



DIREITOS DA PERSONALIDADE E A GUARDA COMPARTILHADA

Dr. Marcelo Negri Soares¹, Olivia Regina Lantaler Coelho², Déborah Cardoso Lauriano da Silva³

¹ Orientador, Doutor em Direito pela PUC-SP, professor de Direito PPGD Unicesumar.
negri@negriosoares.com.br.

² Acadêmica do Curso de Direito, Campus Maringá-PR, Universidade Cesumar - UNICESUMAR.
Advocacia.oliviacoelho@gmail.com.

³ Acadêmica do Curso de Direito, Campus Maringá-PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR.
deborahcardosolauriano@gmail.com.

RESUMO

Essa pesquisa teve como objetivo o instituto da guarda, a aceitação e aplicação da guarda compartilhada, assim como a importância da guarda compartilhada a ser exercida com o intuito de resguardar e priorizar os cuidados e a dignidade dos filhos, demonstrar a diferença entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, na qual não foi recepcionada pela legislação brasileira por ser prejudicial ao menor. Durante as pesquisas sobre o tema e estudos de casos, foi possível identificar que muitos pais deixam de aceitar a guarda compartilhada por existir ideias errôneas que quem mora com o filho é quem exerce a guarda, ou seja, em ações de regulamentação de guarda, requer, portanto, a determinação judicial da guarda unilateral.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Poder Familiar; Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido é motivado, e de acordo com a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, na qual, alterou os artigos. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e estabeleceu no ordenamento jurídico a guarda compartilhada a ser aplicada em regra, retirando a instituição de ser aplicada apenas “quando possível”, uma conquista para os filhos, já prejudicados pela convivência parcial com os pais, em uma realidade fática de ter que conviver com um ou com o outro.

A justificativa do presente artigo está na análise do entendimento equivocado sobre a guarda compartilhada. Muitos dos pais ainda ajuizam ação e mantém uma disputa pela guarda por não compreender a dinâmica da guarda compartilhada nos cuidados e educação dos filhos, assim, o presente trabalho foi desenvolvido baseado no entendimento da preservação da dignidade do menor que pode ter ambos os pais na tomada de decisões, priorizando o direito decorrente do poder familiar exercido pelo instituto da guarda, garantir a dignidade, a devida proteção e valorização da vida humana, e o princípio do melhor interesse do menor no exercício da guarda compartilhada.

A relevância é baseada no entendimento equivocado sobre o instituto da guarda compartilhada, infelizmente muitos acreditam que quem



detém a guarda é quem decide sobre a vida do filho, muitos na sociedade tem o entendimento equivocado que aceitar a guarda compartilhada seria aceitar que o filho permanecesse uma fração de tempo na residência de cada genitor.

A problemática encontrada, está relacionada por ser um tema que gera dúvidas quando há a necessidade de estipular qual instituto de guarda será exercida pelos pais, assim, visando a proteção da criança que está em período de formação da sua personalidade e dignidade, descobrindo o seu lugar e papel no mundo, seus direitos e deveres, que a guarda compartilhada deve ser instituída, para a proteção e aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, os Direitos Fundamentais e o Princípio do melhor interesse do menor.

O presente trabalho irá demonstrar que o cuidado está além do desenvolvido no cotidiano do genitor que reside com o menor, que o instituto da guarda compartilhada poderá amenizar os conflitos entre os genitores e proporcionar uma vida digna na criação dos filhos.

Espera-se, responder aos seguintes objetivos específicos:

- ✓ A guarda compartilhada pode ser exercida por ambos os genitores ainda que em uma relação de conflito?
- ✓ A guarda compartilhada estabelece que os filhos terão duas residências?
- ✓ Instituir a guarda compartilhada por imposição legislativa é uma determinação acertiva?

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Para esse estudo, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, também, em certos aspectos da pesquisa, utiliza o método dialético e empírico, com investigações históricas e exploratórias das fontes do direito. Foi realizada pesquisa teórica, mediante o exame da legislação vigente com a análise doutrinária, da evolução do conceito da instituição familiar na qual gerou alteração no código civil de 2002 especificamente nos artigos que estabelece o instituto de guarda a ser aplicado judicialmente, sendo alterado em 13 de junho de 2008 pela lei 11.698, e alterado novamente em 22 de dezembro de 2014 pela lei 10.406, vigente até o presente momento, para melhor entendimento, vejamos as alterações estudadas:

- 1) Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. (Redação do código civil 2002);
- 2) Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008);
- 3) § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão



para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008 revogada em 2014 pela lei 10.406);

- 4) § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como resultado encontramos o poder familiar, que é o antigo pátrio, na qual determinava que quem detinha o poder e a tomada de decisões nas famílias era o homem, é possível contemplar com clareza a origem da aplicação do poder familiar, em trecho descrito no livro de Ferreira e Macedo, (2016, p. 84): “Para ser pater famílias, sempre um homem, ele deveria gozar de plena capacidade jurídica, ser sujeito de direitos e, ainda, ocupar a posição de chefe de família.”

É cediço que, a Constituição Federal Brasileira, traz garantias protetivas, ao Direito da Personalidade, resguardando, também, o Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana, e, em 1988 na nossa Constituição Federal foi estabelecido que, o poder familiar é de ambos os pais, na qual, assim, descreve o art. 226, §5º, quando dispõe que o poder familiar deve ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher.

Ao menor, esse direito está ratificado no art. 227 da Constituição Federal, na qual dispõe que é um direito da criança, adolescente ou jovem, ter uma vida digna com a proteção de seus direitos fundamentais, e um dever da família, da sociedade e do Estado. Portanto, o poder familiar é de ambos os pais, não podendo atribuir somente a mãe ou ao pai, deve ser analisado individualmente, e respeitar a evolução do conceito de família seja a família constituída por homem e mulher ou casais homoafetivos, deve priorizar os direitos da dignidade e da personalidade do menor, sem rotular a nova família constituída, ou não, pelos pais, por ser direito dos filhos fazer parte das relações afetivas e familiar de ambos os pais.

A discussão do tema é baseada no entendimento equivocado sobre o instituto da guarda compartilhada, infelizmente muitos acreditam que quem detém a guarda é quem decide sobre a vida do filho, muitos na sociedade tem o entendimento equivocado que aceitar a guarda compartilhada seria aceitar que o filho permanecesse uma fração de tempo na residência de cada um dos pais.

Na pesquisa, foi possível identificar que, muitos dos pais ajuizam ações como se houvesse uma disputa pela guarda, requerendo que seja atribuída a um ou ao outro, tal entendimento se dá por não compreender a dinâmica da guarda compartilhada nos cuidados e educação dos filhos, assim, o presente trabalho foi desenvolvido para poder demonstrar que o entendimento do legislador ao estabelecer a guarda compartilhada sendo a regra, foi estabelecer que, compartilhar a guarda é compartilhar os cuidados e preservação da dignidade do menor.



É possível obter resultados positivos quando os filhos tem ambos os pais na tomada de decisões, pois, preserva o poder familiar exercido pelo instituto da guarda, é garantir a dignidade, a devida proteção e valoração da vida humana, e priorizar o princípio do melhor interesse do menor, sendo esse, o intuito da guarda compartilhada estabelecida pela legislação.

Corroborando com o explanado sobre a guarda, o legislador estabeleceu, também, nos artigos 22 e 33 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o instituto da guarda é a tomada de decisão e os cuidados com os filhos incumbida a ambos os pais, vejamos:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

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

(...)

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. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Um ponto Importante na discussão é o artigo 1.583 do código civil na qual dispõe a correta compreensão para se instituir a guarda a ser exercida pelos genitores:

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

§ 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º - Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

(...)

§ 3º - Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

(...)

§ 5º - A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de



contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). (grifamos)

O resultado das estatísticas demonstra que o exercício da guarda compartilhada tem aumentado nos últimos anos, a reportagem da Editora Revista Retratos publicou que “No país, o número de registros de guarda compartilhada quase triplicou entre 2014 e 2017, passando de 7,5% dos casos de divórcio de casais com filhos menores para 20,9%, de acordo com as Estatísticas do Registro Civil, do IBGE”.

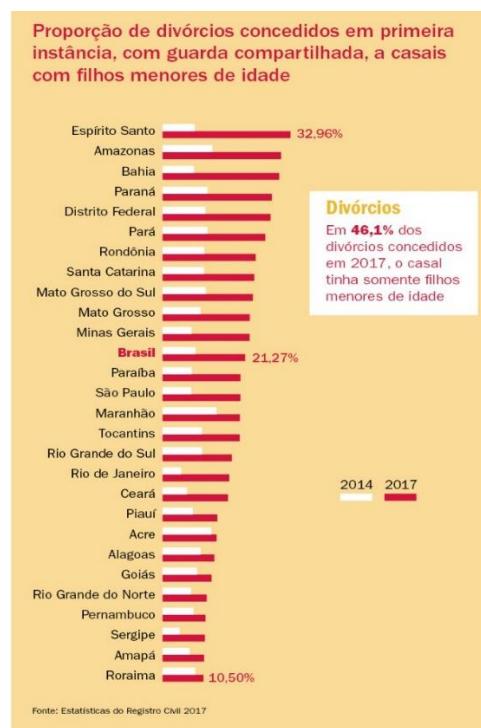


Gráfico 1: Proporção de divórcios concedidos em primeira instância com guarda compartilhada, a casais com filhos menores de idade.

Fonte: Estatística do registro civil 2017.

Estabelecer a guarda compartilhada é obter o benefício de ter ambos os pais participando da tomada de decisões da vida do filho, por exemplo, qual escola o filho vai estudar, se vai ou não passar por certo procedimento médico, e não onde vai morar, ou, que o filho vai ficar alguns dias na casa da mãe, e outros dias na casa do pai, essa seria a guarda alternada, que não foi recepcionada no Brasil.

Assim, podemos contemplar que, ainda que a guarda seja exercida de forma unilateral, o genitor que não exerce a guarda do filho, não está isento do dever disposto no artigo 227 da Constituição Federal, nem mesmo, deixa de ser parte detentora dos direitos e deveres decorrente do poder familiar, e o genitor que exerce a guarda unilateral poderá ter a



tomada de decisões sem a anuência do outro genitor, pois, esse tem melhores condições para exercer-la, indicada nos casos em que os pais residem em locais distantes e com dificuldades para exercer a guarda, por exemplo, sendo essa em raros casos, não bastando os pais residirem em locais distante dos filhos, mas sim a impossibilidade de exercer a guarda.

Conforme bem descrito por Coltro e Delgado (2017, p. 107): “Lei da Guarda Compartilhada” prevê que, estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar e quando não houver acordo entre eles quanto à guarda do filho, será aplicada a guarda compartilhada por determinação judicial, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

É imprescindível da análise normativa e doutrinária que a guarda compartilhada só não será a guarda instituída se um dos genitores não desejar exercer seu direito de guarda, o legislador estabeleceu a Lei da Guarda Compartilhada por ser o instituto de guarda que melhor dispõe dos direitos dos filhos de ser cuidado por ambos os pais, sem ser disputado como um objeto, como se um dos pais fosse o detentor, proprietário do filho e da tomada de decisões, e ao outro, da obrigação de prestar alimentos, a guarda compartilhada, resguarda a dignidade do filho, a sua formação e personalidade.

É de suma importância que os operadores do Direito, na propositura de acordo ou judicialização de regulamentação de guarda e convivência, esclareça e motive os pais a compartilhar a guarda dos filhos, uma vez que, o legislador já estabeleceu como sendo a regra, e a guarda Unilateral a exceção.

Ainda que os pais estejam em conflito, e a guarda compartilhada for imposta pelo judiciário, tal decisão determina que ambos os pais devem respeitar o direito de guarda um do outro, a tendência é conscientizar que a guarda compartilhada será a aplicada, e diante disso, pelo amor em comum aos filhos, haverá a proteção e o cuidado mútuo, diminuindo a alienação parental e proporcionando um ambiente sadio de amor e cuidado na casa de ambos os pais.

Nessa linha de raciocínio, com a clareza que lhe é peculiar, nos ensina, ainda, Coltro e Delgado (2017, p. 107): “Somos um país com forte tendência positivista, ou seja, de forma geral acreditamos que precisamos do incentivo da lei para mudanças comportamentais, ainda que nem sempre esses preceitos tragam mais soluções do que novos problemas”.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, que o conflito dos pais não é mais um impecilho para se estabelecer a guarda compartilhada. Os cuidados que os filhos devem receber de seus pais é resguardo na decisão do judiciário ao estabelecer a guarda compartilhada, conforme disposto na legislação vigente, aplicada com o intuito de determinar que os filhos não vão continuar sendo “objeto”



de disputa, e posse entre os pais, que o poder familiar é de ambos e será exercido por ambos.

Sabe-se que, quando há a necessidade de estipular qual instituto de guarda será exercida pelos pais, ainda, gera muitas dúvidas em relação a guarda compartilhada, porém, com a presente pesquisa é possível identificar o intuito do código ao estabelecer a guarda compartilhada, resguardando o direito dos filhos em ter o convívio igual com ambos os pais, estabelecido pelo legislador para priorizar o melhor interesse do menor e proteger o direito dos filhos no convívio familiar, não é necessariamente residir na casa de ambos os pais, o intuito não é que a criança seja um “mochileiro”, mas sim que ambos os pais compartilhem da tomada de decisões da vida dos filhos, e, se demonstrar não haver qualquer transtornos na educação, formação psicológica, e aprendizado, a guarda poderá ser compartilhada com convívio alternado sim, mas não significa que a guarda compartilhada seja necessariamente ter residência alternada.

Assim, com a prática do exercício da guarda por ambos os pais, ainda que por imposição de lei, e a conscientização social que a guarda unilateral não limita ou exclui os direitos decorrentes do poder familiar daquele que não detém a guarda, irá favorecer a melhor aceitação e aplicação da guarda compartilhada, diminuindo os conflitos na disputa de guarda.

Haverá, assim, o entendimento que na guarda compartilhada ambos os pais compartilham a responsabilidade pelas decisões e cuidados com os filhos, proporcionando uma convivência equilibrada e saudável para todas as partes envolvidas, e não há a necessidade de o filho residir em duas casas, e que o tempo em que o filho vai passar na casa dos pais é regulado pelo direito de visitação e não pela guarda.

A guarda compartilhada, proporciona estabilidade emocional ao filho que recebe o cuidado de ambos os pais, um equilíbrio emocional, pois, tem a participação de ambos na sua vida, educação, no desenvolvimento escolar, e na formação de sua personalidade, proporcionando ao menor uma vida digna, na qual pode estabelecer um vínculo parental saudável, tendo a convivência com constante manutenção na relação afetiva familiar.

Conclui-se, enfim, que o cuidado com os filhos está além do desenvolvido no cotidiano pelo genitor que reside com o menor, que o instituto da guarda compartilhada pode amenizar os conflitos entre os pais e proporcionar uma vida digna na criação dos filhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de agosto de 2023.



BRASÍLIA. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 11 ago. 2023.

BRASL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 ago. 2023

COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. **Guarda Compartilhada**. 3^a edição. Editora forense, 2017. *E-book*. ISBN 9788530977306. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/>. Acesso em: 06 ago. 2023.

FERREIRA, V. A. M. C.; MACEDO, R. M. S. **Guarda compartilhada**. Uma visão psicojurídica. Artmed, 2016. *E-book*. ISBN 9788582713334. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582713334/>. Acesso em: 06 ago. 2023. 142-145.

Helena, Tallmann, José Zasso e Rita Martins. Pais dividem responsabilidades com filho. Revista Retratos, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23931-pais-dividem-responsabilidades-na-guarda-compartilhada-dos-filhos>. Acesso em: 11 ago. 2023.