente no Direito de Família, principalmente no que se refere às novas funções que homens e mulheres passaram a desempenhar, quando a mulher passou a se introduzir no mercado de trabalho e o homem também passou a desempenhar tarefas domésticas no lar, o que gerou a necessidade do Direito de Família de se adequar às novas configurações das famílias.

Sob esse enfoque, tendo a Constituição Federal de 1988 consagrado o princípio da igualdade e ter estabelecido a dignidade da pessoa como centro do ordenamento jurídico, um novo modelo jurídico de família passou a ser construído, sendo estabelecido que pais e mães teriam iguais direitos e responsabilidades na criação dos filhos, sendo o poder familiar, portanto, conferido a ambos os genitores.

Nesse sentido, a guarda dos filhos passou a significar não apenas um poder dos pais sobre a prole, mas também um dever, tendo em vista que caberia tanto ao pai quanto à mãe a obrigação de criação, sustento e educação dos filhos. Surgiu, então, a necessidade de criação de um modelo de guarda que mantivesse a relação afetiva entre pais e filhos quando o vínculo matrimonial fosse desfeito, de modo a permitir o desenvolvimento saudável e o melhor interesse da criança.

A modalidade de guarda unilateral, que é aquela atribuída exclusivamente a um dos genitores, era a regra no ordenamento jurídico brasileiro antes da promulgação da Lei nº 11.698/2008. Após a edição da referida lei, a guarda compartilhada passou a ser a modalidade privilegiada, sendo esta 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.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho tem como objetivo geral traçar considerações acerca do instituto da guarda compartilhada e sua aplicabilidade no

ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base o princípio da igualdade estabelecido pela Constituição Federal, que conferiu o poder familiar a ambos os genitores, de modo a verificar se a guarda compartilhada de fato é a modalidade que atende ao melhor interesse dos filhos menores.

Para tanto, buscou-se analisar a evolução legislativa da guarda dos filhos no Brasil, verificar a inserção da guarda compartilhada no país e os novos aspectos advindos com a Lei nº 13.058/2014, bem como expor as vantagens de fixação desse modelo de guarda para atender o melhor interesse das crianças e adolescentes.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da qual foram coletados dados em livros, revistas e sites especializados, de modo a construir o referencial teórico e embasar a discussão.

2 AS MODIFICAÇÕES NA CONFIGURAÇÃO FAMILIAR AO LONGO DA HISTÓRIA

Desde sua origem até a atual concepção, o conceito de família sofreu inúmeras modificações ao longo da história da humanidade. Tais mudanças decorreram principalmente da mudança cultural em relação aos papéis que o homem e a mulher desempenham na sociedade.

Conforme Grisard Filho (2014), o vocábulo família tem sua origem no latim *famulus*, que significa “criado” ou “servidor”. Na Roma Antiga, a família era entendida como o agrupamento de pessoas que estavam sob o poder e a autoridade do pai (*pater familias*). A junção de ambos os termos originou a expressão “família patriarcal”.

Nessa perspectiva, temos que o conceito estrutural da família nos chegou através dos gregos e romanos, que formaram a base da nossa civilização ocidental, os quais transmitiram diversos costumes e conceitos que influenciaram diretamente na construção da nossa sociedade.

2.1 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Em decorrência da forte ligação que existia na Antiguidade entre o Estado e a Igreja, a História nos mostra que, por muitos anos, apenas a família constituída pelo matrimônio entre homem e mulher era reconhecida, não sendo admitidos outros tipos que não seguissem esse modelo nuclear.

Conforme aduz Fabio Ulhôa Coelho (2011), a explicação da origem da família não é precisa. Isso porque nunca houve, como não há nos dias de hoje, uma forma única de família. Segundo o autor, numa determinada sociedade, que é definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar, mas não se pode estudar uma família, tendo em vista que seu conceito é bastante abrangente.

A sociedade buscou durante muito tempo privilegiar o modelo nuclear da família. No entanto, muitas modalidades familiares são encontradas, o que torna o Direito de Família uma área extremamente complexa.

A família, então, acompanhando as mudanças sociais e culturais da sociedade, também sofreu diversas transformações ao longo da história, perdendo muitas das características do modelo antigo que era baseado apenas no modelo nuclear de pai, mãe e filhos, a exemplo do modo de sua formação, a necessidade de formalização de vínculo matrimonial entre homem e mulher, questões patrimoniais e o poder patriarcal.

Nesse sentido, o conceito de família sofreu diversas modificações com o passar do tempo, tendo em vista que diversas configurações familiares foram surgindo a partir da evolução da sociedade, começando pela família extensa e passando pelas famílias nuclear e monoparental até chegarmos à família homoafetiva (LEITE, 2008).

No entanto, apesar de atualmente existirem diversos modelos de arranjos familiares, nossa legislação ainda não acompanhou, de forma plena, o ritmo das transformações sociais, não abarcando todas as modalidades existentes em nossa sociedade.

Discorrendo sobre a temática, Dias (2015, p. 29) assevera que:

Como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

Nesse contexto, as modificações sucessivas pelas quais passou a família estão relacionadas à evolução cultural, religiosa, econômica e política da sociedade, as quais permitiram que o conceito de família fosse ampliado, embora a legislação não tenha acompanhado todas essas transformações.

Sob esse enfoque, Simionato e Oliveira (2003) salientam que em todo o mundo, o conceito de família nuclear e a instituição casamento passaram por transformações, passando a igualdade a ser um pressuposto das relações matrimoniais.

No Brasil, de acordo com os mesmos autores (2003), a expressão mais marcante dessas mudanças ocorreu no final da década de 60, quando aumentou significativamente o número de separações e divórcios, a religião foi perdendo sua força, e os casamentos com relações insatisfatórias passaram a ser dissolvidos.

Denota-se, então, que durante muito tempo em nossa país as leis que regulamentavam o Direito de Família eram fundamentadas no patriarcalismo que era adotado nas civilizações antigas. Tal fato se verifica no revogado Código Civil de 1916, que na grande parte dos seus dispositivos, colocava a figura do homem em superioridade à da mulher, elegendo o pai como o chefe da família e concedendo-lhe o poder sobre a mulher e os filhos.

2.2 O PODER FAMILIAR E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS

Nas civilizações antigas, conforme visto, os papéis de homem e mulheres dentro do contexto familiar eram muito bem definidos, no qual o pai deveria ser o chefe e mantenedor da família e mãe deveria exercer as tarefas domésticas e prezar pela educação dos filhos.

De acordo com Gonçalves (2012, p. 34):

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

Dias (2015), nesse sentido, ressalta que o marido era o chefe destas famílias e a esposa e os filhos ficavam a ele subordinados, em posição inferior. Desse modo, a vontade do marido era adotada como a vontade da entidade familiar. No entanto, segundo a autora, estes poderes eram limitados à família matrimonializada, tendo em vista que os filhos considerados ilegítimos não integravam à unidade familiar, pois apenas os filhos legítimos faziam parte da unidade familiar de produção. Além disso, o casamento era tido como indissolúvel, e a única forma de dissolver a relação matrimonial era por meio do desquite, que embora colocasse fim na convivência conjugal, não dissolvia o vínculo jurídico.

O Código Civil de 1916, conforme já dito, trazia diversos vestígios da antiga legislação romana, onde o poder do pai não poderia ser contestado e era praticamente absoluto. Nesse contexto, o exercício do poder familiar era conferido apenas ao pai, e a mãe era tida apenas como uma ajudante esporádica, pois esta também deveria ser submissa ao seu esposo.

Conforme preceituavam os artigos 233 e 240 do revogado Código:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

(...)

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

O Código Civil de 1916 estabelecia, ainda, que os filhos deveriam ser submetidos ao pátrio poder enquanto fossem menores de idade, determinando também que a vontade do pai deveria prevalecer sobre a vontade da mãe, conforme se vê nos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Com o passar do tempo, a sociedade brasileira foi se modificando, a partir das mudanças culturais e acompanhando a evolução dos outros países do mundo, o que abriu margem para o surgimento de novos conceitos de família. A ideia de poder familiar, então, necessitou ser revista para atender a necessidade jurídica das novas famílias que já existiam de fato em nossa sociedade.

Sob esse enfoque, conforme Dias (2015), a evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. Segundo a autora, a instituição do divórcio pela emenda constitucional nº 9 de 1977 acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Conforme lecionam Pereira e Dias (2001) apud Gonçalves (2012, p. 35):

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

A Carta de Magna de 1988, nesse sentido, trouxe grandes avanços no Direito de Família, pois ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres no contexto familiar, eliminou séculos de preconceitos e intolerâncias, bem como deu especial atenção aos filhos, estabelecendo igualdade entre todos eles, sejam havidos dentro ou fora do matrimônio.

Com a posterior promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) através da Lei nº 8.069/90, o legislador pátrio reiterou que o poder familiar deveria ser conferido a ambos os genitores de maneira igualitária.

Nesse sentido, conforme se vê nos artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

Art. 22. 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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Desse modo, assim como a Carta Magna de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou eliminar a distinção entre homem e mulher, estabelecendo que o poder familiar caberia a ambos os genitores, de forma igualitária, ficando estes incumbidos dos mesmos direitos e obrigações na criação dos filhos.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, parágrafo 1º, concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Já em seu art. 226, § 5º, assegurou-lhes iguais direitos e obrigações referentes à sociedade conjugal, outorgando a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

Ainda, conforme estabelece o art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesta senda, de acordo com Dias (2015), o Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares e seguindo as diretrizes da Carta Magna de 1988, mudou substancialmente o instituto do poder familiar, deixando este de ter um sentido de dominação e passando a se tornar

sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

De acordo com Pereira (2001) apud Gonçalves (2012, p. 36):

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

Desse modo, o Código Civil de 2002 elevou o afeto à condição de protagonista nas relações familiares, estabelecendo, ainda, em seu art. 1.631, que “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”. Nota-se, pois, que a redação de tal dispositivo buscou adequar a legislação cível às disposições constantes da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar.

Conforme leciona Maria Helena Diniz (2011, p. 514), 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 proteção dos filhos.

Na mesma perspectiva, Messias Neto (2009) aduz que o poder familiar é um antecedente lógico e necessário ao exercício ou concessão da guarda do filho aos pais, pois para que estes a exerçam necessitam estar no seu exercício pleno. Segundo o autor, a guarda legal é inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, bem como de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

Dias (2015) ressalta que a expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil de 2002 corresponde à antiga expressão “pátrio poder”, termo que remonta ao

direito romano *pater potestas*, que era o direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da família sobre a pessoa dos filhos.

Assim, no intuito de que houvesse uma maior coerência com a Constituição Federal, o termo “pátrio poder” que era adotado no Código Civil de 1916 foi substituído pela expressão “poder familiar” no Código Civil de 2002, tendo em vista que a Carta Magna de 1988 preconizou a igualdade entre os homens e mulheres dentro da sociedade conjugal.

Nesse sentido, percebe-se que o instituto do poder familiar evoluiu a partir das mudanças sociais que refletiram nos novos arranjos familiares. Nota-se que a evolução do instituto foi muito além da substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, mas também por recepcionar em seu conceito o interesse dos pais condicionado ao interesse dos filhos e a igualdade do homem e da mulher dentro da sociedade conjugal.

Contudo, alguns autores entendem que a expressão “poder familiar” ainda não representa de forma específica e ideal a igualdade dos cônjuges, tendo em vista que o vocábulo “poder” ainda remeteria ao antigo Direito Romano. Como ressalta Dias (2015), ainda que o Código Civil tenha escolhido a expressão “poder familiar” para atender à igualdade entre o homem e a mulher, este não agradou uma gama de juristas e doutrinadores, tendo em vista que essa terminologia mantém ênfase no poder, apenas deslocando-o do pai para a família.

Acerca do poder familiar, dispõe o art. 1.634 do Código Civil de 2002:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Denota-se, pois, que o referido artigo confere a ambos os genitores o pleno exercício do poder familiar e estabelece a competência dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, em qualquer que seja a situação conjugal.

Referido dispositivo, então, deve ser interpretado em conjunto com o que preconiza a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre visando o bem estar dos menores, tendo em vista que todos esses diplomas normativos trazem os direitos que estes possuem e estabelecem os deveres e obrigações que os pais devem ter em relação aos filhos.

Lôbo (2008) leciona que o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Este decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva, e as obrigações que dele decorrem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. A renúncia ao poder familiar, portanto, é nula, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.

Complementando o entendimento, Dias (2015, p. 462) assevera que:

A autonomia da família não é absoluta, sendo cabível – e vez por outra até salutar - a intervenção subsidiária do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da família.

Nessa mesma perspectiva, nos termos do art. 245 do Código Penal, é crime “entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo”.

Nos termos do art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é estabelecida pena de multa de três a vinte salários a quem “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”, aduzindo ainda que a pena será aplicada em dobro em caso de reincidência.

Nesse sentido, todos os filhos menores de dezoito anos devem estar sob poder familiar, que é exercido pelos pais, estabelecendo o artigo 1.728 do Código

Civil de 2002 que os filhos menores são postos em tutela com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes, e em caso de os pais decaírem do poder familiar.

O filho maior, mas incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai, a mãe ou ambos serem nomeados curadores, conforme preconiza o art. 1.775, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002.

Contudo, em caso de suspensão, destituição ou extinção do poder familiar, caberá sempre ao juiz, avaliar a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor, conforme estabelecem os artigos 1.635 e 1.637 do Código Civil de 2002.

2.3 A MODERNA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NO ESTADO BRASILEIRO

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Ao estabelecer a igualdade entre homem e mulher, o texto constitucional buscou eliminar as discriminações históricas que permeavam a sociedade brasileira.

A Carta Magna de 1988 tanto protegeu a família constituída pelo casamento como aquela formada pela união estável entre o homem e a mulher e aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental.

Também consagrou a igualdade dos filhos, oriundos ou não do casamento, e os filhos tidos por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não terem sido recepcionados pelo novo sistema jurídico implantado pela Constituição de 1988 (DIAS, 2015).

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2008, p. 1) aduz que:

A família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

Percebe-se, assim, que a família contemporânea se pluralizou, não mais se restringindo às famílias nucleares, existindo diversos outros modelos, como as famílias monoparentais, homoafetivas e diversos outros modelos de composição familiar, todos estes baseados no afeto entre os seus membros, não sendo mais o matrimônio nem a procriação requisitos para definição do conceito de família.

De acordo com o que dispõe o art. 226 da Constituição de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesse sentido, conforme explica Dias (2015, p. 52), no contexto social atual, “Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”.

Denota-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 permitiu o reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares, os quais não pressupõem laços sanguíneos para identificá-los, tendo em vista que o afeto passou a ser visto como elemento de constituição do núcleo familiar.

3 O INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Historicamente, os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, seja pelo despreparo dos homens em desempenhar as funções de cuidado com as crianças, seja pela cultura de que os homens deveriam dedicar-se apenas às tarefas de manutenção do sustento da família, cabendo às mulheres o cuidado do lar e dos filhos.

A partir das modificações ocorridas na sociedade durante o século XX, principalmente no que se refere às alterações nos papéis de homem e mulher na sociedade, quando a mulher passou a se introduzir no mercado de trabalho, e o homem passou a assumir mais responsabilidade no âmbito familiar, surgiu a necessidade de se adequar o Direito de Família aos novos anseios sociais.

3.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS

O vocábulo “guarda”, conforme leciona Grisard Filho (2014, p. 58), “é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração”. Nesse sentido, a “guarda” exprime a ideia de obrigação que é imposta a determinados indivíduos de ter sob sua vigilância, zelando pela sua conservação, algo que lhes são entregues ou confinadas, significando também proteção, vigilância e zelo para com certas pessoas que se encontrem sob sua chefia ou direção.

Em outro sentido, conforme entende Leite (2008), é palavra utilizada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas ou situações que possam trazer dano ou prejuízo.

A guarda, portanto, é um dos atributos do poder familiar, sendo esta a custódia natural, ou seja, a proteção que deve ser dada aos filhos, por um ou ambos os genitores, configurando-se como um conjunto de direitos e deveres que se

estabelece entre um menor e seu guardião, com vistas a garantir o desenvolvimento pessoal e a integração social da criança ou adolescente (AKEL, 2008).

Ainda segundo a mesma autora (2008, p. 76), “muito embora seja a guarda um instituto de difícil conceituação, sua natureza é indiscutivelmente dúplice de direito/dever e seu conteúdo é de cuidado para com os filhos”.

De acordo com Silva (2005, p. 39):

No sentido jurídico, 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 quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

Nesse mesmo sentido, Carbonera (2000, p. 64) define a guarda como:

(...) um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Denota-se, pois, que a guarda é tanto um direito quanto um dever dos pais, ou seja, é o poder familiar relacionado ao sentido de proteção ao interesse dos filhos, o qual se destina à educação e à preparação para o desenvolvimento da vida do menor, no qual os pais sempre devem atuar visando o melhor interesse da criança.

Nas palavras de Guilherme Strenger (1998, p. 3), a guarda é definida como sendo “o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Nessa mesma perspectiva, Chagas (2012, p. 63), citando Silvio Rodrigues (1995), assevera que:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

Desta feita, extrai-se que a guarda é um dos elementos do poder familiar, significando não apenas um poder dos genitores sobre os filhos, na medida em que os pais podem exigir respeito e obediência, além do direito de ter os filhos em sua companhia, mas também corresponde a um dever, tendo em vista que incumbe aos pais à obrigação de sustento, guarda, criação e educação dos filhos.

O instituto da guarda, desde o seu surgimento, sofreu diversas modificações na legislação brasileira. No entanto, o interesse do menor sempre foi levado em consideração pelos legisladores. O primeiro regulamento do instituto da guarda foi o art. 90 do Decreto nº 181, de 1890, o qual estabelecia que:

A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e ficará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Conforme ressalta Dias (2015), o Código Civil de 1916 prescrevia que, no caso de desquite, os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente, ou seja, aquele que não havia dado causa ao rompimento do matrimônio.

Segundo a mesma autora (2015), era um critério legal nitidamente repressor e punitivo. Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado, e este não ficaria com os filhos, que eram entregues, na visão da autora, como verdadeira recompensa ao cônjuge inocente, punindo-se o culpado pela separação com a perda da guarda dos filhos.

Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, isso se o juiz verificasse que ela não lhes acarretaria prejuízo de ordem moral. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento. (DIAS, 2015, p. 519)

A Lei nº 4.121, de 1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, estabeleceu algumas alterações nas regras da separação litigiosa, mantendo outras da separação amigável. A referida lei passou a estabelecer que o cônjuge inocente seria responsável pela guarda dos filhos menores, e caso ambos fossem culpados,

caberia à mãe o encargo de cuidar da prole, salvo disposição em contrário do magistrado. O magistrado estava autorizado, ainda, a deferir a guarda à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, caso considerasse que nenhum deles era indicado para exercer o dever de guarda, assegurando, contudo, o direito de visitas.

A Lei nº 6.515/1977, conhecida por Lei do Divórcio, assim como o Código Civil de 1916, igualmente privilegiava o cônjuge inocente, estabelecendo, em seu art. 10, que os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à separação. Contudo, a própria lei estipulava exceções a essa regra, ao estabelecer, em seu art. 13, que havendo motivos graves, a bem dos filhos, era facultado ao juiz decidir de modo diverso.

A referida lei, em seu art. 27, eliminou a desigualdade entre homens e mulheres, estabelecendo que “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. O parágrafo único do citado artigo determinava que “O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres”.

Conforme destaca Ribeiro (2007, p. 1):

Durante muito tempo, a guarda foi tida como um dos efeitos do poder familiar. Os textos normativos foram interpretados no sentido de vincular o direito de guarda do menor, desta forma, o titular do poder familiar teria um direito de guarda quase absoluto. Entretanto, a partir dos anos de 1950, este conceito foi sendo abrandado, passando a guarda ser vista como sendo não de essência, mas de natureza deste, ao se permitir a concessão da guarda da criança ou adolescente, mesmo contra a vontade do titular do poder familiar, se isso atendesse melhor ao interesse do menor.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da isonomia entre homens e mulheres, estabeleceu-se que a guarda dos filhos deveria ser fixada com base no princípio da prevalência dos interesses dos menores.

Nesse contexto, foi a Constituição Federal de 1988 que reforçou a importância do instituto da guarda, por meio de seu art. 227, o qual assegurou à criança, como dever, primeiro da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, passando os interesses do menor, portanto, a ser tidos como prioridade.

Sob esse enfoque, Fontes (2008, p. 51-52) discorre que:

A Constituição Federal traz em seu preâmbulo, a supremacia do exercício dos direitos sociais/individuais, a liberdade, igualdade, segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça como valores soberanos. Portanto, os genitores sem distinção alguma, são responsáveis pelo menor, o representando de forma legal, possuindo o dever de acordar sobre as decisões que envolvam o filho menor, zelando por seus interesses e direitos.

O art. 5º, inciso I da Constituição Federal estabeleceu a igualdade entre todos, ao determinar que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Já o art. 226, § 5º da Carta Magna de 1988 estabeleceu que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Desse modo, a Constituição de 1988 determinou a igualdade entre todos os cidadãos, estabelecendo também essa igualdade dentro do contexto familiar, ao determinar que tanto o homem quanto a mulher têm os mesmos direitos e deveres dentro do contexto familiar.

Complementando a ideia de igualdade, de colaboração mútua e deveres em relação aos menores, o artigo 227, caput, da Carta Magna de 1988 trouxe a seguinte redação:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, Bittar (2003) afirma que foi exatamente no Direito de Família, especialmente no que se refere ao relacionamento familiar, que a Constituição Federal de 1988 introduziu maiores inovações, tendo em vista que fixou diretrizes fundadas nas ideias de igualdade entre os cônjuges e de paridade entre os filhos.

De acordo com o citado autor (2003), a Carta Magna de 1988 modificou completamente a estrutura originária da família brasileira, trazendo novos rumos ao

Direito de Família no Brasil, pois inseriu no ordenamento jurídico brasileiro algumas regras fundamentais, como a conceituação da família como base da sociedade, sob a proteção do Estado; a igualdade de direitos entre os cônjuges na sociedade conjugal; a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; o reconhecimento de entidade familiar como aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes; e o reconhecimento da união estável entre homem e mulher.

Dessa forma, a Constituição influenciou diretamente a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois este ressaltou a importância da manutenção do vínculo familiar, estabelecendo a prioridade da família biológica de ter o menor consigo, sendo este somente colocado em família substituta caso seja impossível e inviável a permanência com os genitores biológicos.

O art. 4º do ECA foi inspirado no citado art. 227 da Constituição Federal de 1988, prevendo também os direitos fundamentais do menor, ao estabelecer que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente seguiu os preceitos da Carta Magna de 1988, estabelecendo que caberia ao Estado, à família e à sociedade em geral efetivar os direitos da criança e do adolescente, dando prioridade para estes nas políticas públicas de saúde, educação, cultura, etc, transformando-os em sujeitos de direitos.

Complementando o supracitado artigo 4º do ECA, o art. 6º do mesmo Estatuto destaca que as crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, os quais devem ter seus direitos e deveres assegurados:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Os referidos dispositivos, portanto, estabelecem que a criança e o adolescente não podem ser privados do seu direito de liberdade na participação na

vida familiar e em comunidade. Percebe-se, por conseguinte, que essa restrição também não pode ser aplicada ao convívio com seus genitores, os quais devem ter garantida a participação ativa e igualitária na vida dos filhos.

O artigo 22 do ECA traz que: “Art. 22. 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.”

Nesse sentido, de acordo com Dias (2015, p. 519):

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade masculina. O ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformou-os em sujeitos de direito, trazendo toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos.

O Código Civil de 2002 olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse, não atentando sequer ao paradigma ditado pelo ECA. Sob o título de proteção da pessoa dos filhos, de forma singular, estabelecia algumas diretrizes com referência à guarda, que era unipessoal. Quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto, identificado quem ficaria com a guarda dos filhos, era estabelecido o regime de visitas.

No Código Civil de 2002, não há mais questionamentos acerca de culpa e outros elementos para a fixação da guarda, tal como havia no revogado Código Civil de 1916. O critério que agora norteia a fixação da guarda é o melhor interesse dos menores. O título do Capítulo XI, “Da proteção da pessoa dos filhos”, ilustra essa preocupação do legislador com o interesse dos menores.

Sob esse enfoque, conforme leciona Dias (2015, p. 523):

a lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.612), não dá a mínima atenção para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA dita sobre o melhor interesse de crianças e adolescentes. Ao tratar da proteção dos filhos (CC 1.583 a 1.590), de forma didática, define o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e o eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 § 2.º).

O art. 1.634 do CC/2002 prescreve os direitos dos genitores em relação aos filhos, tais como dirigir-lhes a criação e educação, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, para viajarem ao exterior e para mudarem sua residência permanente, destacando o referido artigo, ainda, que incumbe aos pais representar os filhos judicial e extrajudicialmente até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Em contrapartida, segundo Chagas (2012), os genitores arcam com alguns deveres, tais como: não abandonar pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, sob pena de incursão no crime de abandono de incapaz; prover a subsistência de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, sob pena de caracterização do crime de abandono material.

Nesse sentido, pode-se concluir que as modificações introduzidas tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pelo Código Civil de 2002 buscaram dividir igualmente as obrigações, deveres e direitos entre os genitores, devendo os filhos menores sujeitar-se ao exercício do poder familiar dos pais até que sobrevenha qualquer uma das hipóteses de extinção do poder familiar previstas no artigo 1.635 do CC/2002.

O artigo 33, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que: “Art. 33. 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 os pais”.

Entende-se, pois, de acordo com o citado artigo, que a guarda implica nos cuidados cotidianos com os filhos. Sob esse enfoque, conforme Grisard Filho (2014, p. 58), não é uma tarefa fácil definir a guarda, tendo em vista que esta

(...) não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram, conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com corte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

De acordo com Rodriguez (2013), a guarda tem o condão de diminuir o exercício do poder familiar do genitor que não a detiver. No entanto, segundo a autora, esta nunca pode ser cessada, visto que é um instituto abrangente que não se resume apenas ao convívio com o menor, mas engloba todos os direitos e deveres parentais, podendo o genitor quem não a detém recorrer ao judiciário quando entender que o exercício do poder familiar não está sendo conveniente ao melhor interesse do menor.

Segundo a mesma autora (2013, p. 1), no momento em que há o rompimento do convívio conjugal dos pais, ou nos casos em que este nunca existiu, “os genitores deixam de exercer, em conjunto, as funções parentais, devendo ser estabelecida então uma modalidade de guarda que vise a efetividade da busca dos melhores interesses do menor”.

Percebe-se, portanto, que para a definição de qualquer uma das modalidades de guarda, é necessário que seja observado o melhor interesse da criança, visando sempre as melhores condições afetivas e o crescimento saudável do menor. Nesse contexto, torna-se necessário analisar os tipos de guarda existentes no país e os critérios para fixação da guarda previstos na legislação brasileira.

3.2 MODALIDADES DE GUARDA EXISTENTES NO BRASIL

Conforme estabelece o art. 1.583 do Código Civil de 2002, “A guarda será unilateral ou compartilhada”, trazendo ainda, no parágrafo 1º do referido artigo, as definições dessas duas modalidades:

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

Nesse sentido, o critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, a definição de quem permanecerá com os filhos em sua

companhia não fica exclusivamente na esfera familiar, visto que a guarda pode ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que tenha compatibilidade com a medida, conforme dispõe o art. 1.584, §5º, do Código Civil de 2002, que assim estabelece:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Portanto, os dois modelos de guarda regulamentados pela lei civil brasileira são a guarda unilateral e guarda compartilhada. Existe, ainda, a modalidade de guarda alternada, que embora seja um modelo diverso e não esteja regulamentada na legislação brasileira, esta é comumente confundida com a guarda compartilhada.

3.2.1 Guarda unilateral

A partir da promulgação da Lei nº 11.698/2008, a guarda unilateral passou a ser adotada como modelo excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, apenas nos casos em que a guarda compartilhada não fosse possível. Conforme preceitua o parágrafo 2º do art. 1.584 do CC/02:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

De acordo com Dias (2015), a guarda unilateral será atribuída a um dos genitores apenas quando o outro declarar, em juízo, que não possui interesse em ter a guarda do filho.

Destarte, a guarda unilateral obriga aquele que não a detém a supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, este tem legitimidade para solicitar informações e até prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que

afetem direta ou indiretamente a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos, conforme prescreve o parágrafo 5º do art. 1.583 do CC/02:

Art. 1.583.

(...)

§ 5º 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.

A guarda unilateral, portanto, é aquela conferida a apenas um dos genitores, enquanto ao outro é conferida apenas a regulamentação de visitas. Contudo, mesmo nessa modalidade de guarda, aquele que não a detém também exerce o poder familiar sobre os filhos.

Conforme Rodriguez (2013), a modalidade de guarda unilateral era a regra que perdurou até julho de 2008, sendo tal preferência alterada a partir da promulgação da Lei 11.698/2008, que privilegiou a modalidade de compartilhamento da guarda.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 192):

A guarda unilateral ou exclusiva, na sistemática do Código Civil, e após a Lei n. 11.698/2008, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial. Também se qualifica como unilateral a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal. No divórcio judicial convencional os pais podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, se esta resultar no melhor interesse dos filhos; essa motivação é necessária e deve constar do respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem o divórcio.

A guarda unilateral, nesse sentido, é atribuída exclusivamente a um dos genitores quando o outro não mostrar condições de exercê-la, ou declarar que não tem o desejo de detê-la. Também é fixada unilateralmente a um dos genitores quando a guarda compartilhada não for entendida como o melhor modelo a ser escolhido, diante da incompatibilidade dos genitores de exercê-la em conjunto.

Nessa perspectiva, Gonçalves (2012, p. 251) afirma que:

[Na guarda unilateral], um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho. (grifo nosso)

Sob esse enfoque, a doutrina atual entende que a guarda unilateral caracteriza-se pelo cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família, o que faz tal modalidade ser tida com exceção, visto que não privilegia os melhores interesses dos filhos.

No preciso entendimento de Welter (2009, p. 56):

A guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Conforme estabelece o art. 1.589 do CC/2002, no que se refere à visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Entretanto, caso a guarda unilateral seja a medida que melhor alcance os interesses do menor, sua adoção não deve impossibilitar o direito de convivência com o filho do genitor que não a detém, devendo a adoção dessa modalidade de guarda ser complementada pelo direito de visitas do genitor que não a possui, de modo a garantir a continuidade de convivência.

3.2.2 Guarda alternada

A modalidade de guarda alternada não está prevista da legislação brasileira, e é bastante criticada por juristas e doutrinadores. Segundo Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 241):

[A guarda alternada] corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai. Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o visita nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países. (grifo nosso)

A guarda alternada, portanto, como a própria designação indica, se caracteriza pelo exercício exclusivo da guarda, mas de forma alternada, por um período de tempo pré-determinado, que pode ser semanal, mensal ou até anual, findo o qual os papéis dos detentores se invertem.

Nesse sentido, Venosa (2013, p. 188) discorre que:

Não se confunde a guarda compartilhada com a guarda alternada, a qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, divide-se o tempo de permanência destes com os pais em suas respectivas residências, nada mais que isso. Essa modalidade está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções.

Embora o art. 1.586 do CC/02 estabeleça que “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

A modalidade de guarda alternada é bastante criticada pela doutrina, devido à instabilidade que essa modalidade pressupõe, não se apresentando, pois, como uma alternativa adequada para atender ao melhor interesse das crianças e adolescentes.

3.2.3 Guarda compartilhada

Conforme destaca Rodriguez (2013), a guarda compartilhada foi instituída com o objetivo de proporcionar a criança e ao adolescente um crescimento saudável, visando seu desenvolvimento de acordo com princípios éticos, morais, psicológicos e sociais, em conjunto tanto com a mãe quanto com o pai.

O art. 1.583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A modalidade de guarda compartilhada foi consagrada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.698/2008, a qual fora posteriormente alterada pela Lei nº 13.058/2014.

De acordo com Grisard Filho (2014, p. 141):

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe, e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidade afetivas e emocionais, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

Nessa perspectiva, Paulo Lôbo (2011, p. 198) leciona que:

A Lei n. 11.698/2008 promoveu alteração radical no modelo de guarda dos filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, da guarda unilateral conjugada com o direito de visita. A lei, com nosso aplauso, instituiu a preferência pela guarda compartilhada, que somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral.

Desta feita, sendo a guarda compartilhada a modalidade de preferência obrigatória, serão abordados no próximo capítulo a origem do instituto, sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 11.698/2008, os novos aspectos advindos com a Lei nº 13.058/2014 e as vantagens de fixação desse modelo de maneira a atender o melhor interesse do menor.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Conforme visto no capítulo anterior, a guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 11.698/2008, com o objetivo de respeitar, em maior grau, os direitos tanto dos genitores quanto dos filhos, em consonância e harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal, apesar deste modelo de guarda já ser aplicado pelos magistrados muito antes da promulgação da referida lei.

4.1 DESENVOLVIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em decorrência das mudanças advindas com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, nosso ordenamento jurídico teve que se adequar às novas realidades sociais, notadamente às alterações da família, na qual a mulher teve sua inserção definitiva no mercado de trabalho e o homem deixou de ser o único chefe da família, passando a ser corresponsável, juntamente com a esposa, pela entidade familiar, tendo os mesmos direitos e obrigações.

De acordo com Gonçalves (2012), antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.698/2008, a doutrina e a jurisprudência já faziam referência sobre a inexistência de restrição legal à atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores, após a dissolução do vínculo matrimonial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no art. 1º, “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, estabelecendo, no art. 4º, que é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade”, dentre outros direitos expressamente mencionados, os referentes à “convivência familiar”, demonstrando a importância que o aludido diploma confere ao convívio dos menores com seus pais e sua repercussão sobre o seu desenvolvimento.

Nesse sentido, Gonçalves (212, p. 252) leciona que:

Um novo modelo passou, assim, aos poucos, a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com vistas a um acordo pragmático e realístico, na busca do comprometimento de ambos os pais no cuidado aos filhos havidos em comum, para encontrar, juntos, uma solução boa para ambos e, conseqüentemente, para seus filhos. Tal sistema é muito utilizado nos Estados Unidos da América do Norte com o nome de *joint custody*.

A Lei nº 11.698/2008 introduziu alterações marcantes para o Código Civil de 2002 no tocante a proteção dos filhos, e principalmente no que se refere à guarda. O Capítulo XI, Título I do CC/2002, denominado “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, teve seus artigos 1.583 e 1.584 modificados em decorrência da promulgação da Lei nº 11.698/2008, que instituiu e regulamentou a guarda compartilhada.

Conforme destaca Paulo Lôbo (2011, p. 188-189):

A guarda compartilhada era cercada pelo ceticismo dos profissionais do Direito e pela resistência da doutrina, que apenas a concebia como faculdade dos pais, em razão da dificuldade destes em superarem os conflitos e a exaltação de ânimos emergentes da separação. Havia difundido convencimento de que a guarda compartilhada dependia do amadurecimento sentimental do casal, da superação das divergências e do firme propósito de pôr os filhos em primeiro plano, o que só ocorria em situações raras. A lei ignorou esses obstáculos e determinou sua preferência obrigatória, impondo-se ao juiz sua observância. A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separaram. Ao contrário, quando não houver acordo “será aplicada” pelo juiz, sempre que possível, na expressa previsão do parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei. n. 11.698, de 2008.

Parte dos magistrados tinha receio em fixar esse modelo de guarda tendo em vista que muitos casais, após o fim da relação conjugal, não possuíam a maturidade necessária para compartilhar a criação dos filhos. Buscava-se, então, a fixação da guarda unilateral como saída para evitar os conflitos entre os cônjuges na criação dos filhos, determinando a guarda a um dos genitores e fixando o regime de visitas ao outro que não detinha a guarda (RODRIGUEZ, 2013).

Esta modalidade de guarda surgiu através do Projeto de Lei nº 6.350/02, de autoria do Deputado Tilden Santiago, o qual afirmava, na justificativa para a

elaboração da proposta, que a adoção do modelo da guarda compartilhada já era uma realidade social e judiciária, tendo em vista que a referida modalidade já era adotada pelos Tribunais, embora ainda não fosse positivada, defendendo, então, que deveria ser assegurado o melhor interesse da criança e a igualdade entre os genitores na responsabilização por seus filhos.

A Lei nº 11.698/2008, que alterou o art. 1.583 do Código Civil de 2002, trouxe, no parágrafo 1º do referido artigo, a definição de guarda compartilhada, definindo-a como sendo “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”.

Na lição de Grisard Filho (2014, p. 79):

[A guarda compartilhada é] um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. (...) Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. (grifo nosso)

Na guarda compartilhada, portanto, os dois genitores possuem a titularidade da guarda, mesmo após o desfazimento da sociedade conjugal. Nessa modalidade de guarda, o filho tem duas residências, uma com o pai e outra com a mãe.

Nesse sentido, Ana Carolina Silveira Akel (2008, p. 1) aduz que:

A Guarda Compartilhada de forma admirável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a idéia de posse. Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole. A finalidade principal desta modalidade de guarda é diminuir os possíveis traumas oriundos da ruptura da sociedade conjugal, visando sempre o benefício do menor, mantendo entre a família a presença de duas figuras essenciais, a paterna e materna, que juntas, somando esforços, devem assumir e acompanhar o desenvolvimento mental, físico social da criança.

Nesse sentido, entende-se por guarda compartilhada o modelo em que tanto o pai quanto a mãe dividem as responsabilidades sobre os filhos menores, assim como compartilham as obrigações acerca das decisões importantes relativas à vida das crianças, como educação, saúde, bem-estar, etc, sempre visando o melhor interesse dos filhos.

Conforme preceitua Quintas (2009) apud Rodriguez (2013, p. 1):

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter o intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.

No entendimento de Dias (2015), os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, tendo como objetivo basicamente o de garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estes estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. De acordo com a autora, a participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. O modelo é indispensável para manter os laços de afetividade, pois minora os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, ao conferir aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

Ainda conforme Dias (2015), a finalidade da guarda compartilhada é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, freando a irresponsabilidade que a guarda individual provoca. Para isso, é necessário que se mudem alguns paradigmas, levando-se em consideração a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 252) citando Dias (2008) destaca que:

A Lei n. 11.698/2008 chegou em boa hora, assegurando “a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art.

1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249)”.

Portanto, a guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou amparo material, mas também engloba todos os outros atributos da autoridade parental, que devem ser exercidos de maneira comum, no qual os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos.

De acordo com Grisard Filho (2014, p. 419), a guarda compartilhada surge de duas considerações, quais sejam:

O reequilíbrio dos papéis parentais, levando-se em conta o princípio da igualdade entre homem e mulher; e o de garantir respeito absoluto ao princípio do melhor interesse da criança, que lhe assegure uma convivência familiar e comunitária capaz de suprir todas as suas necessidades.

Nessa perspectiva, denota-se que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma nova solução para que pais e filhos continuassem a conviver de forma efetiva e mantivessem seus vínculos afetivos, de modo a privilegiar o crescimento saudável da criança bem como a manutenção dos laços afetivos com os genitores.

Dias (2015, p. 523) ressalta que:

Mesmo antes de inserido na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Além disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício. Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 §1º). Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor a tende ao interesse dos filhos.

Nesta modalidade, então, a guarda busca conferir prioridade ao melhor interesse do menor e, por consequência, dos genitores, na medida em que privilegia

a ideia de compartilhamento de direitos e obrigações, estabelecendo a igualdade entre ambos.

O art. 1.584 do Código Civil de 2002, em sua nova redação dada pela Lei nº 11.698/2008, prevê:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – 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;
II – 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.

Nesse sentido, a guarda compartilhada pode ser estabelecida, portanto, mediante consenso ou determinação judicial. Caso não seja convencionada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, esta pode ser pleiteada em ação autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos genitores em ação própria.

Conforme preceitua o parágrafo 1º do art. 1.584 do Código Civil de 2002:

Art. 1.584. (...)
§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

De acordo com o referido dispositivo, o Código Civil impôs ao juiz o dever de informar aos pais acerca do significado da guarda compartilhada, a qual traz mais prerrogativas a ambos e faz com que estes estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos, garantindo, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estreita dos pais na formação e educação dos menores.

Entretanto, como afirma Pereira (2015), a modificação no Código Civil de 2002 advinda com a Lei nº 11.698/2008 pouco contribuiu para o fortalecimento do instituto da guarda compartilhada, tendo em vista que a norma contida no art. 1.584, § 2º previa que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Desse modo, segundo o mesmo autor (2015), o instituto da guarda compartilhada encontrava muita resistência entre os membros do Ministério Público, com atuação nas Varas de Família, os quais normalmente eram contrários à sua fixação.

Nesse sentido, discorre Mansur (2016, p. 1):

Não obstante, na prática, o que ocorria na maioria das situações judiciais, era o litígio entre os genitores, ou seja, uma relação desarmoniosa e desrespeitosa, sem o consenso quanto a definição da guarda dos filhos, cabendo ao magistrado determinar, na maioria das vezes, uma guarda unilateral a um dos genitores, e destaca-se que um índice superior concedido às mães em detrimento aos pais, talvez por questões culturais e históricas, já que a nossa Constituição Federal proclamou que todos são iguais perante a lei, seja homem ou mulher, mas desde que, no caso da concessão da guarda, tal genitor demonstre possuir melhores condições para exercer a guarda do filho.

Posteriormente, na data de 22 de dezembro de 2014, foi promulgada a Lei nº 13.058, que estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispôs sobre sua aplicação, modificando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002.

A Lei nº 13.058/2014 foi originada do Projeto de Lei Complementar nº 117/2013, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá do PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), o qual tramitou por três anos na Câmara dos Deputados, sendo aprovado pelo Senado Federal em 26 de novembro de 2014, dando origem à supracitada Lei nº 13.058/2014, que fora sancionada sem vetos pela então Presidente da República (MANSUR, 2016)

A referida lei estabeleceu que, quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda dos filhos menores, e ambos os genitores encontrarem-se aptos a exercer o poder familiar, a guarda compartilhada deverá ser aplicada, exceto se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja ter a guarda do filho menor.

A Lei nº 13.058/2014 alterou o parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil de 2002, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.584. (...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer

o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

A partir da nova redação dada ao dispositivo retrotranscrito pela Lei nº 13.058/2014, a discussão sobre a imposição da guarda compartilhada no Brasil ganhou bastante relevância.

Azambuja et al. (2012, p. 14) ponderam que:

(...) mesmo sem o consenso dos pais, pode o juiz determinar o compartilhamento tendo como norte o melhor para a criança. Fica a pergunta: é possível atender ao melhor interesse da criança impondo, de modo compulsório, um tipo de guarda que exige a cooperação de ambos os pais, mesmo sem o consentimento dos genitores?

Desse modo, embora a lei estabeleça a guarda compartilhada como regra, os genitores não são obrigados a adotá-la, bastando que um deles manifeste ao juiz que não tem interesse na guarda do filho, conforme preceitua o art. 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002.

É importante ressaltar, por oportuno, que o magistrado tem poderes especiais para adotar medidas efetivas para resguardar o interesse do menor, ficando a seu cargo a divisão das atribuições entre os genitores quando estes não entrarem em consenso, conforme se vê:

Art. 1.584. (...)

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

No entanto, mesmo não estando o juiz adstrito às conclusões do laudo técnico, a manifestação de profissionais habilitados deve ser valorizada pelo magistrado, tendo em vista que diz respeito a uma decisão que irá interferir diretamente na vida do menor (AZAMBUJA et al., 2012).

A Lei nº 13.058/2014 contempla, ainda, a hipótese de a guarda não poder ser exercida pelos genitores, como nos casos em que a negligência, a violência e o

abuso se fazem presentes nas relações pais/filhos. Neste caso, cabe ao magistrado deferi-la à pessoa que revele melhor aptidão para executar tal mister, devendo ser observado, para a escolha, na medida do possível, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade da criança com o pretense guardião, conforme o art. 1.584 do CC/2002:

Art. 1.584. (...)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Nesse contexto, de acordo com Gonçalves (2012), os Tribunais, mesmo antes do novo regramento, têm determinado, em diversos casos, a guarda compartilhada de um dos pais com terceira pessoa, ou seja, por exemplo, de um dos genitores com um dos avós, de um dos genitores com tio ou tia do menor, de um dos genitores com a ex-mulher ou ex-companheira daquele genitor, de um dos genitores e terceira pessoa, não parente, mas ligada ao menor por fortes laços de afetividade e afinidade.

Ainda, o parágrafo 6º do art. 1.584 do Código Civil de 2002 determina que:

Art. 1.584. (...)

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado 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.

Essa previsão traz segurança aos genitores que não possuem a guarda, os quais, muitas vezes, eram privados pelo guardião de informações básicas da rotina de seus filhos.

Percebe-se, então, que os dispositivos do Código Civil de 2002 alterados pela Lei nº 13.058/2014 atribuíram maiores responsabilidades aos genitores na criação e educação dos filhos menores, garantindo-lhes direitos e obrigações equivalentes, quando ambos manifestarem interesse em manter a convivência estreita com os filhos (PEREIRA, 2015).

Portanto, nos casos em que tanto o pai quanto a mãe desejam a guarda do filho, e não havendo nenhum impedimento que possa prejudicar a convivência compartilhada, ambos os genitores devem ter direito à guarda. Contudo, se algum dos pais tiver algum impedimento de ordem moral, cuja convivência diária não se apresente saudável para o filho, por certo o magistrado deixará de atribuir a guarda compartilhada, de modo a garantir o bem estar do menor.

4.2 ASPECTOS POSITIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Ao analisar o instituto da guarda compartilhada, observa-se que este apresenta grandes vantagens, principalmente no que se refere ao direito de convivência dos filhos com ambos os genitores.

Na lição de Fontes (2008), inúmeras são as vantagens que a guarda compartilhada proporciona para as crianças, tendo em vista que estas usufruem de um convívio maior com ambos os pais, o que fomenta uma convivência parental sadia e harmoniosa, acarretando num crescimento e desenvolvimento mais sadio e feliz: as crianças possuem melhor autoestima, são mais seguras, gozam de melhor desenvolvimento psicossocial, entre outras.

De acordo com Grisard Filho (2014, p. 113):

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm riscos de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.

No mesmo entendimento, Dias (2015, p. 523) afirma que “o modelo de corresponsabilidade é um avanço, pois retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais”.

Discorrendo sobre as vantagens da guarda compartilhada, Paulo Lôbo (2011, p. 193) destaca que a modalidade:

(...) prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, previamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessar no processo de separação.

Casabona (2006), por seu turno, aduz que a guarda compartilhada tem o mérito de favorecer a colaboração parental e a preservação de sentimentos não excludentes, os quais geralmente decorrem da atribuição unilateral da guarda. Segundo o autor, o modelo de compartilhamento mantém, apesar da ruptura do casal, o exercício em comum da autoridade parental, reservando, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem aos filhos menores comuns.

Por essas razões, a guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pelos filhos, de modo a propiciar uma convivência saudável e visando sempre o melhor interesse das crianças e adolescentes.

4.3 ASPECTOS NEGATIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada, da mesma forma que qualquer outro modelo de cuidado parental, pode não funcionar bem em alguns casos. Desse modo, tanto os efeitos positivos quanto os negativos devem ser analisados com cuidado. Os genitores precisam ter a consciência de que possuem direitos e obrigações, e podem surgir diversos empecilhos no decorrer do exercício da guarda.

Moura (2012, p. 1) sintetiza os aspectos negativos da guarda compartilhada no modelo brasileiro, a saber:

- a) Receio, por parte dos menos informados, de o menor vir a passar menos tempo com a mãe, considerada imprescindível ao desenvolvimento salutar da criança;
- b) A ausência de um lar estável, podendo surgir daí, como consequência, uma confusão mental na criança ou adolescente – esse sem sombra de dúvida não deixa de ser o principal obstáculo à aceitação da guarda compartilhada;
- c) Poderia ocorrer que os pais, como guardiães conjuntos, praticarem, isoladamente, atos da vida civil como representantes do filho e, não havendo concordância em relação aos atos praticados, novas batalhas judiciais ocorrerem, renovando-se uma situação traumatizante que poderia ter sido definida quando da separação ou divórcio.

Azambuja et al. (2012, p. 15), nesse sentido, asseveram que:

[A] basilar prerrogativa para o sucesso da guarda conjunta revela uma dificuldade prática, pois são raros os casais que conseguem manter um bom relacionamento após a ruptura da vida em comum. Como falar em divisão da guarda e de visitação livre se os pais mantêm-se em estado de beligerância?

Desse modo, nos casos em que não há consenso entre os genitores, é preferível que a criança fique sob a guarda física de apenas um deles, o que tiver melhores condições de exercê-la, seguindo o que preceitua a clássica guarda unilateral, sendo conferido ao outro o direito e dever de visitar o filho.

4.4 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Seguindo o entendimento de Gonçalves (2012), o modelo de guarda compartilhada não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. No entanto, sempre que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada.

Esta modalidade de guarda pressupõe que os pais se esforcem para desempenharem seus papéis com êxito, estabelecendo o dever de assistir, educar e sustentar os filhos menores, possibilitando uma flexibilidade benigna em muitos sentidos, tudo visando o melhor interesse do menor assim como o seu desenvolvimento saudável, dando prioridade à continuidade da relação dos pais com os filhos mesmo após o fim do vínculo conjugal.

Conforme leciona Dias (2015), a finalidade da guarda compartilhada é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

De acordo com a mesma autora (2015), os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o melhor interesse dos menores. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estes estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos.

Sob esse enfoque, a participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos, sendo indispensável para manutenção dos laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

Como bem asseveram Nickel e Poter (2016, p. 1):

Percebe-se que todos saem beneficiados com este novo modelo de responsabilidade parental. O vínculo existente continua o mesmo de quando pais e filho(s) residiam na mesma casa, não existe o direito de visitas com horário determinado pelo juiz. Os pais podem conviver diariamente com o(s) filho(s), dando continuidade as responsabilidades parentais, principalmente, na divisão dos alimentos. Não sobrecarrega apenas um dos genitores como acontece na guarda monoparental, única, exclusiva, modalidade na qual o cônjuge não guardião vai se distanciando cada vez mais da vida do(s) filho(s). Os filho(s) passam a conviver num ambiente harmonioso, não fazendo o papel de "pombo correio", como geralmente acontece na guarda monoparental, única, exclusiva.

Denota-se, portanto, que o instituto da guarda compartilhada buscou garantir uma maior conscientização dos pais, prescrevendo que estes devem exercer

conjuntamente sua autoridade parental, visando o aumento no convívio dos genitores com os filhos, na intenção de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente. Como bem afirma Dias (2015), para que o modelo de guarda compartilhada venha a ter êxito, sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e de frustrações.

Desse modo, percebe-se que a guarda compartilhada só alcançará sucesso se os genitores tiverem consciência, bom senso e cooperarem na criação dos filhos, devendo ser deixadas de lado eventuais discordâncias e rancores pessoais para que sempre prevaleça o melhor interesse do menor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças culturais e políticas pelas quais a sociedade vem passando nas últimas décadas têm refletido diretamente no Direito de Família, permitindo a modificação de conceitos e a criação de novos direitos e obrigações. Nessa perspectiva, a família contemporânea é representada por novos arranjos, que diferem do antigo conceito de família tradicional, fundada no patriarcalismo, que por muito tempo perdurou na sociedade brasileira.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a família foi eleita como a base da sociedade, sendo a convivência familiar essencial para o desenvolvimento do ser humano, em especial dos filhos menores, que dela receberão os primeiros cuidados, orientações e valores. O poder familiar, nesse sentido, é orientado pelos princípios constitucionais de proteção integral da criança e do adolescente, da dignidade da pessoa humana, do cuidado e da igualdade entre os genitores.

Posteriormente, as inovações advindas com as Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014, à luz do Código Civil de 2002, atribuíram maiores responsabilidades aos genitores na criação e educação dos filhos, conferindo-lhes direitos e obrigações equivalentes. Essas mudanças tiveram o objetivo de proteger a convivência dos pais com os filhos quando do término de uma relação conjugal, visando o melhor interesse do menor e de modo a proteger a família, por ser esta a base da sociedade.

Sob esse enfoque, o instituto da guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis dos genitores diante da guarda unilateral, tendo em vista que o modelo de guarda que privilegiava um dos genitores não se revelava o mais eficaz, por não garantir o melhor interesse do menor, notadamente no que se refere às suas necessidades afetivas e emocionais.

A guarda compartilhada, nesse contexto, foi instituída com o objetivo de atender as necessidades dos filhos menores advindos de uma separação, divórcio ou dissolução da união estável, assim como manter a convivência igualitária de ambos os genitores com a prole. Isso porque a dissolução do vínculo conjugal não põe fim aos direitos e obrigações dos pais para com os filhos, não devendo comprometer a continuidade das relações parentais, pois o exercício do poder familiar não acaba junto com o fim do vínculo conjugal.

As vantagens que a guarda compartilhada proporciona para os filhos menores são inúmeras, tendo em vista que estes poderão ter um maior convívio com ambos os genitores, o que permite uma convivência mais harmoniosa e um crescimento mais saudável e feliz, mantendo-se a continuidade dos vínculos afetivos entre os pais e os filhos.

Nessa perspectiva, com a aplicação efetiva da guarda compartilhada, o poder familiar será exercido de forma igualitária e em conjunto por ambos os genitores, o direito constitucional dos menores de conviver com seus genitores estará preservado (em todas as suas ramificações decorrentes dos vários arranjos familiares) e, acima de tudo, o melhor interesse da criança e do adolescente estará preservado.

Percebe-se, pois, que a guarda compartilhada apresenta muito mais aspectos positivos do que negativos, uma vez que tanto o pai quanto a mãe terão os mesmos direitos e deveres sobre os filhos, a convivência dos genitores com os filhos será mantida e a criança poderá crescer num ambiente mais sadio com a presença afetiva tanto do pai quanto da mãe, mesmo após o fim do vínculo conjugal, devendo ser fixada quando ambos os genitores mostrarem-se aptos a compartilhar de forma consciente as obrigações que dela decorrem.

Estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, a fixação da guarda compartilhada é a medida que se impõe, principalmente nos casos em que não houver acordo entre os genitores sobre a guarda, exceto nos casos quando um deles declarar expressa e fundamentadamente que não quer exercer a guarda dos filhos, ainda que compartilhada.

A guarda compartilhada só alcançará êxito, portanto, se tanto o pai quanto a mãe tiverem consciência e cooperarem na criação dos filhos, deixando de lado eventuais discordâncias, de modo a privilegiar o melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada** - Um avanço para a família moderna. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay et al. **Guarda compartilhada**: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? 2012. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id625.htm>> Acesso em: 7 jan. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os novos rumos do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado Federal: 1988.

_____. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1980 (revogado)**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm> Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (revogada)**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1972 (revogada)**. Dispõe sobre a situação da mulher casada. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1962-08-27;4121>> Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. **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/L8069Compilado.htm> Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. **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/L10406compilada.htm> Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. **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: 8 jan. 2017.

_____. **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: 8 jan. 2017.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de Filhos** – Na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHAGAS, Isabela Pessanha. **Breves reflexões sobre o instituto da guarda.** Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 2012. Família do Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiaodoseculoXXI_62.pdf> Acesso em: 10 jan. 2017.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil** – família e sucessões. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família, 26. ed., vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder:** guarda dos filhos e direito de visitas. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONTES, Simone Roberta. Lei nº 11.698/08: a guarda compartilhada. **In: Jus Brasil.** 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/108727/lei-n-11698-08-a-guarda-compartilhada-simone-roberta-fontes>> Acesso em: 17 jan. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. 9 ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008**. 2011. Disponível em: < <http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>> Acesso em: 16 jan. 2017.

MANSUR, Gisele Müller. Evolução histórica da guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16956>. Acesso em: 13 jan. 2017.

MESSIAS NETO, Francisco. **Aspectos pontuais da guarda compartilhada**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47, 2009. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/55002/aspectos_pontuais_guarda_netto.pdf > Acesso em: 15 jan. 2017.

MOURA, Elizana Rodrigues de. **Guarda Compartilhada: Uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos**. In: Jus Brasil. 2012. Disponível em: < <https://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>> Acesso em: 14 jan. 2017.

NICKEL, Helena; POTER, Cristiano. Guarda compartilhada. In: **Jus Navigandi**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52874/guarda-compartilhada>> Acesso em: 17 jan. 2017.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **A guarda compartilhada, entre o desejável e o possível**. 2015. Disponível em: < <http://www.prolegis.com.br/a-guarda-compartilhada-entre-o-desejavel-e-o-possivel/>> Acesso em: 15 jan. 2017.

RIBEIRO, Leonardo. **O instituto da guarda**. 2007. Disponível em:< <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/O-Instituto-Da-Guarda/pagina1.html>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. 2013. Disponível em: < <https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada> > Acesso em: 14 jan. 2017.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: RT, 2005.

SIMIONATO, M.A.W.; OLIVEIRA, R.G.O. **Funções e transformações da família ao longo da história**. In: Encontro Paranaense de Psicopedagogia, 1, 2003. I Encontro Paranaense de Psicopedagogia, *Anais...* CD ROM, ABPppr., nov., 2003.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 13 ed., vol. 6. São Paulo: Atlas, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família. **In: Guarda Compartilhada.** Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.