

A GUARDA COMPARTILHADA E A DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE JUDICIAL

The shared custody and the declaration by judicial authority

Simone Barbosa OLIVEIRA¹
Hassan HAJJ²

RESUMO

O estudo teve como objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro, descrevendo sua evolução e a sua normatização, através da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2008, alterada pela Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Os fundamentos para a ampliação da abrangência de aplicação do instituto são os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da afetividade, cabendo ao juiz, nos casos em que há divergência entre os pais, a decisão, que deve estar fundamentada no princípio do melhor interesse do menor.

PALAVRAS-CHAVE

dignidade humana, afetividade, responsabilidade.

ABSTRACT

The study aimed to analyze the institute of sharing custody under Brazilian law, describing its evolution and its regulation by Law 13,058/2008, amended by Law No. 13058/2014. The grounds for the expansion of the institute's application are the constitutional principles of human dignity and affection, fitting to the judge the decision, in cases where there is disagreement between the parents, which should be based on the principle of the best interests of the minor.

KEYWORDS

shared custody, human dignity, affectivity, responsibility

1. INTRODUÇÃO

A Guarda Compartilhada apresenta-se como um grande avanço no cenário jurídico brasileiro. Esse modelo possibilita aos filhos a convivência compartilhada com ambos os pais após a dissolução da sociedade conjugal.

Na dissolução do casamento ou união estável, a preocupação recai sobre os filhos menores, pois a segurança que uma família unida transmite, principalmente na primeira infância, é primordial para o saudável desenvolvimento da criança. Com esse fundamento o legislador designou que, sempre que possível, adote-se a guarda compartilhada, igualando os cônjuges em direitos e deveres em relação aos filhos menores.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UNIGRAN.

² Mestre em Direito UnB/UNIGRAN. Professor nos cursos de Direito da UEMS, UFGD e UNIGRAN. Advogado; HassanHajj@ufgd.edu.br

Com o advento da Lei 11698/98 que alterou os art. 1593 e 1594 da Lei 10406/02, que disciplina a Guarda Compartilhada, o que vinha sendo defendido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, foi transformado em dever. A criança é ser em desenvolvimento e como tal deve ser tratado, sendo que todos os seus direitos devem ser resguardados, inclusive o de conviver em família.

O artigo, resultado de pesquisa acadêmica, traz uma apresentação da evolução da família e sua função social e os diferentes modelos de guarda, expressando suas características específicas, baseando-se nos princípios da afetividade, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade familiar entre outros, haja vista serem esses basilares do referido instituto.

A guarda compartilhada visa manter os laços afetivos entre pais e filhos, devendo a mesma ser decretada nos casos em que há a possibilidade de praticá-la, sem que prejuízos maiores possam vir a ocorrer. Por isso que o legislador, no texto da Lei, define que esse modelo de guarda será decretado, sempre que possível.

O fato de ser pai ou mãe biológico não é razão suficiente para tornar pais e mães afetuosos e comprometidos com o bom desenvolvimento de seus filhos. Assim, a decretação de ofício, quando não feita com a devida cautela, pode ser desastrosa e trazer mais danos que benefícios aos filhos menores.

Justifica-se a escolha desse tema, pelo valor que deve ser dado à criança e ao adolescente e pela importância de uma sadia convivência no seio familiar.

Os pais têm o dever legal e moral de educarem os seus filhos, dando-lhes afeto, proporcionando lazer, cultura, alimentos. E os filhos, têm o direito de crescerem em ambiente favorável ao seu desenvolvimento. A guarda compartilhada é um instrumento de grande valor para que se conquiste essa harmonia, devendo a sociedade participar efetivamente da construção dos laços familiares.

2. A FAMÍLIA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família era aquele expresso no Código Civil de 1916, que assegurava ser família, somente os agrupamentos de pessoas originados do matrimônio, ou seja, cônjuges e filhos legítimos.

Entretanto, com a Constituição Federal de 1988, o conceito de família é ampliado. Em acepção ampla e contemporânea, o termo refere-se a um grupo formado por pessoas unidas não mais e tão somente pelos vínculos do casamento, mas também pelos de afinidade e afetividade, englobando os domésticos conforme disposto no Art. 1412 § 2º do Código Civil de 2002.

Também para fins de Direito Sucessório o termo é compreendido

em seu sentido lato: além dos cônjuges ou companheiros e de seus filhos, estão abrangidos os parentes da linha reta ou colateral até 4º grau, conforme disposto no art. 1829 CC.

O fundamento para este novo conceito de família é encontrado no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade.

É o afeto entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas intimamente, tornando-os cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja patrimônio moral, seja patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: ‘o afeto conjugal’³.

A celebração do casamento e a diferença de sexo dos envolvidos não mais identificam a família, pois o que distingue esse relacionamento e o coloca sob a proteção do Estado é o laço afetivo que une seus membros. A família ganhou uma visão mais abrangente graças aos novos arranjos familiares, agora tão comuns, obrigando o Direito a tutelar todas essas novas formas de relacionamento⁴.

A família tem a função de socializar⁵ e proteger os seus entes, atentando para as mudanças que ocorrem na sociedade de modo que a transmissão da cultura e das regras seja efetiva. Sendo assim, a família tem por obrigação gerar afeto, proporcionar aceitação pessoal, segurança.

É nesse sentido o art. 226, caput da Constituição Federal ao dispor que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do estado. Dessa forma não há que se analisar nenhuma relação familiar fora do contexto social, observando ainda as diferenças regionais existentes.

Graças às mudanças que ocorreram na sociedade, a família se distingue pelo afeto, e sua função social baseia-se em transferir esse afeto a comunidade. No dizer de Paulo Lobo:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época”, sendo que as funções impostas antigamente (econômica, política, religiosa e procracional)

³ BARROS, Sergio Resende. *A ideologia do afeto*. Disponível em <<http://www.sbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto>>. Acesso em 05.10.2015.

⁴ DLAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2002.p.128; LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Do poder familiar*. In: DLAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

⁵ Cf. BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas: *A Construção Social da Realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1978.

já não são as mais importantes, pois, pelo afeto, a família redescobriu-se na sociedade contemporânea.⁶

Deve-se salientar que é função da família formar cidadãos conscientes, responsáveis e participativos, transportando para sua convivência em comunidade os valores vividos no seio familiar, com o intuito de constituir uma sociedade mais justa. Conforme lição de Rosevald Farias:

A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.⁷

A função social da família constitui, assim, via de mão dupla: volta-se para o próprio Estado, destinatário da norma constitucional, bem como também o são os pais ou responsáveis pelas crianças e filhos no âmbito da família.

3. A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E A GUARDA DE FILHOS

Seguindo a tradição da coroa portuguesa, o Brasil incorporou no ordenamento pátrio, os valores e tradições de além-mar, para quem o casamento constituía uma união indissolúvel. Assim era estruturado o ordenamento civil.

Porém a sociedade modifica-se. Além da morte real que dissolvia o matrimônio, apresenta-se forte a morte subjetiva, a morte do amor que os uniu. Com a morte desse amor vão-se os sonhos e as ilusões, o desencontro toma o lugar do encontro, o ódio muitas vezes aparece dominando as relações e os filhos, que antes eram o espelho do amor, as provas vivas do sentimento, ficam perdidas em meio ao rancor e a desilusão.⁸

Diante dessas mudanças, o Direito obriga-se a tutelar as diversas situações que vão surgindo com a evolução da sociedade. Em 1977 foi instituída a Lei 6515/77, chamada Lei do divórcio que viria para por fim aos matrimônios desgastados, revogando o Art. 315 do código Civil vigente, que previa que o casamento válido só se dissolveria com a morte de um dos cônjuges; neste mesmo

⁶ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Do poder familiar*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004

⁷ EARLAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 98

⁸ LEITE Gisele. *A dissolução da Sociedade Conjugal*. Artigo disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaerverso.net/visualizar.php?idt=886224>>

ano é aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho, dando ao § 1º do art. 175 da Constituição de 1969, nova leitura.

Recentemente o congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 66 que dá nova redação ao § 6. do Art. 226 da Constituição Federal: “[...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Porém, as rupturas familiares trazem consequências jurídicas. Uma delas é a da responsabilidade parental, ou seja, a responsabilidade pela educação, formação, guarda e cuidado dos filhos advindo destas relações.

Quando os laços matrimoniais são desfeitos, uma grande discussão inicia-se. Quem ficará com a guarda dos filhos menores? Essa discussão, infelizmente, na grande maioria dos casos, traz um enorme desgaste para todos os envolvidos.

Os filhos menores são os mais prejudicados. A insegurança que a dissolução do matrimônio dos pais causa é agravada por uma batalha pela sua guarda, ficando o menor a mercê de uma verdadeira disputa.

Diante dessas situações o Estado interfere, criando formas de assegurar aos envolvidos que não se deixa de ser pai, muito menos de ser filho, criando modelos de guarda que favorecem o convívio entre ambos, gerando satisfação e segurança para a família.

Com o avanço da sociedade, o Estado também avançou nesse sentido e desde então, vem buscando novos modelos de guarda para proteger o menor e manter a função social da família, chegando, hodiernamente, no modelo mais próximo do ideal que é a Guarda Compartilhada.

No sentido jurídico, guarda é o efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor.⁹

Os genitores são responsáveis pelo bem estar do filho menor, são detentores do poder familiar e independentemente do modelo de guarda adotado diante de uma separação, a responsabilidade pelos filhos menores continua sendo de ambos.

A guarda como o próprio termo já define, é significado de proteção, não podendo, diante de uma separação, transformar – se em um troféu que será dado ao vencedor dessa batalha.

O vínculo que a criança possui com os pais, é a base para o seu desenvolvimento, essa base é que vai servir de apoio para sua evolução intelectual e afetiva. A ruína do vínculo conjugal dos pais pode ser desastrosa se o interesse do menor não for colocado como prioridade, interesse esse defendido claramente pela Constituição Federal através do princípio da Supremacia do Interesse do Menor.

A guarda pode ser: unilateral, aquela atribuída a um só dos genitores, cabendo ao outro o direito de visitas e convívio com o menor e o dever de prestar

⁹ SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada. São Paulo: LED, 2005.*

alimentos; alternada, aquela caracterizada pela alternância de guardião, sendo que o tempo que o menor fica com determinado genitor pode variar conforme o acordado, podendo ser de algumas horas do dia até anos; dividida, aquela em que o menor vive fixamente em determinado domicílio e lá recebe periodicamente a visita do pai ou da mãe que não detém a guarda; compartilhada, aquela caracterizada por uma relação estreita tanto com o pai quanto com a mãe e na qual os pais são coparticipantes da vida dos filhos, com igualdade de direitos e deveres.

É de se observar, sobre a guarda, o papel central que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui no amparo à criança e ao adolescente.

O art. 19 do ECA, assim como o art. 227 da CF demonstram a preocupação do legislador com a proteção do menor pelo Estado e com a necessidade de o mesmo crescer no seio de sua família, ou excepcionalmente em família substituta. *In verbis*:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

O legislador preocupou-se em amparar o menor em qualquer situação; todas as normas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente são regidas pelo Princípio do melhor Interesse do Menor e graças a esse princípio é facultado ao juiz discricionariedade para que deslinde as mais variadas questões em relação à guarda de menores que comumente transitam pelas Varas de Família, exigindo do Magistrado bom senso e sensibilidade para decidir.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta subjetivamente em seus artigos que o fato gerador do dever de guarda dos pais aos filhos, não é o casamento, mas sim o nascimento destes; dessa forma, não há que se falar em dispôr da guarda quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal.

Sendo o nascimento dos filhos o fato gerador do dever de guarda, os pais conjuntamente são responsáveis pelos filhos independentemente do vínculo matrimonial. Essa responsabilidade traduz-se em proteção normatizada em direitos

e deveres tanto dos pais quanto do Poder Público, conforme disposto no ECA:

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.

A guarda, na leitura do ECA, é entendida como um *múnus publico*, sendo um dever de ambos os pais, pressupondo o direito – dever de vigilância, efetivando o direito de direcionar a formação moral do menor não devendo o genitor não guardião se desonerar da responsabilidade que o Estatuto da Criança e do Adolescente exige, somente por não ter a companhia diária do filho. Necessário se faz o entendimento de que a definição do domicílio do menor, em qualquer modalidade de guarda, é tão somente para que a criança tenha a referência de lar, o poder-dever de proteção continua sendo de ambos os pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro no sentido de que a família não se desconstitui com o fim do matrimônio. O pai ou a mãe que não convivam fisicamente com os filhos continuam formando com estes uma família. O art. 25 do ECA dispõe: “Art. 25 Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”¹⁰.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, não deixa prevalecer entendimento prejudicial ao menor, dessa forma tem a criança e o adolescente o direito, e os pais o dever, de prestar-lhe, ambos, separados ou não, a assistência que os filhos necessitem para se desenvolverem com saúde, tanto fisicamente, quanto emocionalmente.¹¹

4. GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é uma modalidade de exercício da responsabilidade parental. Nesse tipo de guarda, os pais dividem a responsabilidade legal sobre os filhos menores, bem como as obrigações relacionadas aos mesmos.

No dizer de Ana Maria Milano Silva:

Na guarda conjunta ou compartilhada, um dos ex-cônjuges estará na residência habitual das crianças e o outro terá os filhos em sua companhia por períodos bastante amplos. Há uma divisão mais igualitária de responsabilidades

¹⁰ BRASIL, *Estatuto da Criança e do adolescente. Lei n.8069 de julho de 1990. VideMecum. São Paulo: Rideel, 2007.*

¹¹ BAROUKI, Samir. *Guarda. Impossibilidade de Convenção em Casos de Separação ou Divórcio Consensuais. Disponível em: www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_23_2_3.php*

e atribuições parentais, como levar e buscar da escola, acompanhar os deveres escolares, ir às reuniões, etc. É também de grande importância que em ambas as residências os filhos tenham acomodações próprias.¹²

A Constituição Federal de 1988, assim como o Código Civil e demais legislações que norteiam as relações pessoais, como o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente, baseiam-se em princípios fundamentais que visam proteger a pessoa. Destacam-se: o princípio da proteção da dignidade de pessoa humana, sob o qual a pessoa é vista como um valor e a dignidade humana um princípio absoluto e todas as leis devem estar compatíveis com esse entendimento sob pena de serem consideradas inconstitucionais;¹³ o princípio da solidariedade familiar, emergindo da Constituição Brasileira como princípio fundamental, elencado nos artigos 3º, 226, 227 e 230 da Carta Magna e impõe às pessoas de uma mesma família, obrigações mútuas como amparo, assistência e cooperação;¹⁴ o princípio do melhor interesse do menor, devendo ser respeitadas suas necessidades, desde as mais básicas como moradia digna, alimentação, educação, lazer, como também as necessidades afetivas;¹⁵ o princípio geral do cuidado, que visa garantir que as relações entre os familiares sejam norteadas pela afetividade, pela harmonia, para que as crianças e adolescentes desenvolvam o sentimento de fazer parte de uma família, que eles saibam o que é conviver em um seio familiar;¹⁶ o princípio da proteção integral, que exige que cada ato relacionado ao menor seja em consonância com a mesma.¹⁷

Com fundamento nestes princípios elencados, observam-se mudanças substanciais no Direito de Família com reflexos no instituto da guarda.

A igualdade entre os genitores e a ausência de culpa na dissolução da sociedade conjugal colaborou no sentido de tornar a guarda compartilhada praticável. Porém, somente em 2008 é que foi sancionada a Lei que regulamentou a Guarda Compartilhada, Lei nº 11.698 de 13 de Junho, embora a guarda compartilhada já vinha sendo praticada.

Em dezembro de 2014 foi aprovada a Lei 13.058, de 22 de dezembro, que

¹² SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*, v1, São Paulo: LED, 2005. p. 61

¹³ ROCHA, Wilson da Silva, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua aplicação moderna*. Disponível em :WWW.overmundo.com.br/banco/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-aplicacao-moderna-1, acesso em 17/08/2014

¹⁴ MENEZES, Elda Maria Gonçalves. *Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos*. *ConteúdoJurídico*, Brasília-DF: 01 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161&seo=1>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹⁵ GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção Integral: paradigma multidisciplinar do direito pós moderno*. Porto Alegre: Alcance, 2002, p.102

¹⁶ KRAEMER Verno Eduardo. *Guarda Compartilhada: Dos princípios constitucionais a sua aplicabilidade nas ações que a envolvem*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7462&revista_caderno=14, visualizado em 10/04/2014.

¹⁷ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada. Um avanço para a Família*. 2 ed. SP: Atlas.p.67

alterou 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. A guarda compartilhada deve ser definida nos casos em que todo o contexto seja favorável, visando o melhor interesse do menor.

A mediação é um grande instrumento para a decisão sobre aplicar a guarda compartilhada ou não a cada caso concreto. Para o menor não restam dúvidas que conviver com os dois pais é muito mais saudável.

5. A PRÁTICA DO SISTEMA DA GUARDA COMPARTILHADA

Embora não haja um consenso entre os doutrinadores sobre o tema, em especial sobre em qual residência o menor deverá fixar domicílio, para Waldir Grisard, no modelo de guarda compartilhada os filhos devem ter dois lares: “Na Guarda Compartilhada, o filho terá dois lares, circulando livremente, e seu domicílio necessário será o do genitor com quem convive, lugar em que habitualmente exerce seus direitos e deveres.”¹⁸

Essa alternância de lares não é uma obrigatoriedade, haja vista que se assim fosse, estaríamos novamente ligados a características da guarda alternada. A situação familiar deve ser levada em consideração e o menor deverá fixar domicílio na casa onde melhor terá seus interesses protegidos. Os filhos possuem atividades, como escola, lazer, cursos, etc. Este domicílio será um centro de apoio do menor. Não obstante este domicílio fixo, cabe salientar que o mesmo deverá ter em cada uma das residências de seus pais suas acomodações, para que este sinta-se seguro sabendo que aquele lugar também é seu e que ele faz parte da rotina do seus pais.¹⁹

Muitas vezes, nos casos de dissolução da sociedade conjugal, os pais formam novas famílias. Nesse caso, é imprescindível que o menor tenha a consciência de que ele fez e continua fazendo parte da vida dos seus pais, mesmo que estes tenham formado novos laços familiares, e a fixação do domicílio do menor é basilar para que ele tenha essa consciência. Se o mesmo não estiver inserido no lar de um dos pais, com a nova situação ele poderá entender que não faz mais parte daquele contexto, podendo sofrer grandes transtornos na sua formação.

A liberdade que o menor deverá ter para passar mais ou menos tempo em determinada residência com um dos pais, também deve ser levado em consideração, não esquecendo que a guarda compartilhada privilegia o convívio com os dois pais harmoniosamente, portanto seria desnecessário, marcar dia e hora para que a criança faça esse deslocamento.

A Constituição Federal em seu art 229 preceitua que é dever dos pais (ambos),

¹⁸ GRISARD *Filho, Waldyr Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 5 ed., São Paulo: RT, 2010, p.116*

¹⁹ SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada. v1, São Paulo: LED, 2005, p.114*

criar, assistir e educar os filhos menores.²⁰ O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 perfilham o disposto na Constituição Federal.²¹

No modelo de guarda compartilhada, os pais devem decidir em conjunto todos os assuntos relacionados a educação dos filhos: que escola matricular, quem irá transportar, que atividades extra curriculares deverá fazer, cuidar para que o ano letivo seja efetivamente aproveitado, enfim, agir dentro dos modelos de uma família estruturada.

O exercício conjunto do poder familiar é a base da guarda compartilhada, e quando os pais tem consciência de que educar é ir além de pagar escola ou dar condições de estudo, o menor tem chances muito maiores de se tornar um adulto realizado. Na lição de Eduardo de Oliveira Leite:

Educar não é como se tem irresponsavelmente propagado no Brasil- “pagar escola”, “pagar” um professor particular, um curso de línguas. O pai que paga os estudos do filho, pode estar participando pecuniariamente do sustento de uma criança, sem, portanto, educá-la. É bom que se distinga bem o sustento (manutenção material) da educação (manutenção moral), já que a tendência nacional tem, maliciosamente, se direcionado no sentido de visualizar no pagamento, a forma, por excelência, de se desvincular da educação dos filhos.

Já um pai que visita frequentemente a escola de seu filho, que procura saber junto ao corpo docente qual é o aproveitamento escolar da criança, que mantém um dialogo permanente com seu filho, torna-se indispensável.²²

O que se espera com a guarda compartilhada é que os pais tenham a noção de que a educação deve ser entendida no seu aspecto material e moral e que

²⁰ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

²¹ ECA. 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. Código Civil Art. 1603: 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.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.273.

ambos devem colaborar igualmente nesse processo.

No instituto da guarda compartilhada todos os direitos e deveres devem ser compartilhados por ambos os genitores. A responsabilidade civil não deve fugir a essa regra. O modelo gera efeitos mais abrangentes, inclusive com a sociedade, haja vista que aquele que sofreu o dano poderá contar com ambos os pais respondendo solidariamente pelo ressarcimento.

A desvantagem da Guarda Compartilhada é proveniente de uma convivência ruim entre os pais, por isso, a dificuldade em decretá-la de ofício sem o cuidado de analisar o caso concreto.

Alguns doutrinadores entendem que a existência de dois lares, afeta a formação do menor, posto que o mesmo possa ficar sem referência. Novamente entra-se na questão de boa convivência entre os pais, pois se o que esta sendo tutelado e o melhor interesse do menor, as questões relevantes a sua boa formação devem ser discutidas por ambos os pais, por isso que as desvantagens desse modelo devem ser analisadas perante cada caso concreto.

Para os pais são poucas as desvantagens que o sistema apresenta. Por conta de o menor não estar sempre na guarda de um único genitor, os pais podem precisar de uma maior flexibilidade em seus horários. Se acontecer de formarem outras famílias, os genitores terão que conviver com a nova família do ex-conjuge, o que poderia gerar certo desconforto.

As vantagens desse modelo de guarda superam em muito as desvantagens, deve-se observar antes de qualquer coisa, a disposição dos pais em colaborar, muitas vezes o ressentimento e tão grande que não lhes permite enxergar que ainda são pais, o que traz consequências negativas na formação desse filho menor.

A guarda compartilhada não deve ser encarada pelos pais, como uma disputa constante da companhia dos filhos. Deve-se agir com ponderação, no intuito de privilegiar o interesse dos filhos, devendo ser harmônica a convivência entre os pais. Para José Sebastião de Oliveira: “Tudo é feito em conjunto [...]. Diante do Magistrado que dirige os trabalhos e entre os ex-cônjuges, são fixadas todas as diretrizes que ambos, cumprirão, em conjunto, para que não sofram, os seus filhos, as consequências da separação ou do divórcio.”²³

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é conhecida como um organismo social e uma instituição, bem como um núcleo fundamental da sociedade.

Hoje, frente aos avanços da ciência e da técnica, bem como das

²³ MELO, Graciela Fernanda Badona. *Guarda Compartilhada. O que era realidade, agora é lei. Artigo disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_db=820, visualizado em: 15/05/2014*

mudanças ocorridas na sociedade, faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, buscando identificar o elemento que enlace o conceito de entidade familiar em todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua adequação.

A constituição federal de 1988 abriu o leque conceitual de família, passando a integrá-lo nas relações parentais, o que afastou da ideia de família o pressuposto de casamento. Sempre se conferiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução sofrida, sintetizando assim, uma organização que servirá de matriz para o indivíduo adulto. Com isso, pode-se concluir que a família tem como função social preparar o indivíduo, para a vida em comum, cumprindo seu papel como cidadão, contribuindo para evolução da sociedade.

É nesse contexto que se insere a Guarda Compartilhada. As mudanças ocorridas na sociedade e no ambiente familiar foram cruciais para que se chegasse a esse modelo de guarda, uma opção tanto para os pais, quanto para os filhos, desde que ambos os pais concorram para que esse modelo seja praticado de forma a atingir o seu maior objetivo: o bem estar do menor.

A decretação de ofício pode e deve ser praticada, mas o Juiz precisa cercar-se de profissionais que possam o auxiliar tecnicamente nessa decisão. Psicólogos e assistentes sociais exercem papel importante neste processo de mediação.

Como os outros modelos de guarda, a compartilhada também apresenta desvantagens e sem dúvida a falta de harmonia e respeito entre os ex-cônjuges, pode prejudicar os filhos, que continuarão a viver em ambiente hostil, por isso a mediação é decisiva, haja vista que o melhor interesse do menor deve ser basilar para a escolha do modelo.

A Guarda Compartilhada, quando, praticada por pais que se respeitam, concorre positivamente na educação dos filhos. Os laços afetivos construídos enquanto havia a sociedade conjugal, permanecem e os filhos sentem-se mais seguros. Esse modelo consiste em partilhar a convivência dos pais com os filhos, e quando mencionamos a palavra partilha a definimos no seu sentido mais abrangente: partilhar o dia a dia, as angústias, as alegrias, as conquistas e as perdas. Esse é o sentido da Guarda Compartilhada, fazer com que os pais, mesmo separados, continuem participando da vida de seus filhos, pois este laço independe da sociedade conjugal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada*. Um avanço para a Família. 2 ed. SP: Atlas.p.67

BAROUKI, Samir. *Guarda. Impossibilidade de Convenção em Casos de Separação ou Divorcio Consensuais*. Disponível em: www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_23_2_3.php.

- BARROS, Sergio Resende. *A ideologia do afeto*. Disponível em <<http://www.sbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto>>. Acesso em 05.10.2015.
- BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas: *A Construção Social da Realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1978.
- BRASIL, Estatuto da Criança e do adolescente. *Lei n.8069 de julho de 1990*. VadeMecum. São Paulo: Rideel, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2002.p.128;
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.6. Salvador: JusPodivm, 2013.p, 98
- GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção Integral: paradigma multidisciplinar do direito pós moderno*. Porto Alegre: Alcance, 2002.
- GRISARD Filho, Waldyr *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5.ed. São Paulo: RT, 2010.
- KRAEMER Verno Eduardo. *Guarda Compartilhada: Dos princípios constitucionais a sua aplicabilidade nas ações que a envolvem*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7462&revista_caderno=14. Acesso: 10/04/2014.
- LEITE Gisele. *A dissolução da Sociedade Conjugal*. Artigo disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=886224>>. Acesso: 10/04/2014.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004
- MELO, Graciela Fernanda Badona. *Guarda Compartilhada- o que era realidade, agora é lei*. Artigo disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=820, visualizado em:15/05/2014
- MENEZES, Elda Maria Gonçalves. *Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 01 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161&seo=1>>. Acesso em: 27/03/2014.
- ROCHA, Wilson da Silva, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua aplicação moderna*. Disponível em :WWW.overmundo.com.br/banco/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-aplicacao-moderna-1, acesso em 17/08/2015
- SILVA, Ana Maria Milano. *Guarda compartilhada*, v1, São Paulo: LED, 2005.

Recebido em: 10.09.2015

Aceito: 10.12.2015