FACOS - FACULDADE CENECISTA DE OSÓRIO

DIREITO DE FAMÍLIA

JARBAS FREITAS DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA

Carina Alves

Carla Segatto

Graziela Fernandes

Jandira Inês Weber de Rosso

Karyne Iamin

Osório

2013

FACOS - FACULDADE CENECISTA DE OSÓRIO

DIREITO DE FAMÍLIA

JARBAS FREITAS DA SILVA

*Quem ama cuida; cuida de si mesmo, da família, da comunidade, do país – pode ser difícil, mas é de uma assustadora simplicidade e não vejo outro caminho".*

(Lya Luft)

**RESUMO**

Até recentemente, com separação ou o divórcio dos pais, não mais ficavam os filhos na tutela do pai e da mãe, mas de apenas um deles. Juridicamente não havia a perda do poder familiar, embora não acompanhado do exercício da guarda, exercendo-o de fato o cônjuge que possuía a guarda do filho. Com a separação amigável, os pais decidem com quem permanecerão os filhos, por acordo entre eles, deslocam-se os filhos de uma convivência para outra, nem sempre levando em consideração os interesses destes, e sim os seus próprios interesses. Com a Lei nº 11.698 de 13.06.2008, que alterou alguns dispositivos do Código Civil que disciplinam a guarda de filhos menores, viabiliza-se um quadro diferente, de modo a se encarar a guarda com mais responsabilidade e a permitir que ambos os pais a exerçam. Introduziu-se então a Guarda Compartilhada ao lado da Unilateral, que já era existente.

O que diferencia a guarda compartilhada da unilateral é o fato de que na primeira há a responsabilização e o exercício conjunto de direito e deveres do pai e da mãe, que não vivem sob o mesmo teto; os dois decidem e participam no processo que envolve a criação, educação, formação, controle, disciplina, orientação e outras atribuições. Na segunda, o desempenho de tais funções fica a cargo do genitor que revele melhores condições para exercê-lo, ou seja, fica para aquele que tem mais aptidão para propiciar aos filhos a melhor educação, para aquele que pode estar junto com eles e acompanhá-los de modo eficientemente, sobretudo nas necessidades cotidianas e não se ausente demasiadamente, sendo preponderante a presença diária, o dialogo, o afeto, a amizade, a compreensão, a autoridade, o senso de disciplina e a orientação. A guarda compartilhada é considerada um avanço no trato dos filhos cujos pais se separam. Busca-se com esse tipo de guarda atender as necessidades básicas e imprescindíveis do menor, fazendo com que os pais estejam mais presentes na sua formação.

Cabe ainda ressaltarmos que mesmo havendo a guarda compartilhada, os filhos terão uma residência especifica, que será o local onde predomina sua estadia e se encontram os pertences pessoais, pois não podem ser considerados errantes da residência da mãe para o pai, ou vice-versa. Devendo haver regras sobre dias horários de visitas pelo pai ou pela mãe que não reside com o filho.

Para se admitir a guarda compartilhada, são diversas as condições exigidas, não dependendo apenas da aceitação ou deferimento pelo mero pedido de uma das partes. É imprescindível também que haja harmonia entre os pais separados, para que possam discutir e tratarem assuntos próprios da educação e formação de seus filhos, pois, inexistindo ambiente civilizado parece descabida a concessão da guarda compartilhada.

**INTRODUÇÃO**

É mais comum após a separação, o filho permanecer sob a guarda da mãe, fato que ocorre em 90% dos casos, e consequentemente, a participação do pai acaba se tornando mínima, sintetizada apenas em visitas. A guarda compartilhada veio para ampliar este direito reservado a quem não tem a guarda do menor, intensificando a convivência com o filho e impondo a aquele o ônus da participação mais ativa na sua vida.

Quando se dá o rompimento do casamento, os pais passam a agir separadamente quanto as suas funções, dividindo os encargos parentais. Com o fim de diminuir a animosidade entre os casais recém-separados, e buscar o melhor interesse do menor, direito este garantido pela Constituição Federal de 1988, assegurando a aproximação do menor com seus genitores, mesmo com o fim de seu relacionamento conjugal, é que surgiu a guarda compartilhada, ou, guarda conjunta.

A Lei 11.698 foi aprovada em 13 de junho de 2008, instituindo e disciplinando a guarda compartilhada, alterando os arts. 1.583 a 1.584, compondo o Código Civil Brasileiro de 2002.

**CONCEITO**

A guarda compartilhada, também chamada pelo direito anglo saxônico de “joint custody”, é um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a responsabilidade de ambos os genitores, sendo um dos meios de autoridade parental, com o fim de não modificar as relações mantidas antes da dissolução da convivência familiar.

Compartilha significa dividir, partilhar com alguém, tornando-se mais especial, com uma profundidade muito maior por se tratar de ser humano.

Waldir Grisard Filho diz que:

“*a guarda compartilhada prioriza o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz a continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato*.”

Ainda, segundo o Código Civil, em seu art. 1583 § 1º, segunda parte, reza que “...*compreende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”*

**FORMAS DE GUARDA**

Existem várias formas de guarda, entre elas se destacam-se:

**UNILATERAL:** esta é a forma clássica de guarda, onde um dos genitores fica com a responsabilidade do cuidado dos filhos, enquanto que ao outro, cabe a responsabilidade dos alimentos e a visitação, podendo ser decidida esta forma de guarda entre os genitores ou à decisão Judicial, sendo atribuída a quem tem melhores condições de exercê-la.

**ALTERNADA:** nesta forma de guarda, o filho vive ora com um genitor, ora com outro, exercendo cada um dos genitores o direito de guardapor um determinado tempo enquanto o outro fica com o direito à visitação.

**GUARDA COMPARTILHADA, OU, A GUARDA CONJUNTA:** Este é um preceito de responsabilização igualitária entre os pais em relação à vida dos filhos, dando a oportunidade para que ambos decidam a respeito do desenvolvimento da prole, mesmo em caso de ruptura da vida conjugal, e ainda, que haja continuidade do envolvimento emocional dos filhos com os pais, abduzindo a impressão de desamparo ocasionado pela afastamento dos mesmos.

**A GUARDA COMPARTILHADA NA HISTÓRIA**

A guarda compartilhada se inspirou na Declaração de Genebra de 1924, adotada na Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, tendo seu pontapé inicial na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 onde foi prevista a igualdade dos sexos na dissolução do matrimônio.

Em 1603, através das ordenações Filipinas, foi instituído o Pátrio Poder, que significava o poder que o pai tinha sobre o filho menor, vindo o Código Civil a alterar e substituir este instituto, nascendo agora o Poder Familiar, onde, não mais o genitor é privilegiado, mas a família num todo.

este instituto já foi adotado na França, Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, chegando a ser instituída no Brasil apenas em 2008, através da Lei 11.698.

Na França, a guarda conjunta surgiu em 1976, porém no Código Civil Francês, em seu art. 287, prevê que seja fixada a “autoridade parental”, ou, a “joint custody”, após a oitiva dos filhos menores.

Na Inglaterra, cabia a mãe os cuidados diários com os filhos, e ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos filhos. No século XX, foi mudada a prerrogativa do Parlamento inglês de que o pai deveria ser sempre o guardião dos filhos em caso de separação, dando também à mãe a possibilidade de guarda dos menores.

Para o direito Canadense, a separação não pode gerar o sentimento de perda para nenhum dos envolvidos no processo da dissolução matrimonial.

Já para os americanos, a guarda compartilhada entrou como um novo conceito, sendo instituída e aplicada de maneira uniforme em todo o país.

Em Portugal, através da Lei nº 84/95 que alterou ao artigo 1.906 de seu Código Civil, deu-se a garantia aos pais o comum exercício parental em relação à criação, educação e bem-estar dos filhos.

E na Alemanha, é inconstitucional o Juiz propor a guarda unilateral aos pais, visto que preza pelo melhor interesse do menor, que é visto como a vítima de um casamento dissolvido e de batalhas pela sua guarda.

**A VIDA EM FAMÍLIA NA GUARDA COMPARTILHADA**

Um dos direitos garantidos pela CF/88, em seu art. 227, e regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a vida em família, seja ela natural ou substituta, o que diz respeito à todos os membros da família, além dos pais, conforme segue:

“*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, á profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”*

Na medida em que valoriza o convívio com seus pais, a guarda compartilhada assume um importantíssimo papel na vida, tanto dos pais como na do menor, visto que mantém, apesar da ruptura familiar, o exercício da autoridade parental de ambos os pais, dando a estes o direito da decisão conjunta dos assuntos referentes a criança, provocando impactos positivos na formação da mesma.

Esta proteção está prevista igualmente para outras entidades familiares, sendo também nestes casos, de suma importância para o desenvolvimento pleno da criança, assim, se torna muito saudável este sistema visto que o que detém a guarda se obriga a ouvir mais o outro antes de tomar qualquer decisão referente à criança, tendo contato diário e participando igualmente do cotidiano desta.

O art. 27 da CF/88 coloca os interesses da criança em evidência, protegendo assim os seus direitos, visando ainda manter o equilíbrio no papel parental, cuidando dos filhos menores de idade ou maiores incapazes.

A guarda compartilhada constitui dois lares, ficando o filho livre para transitar nos dois lares, porém os pais deverão entrar em acordo de qual será o domicílio da criança, porém devem ter o cuidado de não passar a impressão de que aquele que ficou como guardião é “*vencedor de uma disputa pelo filho*”.

Com o advento da Lei 11.698/2008, sendo instituída a guarda compartilhada, passou a ser a modalidade preferencial de guarda do judiciário, esta que entra como forma de evitar a Alienação Parental, e quando se dá a decisão por parte do judiciário, ocorre geralmente quando se dá a separação litigiosa e o Juiz analisa como sendo o melhor para o menor, porém esta forma de guarda só é realmente eficaz quando existe uma harmonia entre o casal.

À partir desta lei, é imposto aos pais um novo papel, ao qual na maioria das vezes não está preparado, porém deve-se lembrar que é direito da criança um ambiente estável para que possa ter uma noção sólida de rotina e cuidados diários básicos, sendo os pais os primeiros responsáveis.

Deve-se tomar o cuidado para não confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, onde esta prioriza o interesse dos pais, e não do menor, que fica por um período na casa de um dos genitores e outro período na casa de outro, sendo que a responsabilidade pelo menor é do guardião naquele momento.

Embora a Guarda seja compartilhada, os alimentos podem ser exigidos do genitor que possui melhores condições financeiras, aplicando-se as mesmas regras da guarda unilateral, podendo ser exigida via judicial, porém, a regra é a divisão de direitos e deveres por parte dos pais, devendo porém tomar o cuidado para que a atuação no desenvolvimento dos filhos não se resuma ao pagamento da pensão.

Para que a guarda compartilhada traga benefícios ao menor, deve-se seguir alguns critérios, como por exemplo, a relação harmoniosa entre os pais, que não devem considerar a criança como um troféu, cedendo se necessário, prezando sempre pelo bem estar da criança.

O Prof. Segismundo Gontijo, da de maneira alguma concorda com a guarda compartilhada, leva antes em consideração o litígio da maioria das dissoluções matrimoniais, o que, prejudica sobremaneira o desenvolvimento psicológico do menor, que nestes casos, se sente ainda mais desprotegido do que na guarda unilateral, sendo assim, diz ele:

*“Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, [...] em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iôs-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou,*

*com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc.”*

Cita ainda um exemplo claro da insegurança causada nesta situação de embate pela “posse” do poder sobre a criança, ou, sobre as decisões referentes ao menor.

*“Sendo assim, litigou-se por mais de um ano sobre qual escola para o filho: se aquela onde a mãe o matriculou perto da sua casa, ou a escolhida pelo pai, próxima da dele! Desta feita, o Desembargador Bady Cury decidiu que não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que acordo envolvendo guarda compartilhada dos filhos não foi feliz, pois eles ficariam confusos diante da duplicidade de autoridade a que estão submetidos quase que diariamente, o que não é recomendável.”*

**CONCLUSÃO**

Quando se fala do bem estar da criança, lembramos primeiramente dos princípios constitucionais, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que vem a abranger, os cuidados básicos do dia a dia do menor.

O direito, ao longo da história, vai se adaptando às realidades que se apresentam em cada lugar, buscando priorizar cada vez mais os direitos daqueles que dependem, na maioria das vezes, da proteção do Estado, visto que a família, por vezes, não tem condições psicológicas de ofertar um tratamento adequado ao menor, necessitando de normas previstas em lei para que possam cumprir o verdadeiro papel da família que é proteger os seus filhos.

Podemos dizer que na infância se criam as pessoas que se tornarão os grandes personagens da humanidade, sendo assim, o bem viver familiar tem um papel importantíssimo para a concretização deste “projeto” de “bom cidadão”, é neste momento que entra, com imensa importância, o papel protetor do Estado.

**REFERÊNCIAS**

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/>;

JUNIOR, Vicente Sabino. **DIREITO E GUARDA DO FILHO MENOR** (doutrina, legislação e jurisprudência). Ed. Albalimitada. Rio de Janeiro;

RIZZARDO. Arnaldo. **DIREITO DE FAMÍLIA**. 7º Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009;

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, CJosé Fernando. **DIREITO CIVIL** (Direito de Família 5). 5ª edição. Revista e Atualizada. Ed. Método

Vade Mecum.

WALLERSTEIS, Judith; LEWIS, Julia: BLAKESLEE, Sandra. ***Filhos do Divórcio****.*