

**A APLICABILIDADE DA REGRA DO PARÁGRAFO SEGUNDO, DO ARTIGO
1.584, DO CÓDIGO CIVIL NAS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE GUARDA NA
COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE – SC.**

Genieli Cristina De Lucca¹

Edenilza Gobbo²

RESUMO:

O presente artigo discorre, primeiramente, sobre princípios que dizem respeito ao direito das crianças e adolescentes, trazidos pela Constituição Federal de 1988. Em especial, aborda questões ligadas à guarda dos filhos e procura averiguar a aplicabilidade da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil nas ações que versem sobre guarda na comarca de São Miguel do Oeste – SC, através da análise de dados coletados por meio de pesquisa de campo. Para tanto, utilizou-se, primeiramente, o método da pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de material já publicado, constituindo-se principalmente de livros e artigos disponibilizados na internet e da pesquisa jurisprudencial. Posteriormente foi feita pesquisa de campo, realizada no fórum da Comarca de São Miguel do Oeste – SC, a fim de se investigar a eficácia da regra que prevê a fixação da guarda compartilhada no caso de não haver consenso entre os pais sobre a guarda dos filhos (parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil) em ações que tramitam na referida comarca. Ao final da averiguação, ficou claro que, no caso em que não houve consenso entre os pais quanto à guarda, o juízo não aplicou a guarda compartilhada, pelo motivo de os adolescentes manifestarem naquele caso, interesse em ficar com a mãe, o que deveria ser levado em conta uma vez que a guarda de fato já vinha sendo exercida por ela. Entretanto, levando-se em consideração que, como o trabalho e a pesquisa foram comprometidos pela limitação de processos disponibilizados, não foi possível concluir com certeza se a referida regra é ou não aplicada na mencionada comarca. Finalizando, buscou-se investigar o que vem sendo decidido pela jurisprudência em casos como o

¹ Autora. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Brasil (2012). Pós Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Orientadora. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil (2001), Professora titular do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Brasil.

estudado, verificando-se que a decisão do juízo da mencionada comarca vai de encontro com os recentes entendimentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, para casos análogos, que são no sentido de que a referida regra deve ser aplicada, sobretudo, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, dentre outros motivos.

Palavras-chave: Guarda dos Filhos. Convivência Familiar. Melhor Interesse do Menor. Guarda Compartilhada. Regra.

ABSTRACT:

This article discusses principles concerning the rights of children and teenagers, brought by the Federal Constitution of 1988, especially, addresses the child custody and seeks to ascertain the applicability of the rule of the second paragraph of Article 1584 of the Civil Code in actions that deal with custody in the Comarca of São Miguel do Oeste - SC, by analyzing data collected through field research. To do so, first, we used the method of literature research, developed from previously published material, constituting mainly of books and articles available in the internet and jurisprudential research. Later on field research conducted in the forum of the Comarca of São Miguel do Oeste in order to investigate the effectiveness of the rule that provides for the fixing of shared custody if there is no consensus among parents on child custody (second paragraph, of Article 1584, of the Civil Code) and in cases in that county. At the end of the investigation, it became clear that, in the event that there was no consensus among parents as to custody, the court did not impose shared custody on the ground that teens express that case, interest in staying with the mother, which should be taken into account since the guard actually had already been exercising for it. However, taking into consideration that, as the work and research have been compromised by the limitation of available processes, we could not conclude with certainty whether or not this rule is applied in said county. Finally, we sought to investigate what has been decided by case law in cases such as the one studied, verifying that the decision of the court of said county meets with recent understandings of the Court of Santa Catarina and the Superior Court of Justice for similar cases, which are to the effect that this rule must be applied in respect to the principle of the best interests of the child.

Keywords: Child Custody . Family coexistence. Best Interests of the Minor. Shared custody. Rule.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará um assunto importante na área do direito de família, que é a guarda dos filhos pelos genitores, e tem como objetivo verificar a eficácia da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil nas ações que versem sobre guarda na comarca de São Miguel do Oeste – SC.

A presente pesquisa justifica-se pela importância do tema pesquisado, uma vez que procura verificar a aplicação ou não do dispositivo legal citado ao caso concreto, observando-se que, hoje em dia, ainda existe muita divergência sobre o assunto e muita falta de conhecimento da mencionada regra, até mesmo pelos litigantes, em ações que versem sobre guarda.

Tratando-se de regra imposta pelo Código Civil, faz-se necessário que se busque averiguar a sua aplicação, e, em caso de não aplicação, qual a justificativa para tal.

Buscar-se-á, com a presente pesquisa, a resposta para as indagações trabalhadas no decorrer do trabalho, quais sejam: Quais são os princípios aplicados ao direito de família?; Quais são os pontos importantes a serem estudados sobre o direito de família e a guarda?; E ainda, A regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil está sendo aplicada nas ações que versem sobre guarda na comarca de São Miguel do Oeste – SC?

Com o fim de se alcançar a resposta ao problema, ou seja, para alcançar o objetivo proposto, o presente artigo foi estruturado em quatro capítulos. O primeiro versará sobre a doutrina da proteção integral, o segundo sobre o direito à convivência familiar dos filhos, o terceiro versará sobre as modalidades de guarda, e ainda, o último finalizará o estudo abordando a aplicabilidade da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil nas ações que versem sobre guarda na comarca de São Miguel do Oeste – SC.

2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe muitas inovações. Especificamente no direito da criança e do adolescente, consagrou princípios importantes, como por exemplo, a doutrina da proteção integral e o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes, colocando a população infanto-juvenil como prioridade constitucional.

Crianças e adolescentes são seres que se encontram em fase de desenvolvimento, devem-se fomentar os meios de garantir a promoção de sua personalidade. Para tanto, a Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao valor da pessoa humana importância máxima,

protegendo a sua dignidade de forma privilegiada, em seus artigos 227 e 229, trata desses meios de fomento, especialmente pelo dever que ambos os pais têm de efetivar tal proteção pelo âmbito familiar, que não se extingue com o fim da conjugalidade dos pais, consoante previsão do artigo 1.632 do Código Civil. (MEIRA, 2010, p. 225).

Conforme indica Meira (2010, p. 226), passou-se a considerar criança e adolescente como titulares de direito, estabelecendo-se uma série de deveres para a família, principalmente no tocante às responsabilidades dos pais, visando à guarda e a proteção dos menores, a fim de lhes proporcionar as necessárias condições de sobrevivência e desenvolvimento, passando, a família, a ser eixo de realização pessoal e afetiva de seus integrantes.

Assim, como base dos novos parâmetros para o tratamento da população infanto-juvenil, a Carta Magna trouxe a chamada *Doutrina Jurídica da Proteção Integral*, que indica que: “mencionado grupo deve ser protegido em quaisquer circunstâncias, além de garantir seus direitos e reconhecer suas prerrogativas, da mesma forma que para os adultos.” (PEREIRA, 2000 apud MEIRA, 2010, p. 231, grifo do autor).

De acordo com o artigo 227, da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes gozam, no seio da família, de *plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 98, grifo do autor).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 98):

Em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e adolescentes viventes em seu meio.

Conceituando-se, Luz (2004?) destaca:

A teoria de proteção integral parte da compreensão de que as normas que cuidam de crianças e de adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, porém sujeitos à proteção prioritária, tendo em vista que são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral.

Custódio (2009, apud GOBBI; SOUZA, 2011) vai mais a fundo afirmando:

A Teoria da Proteção Integral desempenha papel estruturante no sistema, na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e ainda direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e se reproduzem de forma recíproca.

Não só a Carta Magna, mas também outros diplomas consagraram prioridades à criança e ao adolescente, como o Código de Menores de 1927, a Convenção das Organizações das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 1989 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente nos artigos 15 a 18. (MEIRA, 2010, p. 232).

Veronese (2006, apud GOBBI; SOUZA, 2011) explica que a teoria da proteção integral firma-se em três eixos centrais:

Primariamente, concebe-se a infância e a adolescência como prioridade imediata e absoluta, isto é, a proteção da mesma sobrepõe-se a qualquer outra medida. Em seguida, a referida teoria assevera que o princípio do melhor interesse da infância deve prevalecer na tomada de decisões e execuções de ações relativas a tal estágio de desenvolvimento do ser. Por último, ultrapassando a ideia de que a família seria a maior responsável pela execução dos direitos da criança e do adolescente, a nova doutrina convoca a comunidade e o Estado para vir compartilhar a responsabilidade por tais direitos com a família.

Tal fase é um período de desenvolvimento, de amadurecimento desses infantes, de escolha por qual caminho da vida vão seguir. Em razão dessa especial fase do crescimento e desenvolvimento de sua personalidade, deixa de ser um dever apenas dos pais ou da família em que está inserido o menor zelar pela proteção dos seus direitos fundamentais, para se tornar um dever social tratá-los com prioridade absoluta, a fim de protegê-los nesse momento peculiar de fragilidade e incertezas. (MEIRA, 2010, p. 232).

Ademais, é justamente até os 18 anos que o cidadão é mais frágil e vulnerável, e essa situação de pessoa em desenvolvimento os faz destinatários de um tratamento especial (DIAS, 2013, p. 70).

No mesmo sentido, Lôbo (apud DIAS, 2013, p. 70) verifica que “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.

Finalizando, importa citar o ensinamento de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 101), que ressalta: “mais do que simplesmente jurídica, é espiritual a maior responsabilidade que assumimos perante os nossos filhos em nossa jornada eterna”.

Assim, vê-se que a doutrina da proteção integral justifica-se por se tratar de um período peculiar pelo qual estão passando crianças e adolescentes. Tais seres estão em desenvolvimento, encontram-se em situação de maior fragilidade em relação às outras pessoas, e isso requer um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana.

3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DOS FILHOS

A família é reconhecida pela legislação brasileira como alicerce, ambiente fundamental e privilegiado para o desenvolvimento completo dos indivíduos. De acordo com a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A Constituição assegura, com prioridade absoluta, a convivência familiar (art. 227). Para regulamentar esse princípio, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem destacar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta. Muito mais do que um direito reconhecido à criança e ao adolescente, constitucionalmente garantido, a convivência familiar vai se mostrar como verdadeira exteriorização da valorização do afeto, tão invocada na atual conjuntura brasileira. (MEIRA, 2010, p. 245).

Segundo Tacques (2012):

Ao estabelecer, em seu art. 227, que é dever do estado e da sociedade assegurar os direitos fundamentais da criança e adolescente, a Constituição Federal atribui ao poder público e aos membros da própria família o dever de proteger seus componentes, pois, para adequar-se ao conceito de direito fundamental, a convivência familiar deve ser prazerosa e saudável.

Isso porque é no núcleo familiar que os infantes recebem cuidados necessários para o seu crescimento e desenvolvimento como cidadãos. Essa atmosfera deve ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores, para que lhes seja garantido o cumprimento e aplicação dos direitos fundamentais a eles conferidos. (MEIRA, 2010, p. 245).

Conforme Bahia (apud TACQUES, 2012), o direito a uma vinculação afetiva é tão importante que está presente nas três dimensões de direitos humanos, pois:

[...] Em consonância com os direitos fundamentais de primeira dimensão, tutela a liberdade do indivíduo em constituir família, de qualquer uma das formas previstas, bem como a liberdade do menor ser criado e educado no seio de sua família natural. Já no tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, a igualdade faz-se presente através da inclusão da família na sociedade, consagrando-a como sujeito de direitos sociais como saúde, educação, moradia, etc. Ainda, atua oferecendo respaldo aos direitos fundamentais de terceira dimensão, vez que a família constitui um importante instrumento a favor da coletividade.

Deve-se observar que, atualmente, o conceito de família está muito mais relacionado com a ideia de afeto do que com o padrão de família tradicional. Percebe-se que a família deve ser considerada em todo o seu contexto sócio histórico, diretamente relacionada com as

constantes transformações da sociedade, devendo ser rejeitadas discriminações que teriam por base o conceito de família “normal”. (BERTI et al., 2010, p. 140).

Nesse sentido, segundo Medeiros, Merigo e Silveira (2010, p. 10):

Faz-se necessário romper com a idealização do modelo de família, e conceber suas novas configurações e formas de organização que representam a atual realidade. Do mesmo modo, é preciso romper os estigmas sobre as diferentes composições familiares, entendendo que ela não segue um modelo único, mas, é uma esfera marcada por diferenças.

De qualquer forma, dada a relevância do direito à convivência familiar e independente dos arranjos familiares, a família é de suma importância na vida dos sujeitos e por isso, segundo Dias (2013, p. 71), “há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural”.

Reforçando essa ideia, Meira (2010, p. 245) destaca que, “toda criança e adolescente têm o direito à convivência familiar, sendo prioridade absoluta conferida pela Constituição da República”.

Importa ainda observar, que esse direito “a convivência”, conforme defendem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 103), deve ser estendido, para não recair somente sobre os pais, mas também aos outros integrantes da família, como os avós, tios, e irmãos, com os quais a criança ou o adolescente mantém vínculos afetivos.

Nesse sentido, o afastamento definitivo dos filhos de sua família natural é apenas recomendável em situações excepcionais e justificadas por interesses superiores, como por exemplo, em caso de adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento do dever legal. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 102).

É sabido que após a separação, a ruptura da sociedade conjugal, faz com que os pais causem conturbação que ocasiona um maior sofrimento dos filhos diante da situação. Situação essa, que seria facilmente melhor vivenciada se os genitores continuassem a ser pais e mães de forma afetiva, mesmo após a ruptura da relação conjugal. Certo é que, mesmo depois da separação, sempre vai competir a ambos os pais a direção da criação e educação de seus filhos, pois eles é que serão os responsáveis pela transmissão dos valores necessários ao melhor desenvolvimento de sua prole. (MEIRA, 2010, p. 245).

Dias (2013, p. 451), confirmando esse entendimento, afirma que “o rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos

os genitores. É necessário que eles não se sintam objeto de vingança, por deliberação dos ressentimentos dos pais”.

A estrutura familiar traz em seu âmago não apenas a ideia de vínculos que unem as pessoas entre si, mas, sobretudo, a da existência de uma estruturação psíquica em que cada pessoa deve ter o seu lugar e exercer uma função – de filho, de pai, de mãe, etc. – além de, como unidade, ter a função de referenciar determinada pessoa na sociedade. (OLIVEIRA, 2010?).

Nessa senda, verifica-se que a família é capaz de intervir, decisivamente, na formação psicossocial de crianças e adolescentes, evitando ou pelo menos minimizando eventuais prejuízos que possam vir a aparecer em seu desenvolvimento. (OLIVEIRA, 2010?).

Como já mencionado, o afastamento definitivo dos filhos de sua família natural é apenas recomendável em situações excepcionais. A baixa renda da família, portanto, não é fator determinante na fixação da guarda de crianças e adolescentes, como bem observam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 102):

Ao prever que a falta de recursos materiais não autoriza a perda ou suspensão do poder familiar, a norma estatutária [ECA, art. 23 e parágrafo único] está assegurando, especialmente a famílias de baixa renda, a convivência familiar com a sua prole, impedindo que o poder econômico seja utilizado como vetor de determinação da guarda ou de qualquer outra medida em face de suas crianças e adolescentes.

Entretanto, segundo os mencionados autores, de nada adianta o permissivo assecuratório, se não forem implantadas sérias políticas públicas de auxílio e reingresso social, e esta é uma causa muito séria, pois, frequentemente, questões familiares são levadas as portas da justiça, “tendo como raiz de fundo a falta de orientação social e psicológica dos atores envolvidos num cenário familiar de dor e sofrimento”.

Assim, acredita-se que o princípio da convivência familiar necessita, para se consolidar, não apenas de amparo jurídico normativo, mas, principalmente, para que ocorra a sua plena realização, de uma estrutura multidisciplinar associada.

4 MODALIDADES DE GUARDA

Organizar a vida em sociedade, coibindo excessos e impedindo colisão de interesses, é a mais importante função do Estado, sendo o direito a mais eficaz técnica de organização da sociedade. (DIAS, 2013, p. 25).

Em tese, a lei pretende abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação, mas há nisso um descompasso, pois a realidade sempre antecede ao direito e ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível se contemplar na legislação. (DIAS, 2013, p. 26).

Segundo Dias (2013, p. 27):

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.

Na família contemporânea, a igualdade entre os cônjuges e a proibição de designação discriminatória dos filhos alcançam o interior das relações familiares, fazendo com que pais e filhos assumam novos papéis. (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 123).

Na dissolução da sociedade conjugal, via de regra, é quando se discute a guarda dos filhos, seja por acordo ou por sentença, e quanto a esse tema, “[...] a lei estabeleceu uma série de diretivas ao magistrado. Esses critérios não são, porém, absolutos.” (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990 apud DIAS; PEREIRA, 2006, p. 123).

Freitas e Pellizzaro (2010, p. 83) conceituam guarda como sendo:

A condição de direito de uma ou mais pessoas, por determinação legal ou judicial, em manter um menor de 18 anos sob sua dependência sociojurídica, podendo ser unilateral ou compartilhada. Do latim *guardare* e no germânico *wardem*, seu significado reside em proteger, conservar, olhar, vigiar.

Já para Dias e Pereira (2006, p. 123) “[...] a guarda, expressão que não significa apenas guardar, importa precisamente em assumir responsabilidade, no interesse da criança”.

A máxima “no interesse da criança”, preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente à guarda, é princípio informador para que o juiz confira a guarda àquele dos pais que efetivamente tenha melhores condições de atender esses interesses dentro de padrões mínimos. (DIAS; PEREIRA, 2006, p. 124).

Segundo Dias (2013, p. 276):

Exercem ambos os genitores o poder familiar durante o casamento (CC 1.631). Depois do divórcio, não se modificam os deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1.579). Assim, mesmo depois de dissolvido o casamento, persiste o dever de sustento e de educação da prole. O ônus é de ambos os pais. [...] Cada um deve

contribuir, na proporção de sua condição econômica, para a manutenção dos filhos [...].

Por uma questão de cultura, historicamente os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe. Isso porque, tradicionalmente os meninos não podiam brincar de boneca, entrar na cozinha, etc. Em face disso, óbvio que nunca tiveram a menor habilidade para cuidar dos filhos. Assim, essas tarefas eram desempenhadas exclusivamente pelas mães e quando da separação, os filhos só poderiam ficar com elas. (DIAS, 2013, p. 450).

O Código Civil de 1916, nitidamente repressor e punitivo, determinava que, em caso de desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge **inocente**, ou seja, para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado e então os filhos eram entregues como **prêmio**, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”. Essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Igualmente a Lei do Divórcio privilegiava o cônjuge inocente, no seu artigo 10. No entanto, havendo motivos graves, a bem dos filhos, era facultado ao juiz decidir diversamente (artigo 13, Lei nº 6.515/1977). (DIAS, 2013, p. 450, grifo do autor).

Posteriormente, a Constituição Federal banuiu discriminações ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e a mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF, artigo 226, § 5º), produzindo reflexos significativos no poder familiar. Da mesma forma o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em **sujeitos de direito**, trouxe toda uma nova concepção. (DIAS, 2013, p. 451, grifo do autor).

A evolução representou melhoria para a situação do público infanto-juvenil, isso porque, interessa tão somente a busca do interesse existencial da criança ou do adolescente, pouco importando quem fora o culpado na separação ou no divórcio. Afinal, se não há razão fundada no resguardo do interesse existencial da criança ou do adolescente, o cônjuge que apresentar melhores condições poderá deter a sua guarda, independentemente de aferição de culpa no fim da relação conjugal. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 596).

Vislumbra-se que, perante a evolução legislativa, abandonou-se o princípio da culpa, substituindo-o pelo da afetividade, segundo o interesse dos filhos. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 91).

Como vislumbrado, quando do rompimento do vínculo conjugal, deve ser fixada a guarda dos filhos menores. Diante disso, necessário traçar um paralelo entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada, indicando as características, diferenças e vantagens de cada uma, para entender porque o Código Civil preferiu a compartilhada ao impor sua

aplicação, sempre que possível, nos casos em que não houver acordo entre pai e mãe acerca da guarda.

4.1 UNILATERAL

A definição de guarda unilateral está no artigo 1.583, em seu primeiro parágrafo, do Código Civil. Para Clarindo (2013), nesta modalidade de guarda:

Um dos genitores estará incumbido de ser o “guardião”, exercendo tanto a guarda jurídica como a física, pois permanecerá no mesmo residindo com a prole. O outro genitor é denominado pela doutrina como “visitante” ou “não guardião” justamente por gozar de forma menos frequente do contato com os filhos, deixando de ter efetivamente a guarda física.

Antes de entrar em vigor a Lei 11.698/2008 (lei de Guarda Compartilhada), o Código Civil estabelecia a guarda unilateral como modalidade legal. Com a nova regra jurídica, a guarda compartilhada passa a ser uma opção que deve ser incentivada e explicada com o fim de que seja adotada pelos cônjuges. (FREITAS; PELLIZARO, 2010, p. 84).

Nesse sentido, afirma Dias (2013, p. 458) que, a lei até prevê a possibilidade do deferimento de guarda unilateral, mas já se adianta que sua preferencia é pela guarda compartilhada. A guarda deferida a somente um dos cônjuges, com a fixação de regime de visitas, é estabelecido quando decorrer do consenso de ambos. Ainda assim, o artigo 1.584, § 1º, do Código Civil, prevê que, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada. Além disso, mesmo que um dos cônjuges não concorde com a guarda compartilhada, pode o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

A guarda unilateral será atribuída motivadamente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la, bem como tenha aptidão para propiciar ao filho afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar, saúde, segurança e educação na forma do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil. (DIAS, 2013, p. 458).

Necessário se faz destacar que, mesmo sendo eleita a guarda unilateral, o juiz deverá informar o significado e a importância da guarda compartilhada. (DIAS, 2013, p. 456).

Dias (2013, p. 485) ainda observa que, mesmo sendo deferida a guarda unilateral, o genitor não guardião obriga-se a supervisionar os interesses dos filhos, sendo também lhe concedido o direito de fiscalizar sua manutenção e educação, sendo dever da escola informar ao pai e a mãe, mesmo aquele genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

Para Dias (2013, p. 459):

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

Tal prática, complementa Motta (2000, apud DIAS, 2013, p. 459):

[...] Tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.

Por outro lado, verifica-se também que a guarda unilateral pode vir a ser desencadeadora da alienação parental, conforme informa Clarindo (2013):

Observa-se que a guarda unilateral é um cenário que favorece o surgimento da alienação na medida em que já foi instituída, em sua origem, desobedecendo à necessária separação entre as funções parentais e conjugais. Desde os primórdios da nossa legislação civil o critério norteador para definir quem seria o genitor guardião referia-se ao “cônjuge inocente”. Ficaria com a prole aquele que não houvesse dado causa à separação.

Segundo Clarindo (2013), sendo a alienação parental vista como um “processo”, composto pela reiteração de diversos tipos de práticas alienantes, percebe-se que a ausência, na maior parte do tempo, do genitor alvo, propicia ao genitor alienante tempo para atuar em prol de seus nefastos desígnios.

A partir disso, o genitor visitante tende a ser visto pelos próprios filhos como uma pessoa com a qual perdem a intimidade gradativamente, e sentem cada vez menos o afeto que lhes é direcionado em poucos períodos destinados à visita, e isso propicia um natural distanciamento entre a prole e o visitante, o que por si só favorece o guardião que deseje alienar e por fim instaurar a síndrome. (CLARINDO, 2013).

Acerca do tema da alienação parental, Freitas e Pellizzaro (2010, p.92), defendem que a utilização da guarda conjunta, como forma de superação das limitações trazidas pela guarda unilateral é, dentre tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome da alienação parental.

Ademais, para Grisard Filho (2002, apud FREITAS e PELLIZZARO, 2010, p. 86):

A guarda exclusiva, unilateral ou invariável é preconceituosa e não atende às necessidades da criança ou adolescente, visto que não se deve dispensar a presença constante do pai ou da mãe em plena formação dos filhos. [...].

Portanto, verifica-se que a guarda unilateral tende a trazer mais malefícios do que benefícios para as crianças e adolescentes, pois tende a separar cada vez mais o cônjuge não guardião de sua prole.

4.2 COMPARTILHADA

Como já mencionado, a guarda compartilhada deve e tende a ser mais incentivada quando do rompimento do convívio dos pais, pois assegura maior aproximação física dos filhos com ambos os cônjuges.

Como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 600), a partir da Lei 11.698, de 2008, a guarda compartilhada passou a ser modalidade preferível em nosso sistema, devendo os juízes incentivarem a sua adoção.

Para Dias (2013, p. 454), atribuir a guarda compartilhada:

[...] É o modo de garantir, de forma efetiva a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

Conceituando, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 599) apontam esta modalidade de guarda como aquela em que “tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos”.

Já para Freitas e Pellizzaro (2010, p. 86):

A guarda compartilhada é um sistema em que os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação e criação. Esse é um dos meios de exercício da autoridade familiar, que busca harmonizar as relações pai/filho e mãe/filho, que espontaneamente tendem a modificar-se depois da dissolução da convivência.

Os fundamentos da guarda compartilhada, que são de ordem constitucional e psicológica, visam basicamente garantir o interesse da prole. Significa que os pais estarão de forma mais intensa na vida dos filhos e essa participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (DIAS, 2013, p. 454).

Esse modelo de guarda, segundo Meira (2010, p.242), nada mais é do que a efetiva aplicação da regra prevista no artigo 1.632, do Código Civil, que prevê que a dissolução do

vínculo conjugal não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que é atribuído aos primeiros, de terem em sua companhia os segundos.

O que se visa com a guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferir aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. (DIAS, 2013, p. 454).

Contribuindo nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 600) asseguram que tal modalidade traz inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Isso porque, leva-se em conta não existir a danosa exclusividade típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou do adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores.

Segundo Dias (2013, p. 454), “a finalidade é consagrar o direito da criança e de seus genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda unilateral”.

Mais do que isso, a autora complementa:

A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer. (MOTTA, 2006, apud DIAS, 2013, p. 454).

Importa observar que, o modelo de guarda compartilhada não era proibido antes de ser inserido de forma expressa na legislação, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. (DIAS, 2013, p. 455).

Agora esta modalidade de guarda está definida na lei (CC, 1.583, § 1) e ocorreu verdadeira mudança de paradigma. Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, que deixem para trás as magoas e frustrações, e, mesmo assim, se os ressentimentos persistirem, nem por isso se deve abrir mão desta modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos. (DIAS, 2013, p. 455).

Justifica-se a preferencial legal pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço, segundo Dias (2013, p. 455), pois:

Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. [...] Sua adoção não mais fica a mercê de acordos firmados entre os pais. Está contemplada expressamente na norma legal como preferencial. Caso não pudesse ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores, se transformaria em instituto destituído de efetividade.

Merece se fazer a ressalva de que esta modalidade de guarda deveria ser consenso entre as partes, já que se decorrer de determinação legal, pode não gerar efeitos positivos. (DIAS, 2013, p. 456).

Assim, se na demanda, um dos cônjuges manifestar interesse em reivindicar a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda conjunta, e se necessário para tanto, encaminhá-los para acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, para que possam desempenhar a contento tal mister, já que essa modalidade de guarda, com certeza, traz menos malefícios ao filho do que a regulamentação minuciosa das visitas, com definição de dias e horários e a previsão de sanções para o caso de inadimplemento. (DIAS, 2013, p. 456).

Fixando-se a guarda conjunta, significa dizer que a criança ou adolescente terá dois lares, dupla residência, o que é admitido por lei, ficando assim o filho, livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer. Entretanto, há a possibilidade de ficar definida a residência do filho com um dos pais, sendo necessário tomar cuidado para que não se desvirtue o instituto, restando o genitor, cujo lar serve de abrigo ao filho, com a sensação de que ganhou a disputa, e o filho, de que ele é o seu guardião. (DIAS, 2013, p. 456).

Ainda, importa informar que a fixação da guarda compartilhada não impede fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Assim, como as despesas do filho devem ser partilhadas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. (DIAS, 2013, p. 457).

Conforme Dias (2013, p. 457), a guarda compartilhada só não pode ser imposta pelo juiz, quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral. No entanto, caso somente um dos genitores não a aceite, deve ser determinada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se esta for a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, conforme o artigo 1.584, § 3º, do Código Civil.

Como visto, percebe-se que a fixação da guarda na forma compartilhada tende a atender melhor as necessidades das crianças e adolescentes e é por isso que ela deve ser incentivada pelo magistrado na hora de decidir a guarda dos filhos.

5 A APLICABILIDADE DA REGRA DO PARÁGRAFO SEGUNDO, DO ARTIGO 1.584, DO CÓDIGO CIVIL NAS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE GUARDA NA COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE – SC.

No último capítulo do presente artigo, fez-se uma pesquisa de campo para verificar a aplicabilidade da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil nas ações que versem sobre guarda na Comarca de São Miguel do oeste – SC, pesquisa esta que será apresentada a seguir.

5.1 DELINEAMENTO DA PESQUISA DE CAMPO.

De acordo com os objetivos propostos, a presente pesquisa qualifica-se como quantitativa e qualitativa, pois não só leva em consideração a coleta de dados em si, com representação numérica dos resultados, mas também por fazer-se valer do estudo de casos para compreendê-los e chegar às devidas conclusões.

A presente pesquisa se caracteriza como explicativa e exploratória, uma vez que “[...] visa aprofundar o conhecimento da realidade porque explica o porquê das coisas. Ao ser realizada [...] na área das Ciências Sociais, requer prioritariamente o uso do método da observação”. (STRIEDER, 2009, p. 47).

A pesquisa se compôs inicialmente de um levantamento bibliográfico fundamentado em textos de livros e artigos científicos, ou seja, a partir de material já publicado, até se chegar ao estudo de campo que, segundo Strieder (2009, p. 48), “é um estudo mais aprofundado, apresenta maior flexibilidade, permite a reformulação de seus objetivos no decorrer do processo de pesquisa. Prevê a coleta e descrição minuciosa de informações”.

A referida pesquisa de campo foi realizada em 29 de abril de 2014, no fórum da Comarca de São Miguel do Oeste a fim de investigar a eficácia da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil nas ações que versem sobre guarda na referida comarca.

Observe-se que, a pesquisa se realizou com um número reduzido de ações (26), as quais foram disponibilizadas pela comarca e que estavam em cartório na data da pesquisa, não bastasse a insistência da pesquisadora no sentido de que lhe fosse disponibilizada maior diversidade de processos.

Após a coleta dos dados, estes foram analisados e os resultados serão representados por tabelas.

5.2 APRESENTAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS COLETADOS.

Serão agora apresentados e interpretados os resultados da coleta de dados, começando pela verificação de quais espécies de ações foram pesquisadas.

Espécie das ações consultadas	Número de ações
Ação de guarda, modificação e regulamentação.	19
Ação de divórcio (litigioso e consensual)	04
Ação de reconhecimento e dissolução da união estável.	03

Observa-se que, das ações pesquisadas, 19 (dezanove) delas, ou seja, a maioria se tratava de ação de guarda, modificação e regulamentação; 04 (quatro) das ações eram de divórcio, tanto litigioso como consensual e; 03 (três) se tratavam de ação de reconhecimento e dissolução da união estável.

Dentre as ações pesquisadas, passar-se-á agora a interpretação dos dados relativos às Ações de Divórcio (litigioso e consensual):

Espécie de ação	Ações pesquisadas	Ações em que houve acordo sobre a guarda dos filhos	Opção pela guarda unilateral	Opção pela guarda compartilhada	Ação em que houve desistência em virtude de reconciliação do casal
Ação de divórcio (litigioso e consensual)	04	03	02	01	01

Das ações de Divórcio pesquisadas, tanto litigiosas como consensuais, de 04 (quatro) ações encontradas, em (03) três delas houve acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos, tanto durante a instrução normal do processo, como em audiência, no momento em que o juízo faculta a conciliação, sendo que em 02 (duas) delas se optou pela guarda unilateral, e em 01 (uma) delas se optou pela guarda compartilhada. Ainda, importa observar que, 01 (um) processo foi extinto, pois houve desistência da ação em virtude da reconciliação do casal.

Note-se que, nestas 04 (quatro) ações pesquisadas, não houve oportunidade de o juiz aplicar ou não a regra prevista no parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil, pois em todas houve acordo, ou seja, consenso quanto à guarda dos filhos.

Passa-se agora a análise dos dados coletados nas ações de Guarda, Modificação e Regulamentação:

Espécie de ação	Número de ações litigiosas	Número de ações consensuais	Opção de guarda na ação consensual
Ações de guarda, modificação e regulamentação (consensual e litigioso).	18	01	Unilateral

Das ações pesquisadas, dentre as de Guarda, Modificação e regulamentação, apenas 01 (uma) era consensual, onde se optou pela guarda unilateral, sendo todas as outras litigiosas, as quais serão analisadas a seguir.

Vamos às seguintes tabelas, a primeira se referindo à fase em que se encontra o processo, a segunda, especificadamente sobre a guarda:

Espécie de ação.	Fase de citação.	Fase de contestação	Fase de impugnação.	Fase de oitiva do menor para verificar qual sua vontade e quanto à guarda.	Fase de estudo social.	Sentenciadas.
Ações de guarda, modificação e regulamentação (consensual e litigioso).	05	01	01	01*	05	06

* única ação consensual com opção pela guarda unilateral.

Espécie da ação	Sentenciadas	Houve acordo quanto à guarda dos filhos	Não houve acordo quanto à guarda dos filhos	Opção pela guarda unilateral	Opção pela guarda compartilhada

Ações de guarda, modificação e regulamentação (consensual e litigioso).	06	06	00	06	00
---	----	----	----	----	----

Nas 19 (dezanove) ações de Guarda, Modificação e Regulamentação pesquisadas, observou-se que, 05 (cinco) delas estão em fase de citação, 01 (uma) delas está em fase de contestação, 01 (uma) delas está em fase de impugnação, 01 (uma) delas está em fase de oitiva do menor para verificar qual sua vontade quanto à sua guarda – observando-se que esta ação é a única ação consensual dentre as 19 (dezanove) – e 05(cinco) estão em fase de estudo social, o que prejudicou a conclusão do trabalho, pois somente em 06 (seis) delas já houve sentença, onde, dentre essas, em todas houve acordo quanto à guarda dos filhos, com opção pela guarda unilateral em todas elas (06).

Nas ações de Reconhecimento e Dissolução da União Estável, obteve-se os seguintes dados:

Espécie de ação	Ações pesquisadas	Ações em que houve acordo sobre a guarda dos filhos	Opção pela guarda unilateral	Opção pela guarda compartilhada
Reconhecimento e dissolução da união estável	03	02	02	00

Espécie de ação	Ações pesquisadas	Ações em que não houve acordo sobre a guarda dos filhos	Ações em que houve aplicação da regra do § 2º, do artigo 1584 do CC
Reconhecimento e Dissolução da União Estável	03	01	00

Nessas espécies de ações (Reconhecimento e Dissolução da União Estável) observou-se que, de 03 (três) ações pesquisadas, em 02 (duas) houve acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos, optando-se, em ambos os casos, pela guarda unilateral. Verificou-se ainda, que na ação remanescente, não houve acordo entre os pais sobre a guarda dos filhos, e também não houve aplicação da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.854, do Código Civil, neste caso.

Investigando-se o motivo da não aplicação da mencionada regra na referida ação, averiguou-se que o juízo atribuiu a guarda unilateral à genitora, mesmo em caso de não existir consenso quanto à guarda entre os pais, justificando que “Os adolescentes manifestaram interesse em ficar com a mãe, o que deve ser levado em conta uma vez que a guarda de fato já vinha sendo exercida por ela”.

Portanto, levando-se em consideração que, dos processos analisados, encontrou-se apenas 01 (um) processo em que não houve acordo entre os pais acerca da guarda e que já está em fase de sentença, conclui-se que a regra do parágrafo segundo, do artigo 1584, do Código Civil não foi aplicado ao caso concreto, uma vez que foi atribuída a guarda unilateral à requerente.

Importa mencionar por oportuno que, em apenas 01 (uma) das ações pesquisadas, os pais optaram pela guarda compartilhada quando houve acordo entre as partes.

5.3 PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Devido à grande importância do tema proposto, passa-se agora a uma pesquisa jurisprudencial acerca da aplicação da guarda compartilhada em processos onde não houve acordo entre as partes quanto à guarda.

A primeira decisão a ser colacionada, diz respeito a não aplicação da regra da guarda compartilhada no caso de ausência de consenso entre os pais, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. PRETENSÃO PATERNA DE GUARDA COMPARTILHADA. GUARDA UNILATERAL EXERCIDA DEFERIDA À GENITORA. AUSÊNCIA DE CONSENSO. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. A guarda compartilhada não deve ser fruto de imposição do juízo, mas uma decorrência de acordo entre as partes. Logo, se a genitora não concorda com a guarda compartilhada, não se deve alterar a situação atual, em observância ao melhor interesse do infante. VERBA ALIMENTAR. APLICAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. Considerando que as necessidades da alimentada são presumidas, cumpre manter a verba fixada em sentença a título de alimentos. Ausente comprovação da impossibilidade. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70057505596, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 30/01/2014). (TJ-RS - AC: 70057505596 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 30/01/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/02/2014, grifo nosso).

Na mencionada decisão, o Tribunal entendeu que a regra da aplicação da guarda compartilhada não deve ser imposta pelo juiz, uma vez que cabe se atentar muito mais ao melhor interesse da criança nesses casos.

Percebe-se que no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, também houve decisão neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. GUARDA MONOPARENTAL DO FILHO MENOR DO CASAL. PLENA ADAPTAÇÃO AOS AMBIENTES FAMILIAR E ESCOLAR PROPORCIONADOS PELO GENITOR. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL À MANUTENÇÃO DA GUARDA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA JUSTIFICAR SUA MODIFICAÇÃO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA MANTIDA NESTE PONTO. Demonstrado que o genitor exerce a guarda do filho menor desde a separação do casal e, comprovado tratar-se de ambiente saudável para o seu desenvolvimento, há que ser mantida a guarda em seu favor, a fim de preservar os melhores interesses do infante. **GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. NECESSÁRIA RELAÇÃO AMIGÁVEL A FIM DE NÃO PREJUDICAR A CRIANÇA. Somente deve ser deferida a guarda compartilhada quando houver entre os genitores relação amigável e consenso, a fim de não inviabilizar o objetivo dessa modalidade que é resguardar o melhor interesse da criança.** REGIME DE VISITAS. AMPLIAÇÃO DOS PERÍODOS DE CONVIVÊNCIA COM A GENITORA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INFANTE. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos. Assim, inexistente qualquer prejuízo à criança, deve ser acolhido o pleito da mãe que pretende a ampliação dos seus períodos de visitas. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 21/08/2013, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado, grifo nosso).

Verifica-se que na citada decisão também se entendeu pela não aplicação da guarda compartilhada quando não houver consenso entre os pais. E mais, o Tribunal observou ainda, que para a aplicação da guarda compartilhada há de se verificar entre os genitores relação amigável e consenso.

Em contraposição, o Superior Tribunal de Justiça, entende de modo diferente, decidindo do seguinte modo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. **2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidencição das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício**

de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, **para que não se faça do texto legal, letra morta.** 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. **10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.** 11. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministra Nancy Andrigli, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - Terceira Turma, grifo nosso).

Sustentou-se que, o princípio do melhor interesse da criança fica mais bem assegurado quando aplicada a guarda compartilhada, ou seja, quando aplicada a regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil, em caso de não haver consenso entre os pais.

Interpretando a referida ementa, verifica-se que o ideal é que os pais se reestruturam quando da separação do casal, que façam concessões e adequações, para que os filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial, ou seja, com a separação, é muito mais coerente que os pais façam as mudanças necessárias em suas vidas para que os filhos possam continuar com a presença tanto materna quanto paterna em suas formações.

Ademais, reconhece-se que a aplicação da regra em caso de não haver consenso é medida extrema, mas necessária (contrariando a primeira decisão colacionada) para que não se faça do texto legal, letra morta.

Importante observar que, em recente decisão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina mudou o antigo entendimento e aplicou a referida regra, de acordo com o que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. GUARDA UNILATERAL DEFERIDA À MÃE. **AUSÊNCIA DE CONSENSO. GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. ATENDENDO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.584, §2º DO CÓDIGO CIVIL.** OBRIGAÇÃO ALIMENTAR MANTIDA NO CASO CONCRETO. PEDIDO DE EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS FIXADOS À EX-ESPOSA IMPROCEDENTE.

ALIMENTOS CONCEDIDOS SOB ESSA RUBRICA EM RAZÃO DO INDEVIDO DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO ENTRE AS PARTES. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. READEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. ANÁLISE IMPOSSÍVEL EM SEDE DE APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM BASE NO VALOR DA CAUSA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 20, §4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DIANTE DA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS COM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU E DESPROVIMENTO AO DA AUTORA. **"4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole."** (Recurso Especial n. 1.251.000/MG, relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 31.8.2011) (TJSC, Apelação Cível n. 2013.084735-0, de Blumenau, rel. Des. Ronei Danielli, j. 22-04-2014, grifo nosso).

Portanto, verifica-se que, apesar de grande divergência quanto à questão da aplicação ou não da guarda compartilhada quando não houver consenso entre os litigantes, o que vem se decidindo recentemente é que, o parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil deve ser aplicado, ou seja, a guarda compartilhada deve ser medida imposta pelo juiz, quando não houver acordo entre os pais neste ponto, com o fim de atender ao princípio do melhor interesse da criança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o trabalho realizado, pôde-se perceber que a Constituição Federal de 1988 trouxe muitas inovações no direito da criança e do adolescente. Inovações estas que consagraram princípios importantes, como por exemplo, a doutrina da proteção integral e o direito à convivência familiar das crianças e adolescentes, os quais estão intimamente ligados e devem nortear a questão da guarda dos filhos no momento da separação do casal.

A partir deste momento, pela doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes passaram a ser considerados como titulares de direito, estabelecendo-se uma série de deveres para a família, principalmente no tocante às responsabilidades dos pais, os quais visavam a guarda e a proteção dos menores, a fim de lhes proporcionar as necessárias condições de sobrevivência e desenvolvimento.

Verificou-se igualmente, o surgimento do princípio do direito à convivência familiar dos filhos, que preconiza ser no núcleo familiar que os infantes recebem os cuidados necessários para o seu crescimento e desenvolvimento como cidadãos, devendo, essa

condição, ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores.

Levando-se em conta que o rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores há de se afirmar que, embora haja um distanciamento entre o casal nesse momento, isso não quer dizer que o mesmo deva ocorrer entre pais e filhos, sob pena de afronta aos princípios acima mencionados.

Prosseguindo com a pesquisa, averiguou-se ser a guarda compartilhada a mais vantajosa para os filhos no momento da separação dos pais, pois, diferente da unilateral, ela busca manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação pode vir a acarretar nos filhos e confere aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

Diante desses dados, efetuou-se pesquisa de campo para se verificar a aplicabilidade da regra do parágrafo segundo, do artigo 1.584, do Código Civil nas ações que versavam sobre guarda na Comarca de São Miguel do Oeste – SC, para a qual se obteve a resposta de que, no caso em que não houve consenso entre os pais quanto à guarda, o juízo não aplicou a guarda compartilhada pelo motivo de os adolescentes manifestarem naquele caso, interesse em ficar com a mãe, o que deveria ser levado em conta uma vez que a guarda de fato já vinha sendo exercida por ela.

Entretanto, há de se observar, conforme relatado no item 5.1 deste trabalho, que a pesquisa e a resposta concreta para a questão levantada ficou comprometida, tendo em vista que o acesso aos processos no dia da pesquisa foi limitado, não se podendo concluir com certeza se a regra da guarda compartilhada é cumprida ou não na mencionada comarca.

Conclui-se ainda, que a única decisão encontrada, que foi mencionada acima, a qual não aplicou a regra, vai de encontro com os recentes entendimentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que são no sentido de que a referida regra deve ser aplicada, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, entendimento esse que segue no mesmo sentido das decisões do Superior Tribunal de Justiça, para casos análogos.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Proc. n. REsp/1.251.000. Decisão em 23 ago. 2011. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 31 agosto 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso->

especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Relator Desembargador: Ronei Danielli. Proc. n. AC/2013.084735-0. Decisão em 22 abr. 2014. **Diário de Justiça**, Santa Catarina. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Relator: João Batista Góes Ulysséa. Proc. n. AC/20120258309. Decisão em 21 ago. 2013. **Diário de Justiça**, Santa Catarina. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24060975/apelacao-civel-ac-20120258309-sc-2012025830-9-acordao-tjsc>>. Acesso em 25 jun. 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Proc. n. AC/70057505596. Decisão em 30 jan. 2014. **Diário de Justiça**, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113628842/apelacao-civel-ac-70057505596-rs/inteiro-teor-113628852>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

CLARINDO, Aniérgela Sampaio. Guarda unilateral e síndrome da alienação parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3583, 23 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24254>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2013. 717 p.

DIAS, Maria Berenice (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 289 p.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/2010. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 123 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 763 p.

GOBBI, Ramires; SOUZA, Ismael Francisco de. **A Teoria da Proteção Integral à criança e ao adolescente segundo o conceito material e histórico de desenvolvimento humano**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2354>>. Acesso em: 18 out. 2013.

LUZ, Wirlande da. **A doutrina de proteção integral à criança**. Disponível em: <http://www.crmrr.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21021:a-doutrina-de-protecao-integral-a-crianca&catid=46:artigos>. Acesso em: 18 out. 2013.

MEDEIROS, Valéria; MERIGO, Janice; SILVEIRA, Andreia Cimone da. **Direito à convivência familiar e comunitária e a nova lei de adoção**: algumas considerações. 2010. 21 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Políticas Públicas e Demandas Familiares) – Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://www.egem.org.br/arquivosbd/basico/0.832721001324991966_direito_a_convivencia_familiar_e_comunitaria_e_a_nova_lei_de_adocao.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. **O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito.** Disponível

em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/09_direito.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.); TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). **Manual de direito das famílias e das Sucessões.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 797 p.

TACQUES, Ana Paula Pizarro. **A convivência familiar como direito fundamental:** Uma análise das complexidades das entidades familiares contemporâneas. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conviv%C3%Aancia-familiar-como-direito-fundamental-uma-an%C3%A1lise-das-complexidades-das-entidades-f>>. Acesso em: 18 out. 2013.