

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRÍCIA LIVIA DOS SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA
Sob o enfoque de um novo modelo de responsabilidade parental

MARÍLIA
2010

PATRÍCIA LIVIA DOS SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA
Sob o enfoque de um novo modelo de responsabilidade parental

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário “Eurípides de Marília” - UNIVEM, mantido pela “Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora

Prof.^a Vivianne Rigoldi Boechat

MARÍLIA
2010

SANTOS, Patrícia Livia dos

Guarda Compartilhada – Sob o enfoque de um novo modelo de responsabilidade parental / Patrícia Livia dos Santos; orientadora: Vivianne Rigoldi Boechat. Marília, SP: {s.n.}, 2010.

54 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1.Família 2.Guarda 3.Guarda Compartilhada

CDD: 342.164



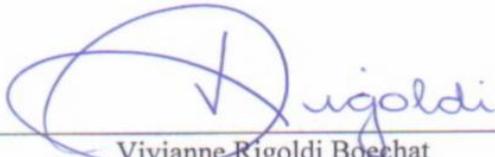
Patrícia Lívia dos Santos

RA: 34626-8

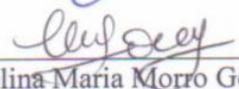
**GUARDA COMPARTILHADA SOB O ENFOQUE DE UM NOVO
MODELO DE RESPONSABILIDADE PARENTAL**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10 (dez)

ORIENTADOR(A): 
Vivianne Rigoldi Boechat

1º EXAMINADOR(A): 
Artur Maldonado Gonzaga

2º EXAMINADOR(A): 
Carolina Maria Morro Gomes

Marília, 30 de novembro de 2010.

Dedico com imenso orgulho esse trabalho á toda minha família, em especial aos meus queridos pais, Carlos Luiz Bezerra dos Santos e Soely Valente dos Santos.

Aos meus colegas de trabalho, estagiários e advogados do escritório Abramides e Gonçalves Advogados Associados.

Por fim, aos meus amados e iluminados filhos, que são a verdadeira razão de tudo que conquistei até aqui.

AGRADECIMENTOS

Á Deus, pela linda família que tenho e tanto admiro, pela força suprema e por todas as bênçãos que tens derramado sobre minha vida.

Aos meus pais, que sempre me auxiliaram, e que apesar das dificuldades não mediram esforços ao me ajudar na criação e educação dos meus filhos, para que eu pudesse cumprir mais uma grande etapa da minha vida.

Á minha irmã, ao meu cunhado Fernando, a minha grande amiga Natália L. Druzian e á todos aqueles que me deram verdadeiro apoio e incentivo.

A minha ilustre professora, Vivianne Rigoldi Boechat, que foi meu maior alicerce na produção e finalização desse trabalho de conclusão de curso.

Pra Sempre em meu coração

*Eu queria o tempo parar
De novo lhe fazer ninar
Crescer e mudar, não dá pra evitar
É o caminho que Deus lhe traçou
Brinquedos, gibis, violão
Espalhados por todo lugar
Um dia a poeira eu irei tirar
No silêncio de não te encontrar
Vou guardá-lo em meu coração
As lembranças jamais mudarão
Pois quando partir e saudades sentir
Estará sempre em meu coração
Os dentinhos você vai trocar
E roupas maiores usar
O seu caminhar vai para longe o levar
Pois não posso impedir seu querer
Os dedinhos que agarram minha mão
Coisas grandes eu sei que farão
Você não é meu, é um presente de Deus
E o futuro está em suas mãos
Vou guardá-lo em meu coração
As lembranças jamais mudarão
Pois quando partir e saudades sentir
Estará sempre em meu coração
Pois quando partir e saudades sentir
Estará sempre em meu coração.*

Cristina Mel

SANTOS, Patrícia Livia dos. **Guarda Compartilhada – Sob o enfoque de um novo modelo de responsabilidade parental. 2010.** Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2010.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto discorrer todo conteúdo histórico, sociológico, jurídico e psicológico que versam á respeito do instituto da guarda, mais precisamente quanto ao instituto da guarda compartilhada. A abordagem temática é realizada por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, equiparando-as ás realidades sociais emergentes. O primeiro capítulo trata do referencial histórico da entidade familiar, partindo do termo pátrio poder até a chegada do termo poder familiar. O segundo apresenta a evolução do instituto da guarda de maneira abrangente, e o terceiro apresenta o tema de maneira específica e objetiva, que abrange todo o conteúdo teórico e prático referente ao tema proposto neste trabalho.

Palavras-chave: direito civil; direito de família; entidade familiar; guarda; criança e adolescente; guarda compartilhada.

SANTOS, Patricia Livia dos. **Shared custody - Under the focus of a new model of parental responsibility**. 2010. Work completion of course (Law Degree) - University Center Eurípides Marília, Foundation Teaching Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2010.

RESUME

This study aims to discuss any content historical, sociological, legal and psychological that deal will respect the Office of the guard, more precisely as to matters of shared custody. The thematic approach is performed through literature searches and document, matching the emerging social realities. The first chapter deals with the historical reference of the family entity, starting from the end parental rights until the arrival of the term family power. The second shows the evolution of the hight of the guard in a comprehensive manner, and the third presents the topic in a specific and objective, which covers all theoretical and practical content related to the subject discussed in this work.

Keywords: civil law, family law, family entity; custody, child and adolescent; shared custody.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA DO DIREITO	13
1.1 Breve histórico do pátrio poder ao poder familiar.....	13
1.1.1 Da fiscalização complementar exercida pelo poder público e do dever da sociedade quanto à entidade familiar.....	14
1.2 A repersonalização da entidade familiar	15
1.2.1 A família do Código de 1916 à Constituição de 1988.....	15
1.2.2 Os novos modelos de família amparados pela Constituição de 1988.....	15
1.2.2.1 Do casamento	15
1.2.2.2 Da união estável.....	16
1.2.2.3 Da família monoparental	17
CAPÍTULO II – GUARDA E PROTEÇÃO DOS FILHOS MENORES	19
2.1 Conceito.....	19
2.2 Evolução do instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro.....	20
2.3 A guarda na dissolução da sociedade conjugal	22
2.3.1 Breves considerações quanto a dissolução da sociedade conjugal.....	22
2.3.2 Quanto a proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal	24
2.3.2.1 Interesse e bem estar do menor na ruptura do casal	25
2.3.3 Modalidades de guarda.....	27
2.3.3.1 Guarda comum	27
2.3.3.2 Guarda originária e derivada	28
2.3.3.3 Guarda de fato	29
2.3.3.4 Guarda provisória e guarda definitiva	29
2.3.3.5 Guarda peculiar.....	30
2.3.3.6 Guarda por terceiros, instituições para fins previdenciários.....	30
2.3.3.7 Guarda jurídica e guarda material	32
2.3.3.8 Guarda alternada.....	32
2.3.3.9 Guarda compartilhada ou conjunta.....	33
CAPÍTULO III – DA GUARDA COMPARTILHADA	34
3.1 Definição do instituto guarda compartilhada.....	34
3.2 Distinção entre guarda compartilhada e guarda unilateral ou exclusiva	35
3.3 Surgimento do instituto da guarda compartilhada.....	36
3.3.1 No sistema da Common Law.....	36
3.3.2 Na França.....	37
3.3.3 No Canadá	38
3.3.4 Nos Estados Unidos da América	39
3.3.5 Em Portugal	40
3.4 No Brasil.....	41
3.4.1 A evolução do inst. da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro	41
3.4.2 Objetivo e justificativa da guarda compartilhada	44
3.5 Da lei 11.698/2008	46
3.5.1 Os novos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.....	48

CONSIDERAÇÕES FINAIS 51

REFERÊNCIAS 53

ANEXO I – LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008

ANEXO II – ACÓRDÃO – APELAÇÃO Nº 654.515-4 – 5ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ANEXO III – ACÓRDÃO – APELAÇÃO Nº 619.064-4/4 – 2ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTRODUÇÃO

O contexto histórico nos revela que a família é uma entidade extremamente relevante para o ordenamento jurídico, e, é também a partir dela que a sociedade vai se transformando e trazendo novas vertentes para a nossa legislação.

O conceito de entidade familiar passou por inúmeras transformações, no mesmo sentido o poder familiar, ou, pátrio poder, como era dito antigamente, também vem se transformando constantemente.

Precioso dizer, que o tema em questão trata de um dos maiores valores: o ser humano em sua formação. Falar em criança e adolescente nos leva há um plano divino, sagrado, e de tamanha responsabilidade, cujos direitos inerentes a estes tem prioridade na Constituição.

Quanto ao instituto da guarda, várias foram as mudanças, antigamente tinha-se a figura do pai como único detentor do poder familiar, e conseqüentemente era ele o privilegiado na atribuição da guarda. Posteriormente, a mulher conseguiu conquistar seu espaço no mercado de trabalho, conquistando também sua liberdade sexual, e dessa forma acaba-se com a vertente de que o homem é o único e exclusivo chefe da casa.

Importante lembrar, que a Constituição de 1988 equiparou os direitos e deveres entre homens e mulheres, portanto, no que se refere á guarda, o tratamento não poderia ser diferente.

Com o intuito de tentar atender as novas demandas da sociedade, surge uma nova modalidade de guarda, a “guarda compartilhada”, onde os pais compartilham tudo o que concerne á vida dos filhos, ou seja, é uma maneira de suprir a ausência que a criança sente de um dos pais como aconteceria na atribuição da guarda exclusiva, já que nesta última, apenas um dos genitores detém a guarda, e ao outro caberá apenas o direito de visita.

O instituto da Guarda Compartilhada tem sido aplicado antes mesmo da criação e promulgação da Lei. nº 11.698/2008, sancionada pelo atual presidente da República, tendo em vista que, ainda que não existisse uma regulamentação específica, a legislação também não trazia qualquer proibição para sua aplicabilidade.

O primeiro capítulo desse trabalho trata cuidadosamente de todo referencial histórico que versa sobre entidade familiar, apontando, em primeiro plano, toda a passagem do “Pátrio Poder” para “Poder Familiar”, na seqüência apresenta-se a fiscalização complementar que deve ser devidamente exercida pelo Estado, bem como, o dever da sociedade para com a entidade familiar. Trata-se ainda, neste mesmo capítulo, da

repersonalização da entidade familiar e conseqüentemente os novos modelos de família amparados pela Constituição de 1988.

No segundo capítulo é exposto o instituto da guarda e proteção dos filhos menores, inclusive, como o referido instituto deve ser pensado e decidido diante da dissolução da sociedade conjugal, apontando, para tanto, as diversas modalidades de guarda amparadas pelo ordenamento jurídico existente.

No terceiro e último capítulo, se discorre sobre todas as prerrogativas da “Guarda Compartilhada”, tema desse trabalho, iniciando-se pela definição de tal instituto, apontando, na seqüência, as diferenças entre guarda compartilhada e guarda unilateral ou exclusiva, demonstrando de maneira sólida e fundamentada a origem do tema em questão, bem como, seu surgimento e aplicabilidade em outros ordenamentos jurídicos.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, trata-se do objetivo e justificativa da guarda compartilhada, utilizando-se parâmetros jurídicos teóricos e práticos a respeito, finalizando-se com a exposição da Lei. 11.698/2008, apontando, inclusive, as vantagens e desvantagens inseridas pela lei.

Contudo, não se pretende com esse trabalho estabelecer o certo ou errado, tão pouco afirmar que a “Guarda Compartilhada” veio para solucionar todos os conflitos no que se refere a guarda e proteção dos filhos com a ruptura do casal. Pelo contrário, já que o Direito não é estático e, portanto, todo contexto pode e deve ser muito bem pensado, analisado e questionado.

CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA DO DIREITO

1.1 Breve histórico do Pátrio Poder ao Poder Familiar

O conceito de poder familiar se difere do chamado pátrio poder existente na antiguidade. No direito romano, a *pátria potestas* era exercida exclusivamente pelo chefe de família, que detinha em suas mãos um poder absoluto, uma autoridade plena sobre sua esposa e sobre seus filhos. Esse poder patriarcal, hoje visto como um poder abusivo era exercido tanto nas questões de ordem pessoal quanto patrimonial.

Conforme descritos nos textos antigos, no direito romano os costumes eram severos, e se tratando do instituto pátrio poder, constata-se que a autonomia do *pater familias* era tão rígida, que este tinha direito de vida e de morte sobre seus filhos:

No terreno pessoal, o pai dispunha originariamente do enérgico *jus vitae et necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio* (MONTEIRO, 1982, p. 275).

Nota-se que, com o passar dos tempos esse quadro vem se modificando, o direito de família está em constante transformação, o poder que era absolutamente exercido pelo pai é hoje exercido pela família em sentido amplo, ou seja, ambos os pais, tem direitos e deveres sobre os filhos menores.

Para Washington de Barros Monteiro, o conceito antigo de pátrio poder se operava de maneira egoística, afirmando ainda que, atualmente seu conceito é amplamente diverso, graças à influência do cristianismo. Nesse sentido vejamos o que diz o autor:

Modernamente, o pátrio poder despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças a influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística. Outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje, é uma servidão do pai para tutelar o filho. (MONTEIRO, 1982, p. 276).

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito de Família, colocando abaixo as suas estruturas já corroídas pelo tempo, edificando novos pilares, mais sólidos e resistentes. O pátrio poder de antigamente, hoje tratado como poder familiar, traz novos paradigmas no direito de família, o art. 5º, I, da C.F. diz: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e no mesmo sentido diz ainda o

art. 226º em seu § 5º: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Os dois textos legais mostram de forma clara que homem e mulher são sujeitos de direitos e deveres de maneira igualitária, inclusive no âmbito familiar, perdendo-se consideravelmente a figura do pai como chefe exclusivo da casa.

1.1.1 Da fiscalização complementar exercida pelo poder público e do dever da sociedade quanto à entidade familiar

Além de toda transformação apresentada no início desse trabalho referente ao Direito de família, é importante ressaltar que, a Constituição atribui também ao Estado e a toda sociedade o dever de assegurar as garantias fundamentais da criança e do adolescente, conforme menciona o art. 227 da C.F.:

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, a liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Constituição Federal, 1988)

Nesse aspecto, Monteiro diz que, deve haver uma fiscalização complementar pelo poder público (Estado). “Sem perder de vista que a missão confiada ao pai se reveste de importância social, o poder público vigia, corrige, completa e algumas vezes supre a atuação daquele que exercita o pátrio poder”. (1982, p.276). Importa salientar, que no mesmo sentido o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz o seguinte texto legal: “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”. Destarte, o Direito de família evoluiu de tal maneira que, além de acabar com a figura autoritária do chefe de família, onde prevaleciam exclusivamente os interesses do varão da casa, trouxe ainda para o rol das obrigações complementares a sociedade e o Estado na qualidade de guardiões dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Contudo, se torna evidente que não mais

interessa à legislação os interesses daquele que comanda sua casa, e sim os interesses e bem estar dos filhos enquanto menores.

1.2 A repersonalização da entidade familiar

1.2.1 A família do Código de 1916 à Constituição de 1988

Através de estudos realizados com textos que tratam do direito de família, revela-se que o Código Civil de 1916, limita o casamento como único instituto válido, não se admitindo nenhuma outra forma de entidade familiar. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, a família parte para uma nova concepção, surgindo uma pluralidade de modelos de família amparados pela nova legislação.

O Código de 1916 consagrava a desigualdade entre homens e mulheres, a chefia da sociedade conjugal competia ao marido, já a mulher deveria se ocupar exclusivamente com os deveres da casa. Sobretudo, no início do século XX ocorre uma nova transição de valores, é nesse momento que a mulher inicia um processo de conquista pela sua independência, com a emancipação sexual e econômica, se intensificando ainda mais essa evolução na década de 70 com o movimento estudantil e a reedição da liberação da mulher.

Quanto aos filhos, o código de 1916 já atribuía á ambos, pai e mãe, o dever de sustento, guarda e educação, entretanto, leis posteriores trataram de disciplinar o direito de família baseando-se na ética e no afeto, deixando de lado consideravelmente a família estritamente matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e necessariamente heterossexual.

1.2.2 Os novos modelos de família amparados pela Constituição de 1988

1.2.2.1 Do Casamento

O Casamento, nas palavras do saudoso autor civilista Silvio Rodrigues, é:

[...] o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, em conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência. (Rodrigues, 2004, p. 19).

No mesmo sentido, conceitua Washington de Barros Monteiro: “[...] como a união permanente entre homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”. (1982, p. 9), vejamos portanto, o que diz a própria constituição quanto ao casamento em seu art. 226, § 1º: “O casamento é civil e gratuita a celebração”, complementando as transposições acima vem o art. 1.511 do Novo Código Civil nos dizer: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Se fizermos uma breve análise dos textos ora descritos, concluímos que é predominante a questão da igualdade entre homem e mulher, confirmando de maneira sólida tudo o que fora apresentado até aqui com relação a evolução no direito de família.

1.2.2.2 Da União Estável

Conforme traçado na Constituição de 1988, a união estável é devidamente reconhecida pela nossa legislação. Portanto, vejamos o que diz o § 3º do art. 226: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Antigamente, tal instituto era tratado por Concubinato, que nada mais é do que a união entre homem e a mulher sem a celebração de um casamento.

Nas palavras do ilustre professor Álvaro Villaça, a união estável é:

[...] a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casado fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato. (AZEVEDO, 2000, revista do advogado nº 58 – AASP).

O Novo Código Civil reconhece a união estável como entidade familiar conforme menciona o art. 1.723 “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O referido texto legal não prevê um tempo mínimo de convivência entre os companheiros, mas traz requisitos fundamentais para que a união estável seja caracterizada. No aspecto patrimonial, prevalece o regime da comunhão parcial de bens, desde que não haja um contrato escrito estabelecendo outra forma de comunhão. Nesse sentido, diz o art. 1.725 do Código Civil “Na união estável,

salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. O legislador finalmente atendeu a vontade constitucional e equiparou a união estável ao casamento.

1.2.2.3 Da família monoparental

Família monoparental é aquela formada por apenas um dos pais e os filhos, ela se verifica especialmente com a mãe assumindo o posto de “chefe da família”. A Constituição trata do instituto no parágrafo 4º do art. 226 da seguinte maneira: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Mais uma considerável evolução no direito de família, vez que na antiguidade tínhamos o homem como detentor exclusivo da casa e hoje, nos tempos modernos, tanto homem quanto mulher pode exercer tal domínio. Torna-se evidente que a mulher conquistou de vez seu espaço, acabando com toda e qualquer maneira de discriminação, já que nesse momento ela tem seus direitos resguardados e equiparados ao do homem em nosso ordenamento jurídico.

Para ampliarmos nosso conhecimento, vejamos o que diz Maria Helena Diniz:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc. (DINIZ, 2002, p.11).

De maneira resumida e direta, comenta Eduardo de Oliveira Leite: “uma família é monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”.

Na família monoparental, a prole, origina-se de apenas uma linha, normalmente pela mãe, seja no caso de filho natural ou na adoção feita por uma única pessoa, ou ainda no caso da inseminação heteróloga.

Os textos que tratam do assunto, nos mostram que a família monoparental pode ser formada de maneira voluntária ou involuntária. Nos casos em que esta existe de maneira involuntária, destacam-se as seguintes razões: a morte de um dos cônjuges e o divórcio. Por outro lado, de maneira voluntária, o caso mais comum é aquele em que a mãe escolhe

criar seus filhos sem a presença do outro genitor, é o que chamamos de “produção independente”.

Vários outros fatores podem contribuir para a formação da família monoparental, entretanto, o objetivo desse trabalho não é tratar de tal assunto de maneira aprofundada, mas apenas destacarmos alguns fatores responsáveis pela formação desse novo modelo de família.

CAPÍTULO II - GUARDA E PROTEÇÃO DOS FILHOS MENORES

2.1 Conceito

O instituto da Guarda é um dos mais delicados e de relevante importância em nosso ordenamento jurídico. Portanto, o tema deve ser estudado de maneira delicada e cuidadosa para que não se apresente equívocos.

A família é indispensável para assegurar a proteção, o desenvolvimento e a sobrevivência dos filhos enquanto menores.

O vocábulo Guarda, preceitua a idéia de guardar, proteger, educar e ainda administrar os filhos até que atinjam a maioridade e conquistem por si só sua independência.

A doutora em Direito Civil e conselheira do IBPJ (Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas), professora Gisele Leite, afirma que:

[...] o conceito de guarda é derivado do antigo alemão *Warten*, que significa “guarda/espera”, de que proveio também o inglês *Warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, sem sentido genérico, para exprimir, proteção, observação, vigilância ou administração [...]”. No mesmo sentido, o dicionário básico de língua portuguesa, conceitua o vocábulo como: “Ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, guardamento” e continua... “Proteção, amparo, favor, benevolência”. (LEITE, 2009, <http://jusvi.com/artigos>)

Na doutrina jurídica brasileira, deparamos com diversos conceitos de guarda quanto à proteção dos filhos, entre eles podemos destacar os entendimentos de Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas e Guilherme Gonçalves Strenger:

Para a advogada e professora de Direito Civil, a guarda é:

[...] o direito de comandar a vida dos filhos, vigiando-os e determinando-lhes a formação moral, sempre em busca de seu melhor interesse, com o poder de retirá-los de quem ilegalmente os detenha. É, ao mesmo tempo, um dever, um múnus público de vigiar, orientar e cuidar, a que estão os guardiões, ou guardiões obrigados a cumprir... (QUINTAS, 2009, p.21).

Strenger diz que “a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar”. Complementando tais entendimentos, o ilustre autor Dr. Mario Aguiar Moura, entende que, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável

com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico”.

Não podemos deixar de mencionar o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente que complementa nosso estudo dizendo: “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”. Ou seja, conclui-se que tanto os pais como qualquer outro indivíduo ainda que não seja o genitor, pode exercer a guarda, já que existem casos em que os pais biológicos perdem o poder familiar sobre sua prole, não obstante, esse menor deve estar de alguma maneira protegido, amparado, e, portanto, a legislação atribui ao Estado o dever de colocar essa criança ou adolescente em família substituta.

2.2 Evolução do instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto da guarda foi objeto de relevantes transformações no direito de família brasileiro, conforme apresentado no início desse trabalho, na antiguidade tinha-se a figura do pai como detentor exclusivo da guarda dos filhos enquanto menores, bem como em relação às esposas, outrora, a mulher venho conquistar seu espaço a partir da revolução industrial.

Nos ensinamentos do professor e doutor em Direito Civil, Waldyr Grisard Filho, “A primeira regra no direito brasileiro sobre o destino de filhos de pais que não convivem veio com o Dec. 181, de 1890, art. 90, que estabelecia”:

A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre. (GRISARD, 1890, art. 90)

Nosso ilustre autor continua nos dizendo que: “O Código Civil de 1916, cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial” conforme mencionava o art. 325, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”, por outro lado, previa o art. 326 de maneira distinta, “conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos”. Nota-se que, se a separação ocorreu sem culpa de um dos cônjuges, ambos podiam decidir, ou melhor, concordarem sobre a guarda, entretanto, se houvesse

culpa por parte de um deles, a competência para decidir a questão da guarda era atribuída ao poder judiciário, levando-se em consideração o sexo e idade dos filhos.

Com o advento do Dec.-lei 3.200/1941, no seu art. 16, surgiu um outro enunciado quanto a guarda do filho natural, “determinando que esse ficasse com o progenitor que o reconhecesse e, se o fossem ambos, sob o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor”. (GRISARD, 2009, p.59)

Outras alterações surgiram com a lei 4.121 de 1962 quanto ao desquite litigioso, porém, conservando a amplitude do desquite amigável na questão da guarda dos filhos. Contudo, em 1977 surgiu a lei 6.515, instituindo o divórcio no Brasil e regulando os casos de dissolução da sociedade conjugal.

Nas palavras do Dr. Waldyr Grisard Filho:

Nesse quase centenário de vigência do Código Civil, produto de uma sociedade patriarcal de fim de século e impregnado ainda de um individualismo jurídico que remonta às suas origens romanas, a par das inovações introduzidas, como visto, vieram a lume, através do Dec. 17.493, o Código de Menores de 1927 (o primeiro da América Latina) e o de 1979, conforme Lei 6.697. (GRISARD, 2009, p. 61)

Ainda nas palavras de Grisard,

[...] O primeiro limitou-se, em um único artigo (27 do CC), a dizer o que se devia entender por “encarregado da guarda” de menor, pessoa que, não sendo pai, mãe, tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia. O segundo, pelo art. 2º., parágrafo único, substituiu esse conceito pelo de “responsável” pela guarda, já disciplinando o instituto de maneira mais completa, admitindo-o como forma de colocação em família substituta, conforme o art. 17, II, e estabelecendo as normas de regência em seus arts. 19, 24 e 25. (GRISARD, 2009, p. 62)

Vale ressaltar novamente o conteúdo exposto no art. 227 da Constituição Federal, para complementarmos o subtítulo em epígrafe, já que o referido texto legal assegura de forma clara à criança e ao adolescente, como sendo dever, primeiramente, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina é decorrente da Lei. 8.069 de 1990, diploma legal que trata especificamente dos direitos inerentes à criança e ao adolescente. Importando ainda lembrar que, o art. 33 em seu parágrafo 1º, do mesmo estatuto, regulamenta a questão da guarda dizendo que, “a

guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção de estrangeiros”. Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 também traz regulamentações quanto à guarda dos filhos, nesse sentido Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas afirma que: “Diante de tal aspecto, a Lei nº 11.698/08, que disciplina a guarda compartilhada, acrescentou ao Código Civil, no art. 1.583 parágrafo 3º, a obrigação do não-guardião de supervisionar os interesses dos filhos”. (QUINTAS, 2009, p.24).

Destarte, não trataremos da Lei 11.698/08 nesse momento, já que guardamos para esta um tópico específico. Vale salientar apenas que, tanto a Constituição Federal, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Direito Civil, regulamentam tal matéria com absoluto cuidado, seriedade e delicadeza, visto que estamos tratando de seres humanos que ainda não são capazes de cuidar de suas próprias vidas, merecendo o mais digno respeito da família, da sociedade e do Estado.

2.3 A guarda na dissolução da sociedade conjugal

2.3.1 Breves considerações quanto à dissolução da sociedade conjugal

Atualmente, mostram as estatísticas que a maioria dos casamentos ou qualquer outra forma de união entre um homem e uma mulher, não duram mais de quatro ou cinco anos, e isso ocorre pelos mais diversos fatores, entre eles: desigualdade econômica entre os companheiros; desigualdade no afeto; impulsos no momento da escolha com quem vai se casar, ou “se juntar”, gravidez decorrente de uma relação de solteiros, levando-se nesse último caso a um casamento provavelmente forçado; liberdade sexual, enfim, são múltiplas as razões pelas quais levam à separação de um casal.

Passaremos a tratar do assunto nesse momento de forma direta e dentro de um contexto especificamente jurídico, dessa forma iniciaremos nosso estudo considerando os pontos relevantes apresentados pela legislação vigente.

Em 26 de dezembro do ano de 1977, surgiu em nosso ordenamento jurídico a lei 6.515, a qual ficou conhecida como a “ LEI DO DIVÓRCIO”, que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal. Com a vigência dessa lei, surgiram novos paradigmas no direito de família brasileiro.

Até o advento dessa nova lei, existia apenas o desquite, o qual colocava fim à sociedade conjugal, sem dissolver o vínculo matrimonial, e dando continuidade à esse assunto dizia a ilustre Dra. Áurea Pimentel Pereira:

Os obstáculos que existiam em nosso país para a introdução do divórcio tinham origem principalmente nas objeções religiosas – ingerência da Igreja nos assuntos do Estado -, que argumentavam com a máxima de Santo Agostinho: “*Hoc enim custoditur in Christo et Eclésia ut vivens cum vivente in aeternum nullo divortio separetur*”. (PEREIRA, 2003, p.10)

Aqueles que se opunham ao instituto do divórcio, fundamentavam seus argumentos com princípios de moral e de ordem pública, com o intuito de preservar a tal da “perpetuidade” do casamento.

Contudo, nos ensina ainda Pereira que, o desquite “[...] impedia os cônjuges desquitados de contrair novo matrimônio, impulsionando-os no sentido da constituição de uniões à margem da lei”.

Por fim, em busca de resolver tal situação, surgiu a Emenda Constitucional de nº 9/77, inserindo o divórcio na legislação pátria.

Atualmente, toda disciplina da dissolução da sociedade conjugal, encontra-se amparada em nossa legislação nos artigos 1.571 à 1.582 do Novo Código Civil.

O art. 1.571 aponta os critérios de dissolução da sociedade conjugal da seguinte forma: “A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio”. No caso da separação judicial, importa salientarmos que este se encontra previsto no art. 1.572 discorrendo que: “Qualquer dos cônjuges poderá propor ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. Para caracterizar a impossibilidade da comunhão, o art. 1.573 vem nos dizer que: “Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência dos seguintes motivos: I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; VI – conduta desonrosa”. Claro que, cada caso é um caso, outros motivos além destes podem caracterizar a impossibilidade da vida a dois, entretanto, caberá ao juiz considerar tais fatores e tomar as decisões de maneira adequada ao caso concreto, e isso está previsto no parágrafo único do art. 1.573.

Vale ressaltar ainda que, o art. 1.580 trata da questão do divórcio no seguinte aspecto: “Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio”. Contudo, ressalvamos, “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. (art. 1.579, C.C).

2.3.2 Quanto à proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal

Com a promulgação da lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, deu-se nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, visto que a referida lei fora decretada para regulamentar a questão da guarda compartilhada.

Quintas, em seu livro *Guarda Compartilhada*, edição de 2009, nos ensina que: “Enquanto conviverem os pais, a guarda dos filhos será compartilhada por ambos, mas a partir do momento em que cessa essa convivência, poderão ser feitos vários arranjos para determinação da guarda”. (QUINTAS, 2009, p.22), desta forma, a guarda pode ser apresentada de diversas maneiras, entretanto, deve prevalecer o interesse e bem estar do menor. O digníssimo professor Grisard Filho, complementa o assunto afirmando que, “[...] chegada à ruptura conjugal, nasce grave e intrigante problema no que respeita à guarda de filhos que, a partir desse momento, não mais continuarão a viver com ambos os pais sob um regime *igualitário*, agora dual”. (GRISARD, 2009, p.72).

Não podemos deixar de salientar que, com a ruptura do casal torna-se um pouco difícil, e em outros casos, impossível, um acordo mútuo entre os pais em relação aos filhos menores. Por esta razão, torna-se imprescindível que a guarda esteja regulamentada de maneira cuidadosa em nossa legislação, sempre prevalecendo o melhor interesse da criança ou adolescente. Fato é que, dependendo da idade da criança, esta não tem capacidade nenhuma para efetuar suas escolhas, deixando a cargo do ministério público e da assistência social analisar o caso concreto, bem como a cargo do juiz com base nos estudos realizados decidir essa questão.

A nova redação do art. 1.583 do Código Civil, regulamenta o instituto da guarda da seguinte forma: “A guarda será unilateral ou compartilhada”. Antes da promulgação da lei 11.698, o mencionado artigo não tratava da guarda compartilhada, entretanto, na prática ela já vinha sendo aplicada pelo poder judiciário nos casos em que houvesse comum acordo entre os pais.

O parágrafo primeiro do referido artigo traz o significado de guarda unilateral e de guarda compartilhada afirmando que: “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5) 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”.

Contudo, observa-se notável e recente mudança no Direito de família no que se refere a guarda, já que os artigos acima sofreram grandes alterações devido a promulgação da lei 11.698 do ano de 2008.

Destarte, adiante trataremos de maneira aprofundada do instituto guarda compartilhada, já que este é o tema escolhido neste trabalho.

2.3.2.1 Interesse e bem estar do menor na ruptura do casal

Doravante, o que prevalece no Direito de família quanto á guarda dos filhos, é o interesse e bem estar do menor, e nesse aspecto Dr. Waldyr Grisard Filho nos ensina que:

[...] De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. (GRISARD, 2009, p.73)

Quando falamos em “melhor interesse da criança”, não quer dizer “o que deseja essa criança”, mesmo porque, dependendo da idade deste, não há que se falar em capacidade de discernimentos, portanto, há uma necessidade imprescindível de colocarmos nesse caso uma terceira pessoa, que irá realizar estudos sociais e psicológicos com esse menor, em busca da solução mais adequada e favorável para este.

Fazendo uma breve análise dos ensinamentos do Dr. Waldyr Grisard Filho, percebemos que, tais interesses baseiam-se em: materiais; morais; emocionais; mentais e espirituais. Nesse sentido, diz o §2º do art. 1.583, da lei. 11.698: “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: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação”. No que se refere ao interesse material, não podemos resumir em melhor condição econômica, lógico que isso terá um peso, porém, trata-se de um critério relativo, já que a guarda não será determinada pelo

poder aquisitivo. Existem diversos fatores relevantes para atribuição da guarda, como por exemplo: “afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar”, e neste caso não é porque um dos genitores vive em condições financeiras precárias que não poderá oferecer carinho e afeto á uma criança, visto que o outro genitor, nesse caso, se obrigará a prestar os alimentos.

Como já dissemos, “cada caso é um caso”, caberá então ao poder judiciário decidir a questão da guarda de maneira sensata, lógica, individualizada, e, priorizando sempre o interesse material; moral; emocional; mental e espiritual da criança ou adolescente.

Importa destacar nesse momento, algumas jurisprudências acerca do interesse e bem estar do menor em ações de guarda. Vide abaixo:

TJ – BA – 4ª Câmara Cível

FILHOS – GUARDA E POSSE – INTERPRETAÇÃO LEGAL – PRIORIDADE

Cuidando-se de guarda e posse de crianças e adolescentes, as decisões referentes aos menores não devem guardar, inclusive por determinação legal, uma aplicação extremamente dogmática e fria. Em primeiro lugar, deve-se observar que situação é mais vantajosa para a criança (TJ – BA – Ação unânime da 4ª Câmara Cível, julg. em 24-03-99 – Ap. 47702-9 Paripiranga – Rel. Dês. Paulo Furtado).

TJ – PR – 6ª Câmara Cível

MENOR – GUARDA – AUSÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS PAIS – PREVALÊNCIA

Na solução do conflito entre os pais, quanto à guarda dos filhos menores, o juiz deve dar primazia ao interesse dos menores. Não havendo possibilidade de acordo entre os pais, o interesse do menor deve ser auferido, pelo juiz, sobretudo, através da análise dos sentimentos expressados pelas crianças e pela pesquisa social, desenvolvida por psicólogos e assistentes sociais, que, com as demais provas trazidas aos autos, permitem avaliar a qualidade das suas relações afetivas, o seu desenvolvimento físico e moral, bem como a sua inserção no grupo social (TJ – PR – Ação unânime 3658 da 6ª Câmara Cível, julg. em 23-6-99 – Ap. 77.373-7 – Ponta Grossa – Rel. Dês. Accácio Cambi)

TJDF – AC – 5ª Turma

GUARDA E RESPONSABILIDADE DE MENOR – CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

O Magistrado, tanto de primeiro como de segundo grau, tendo em vista as peculiaridades do caso, pode converter o julgamento em diligência. Precedentes. 2. Estando a genitora do menor desempregada e sem residência fixa, recomendável que a criança permaneça com o pai, uma vez que o serviço psicossocial forense, em parecer técnico, não apresentou parecer conclusivo, tendo o genitor do menor, condições de mantê-lo em seu poder, como já o faz desde agosto de 2001, demonstrando uma relação afetiva e cuidadosa com o filho. (TJDF – AC. 2001.01.1.083113-2 – 5ª T. – Rel. Haydevalda Sampaio – DJU 05.08.2004)

Com base nas decisões acima, nota-se que na prática, os juizes têm seguido a regra de que deve prevalecer indiscutivelmente o interesse e bem estar do menor, ainda que para isso tenha que excluir a mãe do poder familiar, ou atribuir á esta apenas o direito de visita.

Até alguns anos atrás, era comum que o pai não conseguisse a guarda dos filhos de maneira alguma, isso ocorria pelo fato de que o genitor desenvolvia suas atividades profissionais fora de casa e não tinha tempo para cuidar de seus filhos, sendo então tarefa exclusiva da mãe. Entretanto, atualmente, existem casos em que a mulher trabalha fora enquanto o homem cuida dos filhos e dos afazeres domésticos, embora ainda existam alguns preconceitos em relação a isso, sabemos que é absolutamente comum. Desse modo, as questões em relação aos processos de guarda, devem ser resolvidas de maneira adequada á realidade social, prevalecendo á singularidade de que “cada caso é um caso” e priorizando sempre o melhor interesse dos filhos.

2.3.3 Modalidades de Guarda

Apresentaremos á partir desse subtítulo as modalidades de guarda conforme os ensinamentos do Dr. Waldyr Grisard Filho e da Professora de Direito Civil Dra. Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas.

2.3.3.1 Guarda Comum

Segundo os ensinamentos do Dr. Waldyr Grisard Filho, guarda comum é aquela em que:

Na constância do casamento, tanto na família legítima como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores, como decorrência do poder familiar. [...] consistente na

convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. (GRISARD, 2009, p.85)

Nesse caso, não se trata de guarda legal nem judicial, é uma modalidade natural, já que ela decorre da união do casal, nesse sentido, vale lembrar o que diz Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

Enquanto conviverem os pais, a guarda dos filhos será compartilhada por ambos, mas a partir do momento em que cessa essa convivência, poderão ser feitos vários arranjos para determinação da guarda. (QUINTAS, 2009, p.22)

Segundo os ensinamentos ora apresentados, a guarda comum é aquela exercida por ambos os cônjuges na constância do casamento, na união estável, ou em qualquer outra forma de união, desde que os pais convivam juntos e de fato com seus filhos, não existindo nesse caso intervenções jurídicas no que diz respeito à guarda.

2.3.3.2 Guarda originária e derivada

A guarda originária é aquela em que os pais propriamente ditos, exercitam todas as suas funções parentais em relação aos filhos. Já a guarda derivada, decorre da lei e corresponde a quem exerce a tutela do menor, que nesse caso pode ser qualquer outro indivíduo diverso dos pais biológicos. Nas palavras do ilustre autor Waldyr Grisard Filho:

A primeira é aquela que corresponde aos pais, [...] integrada no poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção, a representação. Sua origem, sendo natural, é originária dos pais. (GRISARD, 2009, p.85)

Por outro lado, guarda derivada é,

[...] a que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor (arts. 1.729 a 1.734), seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme art. 30 do ECA. (GRISARD, 2009, p.85)

Conclui-se, portanto, que a guarda originária vincula-se necessariamente aos pais consangüíneos, e a guarda originária surge da imposição da lei, nos casos em que os pais estão impossibilitados de exercê-la.

2.3.3.3 Guarda de fato

Entende-se por guarda de fato, aquela que não é atribuída por lei, ou seja, não é concedida judicialmente, mas alguém “de fato” a exerce de maneira física e não judicial. Porém, nesse caso, o guardião do menor não tem qualquer direito de autoridade, pois não existe nada regulamentado. É comum que, desses casos decorram decisões judiciais fazendo com que a guarda de fato se transforme em guarda jurídica, como por exemplo: Os avós que cuidam, sustentam e dão afeto aos seus netos como se filhos fossem, entretanto, a guarda jurídica pertence aos pais biológicos. Ocorre que, em alguns casos os pais acabam aceitando tal condição, e os avós assumem todas as responsabilidades para com essas crianças, dessa forma, é possível que os avós requeiram a guarda e isso seja legalmente regulamentado, claro que dependerá de diversos fatores, cabendo ao juiz decidir a questão.

2.3.3.4 Guarda provisória e definitiva

Guarda provisória ou temporária, é aquela que “surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar” (GRISARD, 2009, p.86).

A concessão de guarda provisória está prevista no art. 33, §1 do E.C.A., da seguinte forma: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro”. A guarda provisória tem por objetivo, regularizar a situação de fato, para evitar que a criança permaneça em uma família sem a devida proteção legal, até que se obtenha uma sentença definitiva que decida tal questão.

Quanto á guarda definitiva, esta será atribuída após o transito em julgado da sentença, entretanto, apesar de ser denominada como tal, sabe-se que esta modalidade de guarda também pode ser modificada a qualquer momento, basta que exista fundamentação inequívoca para que ela seja atribuída á outrem, ou de outra maneira. Nesse caso, caberá mais uma vez ao poder judiciário decidir a questão, e, nesse sentido, trata o art. 35 do E.C.A.: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial

fundamentado, ouvido o Ministério Público”. Portanto, a guarda torna-se definitiva com a sentença prolatada pelo juiz, porém, esta pode ser modificada com outra ação processual pertinente, desde que preenchido todos os requisitos legais.

2.3.3.5 Guarda peculiar

O art. 33, § 2º, na segunda parte do E.C.A., prevê a guarda peculiar em caráter excepcional, dizendo que: “Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”. Conclui o ilustre Waldyr Grisard Filho que, a guarda peculiar visa “[...] suprir uma eventual falta dos pais, permitindo que o guardião represente o menor em uma determinada e peculiar situação, por estarem os pais, por exemplo, em localidade distante do lugar onde devam praticar o ato em benefício do menor, sob pena de sério prejuízo a esse [...]”. (GRISARD, 2009, p.87).

2.3.3.6 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários.

Nos casos em que não haja possibilidade de se atribuir à guarda a qualquer dos genitores, deverá o juiz atribuir a uma terceira pessoa, notoriamente idônea, e que tenha o interesse em se tornar guardião desse menor, vez que a criança não pode estar de maneira alguma desamparada.

O art. 327 do CC de 1.916, já tratava da guarda atribuída a terceiro, bem como o § 1º do art. 16 do Dec. – lei 3.200/1941, de maneira que: “Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores”. (GRISARD, 2009, p.87).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, assegura à criança como dever da família, da sociedade e do Estado. Logo, a lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, através de seu art. 33, regulariza a posse de fato do menor da seguinte forma:

A guarda obriga à 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.

Parágrafo 1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção por estrangeiros.

Parágrafo 2º - Excepcionalmente, deferir-se-à a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. (E.C.A., art.33)

Dr. Waldyr Grisard Filho, em sua grande obra, nos ensina que:

Na vigência do atual Código Civil enfatiza-se o resguardo dos superiores interesses do menor. Verificando o juiz que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, tendo em conta, de preferência, o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, na dicção do parágrafo único do art. 1.584 do CC, ampliando-se, desta forma, o leque de pessoas capazes de assumir essa obrigação. (GRISARD, 2009, p.88)

Contudo, observa-se que, no caso de atribuição da guarda por terceiro, também prevalece a primazia do interesse e bem estar do menor, levando-se ainda em consideração, o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade desse terceiro com o menor.

Caso não existam parentes, ou qualquer outro indivíduo que deseje ou aceite o encargo de guardião do menor, será este colocado em *instituição* governamental ou não governamental, em conformidade com o art. 30 do ECA.

Quanto a guarda para fins previdenciários, o art. 33, §3º do ECA trata: “A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Nesse sentido o ilustre Dr. Waldyr Grisard Filho diz:

[...] A guarda assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito e, de modo expresso, os previdenciários, como se vê no art. 33, § 3º do ECA, consolidando a proteção à saúde, que o art. 227 da CF, impõe ao Estado [...]. (GRISARD, 2009, p.89)

É comum os avós pleitearem a guarda dos netos para fins previdenciários, já que dessa forma os netos tornam-se dependentes para todos os efeitos legais, e, em alguns casos os pais ainda não tem independência financeira, atribuindo aos seus ascendentes o dever de sustento quando estes se encontram em melhores condições para exercerem o papel de guardiões desse menor.

2.3.3.7 Guarda jurídica e guarda material

Com a separação do casal, não se tira de qualquer deles o poder família, entretanto, “há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visita ao outro, como previsto no art. 1.589 do CC”.

O genitor a quem é atribuída a guarda, tem não apenas a guarda jurídica como também a guarda material, pois, a guarda material consiste em ter o filho consigo, enquanto que a guarda jurídica implica o direito sobre a pessoa dos filhos. Por outro lado, caberá ao genitor que não tiver a guarda, o dever de fiscalizar as atribuições tomadas pelo outro genitor (aquele que exerce a guarda jurídica).

A guarda material está prevista no art. 33, § 1º, do ECA, de maneira que: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”. Entende-se que, esta se realiza pela convivência diária do genitor com seu filho, dando a idéia de posse sobre seu filho.

2.3.3.8 Guarda alternada

A guarda alternada pode ser caracterizada pelo fato de ambos os pais terem deveres e direitos sobre seus filhos, sendo que cada um dos pais passam um tempo determinado na companhia de sua prole, podendo ser esse período anual, semestral ou semanal.

Segundo Waldyr Grisard Filho, “neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais”. [...] (GRISARD, 2009, p.91)

A guarda alternada não deve ser confundida com guarda compartilhada, já que nesta última não se determina um período de tempo em que os filhos estarão com cada um dos pais, mas sim se estabelece um compartilhamento na educação e no sustento dos filhos, pois ambos os pais terão os mesmos direitos e deveres, entretanto, a criança pode estar na companhia exclusiva de um dos genitores deixando ao outro o direito de visita.

2.3.3.9 Guarda Compartilhada ou conjunta

Com o advento da lei 11698 de 2008, regularizou-se o instituto da Guarda Compartilhada, modificando consideravelmente o artigo 1.583 do CC que agora estabelece: “A guarda será unilateral ou compartilhada”, e o §1º do mencionado artigo explica que:

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. (§1º do art. 1.583 do CC)

A ilustre autora e professora de Direito Civil, Maria Manoela Rocha Albuquerque Quintas, vem nos dizer que:

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2009, p.28)

No mesmo sentido nos ensina Grisard Filho, quanto a atribuição da guarda compartilhada:

[...] Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. (GRISARD, 2009, P.91)

Contudo, conclui-se que o instituto da Guarda Compartilhada veio para suprir a falta de um dos pais, já que com a guarda unilateral, apenas um dos genitores tem a guarda jurídica do menor, atribuindo ao outro, ou seja, á quem não detém a guarda, apenas o direito de visita.

CAPÍTULO III - DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Definição do instituto Guarda Compartilhada

Segundo os ensinamentos do Dr. Deirdre Neiva:

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto á formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha. (NEIVA, 2002, <http://jus2.uol.com.br>)

Dr. Waldyr Grisard Filho, afirma em sua grande obra de Guarda Compartilhada que: “O desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada” (GRISARD, 2009, p.129), e quanto ao significado de tal instituto nosso ilustre autor vem nos dizer que:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal. (GRISARD, 2009, p.131)

Para o psicanalista Sérgio Eduardo Nick:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (‘joint custody’, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (‘sole custody’, em inglês). (NICK, 1997, p.135)

A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, traz no parágrafo primeiro do art. 1.583 a definição para o instituto da Guarda Compartilhada da seguinte maneira: “[...] 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”.

Destarte, nota-se que, o instituto ora apresentado surge para suprir a falta de um dos genitores na criação e educação dos filhos menores, existindo dessa maneira um exercício em conjunto com relação á guarda, entretanto, constata-se também que isso não significa que a criança estará por um período determinado com cada um dos pais, pelo contrário, o menor pode residir exclusivamente com apenas um dos genitores, porém, ambos têm todos os direitos e deveres quanto ao sustento e educação dos filhos em comum.

Contudo, conclui-se que Guarda Compartilhada ou Guarda Conjunta, significa guardar conjuntamente, ou seja, administrar de forma compartilhada a vida dos filhos enquanto menores, de modo que ambos os pais tenham todos os direitos e deveres com relação aos filhos, ainda que estes residam exclusivamente com apenas um dos genitores.

3.2 Distinção entre guarda compartilhada e guarda unilateral ou exclusiva

A Lei 11.698, distingue a guarda unilateral da guarda compartilhada da seguinte forma:

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída á 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. (Lei.11.698, art.1.583, §1º)

Entende-se por guarda unilateral aquela atribuída á apenas um dos genitores, sendo que o outro (aquele que não detém a guarda) fica incumbido de prestar os devidos alimentos para o sustento de sua prole, tendo, portanto, o direito de visita em conformidade com o que fora decidido judicialmente.

Por outro lado, guarda compartilhada é aquela em que ambos os pais tem todos os direitos e deveres de forma igualitária em relação aos filhos menores. Lembrando que, para o exercício desse compartilhamento não é necessário que os filhos vivam um período com a mãe e outro com o pai, já ficou evidente que a criança poderá ter uma única residência, pois o período em que estará com cada um não é critério para se definir a questão da guarda.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, em sua grande obra de Guarda Compartilhada diz que: “[...] guarda exclusiva é uma modalidade de guarda em que os filhos permanecem sob os cuidados e direção de apenas um dos pais, aquele que apresente melhores condições de acordo com os interesses da criança”. (QUINTAS, 2009, p.24)

Por outro lado, Quintas define o instituto da guarda compartilhada da seguinte forma:

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. (QUINTAS, 2009, p.28)

Contudo, entende-se que guarda única ou exclusiva é aquela em que apenas um dos pais é detentor de todos os direitos e deveres com relação aos filhos, sendo que o outro tem garantido o direito de visita e ainda o dever de prestar os alimentos. Lembrando que, deve-se prevalecer em todos os casos o interesse e bem estar da criança. Quanto ao instituto da guarda compartilhada, constata-se que, como o próprio nome diz, esta é exercida por ambos os pais, portanto, ambos os genitores terão direitos e deveres sobre os filhos menores de maneira igualitária, ainda que a criança resida exclusivamente com apenas um deles.

3.3 Surgimento do instituto da guarda compartilhada

Conforme os ensinamentos de diversos textos até aqui estudados, constata-se que, o instituto da guarda compartilhada surge na Inglaterra em meados dos anos 60, se expandindo posteriormente para Europa, Canadá e Estados Unidos da América.

3.3.1 No sistema da common law

Grisard nos ensina na 4ª edição de sua obra de guarda compartilhada que:

No século XIX, o parlamento inglês modificou o princípio de que o pai era proprietário de seus filhos, cabendo-lhe, necessariamente, a guarda em caso de conflito, e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos. Se anteriormente era injustiça à mãe a guarda exclusiva do pai, detentor de amplos poderes sobre a pessoa dos filhos, os Tribunais entenderam, agora,

estar injustiçado o pai, na medida em que se passou a atribuir a guarda à mãe. (GRISARD, 2009, p.139)

O autor Luiz Felipe Lyrio Peres, em um de seus artigos publicados no site Jus Navigandi, diz que:

Na Inglaterra, pioneira na introdução do instituto, o sistema da common law teve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única que sempre tendenciava para a figura materna, passando assim os Tribunais a adotar a conhecida *Split* ordem, que significa repartir, dividir, os deveres e obrigações de ambos os cônjuges sobre seu filho. Dessa maneira, as decisões dos tribunais ingleses passaram a beneficiar sempre o interesse do menor e a igualdade parental, abolindo definitivamente a expressão direito de visita, possibilitando assim maior contato entre pai, mãe e filho. (PERES, 2002, <http://jus2.uol.com.br/doutrina>)

Nota-se com clareza que, em um dado momento a mãe se sentiu injustiçada, pelo fato do homem ter sido privilegiado na atribuição da guarda, posteriormente a figura se inverte passando à mãe o privilégio de se tornar detentora da guarda, e dessa forma, o genitor passa a se sentir prejudicado, injustiçado. Para resolver essa questão, os Tribunais passaram a pensar e decidir tal matéria de maneira equilibrada, priorizando a necessidade e o interesse do menor, e não mais privilegiando ele ou ela, mas sim a própria criança.

Devemos concordar, pois a história nos mostra que homens e mulheres conquistaram seus direitos e deveres de maneira equiparada, igualitária, tendo em vista que antigamente a mulher era detentora do lar, dos deveres da casa, enquanto seu marido trabalhava fora para manter o sustento da família. Posteriormente, a mulher passa a conquistar seu espaço no mercado de trabalho e conseqüentemente sua independência financeira.

3.3.2 Na França

Aos poucos, o instituto da guarda compartilhada foi ganhando seu espaço na Europa, e, segundo Peres, “[...] aproximadamente no ano de 1976 foi profundamente assimilada pelo direito francês, com a mesma intenção da guarda compartilhada criada no direito inglês; [...]”. (PERES, 2002, <http://jus2.uol.com.br/doutrina>), dando continuidade ao assunto Grisard nos ensina:

A jurisprudência que se formou favoravelmente à guarda compartilhada resultou na Lei. 87.570, de 22 de julho de 1987, denominada comumente Lei Malhuret, Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que modificou os textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, harmonizando-o com a torrentosa jurisprudência existente. (GRISARD, 2009, p.141)

No mesmo sentido continua Lucas Hayne Dantas Barreto explicando que:

[...] O Código Civil francês estabeleceu, com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda. (BARRETO, 2003, <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4352>)

Destarte, os textos mostram que o instituto da guarda compartilhada surge para equiparar os direitos e deveres de homem e mulher em relação á guarda dos filhos, e, fica evidente também que na atribuição da guarda deve prevalecer o interesse do menor, e não mais o interesse do pai ou da mãe.

3.3.3 No Canadá

A autora Ana Maria Milano Silva preleciona que:

A seção 16 da lei de divórcio canadense diz que o Tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses. Os Tribunais canadenses baseiam a limitação da aplicação da guarda conjunta apenas em casos de pedido conjunto das partes, na argumentação de que não se pode compelir um pai a cooperar em uma guarda compartilhada quando ele não deseja, sob o risco de não se atingir o objetivo. (SILVA, 2005, p.99 - 100)

No mesmo sentido Grisard discorre em sua obra de guarda compartilhada:

[...] A guarda compartilhada só se confere quando os pais manifestam essa opção, por meio de acordo, para melhor atender os interesses seus e dos filhos. Se o acordo não é possível, o Tribunal decide por eles. A *Court d'Appel* da Província de Ontário, porém, entende ser difícil compelir um

pai a cooperar quando ele não deseja uma guarda conjunta, podendo desservir aos seus objetivos. (GRISARD, 2009, p.145)

Ora, consideremos ponderada a maneira de atribuição da guarda compartilhada no ordenamento jurídico canadense, visto que se ambos os pais não concordam com o compartilhamento da guarda, esta jamais será compartilhada na prática, ainda que por imposição da justiça. Pelo contrário, é evidente que a imposição desta modalidade de guarda contra a vontade dos genitores, irá gerar um conflito maior ainda entre eles, e, conseqüentemente não será atingido o objetivo de tal instituto.

3.3.4 Nos Estados Unidos da América

O Direito americano aderiu largamente a nova tendência, e segundo os ensinamentos do ilustre Waldyr Grisard Filho:

Como cada Estado dita sua própria lei civil, no tema em debate criam-se sérias dificuldades de aplicação uniforme. Para evitar os conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais, com danosos efeitos ao bem estar do menor, busca-se uniformizar a legislação a respeito. O resultado desse intento é a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, adotada por um crescente número de Estados (Arizona, Colorado, Califórnia, Geórgia, Lousiana, Minnesota, Ohio, Virgínia; a Corte Superior do Distrito de Colúmbia não tem autoridade para determinar a guarda compartilhada, mas a prática corrente é a de admitir esse arranjo, quando os pais sugerem). (GRISARD, 2009, p.143)

Salienta ainda o ilustre autor:

Presentemente, é política pública dos Estados assegurar ao menor contato freqüente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança. Hoje, a legislação de cerca de 45 Estados autoriza a guarda compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outros 12 é presumida e em outros 8 a presunção se dá por acordo de ambos os pais. (GRISARD, 2009, p.143 – 144)

Conforme as citações apresentadas, conclui-se que, grande parte dos Estados Unidos já aderiu a nova modalidade de guarda, sendo que os demais Estados, mesmo não

tendo ainda essa nova modalidade de guarda regulamentada pela legislação, já estão aplicando-a na prática.

3.3.5 Em Portugal

Portugal denomina o instituto como “Guarda Conjunta”, e, segundo artigos publicados no site do STJ, os Tribunais portugueses já a admitiam, antes de haver qualquer regulamentação a respeito.

Nesse sentido, não podemos deixar de mencionar o que diz Ana Maria Milano Silva:

Na maior parte dos casos (em mais de 86%) os filhos foram confiados a mãe, apesar da legislação portuguesa prever a possibilidade da guarda conjunta das crianças pelos dois pais, esta oportunidade foi muito raramente aplicada, o que significa que os juizes portugueses preferem confiar os filhos as mães. De fato, devido a esta situação em Portugal, depois da separação ou divorcio o pai é frequentemente afastado de uma efetiva participação nas necessidades físicas, emocionais e educacionais dos seus filhos (SILVA, 2005, p. 96).

O Código Civil de 1966 de Portugal, tinha uma visão extremamente conservadora com relação a sociedade, existia ainda uma idéia patriarcal sobre família.

A autora Maria Clara Sottomayor nos ensina:

A doutrina entendia que, nos casos de divórcio ou separação, a mãe pertencia a função educativa, exercendo o pai, por força da tradição, o poder-dever de representação ou, uma vez que a unidade familiar estava destruída pela separação ou divórcio, o pai deixava de ser o chefe da família e a mãe exercia integralmente o poder paternal, sendo esta a solução mais consentânea com o princípio da igualdade e com o interesse da criança. (SOTTOMAYOR, 2001, p.53-54)

Posteriormente, com o advento da lei 84 de 1995, esse quadro mudou um pouco de figura, surgindo a idéia de que determinados assuntos fossem solucionados em comum acordo entre os genitores.

Sottomayor continua o assunto dizendo que: “Essa lei foi resultado de uma proposta preparada pela Associação de Mulheres Juristas e por uma Instituição de apoio à criança, e apresentada no Parlamento pelo Partido Socialista” (SOTTOMAYOR, 2001, p.55)

Portugal aderiu a modalidade de guarda conjunta para favorecer o interesse do menor, levando-se em consideração as necessidades deste, e, por outro lado, para aliviar as responsabilidades atribuídas exclusivamente as mulheres, tendo em vista que elas arcavam com todos os aspectos da vida dos filhos.

3.4 No Brasil

3.4.1 A evolução do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro

Tanto a sociedade como o Direito de família, e, conseqüentemente o instituto da guarda vêm passando por inúmeras mudanças, entretanto, os textos que tratam do assunto nos mostram que o instituto da guarda não tem acompanhado o desenvolvimento da sociedade na mesma proporção.

Na década de 30 e 40 tínhamos uma sociedade que consagrava a figura do homem, inclusive em relação à guarda, pelo fato de que este era detentor do poder econômico.

Luiz Felipe Lyrio Peres nos ensina em um de seus artigos publicados no site Jus Navigandi que:

[...] encontramos mais precisamente na década de 30 e 40 uma sociedade que privilegiava a figura do homem, no qual no deferimento da guarda após a ruptura conjugal sempre tendenciava para esse grupo, já que este era o único que detinha um poder econômico na sociedade, estando assim, o deferimento da guarda sempre ligado ao interesse financeiro. (PERES, 2002, <http://jus2.uol.com.br/doutrina>)

Peres continua:

Esse contexto perdurou até a revolução industrial, aonde mais uma vez ocorreu uma profunda modificação nos valores da sociedade, invertendo certos valores e atribuindo a figura materna o encargo de gerir a vida do menor após o fim da família, porque se passou a entender que esse grupo era que detinha maiores aptidões para essa tarefa, além de que o homem se encontrava no trabalho praticamente o dia todo. (PERES, 2002, <http://jus2.uol.com.br/doutrina>)

Atualmente, ou mais precisamente no século XXI, com todas as mudanças de valores, nos ensina ainda Peres:

[...] a figura paterna começou a reassumir gradativamente uma responsabilidade diante do lar, tendo um desejo de se relacionar melhor e mais tempo com seus filhos, almejando urgentemente por uma nova mudança no instituto da guarda, em que tanto a mãe quanto o pai possam se relacionar com o seu filho. (PERES, 2002, <http://jus.uol.com.br/doutrina>)

Já que a Constituição de 1988 estabelece a igualdade entre homens e mulheres, na questão da atribuição da guarda isso não poderia ser diferente, portanto, começa a ser equipado os direitos e deveres dos genitores com relação aos filhos menores ou maiores incapazes.

Contudo, preleciona Grisard:

Buscou-se, então, escolher um modelo, novo, que privilegiasse a idéia, na ruptura conjugal, de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltado para o melhor interesse das crianças. A substituição do modelo tradicional de guarda (única), exercida sistematicamente pela mãe, por outro, que almeja preservar o “melhor nível de relacionamento entre pai e mãe, com vistas a proporcionar um desenvolvimento ótimo dos chamados filhos do divórcio”, tem sido, como vimos, objeto de estudo e de larga utilização no direito estrangeiro. (GRISARD, 2009, p.162)

O ilustre autor diz ainda:

[...] a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois “mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”. (GRISARD, 2009, p.162)

O primeiro estudo realizado e publicado sobre a licitude da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico ocorreu no ano de 1986, sendo que o responsável por esse estudo foi o M.M. juiz de direito e hoje desembargador aposentado do TJRS, Dr. Sérgio Gischkow Pereira.

Grisard explica que:

Embora inexistisse norma expressa nem fosse usual na prática forense, a guarda compartilhada mostrava-se lícita e possível em nosso direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda exclusiva, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou a mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença, permanente, conjunta, ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida. A função paternal, nas diversas fases do desenvolvimento dos filhos, não é descartável. (GRISARD, 2009, p.164)

Destarte, a guarda compartilhada já vinha sendo aplicada por nosso sistema judiciário antes mesmo da promulgação da lei 11.698/2008, sancionada pelo presidente Luiz Ignácio Lula da Silva. Nesse sentido continua Grisard:

Se, por um lado, não existissem regras proibitivas à aplicação do modelo, por outro, a escassa doutrina nem a jurisprudência o repeliam. Bem a contrário, vez por outra, desaplaudem a chamada guarda alternada: “*É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda de pais, separados, durante a semana, alternadamente*” (sem grifo no original), na medida em que essa modalidade não consolida os hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor. Nem “deve o juiz restringir-se a regular as visitas, estabelecendo-lhes datas e horários; a preocupação máxima deve ser no sentido de fixar regras que não permitam o desfazimento das relações afetivas que devem existir entre pais e filhos”. (GRISARD, 2009, p.164-165)

Por outro lado, se a própria Constituição de 1988 garante a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), bem como a igualdade de direitos e deveres inerentes á sociedade conjugal a serem exercidos pelo homem e pela mulher (art. 226, §7º), quando se trata de atribuição de guarda sua aplicabilidade não poderia ser diferente, ou seja, se homem e mulher estão equiparados quanto aos seus direitos e deveres por determinação legal, isso deve se estender também na questão da guarda, e eis aqui um dos fundamentos da existência de tal instituto.

Apesar da guarda compartilhada estar sendo aplicada mesmo antes da lei 11.698/08, sabe-se, porém, que até então ela só era atribuída se ambos os pais estivessem de acordo, diferentemente do que ficou estabelecido com a lei em vigor, a qual será estudada e discutida mais adiante.

3.4.2 Objetivo e justificativa da guarda compartilhada

O processo de separação de um casal, por si só, gera diversos conflitos emocionais, atingindo principalmente os filhos menores, portanto é necessário se estabelecer critérios muito cuidadosos na hora de se decidir com quem ficará a guarda.

Nesse sentido nos ensina Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

No rompimento familiar a guarda apresenta-se como um jogo, onde um dos pais ganha e o outro perde, resultado do sistema de guarda exclusiva. Enquanto os pais deveriam participar conjuntamente na criação dos filhos, apenas um assume os encargos e outro se limita à visita e à fiscalização, não do filho, mas da maneira como este está sendo criado. (QUINTAS, 2009, p.70)

E a autora continua:

O processo de separação já é, por si só, doloroso e a disputa pela guarda dos filhos o torna ainda mais desgastante emocionalmente para os envolvidos. Essa situação demanda a busca de soluções que amenizem o processo e a guarda compartilhada vem a ser uma possibilidade de enfrentar a separação familiar de maneira mais tranqüila e satisfatória. (QUINTAS, 2009, p.71)

Conforme os ensinamentos da ilustre autora, notamos que, de fato a ruptura do casal traz diversos transtornos emocionais para a família, e em determinados casos os filhos são os mais prejudicados. Sendo assim, é imprescindível que se tenha muito cuidado ao atribuir a guarda, salientando que, deve prevalecer em todos os casos o interesse e bem estar da criança e do adolescente.

Justifica-se a atribuição da guarda compartilhada pelo fato de que ela será capaz de suprir a ausência de um dos pais na vida dos filhos, já que no caso da guarda exclusiva, esta é deferida a um dos genitores, tendo o outro apenas o direito de visita.

Contudo, não se pode afirmar que na prática ela resolverá essa ausência, este seria sim um dos objetivos na determinação desta, porém, cada caso é um caso. Em algumas situações não há que se falar em compartilhamento da guarda, o caso concreto deve ser muito bem estudado e analisado pelo poder judiciário.

A autora acima mencionada vem nos dizer que:

A guarda compartilhada surge com o objetivo de diminuir o sofrimento de todos os envolvidos na ruptura familiar, em especial dos filhos menores, a quem a guarda irá afetar o crescimento e o desenvolvimento saudáveis, procurando solucionar os problemas apresentados pela guarda exclusiva. Objetiva que os pais compartilhem a convivência e as responsabilidades da criação dos filhos. (QUINTAS, 2009, p.71)

Nesse sentido, afirma Grisard:

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia. Isso supera os questionamentos manifestados alhures por Sérgio Gischkow Pereira e Eduardo de Oliveira Leite. (GRISARD, 2009, p.169)

E dando continuidade ao assunto, o mesmo autor ensina que:

A guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas [...]. (GRISARD, 2009, p.171)

Segundo os ensinamentos apresentados, constata-se que, é quase absoluto o entendimento de que a guarda compartilhada surge para solucionar os conflitos existentes com a ruptura conjugal. Entretanto, vale ressaltar novamente que não se pode generalizar e afirmar que esse modelo de guarda resolverá de fato a situação, visto que em diversos casos ela jamais deverá ser aplicada, nesse aspecto vejamos a seguir:

O primeiro aspecto a considerar na operacionalização do modelo é sobre a residência do menor, pois “é inconcebível falar-se em guarda de menor na ausência do direito de fixar residência; pois é esse elemento que confere ao guardião o meio de assegurar sua função”. É o foro do domicílio de quem exerce a guarda o competente para apreciar e julgar as ações que versem sobre todos os interesses de menores, nos termos do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Durante a infância e a juventude, deve-se evitar grandes alterações na rotina de vida do menor, permanecendo inalterado e, conseqüentemente, em segurança tudo o que for imprescindível. Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade especial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual sinta uma relação de interesse e onde

desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida. (GRISARD, 2009, p.172-173)

Vale transcrever o que diz Quintas:

Se um dos pais não estiver apto a exercer a guarda, será melhor que a criança seja conduzida apenas pelo genitor capaz. A convivência com ambos, sendo um inapto, acarretará sérios problemas que comprometerão seu melhor interesse. “Sempre que um dos genitores manifestar uma lacuna de natureza moral ou psicológica, a possibilidade da guarda conjunta desaparece e abre espaço, indiscutivelmente, à guarda individual”. (QUINTAS, 2009, p.72)

Precioso dizer que, a criança precisa, antes de qualquer coisa, de um lar certo, de uma residência fixa, onde ela desenvolva suas atividades educacionais e escolares. Não é aconselhado, portanto, a guarda de maneira alternada, pois a alternância pode trazer sérios prejuízos de ordem emocional e educacional na vida dessa criança.

Ficou claro também que se os pais não almejam o compartilhamento da guarda, essa não deve, de maneira alguma, ser deferida, visto que se os pais vivem em litígio, não serão capazes de compartilhar os deveres e obrigações sobre a vida dos filhos. Logo, o poder judiciário tem que analisar com muito cuidado o caso concreto, para que sua decisão não seja equivocada, e, para que não se perca o objetivo do instituto da guarda compartilhada.

3.5 Da lei 11.698/2008

Através dos estudos aqui expostos, constatamos que o instituto da guarda compartilhada já vem sendo aplicado á bastante tempo por alguns juristas, mesmo sem uma regulamentação específica, isso pelo fato de que a própria evolução da sociedade pede por inovações constantes no direito de família.

Grisard preleciona em sua grande obra de guarda compartilhada:

O direito de família deu um salto epistemológico por influência dos direitos humanos e a guarda de filhos de pais separados deixou de ser um tema singelo no trato técnico-jurídico para configurar-se, no presente, elemento relevante de legitimação de novos modelos normativos. O sistema de guarda única, invariavelmente concedida à mãe, não mais atendia a vasta e crescente problemática da guarda de filhos após a

dissolução da sociedade conjugal – do casamento ou da união estável. (GRISARD, 2009, p.189)

Antes do advento da lei 11.698, de 13 de junho de 2008, confundia-se muito a guarda compartilhada com a guarda alternada, essa falta de entendimento se dava porque não havia uma regulamentação específica acerca de tal instituto.

Destarte, o instituto era aplicado pelo judiciário desde que houvesse comum acordo entre os pais, caso contrário, a guarda compartilhada não seria de maneira alguma atribuída. Por outro lado, existem ainda muitos juízes que renegam tal instituto, mesmo após o advento da referida lei.

Os movimentos de pais e mães separados deram um empurrão para o alargamento dos debates referente ao instituto, ocasionando o surgimento do projeto de lei com vistas à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse aspecto, dando continuidade ao assunto, nos ensina Grisard:

As exigências socioeconômicas da vida moderna, principalmente a inserção da mulher no mercado de trabalho, alteraram os padrões familiares de convivência entre os pais e entre eles e seus filhos. [...] o então deputado Tilden Santiago (PT-MG) apresentou ao Congresso Nacional o PL 6.350/2002, com a finalidade de alterar os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, para instituir, por acordo ou decisão judicial, a guarda compartilhada, reconhecendo que o exercício equilibrado do pai e da mãe na criação dos filhos é a melhor forma de garantir não só o melhor interesse da criança como também a plena igualdade entre o homem e a mulher na responsabilização dos filhos. Em sua justificativa, o autor do projeto lembra que a guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais. (GRISARD, 2009, p.191)

O projeto lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados, em seguida o projeto foi encaminhado ao Senado da República e a ela retornou para apreciação do Substitutivo ao Projeto da Câmara dos Deputados 58/2006, que fora oferecido pelo Senador Demóstenes Torres (DEM – GO).

Continua o ilustre autor:

[...] De volta á casa de origem, a Relatora da matéria, Deputada Cida Diogo, manifestou-se pela aprovação do Projeto nos termos do Substitutivo, reconhecendo significativo avanço e aperfeiçoamento na legislação de família, ao disciplinar de maneira mais minuciosa as diversas situações que surgem na atribuição da guarda, tratando não só da guarda compartilhada como também da unilateral. (GRISARD, 2009, p.191-192)

Conforme já estudado, antes da promulgação da referida lei, a guarda compartilhada só era atribuída se os genitores estivessem em comum acordo, com o advento da lei esse quadro não muda muito de figura, é aconselhável que os pais almejem a guarda compartilhada para que ela seja atribuída, no entanto, ainda que os genitores não entrem em consenso, o juiz deverá, sempre que possível, dar preferência á essa modalidade.

A Lei 11.698/08 representa grandes transformações no Direito de família, mais especificamente no que concerne á guarda dos filhos. Como menciona Dr. Waldyr Grisard Filho:

[...] A guarda compartilhada, agora expressamente admitida no direito brasileiro, resgata e equilibra o exercício do poder familiar no pós divórcio, reafirmando a complementaridade das funções paterna e materna na formação da personalidade dos filhos. Com a nova lei, além do direito de participar da educação do filho, os pais passam a ter o dever de fazê-lo, como manifesta Álvaro Villaça Azevedo. (GRISARD, 2009, p. 194)

3.5.1 Os novos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil

O artigo 1.583 do Código Civil tinha a seguinte redação:

No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observa -se- á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Com a nova redação dada pela Lei 11.698/2008, o artigo passa a ter a seguinte redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

§ 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: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (art. 1.583 da lei 11.698/2008)

Importa salientar que, a redação apresentada pelo antigo artigo (antes da lei 11.698/2008), indiretamente autoriza os genitores a compartilharem a guarda, já que ela menciona de maneira clara que deve ser observado o que os cônjuges acordarem quanto a guarda dos filhos. Porém, não se tinha uma definição do instituto e tão pouco uma regulamentação expressa.

O artigo 1.583 vigente, em seu parágrafo 1º, dado pela lei 11.698/2008, esclarece o significado do termo “guarda compartilhada”, e, diz que esta deve ser fundada em uma responsabilização conjunta quanto aos direitos e deveres dos pais sobre os filhos. Em seguida, o artigo nos ensina que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições, lembrando que, não se trata de melhores condições econômicas, e sim, condições psíquicas e quanto às relações de afeto com a criança.

Na guarda unilateral apenas um dos genitores tem a guarda jurídica, sendo que o não detentor desta terá garantido seu direito de visita. Já na guarda compartilhada, ambos tem a guarda jurídica, entretanto, isto não significa que a criança residirá ora com um, ora com outro. O menor deverá ter uma residência física, seja com o pai ou com a mãe, e, para se decidir essa questão caberá a justiça analisar o caso concreto e constatar qual o melhor interesse para a criança.

Quanto ao artigo 1.584 do Código Civil, este apresentava o seguinte texto legal:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo Único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Com a lei 11.698/2008, o artigo 1.584 passa a discorrer o seguinte texto:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (art.1.584 da lei 11.698/2008)

O presente artigo denota de forma clara as duas modalidades de guarda, sendo a guarda unilateral ou compartilhada. O inciso primeiro demonstra que a guarda pode ser requerida por consenso pelo pai ou pela mãe, em seguida, o inciso segundo diz que ela pode também ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades da criança.

O parágrafo primeiro relata que na audiência de conciliação o juiz deverá explicar ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada e sua importância. Tratando ainda o segundo parágrafo que quando não houver acordo entre os pais será aplicada sempre que possível a guarda compartilhada. Apesar do parágrafo segundo mencionar que o juiz deve dar preferência pela guarda compartilhada, entendo que esta não tem como ser atribuída sem o consentimento dos pais, já que estes vivem em conflito.

Por último, é importante ressaltar que, o parágrafo quinto nos ensina que se o juiz verificar que a guarda não deve ser deferida ao pai ou à mãe, ela deve ser atribuída a uma terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida. Ou seja, à aquele que revele melhores condições para exercê-la, priorizando sempre o interesse do menor.

Contudo, ficou evidente que em determinados casos a atribuição da Guarda Compartilhada será extremamente benéfica, podendo até ser considerada a solução para os conflitos familiares decorrentes da separação de um casal, mas, por outro lado, existem casos em que ela pode gerar um conflito ainda maior, perdendo-se de uma vez por todas o objetivo pelo qual ela fora determinada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o trabalho aqui exposto, constatamos que o instituto da guarda é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, já que o assunto versa sobre a criança e o adolescente, e, lembrando que estes merecem total apoio e segurança por parte dos pais, da sociedade e do Estado.

O menor não tem como decidir sua vida de maneira independente, portanto, cabe a nós enquanto pai, mãe, e sociedade, cuidarmos de tudo o que diz respeito a eles com carinho, responsabilidade e afeto.

Destarte, o homem foi privilegiado na questão da guarda em um dado momento histórico, e, momentos depois a mulher passa a ser privilegiada, desse modo, ora o homem se sentiu prejudicado, ora a mulher se sentiu prejudicada, e, para tentar solucionar esse conflito, com a igualdade entre homens e mulheres dada pela Constituição de 1988, surge a idéia de um novo modelo de guarda, a guarda compartilhada, onde ambos os pais tem todos os direitos e deveres inerentes à pessoa dos filhos.

A Inglaterra foi a pioneira na introdução do instituto, posteriormente conquistou repercussão na Europa, Canadá e Estados Unidos, destacando-se que, neste último foi onde tal instituto ganhou maior desenvolvimento, em especial no Estado de Colorado em que quase 90% da guarda é “compartilhada”.

O tema em questão não apresenta grandes divergências na doutrina, é quase pacífico o entendimento de que esta modalidade de guarda veio realmente para superar todas as barreiras existentes entre pai e mãe, ou, entre pai, mãe e filho. Contudo, não estamos tratando de uma matéria de exatas, mas de humanas, e nessa ótica tudo é possível, o campo é amplo e passível de opiniões.

Precioso lembrar, que o referido instituto já vem sendo aplicado pelos juristas antes mesmo da criação e promulgação da lei. 11.698/2008, sancionada pelo atual presidente da República, tendo em vista que mesmo não existindo uma regulamentação específica, nosso ordenamento jurídico não traz qualquer proibição a respeito.

Teoricamente, a escolha pela Guarda Compartilhada nos parece preciosamente benéfica, e deveria ser, contudo, o ser humano é dotado de um egoísmo que impera até mesmo sobre a vida e educação dos filhos. O homem e a mulher se casam, se amam, amam seus filhos, entretanto, quando se separam, olham cada um para si mesmo e não para a família como um todo, não se pode generalizar, é claro, mas sabemos que esse comportamento é absolutamente comum e merece relevância. Dessa forma, falar em um

compartilhamento na criação e educação dos filhos diante de uma separação é nitidamente difícil, há não ser que esse seja um mero desejo de ambos os pais.

É pacífico o entendimento de que a guarda deve ser decidida visando SEMPRE o melhor interesse e bem estar da criança e do adolescente, porém, para isso o cuidado deve ser absoluto, para que não se faça o pior dos males em busca de se concretizar o bem.

Pois bem, se os pais almejam pela guarda compartilhada, essa não será discutida, e simplesmente homologada, contudo, se eles vivem em litígio jamais pensariam nessa hipótese, daí vem a lei. 11.698/2008, em seu artigo 1.584, parágrafo 2º nos dizer que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”, ora, se não existe um acordo entre os pais no compartilhamento da guarda, como ela seria possível? Ela pode, ou “deve” ser aplicada em conformidade com a referida lei, isso é juridicamente possível, porém, falar em seu exercício de fato seria um grande equívoco.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo traz diversos acórdãos (anexos) dando maior respaldo há essa ótica. Fazendo uma análise desses documentos, constatamos que, na prática os juizes e desembargadores têm relatado que “não há que se falar em Guarda Compartilhada” se esse não é o desejo de ambos os pais, ou seja, apesar da lei incumbir ao poder judiciário a determinação da Guarda Compartilhada, sempre que possível, caso não haja acordo entre os pais, é nítido que os ilustres julgadores têm levado diversos fatores em consideração para o não exercício desse direito, entre esses, o fator mais relevante e quase pacífico é o caso dos pais que vivem em litígio.

Desse modo, podemos até afirmar que o objetivo da atribuição da guarda compartilhada é o de equiparar os direitos e deveres do pai e da mãe, bem como cuidar de maneira privilegiada do interesse do menor, mas, ressaltamos, se os genitores não têm qualquer interesse em compartilhar a vida dos filhos, não é a imposição dada pela justiça que solucionará a questão.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Revista do Advogado nº58. AASP, 2000.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. Jus Navigandi, 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4352>>.

DINIZ, Maria Helena de. Curso de Direito Civil. 2º Vol. Saraiva, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª ed. - São Paulo: RT, 2009.

LEITE, Gisele. Ponderações sobre a guarda de menor. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/732>. Acessado em 16 de Novembro de 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito da Criança e do Adolescente. 4ª ed. - São Paulo: Rideel, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 20ª ed. - Saraiva, 1982.

NEIVA, Deirdre. Considerações sobre a guarda compartilhada. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Publicado em 2003.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. Renovar, 1997.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Publicado em 10/2002.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada. De acordo com a lei 11.698/08. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 6º Vol. - Saraiva, 2004.

PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e Separação Judicial no Novo Código Civil. 10ª ed. - Rio de Janeiro. São Paulo. Renovar, 2003.

SILVA, Ana Maria Millano. Guarda compartilhada. Sao Paulo: Editora de Direito, 2005.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A Introducao e o Impacto em Portugal da Guarda Conjunta apos o Divorcio. 8ª ed. – Revista Brasileira de Direito de Família, 2001.

_____. Tribunal de Justiça. BA – Ação unânime da 4ª Câmara Cível, julg. em 24-03-99 – Ap. 47702-9 Paripiranga – Rel. Dês. Paulo Furtado, pesquisa realizada em 10/2009.

_____. Tribunal de Justiça – PR – Ação unânime 3658 da 6ª Câmara Cível, julg. em 23-6-99 – Ap. 77.373-7 – Ponta Grossa – Rel. Dês. Accácio Cambi, pesquisado em 10/2009.

_____. Tribunal de Justiça - DF – AC. 2001.01.1.083113-2 – 5ª T. – Rel. Haydevalda Sampaio – DJU 05.08.2004, pesquisado em 10/2009.

ANEXOS



Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Mensagem de veto

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“[Art. 1.583.](#) A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

§ 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:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º [\(VETADO\)](#).” (NR)

“[Art. 1.584.](#) A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
ACÓRDÃO REGISTRADO(A) SOB N°
•02680601*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 654.515-4/0-00, da Comarca
de
PRESIDENTE EPITACIO, em que é apelante C.L.P. sendo
apelada

M.G. :

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Privado do
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a
seguinte decisão: "(ORDEM DA PAUTA Ns 137) NEGARAM PROVIMENTO
AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do
Relator, que
integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos
Desembargadores OSCARLINO MOELLER (Presidente, sem
voto), J.

L. MÔNACO DA SILVA e CHRISTINE SANTINI.

São Paulo, 11 de novembro de 2009.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES

Relator

j A ^ PODER JUDICIÁRIO

B B TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

4 § | Í I 5a CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO COM REVISÃO - n° 654.515-4/0-00

Comarca : PRESIDENTE EPITÁCIO - 2a VARA JUDICIAL

Ação : MODIFICAÇÃO DE GUARDA n° 11697/08

Apelante : C.L.P.

Apelado : M.G.

VOTO N.º 2.230

MODIFICAÇÃO DE GUARDA - DECISÃO

QUE DEVE SER TOMADA DE MODO A

ATENDER O MELHOR INTERESSE DA

CRIANÇA - DEFERIMENTO DA GUARDA

COMPARTILHADA QUE NÃO SE MOSTRA

VIÁVEL DIANTE DA AUSÊNCIA DE

CONSENSO ENTRE OS GENITORES -

SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO

PROVIDO.

Vistos, etc.

Trata-se de ação de modificação de guarda ajuizada

por C.L.P. contra M.G., que a respeitável sentença de fls. 92/98, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou procedente em parte, apenas para ampliar o regime de visitas em favor do autor.

Irresignado, apela o requerente insistindo no pedido de guarda compartilhada.

JÉk PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

O recurso foi recebido e respondido, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo improvimento.

E o relatório.

O instituto da guarda tem como objetivo primordial a proteção dos interesses do menor, obrigando o seu responsável à prestar-lhe assistência material e moral, devendo, assim, ser atribuída àquele que revelar melhores condições de exercê-la, como, aliás, preceitua o artigo 1.583, §2º, do Código Civil. E evidente que a expressão "*melhores condições*", prevista no dispositivo mencionado, não se refere à situação econômica dos envolvidos, mas a todo um conjunto de condições que melhor atendam aos interesses do menor.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, nos sentido mais completo alcançáver (REsp 916.350 - RN - Rei. Min. NANCY ANDRIGHI - 3ª Tu 11/03/2008, in DJe 26/03/2008).

Apelação com Revisão n.º 654.515-4/0-00

Voto n.º 02230

jfc* PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Com efeito, é imperioso reconhecer que as condições preconizadas na lei envolvem os sentimentos afetuosos como

requisito para a concessão da guarda. Mas não é só. O julgador deve estar atento também a outros aspectos como, por exemplo, ao ambiente familiar, à situação financeira e disponibilidade dos pretensos guardiões, etc. Tanto isso é verdade que, a despeito da existência de afeto e carinho entre pais e filhos, a guarda poderá ser deferida a terceiros em caso de não terem aqueles condições de prover a subsistência destes. O que importa é sempre atender ao melhor interesse da criança.

A guarda compartilhada prevista pela Lei n° 11.698/08 não foge à regra geral, e somente haverá de ser admitida se restar

evidenciada como solução que melhor atende aos interesses do menor e, considerando a própria natureza do instituto, que implica

em um convívio constante, com repartição de responsabilidades diárias entre os pais, o consenso entre eles se mostra imprescindível para que se possa garantir um desenvolvimento saudável e um delineamento satisfatório da personalidade do infante.

A guarda conjunta somente se mostra apta a atender aos interesses da criança diante da existência de uma relação harmoniosa entre os genitores a respeito da sua criação e do *fa@m>*

Apelação com Revisão n.º 654.515-4/0-00 1 | 3

Voto n.º 02230 \ /

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

de educação, o que, ao menos por ora., parece não existir no presente caso, conforme se nota pelos relatos que as partes fizeram por ocasião do estudo social (cf. fls. 76).

Diante disso, a solução de ampliar os horários de visitação, nos moldes estabelecidos na sentença, mostra-se mais adequada para garantir uma maior convivência da filha com o pai, sem interferir em demasia na rotina e nos hábitos diários da criança, notadamente porque a ré-apelada é quem detém a guarda

da filha desde a separação do casal, não havendo qualquer indício de que a menor não esteja sendo atendida em suas necessidades. E, diante da ausência do necessário consenso, mostra-se inviável, por ora, o pleito do recorrente.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Apelação com Revisão n.º 654.515-4/0-00

Voto n.º 02230

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
ACÓRDÃO REGISTRADO(A) SOB N°

"02714775*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 619.064-4/4-00, da Comarca de
SÃO PAULO, em que é apelante A. B. C. G. sendo apelado A. C.
C. B. :

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Privado do
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a
seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de
conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.
O julgamento teve a participação dos
Desembargadores JOSÉ ROBERTO BEDRAN (Presidente), JOSÉ CARLOS
FERREIRA ALVES (Revisor).
São Paulo, 01 de dezembro de 2009.

MORATO DE ANDRADE

Relator

HO

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto:

Apelação:

Apelante:

Apelado:

Comarca:

16.036

619.064.4/4-00

A.B.C.G.

A.C.C.B.

São Paulo

**Guarda de menor - Pretensão do pai à
guarda compartilhada do filho - Visitas já
regulamentadas por acordo celebrado
entre os genitores e que vem sendo
regularmente cumprido - Conflito entre os
genitores que impede o compartilhamento
da guarda - Recurso desprovido**

l.Ação ajuizada pelo pai contra a mãe,

objetivando a guarda compartilhada do filho do casal, cumulada
com pedido de regulamentação de visitas, foi julgada parcialmente
procedente pela sentença de fls. 121/123, cujo relatório se adota.

Apela o autor invocando, de início,

cerceamento de defesa, decorrente do pronto julgamento da lide,
sem que tivesse sido designada audiência para a oitiva das partes e
de testemunhas. Insiste, no mérito, na guarda compartilhada. Diz
que não pretende que o menor resida consigo uma parte da

semana e outra com a mãe. Quer, isto sim, participar efetivamente da vida do filho, decidindo conjuntamente com a ré sobre as

questões importantes ao bem estar, educação e criação do menor. **X**

ARTES GRÁFICAS-TJ 41.0035

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pretende ter acesso direto ao menor através do telefone residencial e celular de sua genitora, bem como aos profissionais da saúde que assistem a criança, suas escolas e futuros cursos extracurriculares.

Recurso respondido, manifestando-se a
Douta Procuradoria da Justiça pelo desprovimento.

É o relatório.

2.0 preparo foi realizado, sendo comprovado o recolhimento da taxa judiciária juntamente com a interposição da apelação. O fato de ter sido utilizado, por evidente lapso material, o código de receita relativo ao agravo de instrumento, não pode, obviamente, levar ao não conhecimento do recurso.. Ademais, instado pela decisão de fls. 174, o apelante recolheu novamente a taxa judiciária, desta vez sem qualquer vício.

3. Na espécie, justificava-se o julgamento antecipado. A dificuldade ainda existente no relacionamento das partes é fato incontroverso e suficiente para a decisão da lide.

A lei n. 11.698 de 13/6/2008 inseriu a

seguinte regra no § 2º do artigo 1584 do Código Civil: "*Quando não*

Apelação Cível nº 619.064.4/4-00 - São Paulo - Voto 16.036 2

ARTES GRÁFICAS-TJ

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada".

Mas na espécie não é possível.

Casal muito jovem, tiveram o filho no decorrer de curto relacionamento, ocorrendo a separação de forma conflituosa.

As visitas são feitas com amplitude, não havendo a menor resistência de parte da mãe. Aliás, as partes celebraram acordo nos autos a respeito desse ponto, nunca tendo havido qualquer queixa de parte do autor.

Inclusive a decisão sobre questões relevantes, como a escolha de pediatra e da escola da criança, foram tomadas em conjunto pelas partes.

A guarda compartilhada, entretanto, possibilita uma intervenção ainda mais profunda na direção da

educação do filho, a pressupor um entendimento maior entre os pais.

Apelação Cível nº 619.064.4/4-00 - São Paulo - Voto 16.036 3
ARTES GRÁFICAS-TJ 41.0035

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isso não acontece na espécie, não se podendo, também, esquecer que a criança tem apenas três anos de idade e que o relacionamento das partes ainda não é o ideal, sendo previsível, caso adotada a guarda partilhada, o surgimento de conflitos que repercutirão de forma prejudicial no equilíbrio psicológico da criança.

Por fim, perante a posição sempre adotada pela ré, não se vê a menor razão para o autor temer que ela mude de residência sem avisá-lo ou que não atenda a seus telefonemas, o que, aliás, ele nunca afirmou ter ocorrido.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

~c?

Morato de Andrade

Relator

Apelação Cível nº 619.064.4/4-00 - São Paulo - Voto 16.036

ARTES GRÁFICAS-TJ 41.0035