

SISTEMAS DE GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Prof. Dr. Altair Resende de Alvarenga

Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessor de Formiga
Professor de Direito Penal I, II, III, IV e Direito Civil VI do UNIFOR-MG

Juliano Clarismar

Acadêmico do 8º Período do Curso de Direito do UNIFOR-MG

Recebido em: 11/08/2014

Aprovado em: 10/03/2015

RESUMO

O presente artigo versa sobre um breve estudo das espécies de guarda adotado no Brasil, traçando um paralelo necessário entre a guarda alternada e a guarda compartilhada. Principia o artigo sobre uma abordagem ampla do instituto da guarda, fornecendo uma visão geral sobre as espécies, inclusive aquelas admitidas pela doutrina, mas que ainda não estão positivadas na legislação civil. Após, passa-se a destacar a imprescindível diferenciação entre a guarda alternada e a compartilhada, procurando demonstrar de forma crítica as dificuldades de se estabelecer um modelo ideal a ser adotado, com ênfase para as vantagens e desvantagens das variantes.

Palavras-chave: Sistemas de guarda. Guarda alternada. Guarda compartilhada.

SPECIES OF CUSTODY IN THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

The present article discuss a brief study of the species of custody adopted in Brazil, tracing a necessary parallel between alternating custody and the shared custody. It begins the article on an ample approaching of the institute of the custody, supplying a general vision on the species, also those admitted by the doctrine, but that is not established in the civil legislation yet. After, was transferred to detach it the essential differentiation between the alternating custody and the shared one, looking for to demonstrate in a critical point of view the difficulties on establishing an ideal model to be adopted, with emphasis for the advantages and disadvantages of the variants.

Keywords: Species of custody. Alternating custody. Shared custody.

1 INTRODUÇÃO

As transformações históricas e sociais no Brasil repercutiram também nos institutos jurídicos, inclusive no que diz respeito à guarda.

Até meados do século XX, o casamento era considerado um instituto consagrado, em que homens e mulheres tinham obrigações distintas no âmbito familiar. Enquanto o homem era responsável em buscar o sustento da família, a mulher cuidava dos afazeres domésticos e da criação dos filhos, sendo ela submissa às vontades do homem.

Após a promulgação da Lei nº 6.515/77, que instituiu o divórcio no Brasil, o matrimônio começou a tomar novos rumos em face da dissolução de vínculos conjugais e consequente necessidade de definição da guarda dos filhos. Devido à forte construção dos laços afetivos em torno da mulher que sempre estava presente no ambiente familiar, era comum a permanência dos filhos com a mãe após a separação do casal. Tal primazia ainda habita o imaginário popular e não corresponde a uma assertiva jurídica correta, no atual estágio do direito de família, impondo-se reparo pontual.

Dentro desse contexto, vê-se que com a emancipação feminina ocorreu mudança nos laços familiares, tendo o homem uma participação mais ativa na criação dos filhos e nas tarefas domésticas. As mudanças ocorridas trouxeram um novo perfil ao pai, sendo este mais participativo na vida de seus filhos, seja em atividades recreativas, em reuniões no colégio, entre outros temas relevantes. O novo arranjo familiar contribuiu para que houvesse um redirecionamento nas ações de guarda e atribuição de parcela significativa do poder familiar.

A guarda dos filhos, no mais das vezes, é definida no divórcio, embora possa ter por veículo pedido autônomo de guarda e regulamentação de visitas. Em face da relevância da definição da guarda, vedou-se a sua estipulação através de escritura pública, a ser lavrada no Cartório de Notas, consoante permissivo previsto no art. 1.124-A, do CPC, com redação ditada pela Lei 11.441/2007, exigindo-se a chancela judicial.

No Brasil vigorava até agosto de 2008 como principal modelo a de guarda unilateral. Com a edição da Lei 11698/08, o Código Civil passou a contemplar a guarda compartilhada.

À luz da realidade posta, analisar-se-ão no presente artigo as espécies de guarda previstas no ordenamento jurídico, com especial relevo para o imprescindível paralelo entre guarda alternada e da guarda compartilhada.

2 GUARDA

O relacionamento conjugal baseado em promessas de amor, respeito e vida a dois nem sempre é eterno. Decorrido a dissolução do relacionamento, cada um vai viver sua vida da maneira que melhor lhe convir, entretanto, necessário se faz regular esse elo que existe entre pais e filhos, pois a ruptura do relacionamento conjugal não coloca fim aos deveres com relação aos filhos.

De igual forma, a ruptura dos laços conjugais também não faz desaparecer as relações de parentesco que foram criadas. A situação de pai, mãe, filho ou irmão continuarão a existir, mesmo que vivendo em separado.

A par do direito à continuidade da convivência entre pais e filhos, mesmo após rompimento do relacionamento, a concretude de tal direito, na prática, poderá causar sérios problemas, em virtude do inconformismo dos pais em preservar os direitos dos filhos de manter saudável convívio com o outro par. Mesmo após desfeitos os laços conjugais, a guarda dos filhos constitui um direito e ao mesmo tempo um dever dos pais. Trata-se de proteção àqueles que ainda não estão em plenas condições de se cuidarem. Nas palavras de Silvana Maria Carbonera, a guarda é:

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 (CARBONERA, 2000, p. 64).

A guarda é a mais nobre das atribuições do poder familiar e caracteriza-se quando a criança ou o adolescente convive em uma residência na presença de um adulto, que se torna responsável por garantir as suas necessidades materiais, vigilância e educação.

A guarda é um direito e ao mesmo tempo um dever conferido aos pais em favor de seus filhos. Sinônimo de proteção e vigilância, garante aos filhos a segurança necessária para o seu desenvolvimento, com base na assistência material, educacional e moral, tendo como

fundamento as atribuições do exercício do poder familiar, conforme art. 1634¹, II, do Código Civil de 2002.

Ao tratar do poder familiar, é necessário ter em mente que o previsto no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)² e no artigo 1634 do Código Civil está em sintonia com o previsto no artigo 227 da Constituição da República/88.³ A junção dos três dispositivos legais forma a base para a proteção integral do menor, constituindo assim um dos atributos do poder familiar.

Quanto ao poder familiar, este não decorre apenas da paternidade natural, mas de outras formas de constituição da paternidade. Para Maria Berenice Dias (2011, p. 425) “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva.”

Outro ponto que merece relevo é o instituto do poder familiar com a guarda legal. O poder familiar é inerente à relação existente entre pais e filhos que somente se desfaz por motivos de morte ou da suspensão ou perda, com base em sentença judicial. O instituto tem previsão legal no Código Civil e foi introduzido para substituir a expressão pátrio poder, anteriormente utilizada, com base em uma sociedade paternalista, fruto de épocas em que o homem tinha prevalência sobre a mulher. Por outro lado, a guarda é apenas uma das atribuições do poder familiar, sendo apenas a responsabilidade em prestar assistência e vigilância ao filho.

A denominação guarda contém significados distintos quando empregada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em que pese ambas as fontes normativas buscar a proteção ao menor, o Código Civil referiu-se à guarda como o direito de um ou ambos os pais permanecerem na posse dos filhos. Já no ECA, a guarda é substituta,

¹ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

² 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.

³ 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 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

direcionada para os casos em que os filhos não estarão na convivência dos pais, devido a situações de direitos violados ou ameaçados.

A guarda em regra é exercida por ambos os pais, mas em casos nos quais os pais não convivem, ela será exercida de forma unilateral ou compartilhada, sendo essa definição decidida de acordo com o melhor interesse do menor.

A simples presença física do filho na residência do pai ou da mãe não é o fator absoluto para definir a guarda, pois esta nem sempre é identificada por aquele que o tem em sua companhia. Um dos pais não perde o direito à guarda pelo simples fato do menor estar residindo na companhia do outro. Pode-se ter situações como na guarda compartilhada, em que é deferida a ambos, apesar de o filho residir apenas com um deles.

Nas ações de divórcio consensual, os cônjuges antecipadamente definem a modalidade de guarda e as formas de visita. Já nas ações de divórcio litigioso, a definição da guarda ocorre por decisão do magistrado, que sempre buscará o melhor interesse do menor.

São encontradas no artigo 1.584 do Código Civil, as formas de estabelecimento da guarda, quer por consenso entre os pais (Inciso I), quer seja por determinação judicial (Inciso II). Nos dois casos, o magistrado mostra aos pais a importância de se ter uma guarda compartilhada (art. 1.584, §1º, CC).

2.1 Evolução da guarda no Brasil

No Brasil, a primeira legislação que regulamentou a situação dos filhos menores após a separação dos pais foi o Decreto 181, criado no ano de 1890. Por este instrumento normativo, havia previsão de que o cônjuge inocente ficaria com os filhos e que o cônjuge culpado estaria obrigado a participar da educação deles.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 estipulou que nos casos de dissolução amigável do casamento, deveria ser respeitado o acordado pelos cônjuges. Previa também que se um dos cônjuges fosse inocente, a guarda dos filhos ficaria com ele. Para os casos de culpa recíproca, as filhas menores e os filhos até os seis anos ficariam com a mãe. Após os filhos do sexo masculino completarem seis anos, ficariam sob a guarda do pai. Somente era possível regular de forma diferente a guarda quando ocorressem motivos graves.

No ano de 1941, veio o Decreto Lei nº 3.200, que alterou a regulamentação de guardas. Nesta época, o progenitor que reconheceria o filho tinha o direito de ficar com a sua guarda e quando era reconhecido pelos dois, ficaria em poder do pai. Em 1971, o Decreto foi alterado pela Lei 5.582/70, estabelecendo que nas situações em que ambos reconhecessem o

filho, ele deveria permanecer com a mãe. Admitia-se também a guarda a outra pessoa idônea quando houvesse motivos justificáveis.

Com a edição do Estatuto da Mulher Casada, deixou de ser observada a idade dos filhos nos casos de culpa recíproca, sendo garantida prioridade na guarda para a mãe, nos casos de rompimento da relação por meio do antigo desquite litigioso.

A Lei 6.515/77 - Lei do Divorcio manteve muitas das regras estabelecidas no Código de 1916, entre eles o acordo realizado pelos pais quando a separação ocorrer de forma consensual.

A Emenda Constitucional 66/2010 alterou o instituto do divórcio, não sendo mais critério para sua decretação a busca pelo cônjuge culpado.

A guarda se encontra disciplinada nos artigos 1583 a 1590 do Código Civil, sendo que o dispositivo que impedia o cônjuge culpado de permanecer com o filho restou totalmente abolido.

Nos dias atuais, o que mais se busca é o melhor interesse dos filhos.

3 ESPÉCIES DE GUARDA

Faz-se, imperioso, por primeiro, estabelecer as diferentes espécies de guarda previstas no ordenamento jurídico. Algumas delas estão positivadas na legislação civil como a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Outras são reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como, por exemplo, a guarda alternada e a nidação ou aninhamento.

3.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral está prevista no artigo 1583 do Código Civil⁴. Trata-se de modalidade na qual o encargo físico de cuidado com os filhos é atribuído a apenas um dos

⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III - educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3o A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

pais, cabendo ao outro exercer visitas e supervisão aos interesses dos filhos. Até julho de 2008 essa modalidade era a regra, tendo tal preferência migrado para a modalidade compartilhada a partir da promulgação da Lei 11698/08.

A escolha da guarda unilateral poderá ser feita por acordo entre os pais e na sua impossibilidade, mediante decisão judicial. A escolha pela guarda unilateral serve apenas para definir com quem o menor viverá em companhia, mas não subtrai do outro os atributos do poder familiar.

A guarda unilateral não é o modelo prioritário a ser utilizado na atualidade, porém, em alguns casos, ela poderá produzir bons frutos, desde que não haja uma rigidez no ajuste entre os divorciandos.

Nas famílias monoparentais esta é a modalidade utilizada, não sendo surpresa sua adoção, face às características que formam esse arranjo familiar.

A custódia unipessoal dos filhos menores será atribuída ao guardião que reúna melhores condições, sendo estas baseadas nas relações de afeto, saúde, segurança e educação.

Na busca pelo melhor interesse do menor, a doutrina atual tem colocado em segundo plano essa modalidade de guarda, considerando que ela poderá contribuir para cercear ou reduzir o ambiente de convivência familiar. Esse entendimento contemporâneo baseia-se nos princípios constitucionais da igualdade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é o posicionamento de Welter.

A concessão da guarda unilateral tornou-se exceção, devendo ser devidamente comprovada nos autos, mediante prova documental, testemunhal e pericial, porque ela não condiz mais com a realidade da família contemporânea, ao não garantir à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Isso quer dizer que, no (re) canto afetivo familiar, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana reclamam a intangibilidade do princípio da convivência integral em família (WELTER, 2009, p. 62).

A busca pela convivência familiar tem sido uma constante no atual ordenamento jurídico, todavia, naquelas situações em que a guarda unilateral tenha sido o mais indicado, esta opção não retira do pai que não esteja na guarda do filho o direito a sua companhia. A ele é dado o direito de visita, conforme acordo entre os genitores ou mediante decisão judicial.

As visitas são regulamentadas judicialmente quando da definição pela guarda unilateral, sendo uma importante ferramenta para manter o relacionamento afetivo entre os filhos e o genitor não guardião.

Devido a sua importância, o direito à visita mereceu respaldo na legislação. Não se trata de direito apenas dos pais, mas em primeiro lugar de um direito ao filho de manter a convivência com ambos os pais.

A regulamentação ao direito de visitas sempre que possível deve ser feita de forma livre, pois quando é realizada mediante datas predeterminadas e periódicas, pode levar ao distanciamento e situações frustrantes, contribuindo para um afastamento lento e gradual dos vínculos afetivos.

Assinale-se que nesse modelo nenhum dos pais pode ser juridicamente reduzido à condição de um pai que aparece esporadicamente na vida do filho, presenteia e leva para passear aos domingos, v.g., ou de um simples crítico que aprova ou desaprova a atitude do outro no trato com o filho.

Atento a essa precuciente realidade, normalmente as visitas são estabelecidas em dias e horários previamente definidos pelo judiciário, que costumeiramente contempla dias da semana, períodos de férias escolares e feriados. Após sua fixação, os termos ajustados deverão ser cumpridos, podendo o guardião que recusar a entregar os filhos para o exercício do direito do outro genitor, incorrer em astreintes a ser fixadas pelo juiz, em sede de cumprimento de sentença e até outras medidas mais drásticas como a busca e a apreensão do menor, assim como a destituição da guarda.

Na guarda unilateral, os laços de paternidade e afetividade dos filhos menores que não estão com o guardião tendem a ser enfraquecidos, seja em virtude da distância ou dos inconvenientes ocasionados pelas regras impostas para a visita, se o genitor que estiver afastado do exercício da guarda exercer figura mais contemplativa, como destacado alhures.

Do exposto, o fundamental é que a convivência com ambos os pais é um direito fundamental da criança e do adolescente. A guarda unilateral tem sua utilidade, mas deverá ser utilizada somente quando não for possível implementar a guarda compartilhada.

3.2 Guarda alternada

A guarda alternada caracteriza-se pela alternância da guarda dos filhos menores entre o pai e a mãe, por determinados períodos de tempos pré-estipulados que poderá ser semanal, mensal, anual ou conforme acordo realizado. Após o período estipulado, os poderes e deveres da guarda passam a ser exercidos de forma alternada pelo outro pai.

O modelo implica no fracionamento da companhia do menor em períodos de tempo fixados no acordo ou decisão judicial e importa, ainda, a exclusividade temporária do poder familiar.

Assim, durante o período que um dos pais estiver na guarda, cabem a ele os deveres de educação, vigia e velar pelas demais necessidades do filho. Já o outro genitor que não esteja na guarda terá o direito de visita e também deverá contribuir financeiramente com o sustento. Após determinados períodos de tempo a situação inverte-se.

Trata-se de uma modalidade não positivada na legislação civil brasileira, mas que em algumas situações é utilizada, mesmo diante das críticas apontadas por aqueles que entendem não ser a mais adequada opção para o bem estar da criança.

Apesar de não ser o mesmo instituto, a guarda alternada apresenta relação com a guarda unilateral, visto que os filhos menores vivem um período de tempo na companhia de um dos pais, e posteriormente e de forma sucessiva, na companhia do outro, pelo mesmo período de tempo. Durante o tempo em que os filhos ficam sob a guarda de apenas um dos pais, este exerce de forma exclusiva todos os atributos pertencentes ao poder familiar. Uma das grandes diferenças entre a guarda unilateral é que nesta a guarda é exercida por tempo indefinido, ao passo de que na alternada os períodos são equitativos.

Confundida por muitos com a guarda compartilhada, esta modalidade não tem sido bem recebida pela doutrina, conforme se verá mais adiante em um paralelo entre as duas espécies, pois não oferece estabilidade e segurança à criança.

Conforme ensinamentos de Waldyr Grisard Filho, trata-se de uma modalidade com características específicas.

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se (GRISARD FILHO, 2010, p. 106).

Condena-se o modelo alternativo, sobretudo por gerar a necessidade de o filho dividir-se entre as residências dos pais, implicando em rotinas variadas no seu cotidiano, afetando suas referências e a própria organização do seu cotidiano.

3.3 Aninhamento ou Nidação

De acordo com Simone Roberta Fontes (2009, p. 47) é uma modalidade segundo a qual os filhos permanecem em uma casa fixa e quem se muda para ela em determinados períodos de tempo são os pais.

É um tipo raro, devido a uma série de inconvenientes, entre eles a necessidade de três residências, ou seja, uma para os filhos que permanecem em residência fixa e uma para cada um dos pais, que alternadamente se revezam no convívio dos filhos.

Esse tipo de guarda é considerada prejudicial ao desenvolvimento dos filhos menores, pois devido às constantes trocas entre os guardiões, há alterações significativas na rotina dos filhos.

Apesar de não prevista de forma expressa no Código Civil, a nidação é reconhecida pela doutrina, porém apresentando divergências quanto a sua classificação. Para a maioria, trata-se de subespécie da guarda alternada, mas há aqueles que a consideram também como subespécie da guarda unilateral, bem como entendimento de ser uma modalidade específica e diversa, tendo suas próprias características.

3.4 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 11.698/2008, que alterou dispositivos do Código Civil. Apesar de sua recente promulgação, ela já estava sendo aplicada pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 227 da Constituição da República/88, sendo que mais uma vez o legislador atuou, como sempre faz em matéria de família, como arquiteto de obra pronta.

Trata-se de uma modalidade criada para possibilitar benefícios aos filhos e também aos pais que de forma conjunta e equilibrada assumem a responsabilidade legal pela criação e cuidados dos filhos, sendo as decisões tomadas em conjunto e de forma igualitária e contributiva. É o equilíbrio dos papéis, possibilitando o exercício comum da maternidade e paternidade, efetivando-se a coparticipação parental, com destaque para a qualidade do contato paterno e materno-filial.

Nas palavras de Ana Carolina Silveira Akel:

Na guarda compartilhada, um dos pais detém a guarda física do filho, embora mantidos os direitos e deveres emergentes do poder familiar em relação a ambos. Dessa forma, o genitor não detentor da guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim a participar efetivamente dela, com autoridade para decidir diretamente na sua formação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos; enfim, na vida cotidiana do filho menor (AKEL, 2009, p. 114).

Essa modalidade de guarda passou a ser a regra em detrimento da guarda unilateral, podendo ser estabelecida mesmo quando não há consenso entre os genitores, ao menos do ponto de vista jurídico, sem embargo da inconveniência no plano fático, havendo dissenso.

Aliás, em face da disparidade no plano da realidade a matéria suscitou alentada controvérsia na doutrina.

Com efeito, Rolf Madaleno (2008, p. 357) perfilha o entendimento da impossibilidade de sua aplicação onde não moreje ambiente adequado ao pontificar: “a guarda conjunta não é modalidade aberta ao processo litigioso de disputa da companhia física dos filhos, pois pressupõe para seu implemento, total e harmônico consenso dos pais.”

Em outra vertente, outros respeitados autores, como Teixeira (2008, p. 316), Dias (2011, p. 396) e Lôbo (2008, p. 177) sustentam que o consenso entre os genitores não é requisito essencial à fixação da guarda compartilhada.

Todavia, não se pode olvidar, a par da clara franquia legal para a concessão da guarda compartilhada, mesmo no âmbito do dissenso entre os pais, que a primazia da realidade deve influenciar o julgador, porquanto é preciso reconhecer que em um ambiente de discórdia e tensão entre os pais a efetividade da guarda compartilhada resultará completamente comprometida ou até inviabilizada por inteiro.

A par deste aspecto polêmico pontuado, o instituto da guarda compartilhada teve boa aceitação na doutrina, considerando os benefícios que sua aplicação proporciona aos filhos.

Para Dias (2011, p. 443) “a proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarretou nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”

A aplicação da guarda compartilhada tem prioridade sobre a guarda unilateral, podendo se dar mediante acordo entre os pais durante o divórcio ou também mediante decisão judicial, com clara preleção do juiz aos pais sobre o instituto, sua extensão e correta aplicação.

Para o estabelecimento da guarda compartilhada é necessário avaliar as condições dos pais se comunicarem de forma civilizada e sem rancores pelo fim do relacionamento, como visto precedentemente.

Em virtude das diferenças econômicas existentes entre os responsáveis pelo sustento do menor e também devido a uma não exigência da alternância de residência, pois o menor fixa residência na casa de um dos pais, o que se compartilha é o período de convivência e as decisões envolvendo a vida do menor, admitindo-se a fixação de pensão alimentícia, a ser percebida e gerida pelo pai onde o menor fixará residência.

4 PARALELO ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E A GUARDA ALTERNADA

O relacionamento e convivência entre filhos e pais separados é um fato que implica em diversos problemas a ser enfrentados. Para uma proteção e um bom desenvolvimento do menor, é necessário que além de sustento, educação e afeto, que este seja representado em seus atos na vida civil.

Conforme o previsto no art. 33⁵ do ECA, um dos atributos da guarda é a necessidade de prestação de assistência a criança ou ao adolescente, seja no âmbito material, educacional e moral.

Como já delimitado, a guarda dos filhos deverá ser fixada por consenso dos pais, ou na sua impossibilidade, será definida pelo magistrado com fundamento no melhor interesse do menor.

A guarda compartilhada que se tornou o modelo com prioridade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, por vezes é confundida com a guarda alternada, mas entre elas há grandes diferenças e quase nenhum ponto de identidade.

Na guarda compartilhada, os filhos de pais divorciados estarão sob a autoridade de ambos, para fins de guarda e educação, mesmo vivendo em residências separadas. O que se define é uma responsabilização conjunta entre os pais, que se manifesta através das decisões conjugadas no melhor interesse da criança ou adolescente.

Já na guarda alternada, há uma variação de residências. O filho reside parte do tempo com um pai e outro com a mãe, permanecendo de forma igualitária entre eles, podendo esse tempo ser estipulado pelo juiz em dias, semanas ou meses. Como exemplo, temos o filho menor que reside uma semana com o pai e outra com a mãe. Trata-se de uma divisão equitativa do tempo. Nesse caso os filhos não têm uma residência fixa, pois se alternam temporariamente. Durante o tempo de permanência do filho em companhia de um dos pais, este assume sua custódia, sendo o único detentor da autoridade parental.

A guarda compartilhada já era admitida na doutrina, mas foi positivada na legislação através da Lei nº 11.698/2008, sendo atualmente a modalidade com prioridade de aplicação.

⁵ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Esta modalidade de guarda poderá ser imposta, mesmo quando não haja consenso entre os pais sobre a guarda dos filhos.

Por outro lado, a guarda alternada apesar de ser reconhecida na doutrina, não se encontra regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, pois o legislador entendeu que essa modalidade não seria viável, tendo em vista propiciar ao menor a perda da habitualidade e de sua rotina, prejudicando assim o seu desenvolvimento pessoal e retirando-lhe o significado de lar familiar, pois perde certos referenciais necessários como o lugar em que residem, vizinhos, amigos, objetos pessoais.

Para Waldyr Grisard Filho (2010, p. 126) “as desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica”

Mesmo não prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda alternada pode ser aplicada quando houver um acordo entre os pais e desde que o magistrado entenda que aquela decisão seja a melhor.

Necessário se faz destacar, que a utilização da guarda alternada não é bem vista pela maioria dos doutrinadores e tem sido cada dia menos utilizado, pois, em regra, não é benéfica ao desenvolvimento do menor devido à mudança constante de rotina.

Outro ponto que deve ser destacado é que a alternância entre as residências não é o ponto chave para a definição da guarda alternada. Para sua caracterização, é necessário que seja uma divisão rígida e com critérios delineados onde a cada tempo um dos pais assume a guarda e a educação do filho, ao modo que achar mais conveniente.

A alternância de residências poderá até ser utilizada durante a guarda compartilhada, desde que seja realizado mediante acordo entre os pais. Como exemplo, podemos citar situações em que os pais residem próximos e que devido a horários de trabalho o filho permaneça durante o dia com o pai e a noite com a mãe. O diferencial é que na guarda compartilhada as decisões são tomadas em conjunto no melhor interesse do filho. É aquela definida por uma sintonia de idéias sobre a educação e posturas que o menor deve adotar no seu dia a dia. Na guarda compartilhada o que se busca é que o filho tenha o mesmo comportamento, as mesmas atitudes e se sinta bem, esteja ele na residência de seu pai ou de sua mãe.

Na maioria das vezes, a adoção da guarda alternada atende mais aos interesses dos pais, que não conseguem estabelecer uma relação cordial e de respeito entre si, implicando em confusão nas idéias do menor que não se tem um referencial a ser seguido.

De forma diversa, a guarda compartilhada indica um bom nível de relacionamento entre os pais, que certamente irá refletir no bom desenvolvimento dos filhos, possibilitando ainda que o tempo de permanência entre filhos e pai seja dividido da melhor maneira, sem um rigor temporal, o que é muito benéfico nos dias atuais, considerando que as pessoas se tornaram muito ocupadas, cheias de imprevistos e atrasos que constantemente ocorrem em função do trabalho, trânsito, entre outros.

A guarda compartilhada é a modalidade com prioridade de aplicação, tendo renomados defensores que buscam a sua legitimação, mas não há como estabelecer como único modelo, pois existem diversas variáveis que permeiam o assunto. Como fatores principais a sua não aplicação, podemos elencar casos de pais que passaram a viver em cidades diferentes ou que não tenham uma convivência pacífica.

5 CONCLUSÃO

As transformações ocorridas na sociedade provocaram também alterações significativas no tradicional modelo familiar. Devido ao crescente número de divórcios, e, conseqüentemente, um aumento no número de filhos que não estão submetidos à guarda comum dos pais, tornou-se necessário aprimorar as modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro.

Positivado na legislação civil temos a guarda unilateral e a guarda compartilhada, tendo também reconhecida na doutrina os modelos de guarda alternada e a guarda compartilhada. A guarda unilateral que até pouco tempo era o modelo padrão perdeu espaço e estatura jurídica para o crescente e recomendado modelo de guarda compartilhada.

Apesar de leigas confusões entre os institutos da guarda alternada e compartilhada, que por vezes se vê até em operadores do direito, pouco afeitos a pesquisa, os institutos são diametralmente opostos. A guarda alternada além de não ter previsão na legislação, é muito criticada pela doutrina, pois em geral não atende o melhor interesse do menor. Em sentido diverso, a guarda compartilhada tem previsão expressa no Código Civil, sendo modalidade prioritária e que ganha forte apoio da doutrina como sendo a modalidade que melhor atende aos interesses do menor.

A estipulação da guarda quando decorrente do desacordo entre os pais deve ser uma decisão tomada com muito critério pelo julgador. Apesar de comumente se utilizar a denominação guarda provisória e guarda definitiva, tais expressões não têm um rigor técnico

apurado, pois mesmo que a guarda seja definitiva, ela é passível de mudanças, desde que os motivos que serviram de fundamento para a decisão tenham sido alterados.

A guarda é extinta com a maioridade, podendo esta idade ser reduzida para 16 anos, quando se tratar de adolescente emancipado.

A modalidade de guarda compartilhada deve ser prestigiada pelos pais, pois é a que mais representa o grau de maturidade, possibilitando assim a efetividade dos direitos e responsabilidades necessárias à criação e educação dos filhos, independentemente do rompimento dos laços conjugais.

Essa modalidade de guarda deve, sempre que possível, ser aplicada, cabendo também aos operadores do direito, em especial aos advogados, emitirem orientações técnicas a seus clientes sobre os benefícios gerados pela sua aplicação, com preservação plena do vínculo de parentalidade ou mitigação das consequências oriundas do fim dos relacionamentos, no tocante aos filhos menores.

Necessário se faz lembrar que a dissolução da união conjugal põe fim apenas ao relacionamento entre marido e mulher. Quanto aos filhos, estes devem ser cuidados com carinho e respeito para que possam se tornar pessoas especiais ao convívio da sociedade.

Por fim, em que pese à guarda compartilhada se mostrar a melhor opção, não há como ser um instituto único para todos os casos, pois em muitas situações não existe a possibilidade de sua aplicação, sendo então necessário verificar o caso concreto a fim de atender o melhor interesse dos filhos e dar efetivo abrigo a teoria da primazia da realidade.

REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 27 set. 2014.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 maio 2014.

BRUNO, D. D. Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 3, n. 12, jan./mar. 2002.

ALVARENGA, A. R. de; CLARISMAR, J. Sistemas de guarda no direito brasileiro.

CARBONERA, M. S. **Guarda de filhos**: na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CARVALHO, D. M. de. **Direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONTES, S. R. **Guarda compartilhada doutrina e prática**. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, P. L. N. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, R. da C. **Divórcio**: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEIXEIRA, A. C. B. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WELTER, B. P. **Guarda compartilhada**: um jeito de conviver e ser em família. São Paulo: Método, 2009.