



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
BRUNA DA SILVA

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL REFERENTE À GUARDA COMPARTILHADA:
LEI Nº 11.698/2008

TUBARÃO
2011

BRUNA DA SILVA

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL REFERENTE À GUARDA COMPARTILHADA:
LEI Nº 11.698/2008**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Maurício Daniel Monçons Zanotelli

Tubarão

2011

BRUNA DA SILVA

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL REFERENTE À GUARDA COMPARTILHADA:
LEI Nº 11.698/2008**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 16 de junho de 2011.

Prof. e orientador Maurício Daniel Monçons Zanotelli, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Amanda Pizzolo, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Michel Medeiros Nunes, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me presentear com mais um dia e a possibilidade de mais uma etapa concretizada.

Agradeço de forma especial aos meus pais, Amilton Adriano da Silva e Nara Lygia da Silva que me deram o dom da vida e todo o apoio necessário.

Não poderia deixar de citar a minha gratidão aos meus verdadeiros amigos, por todo o apoio dedicado.

Agradeço ao professor e orientador Maurício Daniel Monçons Zanotelli que com sua dedicação me proporcionou momentos de aprendizagem e sabedoria.

A todo corpo docente da Unisul, por toda forma de conhecimento que me foi repassada.

Á todos que de alguma forma, ajudaram-me nesta realização.

Aos que não constam na lista, que a ausência não signifique o esquecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema análise jurisprudencial referente à aplicabilidade da guarda compartilhada nas recentes decisões dos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná, cujo objetivo é analisar em quais processos foram julgados e decididos pela aplicação da guarda compartilhada e quais os principais motivos que levaram a esta escolha. Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo e realizada uma ampla pesquisa bibliográfica a respeito do tema da guarda compartilhada, sendo utilizado também recurso eletrônico para coleta de informações sobre o assunto e pesquisa das jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos estados referente à aplicação do modelo de guarda compartilhada. Através deste estudo, pode-se concluir que a modalidade da guarda compartilhada é pouco utilizada nas decisões julgadas pelos Tribunais de Justiça pesquisados, e os principais motivos que geram esta inaplicabilidade são a convivência não harmoniosa entre os genitores após a dissolução do vínculo conjugal e o fato da fixação das residências familiares em locais distantes.

Palavras-chave: Família. Guarda. Guarda Compartilhada. Jurisprudências.

ABSTRACT

This work has the theme jurisprudential analysis on the applicability of judicial custody in the recent decisions of the Courts of law of the states of Santa Catarina, Rio Grande do Sul and Parana, whose objective is to analyze at which processes were tried and decided by the application of shared custody and what the main reasons leading to this choice. For the accomplishment of this work we used the deductive method and realized an extensive research on the subject of shared custody, also used an electronic resource for gathering information on the subject and research of jurisprudences of the Courts of law of the states on the model of the application of shared custody. Through this study, we can conclude that the type of shared custody is rarely used in decisions considered by the Courts of law investigated and the main reasons that cause this inapplicability is not harmonious coexistence between the parents after the dissolution of the conjugal link and the fact of the fixation of the familiar homes in distant locations.

Keywords: Family. Custody. Shared Custody. Jurisprudence.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Análise Jurisprudencial.	69
Gráfico 2 - Causas do negamento.	70
Gráfico 3 - Causas do concedimento.	11

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
1.1	DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	9
1.2	JUSTIFICATIVA	10
1.3	OBJETIVOS	11
1.3.1	Geral	11
1.3.2	Específicos	11
1.4	PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	12
1.4.1	Tipo de Pesquisa	12
1.5	DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS ..	13
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	15
2.1	BREVE INCURSÃO HISTÓRICA.....	15
2.2	PODER FAMILIAR	18
2.3	CASAMENTO.....	20
2.4	UNIÃO ESTÁVEL.....	22
2.5	DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	25
3	GUARDA DOS FILHOS	29
3.1	GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	29
3.2	CONCEITOS	34
3.3	MODALIDADES DE GUARDA.....	36
3.3.1	Guarda comum.....	36
3.3.2	Guarda alternada	37
3.3.3	Aninhamento ou nidação	38
3.3.4	Guarda derivada	38
3.3.5	Guarda de fato.....	39
3.3.6	Guarda provisória	39
3.3.7	Guarda definitiva	40
3.3.8	Guarda por terceiros.....	40
3.3.9	Guarda para fins previdenciários.....	41
3.3.10	Guarda jurídica e material.....	41
3.3.11	Guarda compartilhada ou conjunta	42
4	GUARDA COMPARTILHADA	43

4.1	CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS	43
4.2	BREVE INCURSÃO HISTÓRICA.....	47
4.3	ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS.....	50
4.3.1	Aspectos positivos.....	51
4.3.2	Aspectos negativos.....	53
4.4	IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA	55
5	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	58
5.1	DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	58
5.2	DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	64
5.3	DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ.....	67
6	CONCLUSÃO.....	74
	REFERÊNCIAS	77
	ANEXO A – LEI Nº 11.698/2008.....	82

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema analisar as jurisprudências referentes às decisões da guarda compartilhada, e como objetivo institucional, produzir monografia na conclusão do curso de graduação para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A presente pesquisa visa à análise das recentes decisões jurisprudenciais dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná, referentes à guarda compartilhada, modalidade disciplinada pela Lei nº 11.698/2008.

Primeiramente, cabe conceituar o que é guarda compartilhada.

O assunto em questão é um tema atual, que está disciplinado pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008 (BRASIL, 2011), sendo que este vem ganhando grande importância devido ao crescente número de divórcios.

A separação e/ou divórcio do casal que possui filhos menores exige muito daqueles, pois as decisões de preferência não devem ser tomadas individualmente, mas sim, em conjunto entre ambos os pais e devem primordialmente buscar satisfazer os interesses do(s) menor(es).

Assim, através da pesquisa e análise das jurisprudências será possível verificar se a guarda compartilhada vem sendo aplicada, e caso não esteja sendo aplicada, quais os principais motivos dos julgadores por não optarem por esta modalidade de guarda?

1.2 JUSTIFICATIVA

O presente tema tem como objeto uma matéria de grande importância para sociedade, visto que, assume uma importância excepcional na medida em que valoriza o convívio do menor com seus pais mesmo que separados.

Apesar da ruptura entre o casal no seio da família, é possível o exercício em comum da autoridade parental a cada um deles, assim, propondo o direito de participar das decisões importantes a que se referem os menores.

A guarda compartilhada compreende a convivência entre pais e filhos no dia-a-dia, a comunicação entre eles, à vigilância, e principalmente o controle e a presença permanente dos dois genitores no processo de formação da criança.

No moderno direito de família, a guarda é um dos deveres dos pais em relação aos seus filhos, dentre as várias obrigações que lhe competem. Conforme preceitua o artigo 229 da Constituição Federal (BRASIL, 2011), é imposto “aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

É verdade que existem vários tipos de guarda, porém, o enfoque principal deste trabalho é referente à guarda compartilhada, onde os pais mesmo que separados possuem um exercício conjunto e simultâneo em relação aos menores.

O que motivou a presente pesquisa foi verificar e analisar as decisões referentes à guarda compartilhada, sendo que nesta modalidade de guarda a responsabilidade não é exclusiva de um genitor nem de outro, pois ambos possuem na mesma proporcionalidade.

Através desta pesquisa, será possível verificar em quais decisões a guarda compartilhada vem sendo aplicada, e nos processos em que não estão sendo aplicadas, quais são os principais motivos que levam a essa inaplicabilidade.

Com base nos fatos acima citados, entende-se que é de suma importância para a sociedade essa pesquisa, devendo ser este assunto analisado e debatido.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Geral

Analisar a aplicabilidade da Lei 11.698/2008 referente à guarda compartilhada nas recentes decisões jurisprudenciais, ou seja, aplicabilidade da guarda compartilhada nas decisões quanto ao futuro dos filhos dos casais divorciados/separados, bem como os aspectos jurídicos desta modalidade de guarda. O período de pesquisa das jurisprudências refere-se ao período do dia 4 (quatro) de novembro de 2010 a 20 (vinte) de maio de 2011.

1.3.2 Específicos

Conhecer as espécies de guarda existentes no direito brasileiro.

Verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada nas recentes decisões jurisprudenciais, julgadas pelos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná.

Demonstrar as características da guarda compartilhada.

Identificar quais os motivos principais que levaram a aplicação ou a inaplicabilidade do referido regime de guarda nas decisões analisadas.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método é um procedimento no qual é utilizado para alcançar os fins de uma investigação, ou de um trabalho científico. É o caminho percorrido pelo investigador até chegar ao seu objetivo final.

Conforme ensina Leonel e Motta (apud CARDOSO, p. 57) “afirma que o método diz respeito aos meios de que dispõe a ciência para propor problemas verificáveis e para submeter à prova ou verificação as soluções que forem propostas a tais problemas”.

No presente trabalho utilizou-se o método dedutivo, visto que, partiu de uma proposição geral, ou seja, de um estudo geral sobre a história da guarda e a guarda compartilhada, para analisar casos particulares de decisões jurisprudenciais em que possuem este tipo de guarda.

1.4.1 Tipo de Pesquisa

Os tipos de pesquisas classificam-se em três modalidades, sendo estas, quanto ao nível, abordagem e procedimento.

As pesquisas quando classificadas quanto ao nível podem ser: exploratórias, descritivas ou explicativas. Neste trabalho, quanto ao nível será utilizada a pesquisa exploratória, pois é o estudo preliminar do objetivo da pesquisa a ser desenvolvida.

Segundo Gil (1999, p. 43) as pesquisas exploratórias:

[...] têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista, a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores. De todos os tipos de pesquisa, estas são as que apresentam menor rigidez no planejamento. Habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso. Procedimentos de amostragens e técnicas quantitativas de coleta de dados não são costumeiramente aplicados nestas pesquisas.

Já quanto ao procedimento, a pesquisa pode ser bibliográfica, documental, experimental, estudo de caso, estudo de caso controle, levantamento, estudo de campo, dentre outras. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica bem como a documental, em virtude da pesquisa ser na legislação própria, jurisprudências, doutrinas e teoria. Para Leonel e Motta (2007, p. 112) este tipo de pesquisa “É aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos, etc”.

Assim, as técnicas utilizadas foram à bibliográfica e documental.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada nas decisões jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, sendo o seu desenvolvimento estruturado em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, estudou-se a evolução da família, com uma breve incursão histórica, a família conforme a legislação brasileira, bem como, conceituando o poder familiar, o casamento, a união estável, e também a dissolução da sociedade conjugal.

No segundo capítulo, dando continuidade ao assunto, buscou-se descrever a evolução história da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, conceituando-a e explicando-a, e ainda, descrevendo as modalidades de guarda, quais sejam: comum, alternada, aninhamento ou nidação, derivada, de fato, provisória, definitiva, por terceiros, para fins previdenciários, jurídica e material, e compartilhada ou conjunta.

No terceiro capítulo, foi abordado o conceito e características do modelo da guarda compartilhada, breve incursão histórica no direito brasileiro e em alguns países, seus aspectos positivos e negativos, bem como sua importância no ordenamento jurídico.

No quarto e último capítulo, foram analisadas recentes jurisprudências julgadas e decididas pelos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná,

onde foi possível verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada e quais foram os motivos que levaram a decisão dos julgadores.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Para compreender facilmente o assunto que será tratado nesta monografia, indispensável fazer uma análise da evolução com uma breve incursão histórica da família.

Primeiramente, vamos iniciar conceituando o termo família, que conforme ensina Borghi (2005, p.16), “é em linguagem científica tendo em vista, principalmente, os seres que existem na natureza, o termo família é empregado em sentido amplo, significando um grupo de animais vegetais ou minerais que apresentam caracteres comuns”.

E ainda, conforme preceitua Araújo Junior (2008) de forma ampla família “indica um conjunto de pessoas unidas por relação de parentesco (avós, pais, tios, primos)”; já de forma restrita, “indica uma entidade formada pelos pais e filhos ou por um dos pais e filhos, na chamada família monoparental”.

Com base nestes conceitos, traz-se breve incursão histórica da evolução da família.

2.1 BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

No momento em que estudamos a história da sociedade, sendo esta de qualquer cultura, verificam-se os agrupamentos humanos, ou seja, desde os primórdios que os seres humanos se reúnem em torno de alguém, ou até mesmo, de alguma coisa.

No Direito contemporâneo houve grande influência do Direito Romano, Direito Canônico e Direito Germânico, pois este teve atribuído o poder paternal como papel preponderante no domínio e na proteção da entidade familiar.

Na Roma Antiga, as famílias se reuniam para orar diante do fogo sagrado, nesta época tinham a crença de que a morte não os separava, assim cultivavam os túmulos de seus familiares próximos de seus lares. Nesta época, a consanguinidade não era a mais importante, mas sim a segurança proporcionada a todos os membros do grupo, os quais entram também além do marido, esposa e filhos, os avós, netos e bisnetos.

Sobre o direito romano, define Lisboa (2006, p.27-28):

No direito romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família, que era concebida como um dever cívico, para que os jovens pudessem servir aos exércitos de seus países, visando, assim, a constituição da prole, principalmente masculina, com a finalidade de perpetuação da espécie.

A figura paterna nas civilizações antigas era o chefe supremo, pois seu poder era severo e incontestável, caracterizando uma supremacia sacerdotal, sendo responsável do culto, tão logo, de toda a família.

O poder do *pater* (pai) era praticamente absoluto, sendo este exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos, acarretando assim, um conjunto de obrigações. Conforme Akel (2008, p. 4), “além de conduzir a religião perante o grupo familiar, estabelecendo a disciplina e ordem que deveria sempre ser obedecida, ao *pater* era permitido, inclusive, punir, vender e matar os membros de seu clã”.

Para Grisard Filho (2005, p. 30), “o pátrio poder é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado, pois suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma”.

As famílias romanas eram ligadas a união de pessoas, constituídas pelo mesmo poder familiar, assim, Gomes (2002, p.40) afirma que:

Duas modalidades de parentesco eram admitidas: a agnação – agnatio – e a cognação – cognatio. Eram agnados todos os descendentes masculinos do *pater* famílias, a mulher *in manu*, os filhos adotados, enfim, os que se achavam submetidos à potestas do chefe do grupo familiar. Esse parentesco tinha cunho civil, ao contrário da cognatio, que era natural, baseado na consaguinidade, e veio, afinal, a prevalecer. Cognados era, na linha reta descendente, o *filius* e a *filia*, o *nepos* e a *neptis*, o *pronepos* e a *proneptis*, e assim por diante.

Ocorreu uma grande evolução nas famílias romanas no momento em que passou a restringir progressivamente o poder do *pater*, garantindo assim, autonomia a esposa, e aos filhos. Logo, com o passar do tempo, o pátrio poder vai deixando de ser um “poder” e torna-se um “dever”, fazendo com que muitos doutrinadores defendiam a ideia de substituição do termo pátrio poder.

Esta mudança se deu no Brasil, quando houve a promulgação da Constituição Federal de 1988, e logo depois, com o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, que consagrou os ideais de igualdade entre os cônjuges, e deixou a ambos o cargo de zelar pela pessoa dos filhos menores, e dos interesses destes.

Ainda no que concernem as mudanças, com a implantação do Código Civil de 2002, o termo *pátrio poder* passou a chamar-se *poder familiar*. Conforme ensina Akel:

Assim, a nova expressão *poder familiar* evidencia a igualdade de sexos existente, não só na sociedade em geral, mas também na própria sociedade conjugal, conferindo aos pais exercício simultâneo e conjunto de incumbência legal imposta pelo próprio Estado. Entretanto, a modificação da nomenclatura não traduz a criação de um novo instituto jurídico, mas uma nova denominação, adequada ao texto constitucional e compatibilizada com o avanço marcante e profundo da sociedade mundial (AKEL, 2008, p. 9).

Dessa forma, o Código Civil de 2002, substituiu a expressão *pátrio poder* para *poder familiar*, sendo esta de acordo com a realidade atual, pois com as mudanças ocorridas, os pais hoje possuem responsabilidade sobre os filhos, diferente de antigamente, que ao invés de direitos possuíam plenos poderes. Assim, importante mencionar o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, que dispõe:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (BRASIL, 2011).

Evidente segundo preceito constitucional, a família é à base da sociedade, ou seja, possui grande importância para esta, e possui também especial proteção do Estado. Assim, é irrenunciável a participação dos pais na vida dos seus filhos, pois é na família que o indivíduo cria os seus valores, sendo estes: éticos, ou seja, modo de proceder ou de comportar-se, de acordo com a classe a que pertence; morais, de acordo com seus costumes e; sociais, de acordo com o ambiente em que vive no seu grupo.

Diante disso, dispõe Akel (2008, p. 5), quanto à definição de família que, “na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, de proteção aos menores e dos deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade”.

Após essas considerações, cumpre destacar que no próximo tópico deste capítulo, será explanado sobre o poder familiar.

2.2 PODER FAMILIAR

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 alguns conceitos legais foram aprimorados, o qual se pode citar: o *pátrio poder*, hoje chamado de *poder familiar*.

Existem alguns autores, como exemplo, Silvio Rodrigues, que não concordam com a mudança do citado termo, pois acreditam que a nova denominação não é adequada. Conforme palavras do próprio doutrinador, Rodrigues (2004, p. 355),

O novo código optou por designar esse instituto pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio” por relacioná-la impropriamente ao pai, do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, que antes de poder, como visto, representa uma obrigação aos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.

Antigamente, o pátrio poder era exercido somente pelo pai, onde este tinha o direito total sobre todos os membros da sua família. Tal mudança ocorreu com o Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121/42, o qual modificou o art. 380 do Código Civil de 1916, pois o pátrio poder que era somente exercido pelo pai, agora permitia poderes a mãe, podendo esta exercê-lo somente na ausência do pai.

A partir da mudança, o artigo no Código Civil de 1916 ficou redigido da seguinte forma:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá à decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (grifo nosso).

Com a Constituição Federal de 1988, o citado artigo 380 caiu em desuso, pois passou a estabelecer em seu artigo 226 § 5º que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Foi com o advento da nova Constituição que os direitos foram igualados, finalizando o momento de apenas o pai exercer os poderes familiares.

Ainda nesse sentido, acentua o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o

direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Embora o ordenamento positivo não ofereça um conceito de poder familiar, sendo que o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas regulamentam seus aspectos específicos, a doutrina e a jurisprudência se encarregam da função de conceituá-lo.

Para Rodrigues (2004, p. 356), “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

O poder familiar é indisponível, pois não pode ser transferido por iniciativa dos titulares para terceiros; indivisível, porém não no seu exercício; e imprescritível, ainda que, por qualquer circunstância não possa ser exercido pelos seus titulares (VENOSA, 2009, p. 306).

Alguns doutrinadores entendem o poder familiar como uma relação jurídica, no sentido de que une pais e filhos não emancipados, através do vínculo de direitos e deveres. E ainda, que deve prevalecer sempre a igualdade de direitos e deveres entre os pais, para que assim possam exercer melhor suas funções paternas (AKEL, 2008, p.13).

A legislação brasileira elenca os direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos, embora não prescreva nada de como devem criá-los e nem de como devem executar os encargos parentais. Isso ocorre, devido à intimidade familiar que deve ser constitucionalmente protegida, devendo ser ditada pelo bom senso, pela disciplina interna, e laços afetivos que envolvam individualmente cada família.

Assim, o Código Civil em seu artigo 1.634 (BRASIL, 2011), dispõe quais são os direitos e deveres dos pais perante a relação com seus filhos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezoito anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Cabe aos pais, conforme o artigo citado, primordialmente, dirigir a criação e educação dos menores para proporcionar-lhes a sobrevivência, como também, compete a estes tornar seus filhos úteis à sociedade, pois na criação os pais são fundamentais para a formação

da criança. Ainda conforme se refere o artigo, os pais possuem direito de ter os filhos em sua companhia e guarda, assim como, exigir que estes lhe obedçam, respeitem, prestem os serviços próprios da sua idade e condição.

Nesse quadrante, destaca-se a importância do grupo familiar na criação e formação dos menores, pois é neste momento que a criança desenvolve sua personalidade, devendo crescer no seio da família, num ambiente harmonioso, onde haja felicidade, amor e compreensão.

2.3 CASAMENTO

O casamento teve origem em Roma, onde inicialmente era organizado de três formas: *confarreatio*, a *coemptio*, e o *usus*. A primeira forma, *confarreatio*, usada pela classe dominante (nobreza, aristocracia), consistia numa cerimônia religiosa em que um pão de trigo era ofertado aos deuses, advindo daí, o costume moderno do bolo da noiva. Já a segunda forma, *coemptio*, usada pela plebe, consistia quase num negócio jurídico formal, onde o chefe da família vendia a mulher. E por fim, o *usus*, em que o marido adquiria a mulher pela posse, numa espécie de usucapião (ARAÚJO JUNIOR, 2008, p. 22).

No Brasil, país predominantemente católico, até o ano de 1861 existia apenas o casamento religioso dentro do catolicismo, tendo em vista que, a religião católica era oficial do Estado. Porém, com a grande imigração de pessoas de outras religiões, foi necessário criar uma lei que regulamentasse o casamento daqueles que não eram católicos.

No período republicano em 1889, ocorreu à separação entre a Igreja e o Estado, que trouxe com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890 o casamento civil no país. A sociedade brasileira desde então, inicia o costume do duplo casamento, sendo o civil e o religioso (RODRIGUES, 2004, p. 23).

Casamento de acordo com Leite (2005, p. 47), “é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família. Estes são os elementos básicos, fundamentais e lapidares do casamento”.

Já Monteiro (2007, p.22), afirma que, “casamento é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a família no Brasil era reconhecida por lei somente se houvesse o casamento. Assim, podemos entender que o conceito de casamento não é imutável, assim como, a sociedade. Ressalta Gonçalves (2010, p.13) que “o casamento é a união legal entre o homem e a mulher com o objetivo de construir família legítima”.

Sobre as características do casamento, assevera Eduardo de Oliveira Leite:

O casamento é um **ato pessoal**, porque depende exclusivamente da liberdade de escolha; **ato solene**, porque existe uma série de requisitos a serem cumpridos; **ato civil**, pois é priorizado o casamento civil como determinador da família e base da sociedade; **não admite termo ou condição**, inexistente casamento condicional ou passível de rompimento se alguma obrigação não for cumprida; **instituição de ordem pública**, pois as convenções particulares subordinam-se à legislação civil; **estabelece comunhão de vida**, tanto nos aspectos patrimoniais, espirituais e sentimentais (LEITE, 2005, p. 50), (grifo nosso).

Em razão do grande interesse que tem o Estado em relação ao casamento, este é disciplinado minuciosamente em todos os seus aspectos e pressupostos. Entre as formalidades essenciais à celebração do casamento, temos mediante petição dos contraentes à autoridade competente; a publicidade do ato nupcial que deve ser realizada a portas abertas; a presença dos contraentes, das testemunhas, do ofício de registro, do juiz de paz e a declaração do presidente do ato.

Já referente às formalidades para comprovação do ato, estão descritas no art. 1536 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados:

- I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;
- III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;
- IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;
- V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;
- VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;
- VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

Será considerado realizado o casamento, conforme descrito no art. 1514 do Código Civil (BRASIL, 2002), “no momento em que o homem e a mulher manifestam

perante o juiz as suas vontades de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Nota-se, portanto que, somente a declaração de vontade dos contraentes não basta para que seja considerado o ato, pois indispensável é que o juiz fale a declaração de casados.

Neste sentido, Venosa (2009, p.25) diz que:

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor legitimando a união estável como entidade familiar. Aqueles que viviam sem amparo legal tiveram a oportunidade de buscar e obterem seus direitos, pois antes, somente a convivência não era uma formalidade, apesar de também constituírem família.

Assim, sendo reconhecida a existência e dando legitimidade a união estável se faz necessário abordar este tema que será visto no próximo tópico deste trabalho.

2.4 UNIÃO ESTÁVEL

Durante muito tempo, o legislador viu no casamento a única forma de constituição de família, negando efeitos jurídicos a qualquer outro tipo de entidade familiar. Assim, começou a problemática da união conjugal sem casamento, tendo no Código Civil de 1916 alguns dispositivos que faziam restrições aos modos de convivência.

Esta posição dogmática num país como o Brasil, que possui um alto percentual da população historicamente formada por uniões sem casamento, persistiu ainda por muito tempo, tendo também influência da Igreja Católica. Coube à doutrina a partir do século XX, tecer posições em favor dos direitos das relações conjugais, para que a jurisprudência e a legislação logo sofressem suas alterações.

Discorrendo sobre o assunto, Leite (2005, p. 416) afirma que:

A união estável como espécie do gênero maior – entidade familiar- constituía um microssistema ainda não inserido no sistema codificado, o que gerava enormes dúvidas exegéticas, grandes diversidades doutrinárias e acirrada polêmica

jurisprudencial tendente a descaracterizar o instituto, com notória perda de sua potencialidade inicial.

Assim, a União Estável foi reconhecida como forma de família na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011), que em seu artigo. 226, § 3º delimitou que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º - 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** (grifo nosso).

Como a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011) cuidou de delimitar o que seria a união estável, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) cuidou de conceituar o instituto, ficando este, referido no artigo 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 termo união estável, inserido no citado artigo 226, § 3º, refere-se à união entre homem e mulher livres e desimpedidos, pois, como consta no referido preceito constitucional, há a possibilidade da conversão em casamento. Assim, para que haja esta conversão, é necessária a união do homem e da mulher não inquinada de impedimento.

No artigo 1.521 do atual Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) estão elencados os impedimentos, sendo estes:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

É importante frisar, que neste artigo citado onde são elencados os impedimentos do casamento, deve ser ressaltado o inciso VI, conforme consta no artigo. 1.723, § 1º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) onde expressa que: “§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Conforme Washington de Barros Monteiro:

Para que se configure a união estável, é necessária a constituição de família, não sendo suficiente simples o “objetivo de constituir família”. Portanto, relações de caráter meramente afetivo não configuram união estável, pois se assim não fosse, o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar, seria

equiparado à união estável, o que evidentemente, não foi essa a intenção do legislador (MONTEIRO, 2007, p.31).

Em resumo, conforme preceitua o texto legal da Constituição Federal, podemos concluir que a caracterização da união estável exige que, o relacionamento seja entre um homem e uma mulher; que o relacionamento seja público; que a união seja contínua; que a união seja duradoura e que o objetivo da união seja a constituição de família.

Em contrapartida, uma decisão importante e inovadora julgada no dia cinco de maio do ano corrente, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações citadas foram ajuizadas no STF, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Iniciada a votação no dia quatro de maio, o ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a CF para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Argumentou também que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Assim, observou o ministro, que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Ainda na votação, os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, votando pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a CF para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

As duas ações ora votadas, possuem individualmente características próprias, a ADI 4277 buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já a ADPF 132 alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos os princípios garantidos pela Constituição Federal. E com esse argumento, foi pedido que o Supremo Tribunal Federal aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Com a decisão, as uniões homoafetivas serão colocadas ao lado dos três tipos de famílias já existentes e reconhecidas pela Constituição Federal: a família convencional formada com o casamento, a família decorrente da união estável e a família monoparental. E assim, as uniões de pessoas do mesmo sexo passam a merecer a mesma proteção do Estado como entidade familiar.

Desta forma, as uniões homoafetivas passam a ter reconhecido o direito de receber pensão alimentícia, ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte, podem ser incluídos como dependentes nos planos de saúde, poderão adotar filhos, registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

Considerando que ao longo dos anos a sociedade vem mudando, e que são frequentes as mudanças que afetam principalmente as instituições familiares, teremos no próximo capítulo o tópico referente à dissolução do casamento.

2.5 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Primeiramente, vamos conceituar o que é sociedade conjugal, que conforme preceitua Gonçalves (2010, p.69) “é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”.

O casamento é fundado em princípios morais e religiosos, e a princípio, é para toda a vida até que a morte os separe, conforme a frase dita pelo celebrador no dia do casamento. Todavia, apesar das juras e das declarações amorosas feitas no momento da celebração, alguns casais acabam se divorciando, rompendo assim o vínculo legal e religioso estabelecido entre eles.

De acordo com Venosa (2009, p.155):

Os institutos do casamento e do divórcio estão intimamente ligados. Nas sociedades primitivas e nas civilizações antigas, era comum a situação de inferioridade da mulher. Por essa razão, a forma mais usual da separação do casal era o repúdio da mulher pelo homem, ou seja, o desfazimento da sociedade conjugal pela vontade unilateral do marido, que dava por terminado o enlace, com o abandono ou a expulsão da mulher do lar conjugal.

A Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (BRASIL, 2011) conhecida com a Lei do Divórcio, revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916 que legislavam sobre a dissolução do casamento, passando assim, a denominar separação judicial ao instituto que o código rotulava como desquite. Em princípio, há que se entender que a Lei 6.515/77 está derogada pelo vigente Código Civil em tudo que disser respeito ao direito material da separação e do divórcio.

O artigo 1.571 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011) determina quando que a sociedade conjugal termina:

Art. 1.571. 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.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário à sentença de separação judicial. [grifo nosso]

Conforme preceitua o citado artigo, o casamento válido somente é dissolvido o seu vínculo pela morte de um dos cônjuges, ou pelo divórcio, pois a separação judicial mantém o vínculo matrimonial, embora dissolva a sociedade conjugal.

Assim, aduz Leite (2005, p 139), que a separação conjugal dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo matrimonial (ou seja, os ex-cônjuges não podem casar), enquanto o divórcio dissolve o vínculo matrimonial, permitindo o casamento.

No casamento são instituídos alguns deveres e direitos, sendo estes elencados no artigo 1.566 do Código Civil de 2002, para que o casal possa ter uma vida harmoniosa. Ocorrendo à dissolução do casamento, é sabido que alguns desses deveres que regem principalmente a relação conjugal terminam, assim, podemos citar o artigo 1.576 do Código Civil de 2002, que dispõe: “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.

Ou seja, mesmo que ocorra a separação judicial, permanecem, ainda os outros direitos e deveres, quais sejam: mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Deve-se entender, que mesmo que ocorra a separação, ainda deve o casal permanecer com seus deveres, principalmente se houver filhos, já que, se o casamento terminou, porém, o elo dos pais para com os filhos não se dissolve com a separação.

Já no artigo 1.579, o atual Código Civil instituiu referente aos direitos e deveres dos pais para com os filhos, mesmo quando ocorrer à dissolução da sociedade conjugal. No artigo citado, temos o seguinte texto constitucional: “Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

Neste sentido, ensina Venosa (2009, p.157) que:

Em qualquer situação, a separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores.

Assim, podemos concluir que o casamento válido, se dissolve definitivamente de duas formas, sendo pela morte de um dos cônjuges e pelo divórcio. Já a sociedade conjugal, além da morte e do divórcio, também se dissolve por meio da separação judicial e pela nulidade ou anulação do casamento. Ambos produzem efeitos pessoais tanto em relação aos separados e divorciados como também aos filhos advindos da união conjugal.

Sobre o assunto, citamos a Emenda Constitucional 66/2010 referente ao divórcio, a qual modificou o artigo 226, § 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011). No texto anterior a emenda, o §6º era redigido da seguinte forma: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Após a Emenda Constitucional, passou a ter a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Assim, a nova redação do § 6º do artigo 226 da CF, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada a separação de fato de dois anos.

Existem quatro correntes de diferentes interpretações sobre a EC 66/2010, às quais passamos a descrevê-las: Na primeira corrente, defende-se a criação de uma nova lei,

para que a EC 66/2010 seja efetivamente aplicada; De acordo com a segunda corrente, a emenda elimina os prazos para o divórcio, mas, concomitantemente, elimina também a separação e a possibilidade de decretação da culpa no ordenamento jurídico, e, portanto, das consequências do descumprimento do dever conjugal; Já a terceira corrente, defende que na separação continua a existir a espécie dissolutória culposa; E a quarta corrente visa à facilitação do divórcio, através da eliminação dos respectivos prazos, mantendo as espécies dissolutivas no sistema jurídico.

A quarta e última corrente a respeito da EC 66/2010, é defendida e apoiada pela maioria dos doutrinadores e advogados, pois conforme defendem, é a corrente que atende o que a sociedade deseja, ou seja, a facilitação do divórcio, sendo mantida a liberdade na escolha da espécie dissolutiva, inclusive em preservação da dignidade e dos outros direitos fundamentais dos cônjuges.

3 GUARDA DOS FILHOS

No que diz respeito à guarda dos filhos, é necessário fazer uma análise histórica e uma breve introdução para que se possa ter noção da importância e das características desta modalidade.

Conforme prevê o artigo 1.634, inciso II, do Código Civil de 2002, este dispõe que compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda, assim, considera-se a guarda um atributo do poder familiar, sendo responsabilidade de ambos os pais a proteção devida aos filhos.

3.1 GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A história a respeito da evolução do instituto da guarda no Direito Brasileiro teve sua primeira norma disciplinada pelo Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, no seu artigo 90, o qual previa que: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará 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”.

O Código Civil de 1916 tratou a guarda no capítulo que regia a dissolução da sociedade conjugal e da proteção dos filhos, a qual distinguia as hipóteses de separação amigável e litigiosa. Em seus artigos 325 a 329, o Código Civil anterior ressaltava as diferenças com relação às separações, podendo ser estas amigáveis ou litigiosas.

Na separação amigável seria observado o acordo entre os cônjuges no que referia à guarda dos menores. E na separação litigiosa, seria observada a culpa de um ou de ambos os cônjuges pela dissolução da sociedade conjugal, sendo pelo sexo e pela idade do menor, ou seja, se a culpa fosse de um cônjuge ficariam os menores com o cônjuge inocente, porém, se a culpa fosse de ambos, a guarda das filhas menores e dos filhos de até 6 (seis) anos ficariam com a mãe, sendo que depois desta idade, seriam da guarda do pai.

A referida legislação do Código Civil de 1916 previa que havendo motivos substanciais, ou seja, se por motivos graves, deveria o magistrado considerar sempre, a prevalência do interesse do menor, decidindo da maneira mais conveniente para este, diferenciando, assim, do estabelecido pelo ordenamento jurídico antigo (AKEL, 2008, p. 77).

Em 1941, o Decreto – Lei nº 3.200/41 disciplinou a guarda dos filhos como sendo naturais, ou seja, em seu artigo 16, foi estabelecido que o menor ficasse com o genitor reconhecente, ou seja, quem primeiro o reconheceu, e se ambos fossem os cônjuges reconhecentes, ficaria sob o poder do pai, salvo se o juiz entendesse de forma diversa, sendo levado em consideração o interesse do menor.

No desquite judicial, o Decreto-lei nº 9.704/46 regulamentava sobre a guarda, assegurava aos pais o direito de visitas aos filhos nos casos em que a guarda, sendo oficializada a desunião, não fosse fixada a favor dos cônjuges, mas sim, a pessoa idônea da família do cônjuge inocente.

Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121/42 passou a regradar a guarda dos filhos, estabelecendo que, nos casos de separação litigiosa, a guarda seria estabelecida da seguinte forma:

(a) havendo cônjuge inocente, a este seria confiada à guarda; (b) sendo ambos os cônjuges culpados, via de regra, os filhos permaneceriam sob a guarda materna, salvo entendimento contrário do juiz, tendo em vista a prevalência do interesse da prole; (c) não devendo os filhos menores permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, o juiz poderia conferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos genitores, assegurado o direito de visitas. (AKEL, 2008, p. 77).

O Decreto-Lei nº 3.200/41 ora já citado, em 1970 restou alterado pela Lei nº 5.582/70, a qual acrescentou alguns parágrafos em seu artigo 16, ficando estabelecido que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores, deveria ficar sob responsabilidade da mãe, salvo se, houvesse prejuízo ao menor. Estabeleceu também, a possibilidade de colocar os filhos menores sob a guarda de pessoa idônea, preferencialmente da família de qualquer dos genitores, porém, tendo o juiz possibilidade de estabelecer situação diversa, pois sempre prevalecendo o interesse do menor.

Assim, permaneceu até 1977, com o surgimento da Lei do Divórcio nº 6.515/77, onde instituiu e passou a regulamentar o divórcio no Brasil, conservando até então o sistema vigente.

Sobre a Lei do Divórcio, a doutrina dispõe:

Prevalecendo até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a Lei do Divórcio regulamentava a matéria estabelecendo que: nas dissoluções consensuais, seria

observado o acordo entre os cônjuges; nas litigiosas, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das dissoluções existentes, ou seja, na hipótese de divórcio-sanção, os filhos ficariam sob a guarda de quem não deu causa à ruptura conjugal; no caso do divórcio-falência, permaneceriam sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida comum; e, havendo o divórcio-remédio, a prole menor restaria sob a guarda do cônjuge que possuía condições físicas e mentais de assumir o encargo e, conseqüentemente, todas as responsabilidades dele decorrentes (AKEL, 2008, p. 77-78).

Cumprido esclarecer que o divórcio-sanção é aquele que ocorre nos casos de conduta desonrosa ou de grave violação dos deveres do casamento. Já o divórcio-falência é aquele que ocorre nos casos de separação de fato por mais de dois anos, conforme prevê o art. 1.580, § 2º, Código Civil (BRASIL, 2011). Por outro lado, o divórcio-remédio é aquele que ocorre quando um dos cônjuges se acomete de grave doença, tornando-se inviável a vida do casal.

Algumas inovações foram trazidas com o advento do Código de Menores de 1927, com o Decreto nº 17.493 de 12 de outubro de 1927, o qual legislava que poderia ser entendido como “encarregado da guarda do menor” pessoa que, não sendo pai, mãe ou tutor, e tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia. Este conceito foi modificado pelo Código de Menores de 1970, criado pela Lei nº 4513 de 1º de dezembro de 1964, que modificou a definição para “responsável” pela guarda do menor, admitindo também a forma de colocação em família substituta.

Destarte, todas as modificações legislativas no que se refere à guarda dos filhos menores foram importantes e relevantes, porém, o momento marcante e fundamental foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual reforçou a relevância do instituto, conforme trouxe disciplinada em seu artigo 227 sobre o direito a convivência familiar:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em 1990, diretamente influenciado pela Constituição Federal de 1988, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho do citado ano, que legislou, sobretudo, a prioridade da família biológica de ter a guarda do menor, sendo este só colocado em família substituta se impossível à permanência com os genitores naturais.

Em 2002, com a entrada em vigor do atual Código Civil, este aplicou os preceitos constitucionais concernentes à guarda, consagrando assim, o princípio da proteção integral do menor, passando a obedecer ao que dispõe na Declaração Universal dos Direitos da Criança (UNICEF, 2011) de acordo com seu princípio 2º:

Princípio 2º. A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Assim, com o Código Civil de 2002, este destacou a guarda como sendo o conjunto de direitos e deveres advindo do casamento ou da união estável, o que impôs a ambos os genitores ter respeitado os interesses do menor, bem como, caracterizando-a como instituto do poder familiar.

Conforme pode ser observado, está disciplinado no artigo 1.634 do atual Código Civil que dispõe: Art. 1.634: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] II-tê-los e, sua companhia e guarda”.

Sobre o assunto, escreve Rodrigues (2004, p.245):

O novo Código Civil manteve capítulo destinado à proteção da pessoa dos filhos, como específico àquelas situações decorrentes da dissolução do casamento. Reproduz praticamente o conteúdo das disposições vigentes, considerando que muitas daquelas constantes da redação apresentada na Lei do Divórcio foram revogadas ou merecem nova leitura diante da igualdade constitucional entre marido e a mulher, e da necessidade de preservação, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores.

De acordo com Ana Carolina Silveira Akel, os direitos e garantias constitucionais dos filhos menores evidenciaram sobremaneira o instituto da guarda, obrigando o genitor guardião a observar e cumprir todos os deveres que lhe são impostos (AKEL, 2008, p. 78).

No que se refere o melhor interesse do menor, deve-se observá-lo em todos os casos, ou seja, em todas as ações que discutirem o interesse da prole deve-se escolher a melhor solução para estes, o qual possa lhe permitir uma convivência feliz e harmoniosa com quem passe a viver. Sendo assim, independentemente de existir ou não a união entre os genitores, deve sempre ser estabelecida a forma que possa prevalecer os interesses do menor.

Quando se fala na guarda ligada ao poder familiar, esta é normalmente exercida pelos pais, ou seja, na constância do casamento ou da união estável, já quando se fala da guarda de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, esta é decorrente do abandono e da orfandade, ou seja, nas situações de risco do menor.

No que concerne à guarda dos menores, defende Akel (2008, p. 80):

É preciso enfatizar que a guarda ultrapassa a ideia de posse e de mero direito dos pais contidas no Código Civil, mas sim, um total comprometimento dos genitores, da sociedade e do próprio Estado, na garantia da efetiva observação e aplicação dos direitos e garantias do menor.

É necessário ressaltar que, o poder familiar independe da união, bem como a forma que se estabelece a relação entre os genitores, conforme podemos observar no artigo 1.632 do Código Civil de 2002, que prescreve que a dissolução da união não altera as relações entre pais e filhos, ou seja, quando separados os pais, estes continuam no pleno exercício do poder familiar, embora possa haver o deferimento da guarda a apenas um deles, e ao outro o direito de visitas, conforme artigos 1.583 a 1.590 do atual Código Civil.

Assim, dispõe o artigo 1.632 do Código Civil, “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (BRASIL, 2011).

As notórias evoluções na legislação e na sociedade exigem do julgador cada vez mais habilidade para tratar dos conflitos apresentados entre as partes, os quais muitas vezes, causam situações difíceis e constrangedoras para os cônjuges e principalmente para os menores.

Em razão dos conflitos é que surgem as necessidades de legislações constitucionais, para que estes possam ser resolvidos, e no direito de família não é diferente, o instituto da guarda dos menores é um dos assuntos importantes, pois visa assegurar a toda criança o direito de ter um guardião para protegê-la, mesmo quando os pais não conseguem definir qual o melhor caminho a seguir.

Dispõe sobre o assunto, Waldyr Grisard Filho:

A ruptura do regime de guarda como poder discricionário do pai, encarando-o, agora, em consideração ao melhor interesse do menor, tanto do ponto de vista biológico como psicológico, atuou vigorosamente no âmbito do Direito de Família e no do Menor, e neste encontrando um novo hábitat, sem renegar suas origens civilísticas nem desprezar a experiência doutrinária e jurisprudencial de muitas décadas. (GRISARD FILHO, 2005, p.65).

Neste sentido, recentemente foi promulgada a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, a qual alterou o Código Civil de 2002, em seus artigos 1583 e 1584, passando a regulamentar a modalidade chamada de Guarda Compartilhada, a qual vamos aprofundar o estudo no próximo capítulo deste trabalho.

3.2 CONCEITOS

De acordo com De Plácido e Silva, o vocábulo *guarda* deriva do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), do qual proveio também o inglês *warden* (guarda), o qual houve a substituição do *w* em *g*, este empregado em sentido genérico para expressar proteção, observância, vigilância ou administração.

Para alguns doutrinadores, esta expressão remete ao entendimento “de posse”, empregando assim, uma forma equivocada do que realmente significa, tendo esta associação predominando até recentemente no mundo jurídico.

Conforme artigo 1.196 do Código Civil de 2002, podemos entender o que significa posse: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2011). Assim, após ter conhecimento do que significa posse, não há o que associar “posse” e “guarda”, pois nunca alguém será proprietário de outrem, tendo sua posse.

Esclarecendo o assunto, o vocábulo *posse* é termo jurídico designativo de um instituto do direito das coisas, com origem na terminologia jurídica romana, de forma que, quando inserido no campo do direito de família, nos leva à ideia de que “companhia e guarda” são palavras de significado idêntico, porém, esta não é a realidade.

Ainda neste sentido, ensina Ana Paula Brandão Ribeiro (2008), que a posse do estado de filho é um instituto que possui natureza social e afetiva. E, como tal, não se constitui em um dado, mas antes, dá-se de maneira contínua. Assim, entende-se como sendo uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

Segundo Ana Carolina Silveira Akel (2008), ter alguém em companhia significa estar com essa pessoa, acompanhando seu desenvolvimento, orientando e conversando, enquanto que manter alguém sob guarda envolve muito mais que isso, abrangendo a vigilância e a “posse”.

Conceituar adequadamente e de forma concisa o termo “guarda” não é simples, pois não há um único conceito, são várias conceituações, as quais defendem cada uma sua

definição. Assim, é incumbido à doutrina destacar os principais aspectos da guarda, bem, como, sua vigilância e zelo.

Para Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, guarda pode ser conceituada da seguinte forma:

Destarte, 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 munus público de vigiar, orientar e cuidar, a que estão os guardiões, ou guardião obrigados a cumprir. Se os pais descumprem este dever, cometem delito e sujeitam-se a sofrer sanções penais, podendo até perder o poder familiar, pois ‘o direito de guarda acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos’ (QUINTAS, 2009, p. 21-22).

Sobre o assunto, corrobora Diniz (2009, p.444) que a guarda:

Constituiu um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

Neste sentido, transcreve Paulo Lôbo (2008, p. 169), a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho menor. Quando esta atribuição é exercida por um dos pais, diz-se ser exclusiva, deste modo, é aquela guarda onde só uma pessoa detém o direito sobre a criança, também conhecida como guarda mono-parental ou guarda única.

Já Ana Maria Milano Silva ensina que:

A guarda é inerente ao poder familiar, compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes. Numa separação, quem perde a guarda não perde o poder familiar, mas seu exercício efetivo, na prática, é do genitor-guardião. A guarda, assim, é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida a terceiros, não implica a transferência nesse (SILVA, 2008, p. 40).

A ruptura dos laços conjugais, não deve afetar os menores, sendo assim, o legislador procura sempre cuidar mediante leis, para que seja possível a proteção destes, não esquecendo, porém, daquele genitor que não obteve a guarda. Neste quadrante, leciona Grisard Filho:

A guarda é ao mesmo tempo, um direito (como o de deter o filho no lar, conservando-o perto de si, o de reger sua conduta,...), e um dever (como o de velar pela sua segurança, vida e saúde do filho); é de natureza do pátrio poder e não da sua transferência deste. Resultante à obrigação de educar está a de correção e disciplina, que são limitadas pelas mesmas finalidades que as justificam. Os pais têm o direito de castigar seus filhos, porém sem excessos (GRISARD FILHO, 2005, p. 40).

Conforme escreve Ana Carolina Silveira Akel, “o vocábulo de guarda traz um significado plurívoco, o qual resumidamente pode-se afirmar que é um direito potestativo, ou

seja, um poder-dever, conferido aquele que mantém o menor, sob sua companhia, vigilância e responsabilidade”.

Ante o exposto, importante frisar que a necessidade da escolha da guarda surge com a separação dos pais, que é quando a guarda deve ser fixada pelo magistrado, sendo assim, sempre escolhida a que prevaleça o interesse do menor. No próximo capítulo deste trabalho, serão destacadas e conceituadas as modalidades de guarda existentes na doutrina brasileira.

3.3 MODALIDADES DE GUARDA

Conforme já citado, referente a guarda dos menores esta evoluiu consideravelmente nos últimos anos, as realidades civis vão mudando, e é preciso que as prioridades dos menores sejam também evoluídas. É nesse sentido, que o interesse do menor emerge como o ponto central, devendo ser analisado sempre que houver disputa entre seus genitores.

Ana Carolina Akel (2008, p. 93) ensina que, “mais do que preciso, é necessário o surgimento de formas alternativas de modalidades de guarda, buscando a adaptação do instituto à realidade social e possibilitando maior contato entre filhos e pais que não mais convivem sob o mesmo teto”.

Dentre os tipos de guarda, destacam-se os principais, relacionados à doutrina:

3.3.1 Guarda comum

A guarda comum é aquela que o seu exercício é dividido de forma igual entre os genitores, ou seja, consiste na convivência e comunicação dos pais e filhos. De origem natural, pois decorre naturalmente do fato da paternidade e maternidade, esta não é legal nem judicial, pois não é de concessão do Estado ou de lei.

Quando não houver a convivência entre os pais, o juiz fará uso de sua faculdade jurisdicional, diferente dos casos em que há menor em situação de perigo ou abandono, no qual o Estado atua exercendo sua função social.

Na guarda *desmembrada*, o Estado intervém, sendo esta intervenção através do Juizado da Infância e Juventude, e outorga à guarda a quem não detém o poder familiar, para efetivar a devida proteção ao menor. E a guarda *delegada*, é aquela exercida em nome do Estado por quem não possui a representação legal do menor, senão a autoridade oficial, sendo esta hipótese excepcional.

3.3.2 Guarda alternada

Para Ana Maria Milano Silva (2008, p. 57) a guarda alternada é:

A modalidade de guarda alternada é um modelo que se opõe fortemente à continuidade do lar, sendo respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma instabilidade emocional, uma vez que, a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere do que ocorre no período de férias com o genitor não guardião da guarda.

A guarda alternada é caracterizada pela possibilidade a cada um dos pais de deterem a guarda do menor alternadamente, sendo assim, respeitado o ritmo de tempo o qual possa ser um ano escolar, um mês, ou uma semana, o que for acordado entre as partes e, conseqüentemente, durante esse período, possui de forma exclusiva a totalidade dos poderes e deveres de guardião do menor, sendo que no término do período, os papeis invertem-se.

Sobre o assunto, ensina Akel (2008, p. 93), “na guarda alternada, a criança, durante determinado período, estará submetida à guarda de um dos pais, restando, ao outro, o direito de visitas e, findo o prazo estipulado, o visitador torna-se guardião, passando, para aquele que exerceu a guarda sob certo lapso temporal, o direito de visitas”.

Eduardo de Oliveira Leite, escreve que, nesta modalidade de guarda, “cada genitor exercerá alternativamente, a guarda do menor com todos os atributos que lhe são próprios. Embora apresente algumas vantagens, as desvantagens e os problemas jurídicos são bem mais elevados” (LEITE, 2005, p. 234).

Alguns doutrinadores criticam esta modalidade de guarda, não considerando ser o modelo ideal, pois impede que o menor crie laços afetivos e emocionais com seus pais, uma vez que, quando se adapta a convivência com um dos genitores, a guarda é transferida ao outro, e vice-versa.

3.3.3 Aninhamento ou nidação

O aninhamento ou nidação é a modalidade de guarda inutilizada, uma vez que, os pais precisam se revezar, mudando para a casa onde vivem as crianças, em períodos alternados de tempo, assim, trata-se de um tipo de guarda pouco utilizada, tornando-se até irreal.

Para Grisard Filho, “tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos” (GRISARD FILHO, 2005, p. 86).

Como se pode verificar, esta modalidade é pouca aplicada na prática, pois se revela de difícil materialização, como também em virtude dos fatores da falta de praticidade, podendo assim, provocar instabilidade no desenvolvimento do menor.

3.3.4 Guarda derivada

A guarda derivada é a que surge da Lei, através dos artigos 407, 409, e 410 do Código Civil de 2002, corresponde a quem exerça a tutela do menor, sendo este particular, de forma dativa, testamentária ou legítima, ou o Estado cumprindo sua função social, conforme artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90.

Importante destacar também o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2011), “A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial”.

3.3.5 Guarda de fato

De acordo com a doutrina, a guarda de fato é aquela estabelecida por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal ou judicial, não possuindo nenhum direito de autoridade, porém, passa a ter todas as obrigações inerentes a guarda, como assistência e educação.

Esse tipo de guarda ocorre de forma informal e naturalmente, quando alguém independentemente se for da família ou não, assume a criação do menor, sem se importar com a legalidade da situação e sua legislação.

3.3.6 Guarda provisória

A guarda provisória pode ser também chamada de temporária, surge da necessidade de atribuir a um dos genitores a guarda do menor na dependência do processo judicial de separação ou divórcio, com característica de organizar a vida familiar. Para alguns doutrinadores, esta modalidade não possui caráter de guarda, pois se trata de medida provisória.

De acordo com o artigo 33, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que regula a guarda provisória, “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”.

Sobre o assunto, corrobora Waldyr Grisard Filho (2005, p. 81), “trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto”.

3.3.7 Guarda definitiva

A guarda definitiva surge a partir da sentença que homologa ou decreta a dissolução do vínculo conjugal, quando ocorre assim a estabilidade definitiva. Considerada com grau de definitividade relativa, esta não faz coisa julgada, podendo assim, ser modificada a qualquer tempo, desde que, possua expressa fundamentação.

Neste sentido, ensina Waldyr Grisard Filho: “a guarda nunca é definitiva, pois seu regime há de seguir a evolução das circunstâncias que envolvem a vida dos personagens. O interesse do menor há de ser satisfeito sempre e primordialmente” (GRISARD FILHO, 2005, p. 75).

3.3.8 Guarda por terceiros

A guarda por terceiro está disciplinada no artigo 10, § 2º, da Lei do divórcio – Lei nº 6.515/77 (BRASIL, 2011), onde possibilita ao juiz entregar a guarda do menor a terceiros, quando houver motivo grave, ou qualquer outro caso que seja necessário. Assim, prevê o artigo, art. 10, §2º, “verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges”.

Cabe ressaltar que, neste caso o terceiro não é somente alguém da família, podendo ser qualquer pessoa, desde que, prevaleçam os interesses do menor. Embora não exista uma ordem preferencial, porém, entre os parentes os avôs têm sido os preferidos.

Esta modalidade de guarda apresenta características próprias, sendo analisado e decidido caso por caso, pois se trata de situações diferentes. Não se escolhe o genitor ideal, o magistrado deverá somente tomar a decisão de separar os menores de seus pais, em situações extremas, casos em que, ocorrerá a guarda a terceiros.

3.3.9 Guarda para fins previdenciários

A guarda assegura aos menores todos os direitos de dependentes para todos os fins e efeitos, bem como os previdenciários. Sobre o assunto, disciplina o artigo 33, § 3º do ECA: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

Esta modalidade de guarda recebe duras críticas de alguns doutrinadores, pois entendem que favorece a simulação e acreditam que o benefício previdenciário é uma consequência da guarda, não seu fundamento. Assim, é concedida a guarda para que o menor não fique em situação irregular, e para que tenha um guardião que lhe garanta todos direitos cabíveis e necessários.

Sobre o assunto, escreve Grisard Filho, “os benefícios previdenciários não configuram finalidade da guarda, apenas consequência, razão pela qual não pode constituir uma modalidade (GRISARD FILHO, 2005, p. 84)”.

3.3.10 Guarda jurídica e material

Sabe-se que para formação dos filhos, é necessária a presença de ambos os genitores, e quando ocorre a dissolução do vínculo conjugal, nenhum dos pais perde o poder

familiar referente aos menores, porém ocorre a dissociação da guarda. O genitor que vier a ficar com a guarda do menor, não terá apenas a guarda material, como também a jurídica, pois terá o dever de dirigir-lhe educação e decidir todas as questões do interesse superior deste, cabendo assim, ao outro genitor o direito de fiscalizar as decisões tomadas por quem possui a guarda.

Assim, a guarda jurídica é exercida pelo genitor que não possui a guarda a seu favor, referente a esta diferença entre as modalidades Grisard Filho ensina:

Quer isto dizer que se faz distinção, como ensina De Page, entre “o direito de guarda stricto sensu ou guarda material” e o “direito de guarda jurídica”, para aí compreender tudo o que concerne à educação intelectual e moral do menor. Assim a guarda jurídica é exercida a distância pelo genitor não-guardador. A guarda material prevista no artigo 33, § 1º, do ECA realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente, encerrando a ideia de posse ou cargo. Em verdade, o que obtenha a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão (GRISARD FILHO, 2005, 85-86).

Deste modo, podemos observar que a diferença entre a guarda material e a guarda jurídica, se dá devido ao fato de que, na material existe a convivência direta do genitor com o menor, e na jurídica é exercida a distância pelo genitor que não possui a guarda.

3.3.11 Guarda compartilhada ou conjunta

A guarda compartilhada é um dos modelos de guarda mais recente, no qual, ambos os genitores possuem o direito de responsabilidade e o dever de compartilhar suas obrigações no que se refere ao menor.

Mesmo quando não havia legislação específica para esta modalidade de guarda, esta já vinha sendo aplicada pelo judiciário brasileiro, com base nos interesses da criança. Assim, em 13 de junho de 2008, foi promulgada a Lei 11698/2008, a qual normatiza a guarda compartilhada no ordenamento jurídico.

Como a guarda compartilhada é o tema central deste trabalho, este será abordado de forma abrangente no próximo capítulo, o qual será estudado os aspectos positivos e negativos desta modalidade, seu conceito, bem como, sua importância na aplicação deste modelo.

4 GUARDA COMPARTILHADA

Como assunto principal deste trabalho, adentramos agora no que se refere ao instituto da guarda compartilhada. Esta modalidade de guarda está normatizada em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, passando a instituir este modelo de guarda.

A entidade familiar é o núcleo da sociedade, e esta vem sofrendo constantemente influências culturais, as quais exigem que o ordenamento jurídico se adapte às novas realidades. Diante disso, ocorrendo o desmembramento do casal, a tendência da família é desunir-se após a ruptura do vínculo conjugal, o qual ocorre à distância entre pais e filhos.

Assim, a guarda compartilhada surgiu da necessidade de encontrar uma maneira capaz de fazer com que quando os pais que não mais convivem, seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento da vida afetiva conjugal.

Para entender o modelo da guarda compartilhada, se faz necessário entender primeiramente o que é, assim, apresenta-se alguns conceitos e características no que se refere esta modalidade.

4.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

A guarda compartilhada é o modelo de guarda que garante ao menor uma melhor convivência com ambos os genitores, e estes conjuntamente tomam as decisões relativas aos filhos, bem como, possuem iguais direitos e obrigações em relação a estes.

Leila Maria Torraca de Brito escreve que:

No modelo de guarda conjunta ou compartilhada, apesar de a criança residir com um dos cônjuges, deve-se garantir uma convivência ampliada com ambos os genitores, responsáveis pela educação das crianças, partindo-se da compreensão de que após a separação o que se reconfigura é o estado referente à conjugalidade e não à parentalidade. Busca-se, portanto, nesta modalidade de guarda, uma divisão mais equilibrada do tempo que cada pai passa com o filho, garantindo-se também a participação dos dois genitores na educação da prole (BRITO, 2005, p. 53).

O instituto da guarda compartilhada antes difundido por avançados pensadores, ganhou uma estrutura normativa, com a conceituação de ser um “sistema de coresponsabilização do dever familiar entre os pais”, em que eles “participam igualmente da guarda material dos filhos, com direitos e deveres emergentes do poder familiar” (SILVA, 2008, p. 10).

Acordar ou fixar a guarda compartilhada, objetiva permitir a igualdade dos pais no exercício da autoridade parental, perpetuar o relacionamento dos filhos com seus pais, mesmo após a ruptura do casal, permitindo o resguardo do melhor interesse da criança e do adolescente (GAMA, 2008, p. 214).

Sobre o assunto, ensina Ana Carolina Silveira Akel:

A guarda compartilhada privilegia e envolve de forma igualitária, ambos os pais na função formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo aqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental (AKEL, 2008, p. 107).

Na lição de Leite (2005, p. 236-237), “a guarda conjunta ou compartilhada, consiste no exercício em comum, pelos pais, de certo número de prerrogativas relativas à pessoa da criança. A atribuição do direito de custódia confere ao seu titular um conjunto de direitos que se assemelha com a autoridade parental”.

Para Waldy Grisard Filho, a guarda compartilhada pode ser entendida como:

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 FILHO, 2005, p. 111).

A noção da modalidade da guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, pois é sabido que o mais comum é o da guarda uniparental, sendo esta concedida sistematicamente a mãe. Além do ponto de vista jurídico, é preciso também valorizar o psicológico, sendo que, devem prevalecer sempre os interesses do menor.

Desta forma, entende a psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisamo Motta,

A guarda compartilhada ou conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualitariamente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. [...] (MOTTA, 1996, apud SILVA, 2008, p.70).

Afirma Caetano Lagrasta Neto, que “a guarda conjunta ou compartilhada é fruto de uma atribuição bilateral do hoje denominado poder parental, revelando-se perfeitamente

viável no casamento civil, na separação ou no divórcio. No entanto, salienta que sobre ela deverão ser observados aspectos de cunho mental, físico, econômico, cultural e sociológico” (LAGRASTA NETO, 2000 apud AKEL, 2008, p. 104).

Essa nova modalidade de guarda, promove uma inédita conotação ao instituto do poder familiar, anteriormente relacionada à ideia de poder, veiculando a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do próprio convívio familiar (AKEL, 2008, p. 106).

Conforme já salientado, a guarda compartilhada ou conjunta possibilita que os filhos de pais separados, possam ser assistidos por ambos os genitores, permitindo assim, a efetiva e equivalente autoridade legal para tomar as decisões importantes quanto ao bem-estar dos menores.

Segundo o doutrinador Lôbo (apud QUINTAS, 2009, p. 28-29), no modelo da guarda compartilhada os menores sentem a presença constante dos pais no dia-dia, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer e do sustento material e moral. Nesse prisma, o autor conceitua a guarda compartilhada como o “envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e de mãe, malgrado residindo em lares distintos”.

Grisard Filho (2005) entende que neste tipo de guarda não existe um arranjo-padrão, pois o melhor arranjo é aquele que possibilita o maior contato dos menores com ambos os genitores, o qual deve privilegiar a educação, a saúde, a felicidade e o desenvolvimento como um todo, sendo o pessoal, moral, como também o psicológico dos filhos.

A permanência dos laços que unem os pais e filhos deve continuar mesmo após a ruptura do relacionamento conjugal, pois acabou apenas a relação dos cônjuges, não a relação entre os genitores e os filhos. Como premissa existente na guarda compartilhada, os desentendimentos entre os cônjuges não podem atingir o relacionamento destes com os menores, que é preciso que estes sejam educados por ambos os pais, e não só por um deles, como de fato ocorre com muitas famílias.

Embora existam diferenças marcantes entre o modelo de guarda alternada e compartilhada, é necessário, que se distinga uma forma de outra para que não sejam confundidas estas duas modalidades.

Neste sentido, ensina Akel (2008, p. 112):

Observa-se que, diferentemente do que ocorre na guarda compartilhada, na forma alternada, a criança não possui residência fixa (habitual), ora permanecendo com a mãe, ora com o pai, situação que propicia inevitável instabilidade emocional ao menor. A alternância entre as residências paterna e materna pode ser uma condição desestabilizadora para a prole, podendo levar a perda da habitualidade, continuidade e rotina de seus vínculos e afazeres cotidianos.

Aduz Akel (2008) que havendo verdadeira cooperação entre os progenitores, na guarda conjunta, ambos permanecem inseridos na vida dos filhos, participando das relações escolares, observando as amizades mantidas, acordando sobre a escolha de médicos, terapeutas, sobre atividades extracurriculares etc. Diferenciando-se do modelo alternado, demonstra maior benefício à prole, tendendo, inclusive, a ocasionar um decréscimo dos conflitos gerados por questões financeiras ao longo do tempo.

Deste modo, podemos afirmar que na guarda alternada, os menores não possuem um lar estável, pois passam a viver em casas e rotinas diferentes a cada período estabelecido, podendo assim, perder o referencial do que realmente significa o lar familiar. Já na guarda compartilhada, os filhos desfrutam do convívio constante com os pais, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade, preservando a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos.

No que se refere à responsabilidade civil pelos atos praticados pelos menores, devemos entender que, se os pais estiverem com a relação conjugal mantida, está será atribuída a ambos. Quando ocorrer a ruptura do casal, e houver a guarda exclusiva, será então responsável pelos atos do menor, aquele que for o guardião, porém, se a guarda for alternada, responderá aquele que no momento do ato, estiver responsável pela prole. E na guarda compartilhada, no que concerne a responsabilidade civil, está será atribuída solidariamente entre os cônjuges.

Neste sentido, salienta Akel:

[...] estabelecido o exercício conjunto da guarda, os genitores serão solidariamente responsáveis pela reparação dos prejuízos causados por seus filhos menores, evitando o conflito que a guarda alternada pode estabelecer entre eles, uma vez que, nesta, o responsável é o genitor que exercia a guarda no momento da infração (AKEL, 2008, p. 108).

Diante do exposto, pode-se entender que a guarda compartilhada pretende atribuir a responsabilidade a ambos os genitores, tornando-os solidariamente responsáveis pelos filhos, não deixando que esta atribuição seja somente atribuída a um dos pais. E ainda, sabe-se que é necessário a presença dos pais na criação do menor, tendo este o apoio do pai como da

mãe, porém, cabe ressaltar que sempre e em todos os casos, deve ser analisado o melhor interesse do menor.

No próximo tópico, será abordada a incursão histórica da guarda compartilhada no direito brasileiro, como também nos outros países em que este modelo de guarda foi ou continua sendo aplicada.

4.2 BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

A origem da guarda compartilhada é inglesa, ocorrida há pouco mais de 20 anos trasladando-se para a Europa Continental, sendo desenvolvida, primeiramente, na França, para atravessar o Atlântico, atingindo os Estados Unidos e o Canadá, observando-se, atualmente sua aplicação na Argentina e em Portugal (AKEL, 2008, p. 115).

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra, onde teve sua primeira decisão na década de sessenta, no chamado *Common Law* no Direito Inglês.

Conforme Akel (2008), no Direito Inglês o pai era considerado proprietário de seus filhos, e somente no século XIX é que esse conceito foi mudado. O Parlamento inglês modificou este princípio atribuindo a mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos, modificando então, a postura da exclusividade que se tratava a guarda sendo direcionada somente aos pais.

Com a guarda não sendo mais atribuída ao pai, os Tribunais entenderam que a perda deste direito se revelou injusta, assim, procuraram minorar os efeitos através da *Split order* (guarda compartilhada), ou seja, o fracionamento do exercício do direito de guarda entre os genitores. Assim, a mãe se encarregava dos cuidados cotidianos da criança e o pai do poder de custódia.

Segundo Silva (2008), é significativo apresentar um apanhado sobre a efetiva aplicação da guarda compartilhada em outros países, e tão importante também, constar que as experiências vivenciadas na realidade familiar são diversas de país a país, no tocante aos costumes e práticas.

A primeira Lei sobre a guarda compartilhada surgiu em 1976 na França, a qual harmonizou o Código Civil francês e as jurisprudências existentes. A chamada “Lei Malhuret” editada em 22 de julho de 1987, sob o nº 87.570/87, estabelecia que a autoridade parental deveria ser exercida pelo casal, divorciado ou não, que são competentes para reger e determinar os detalhes da vida cotidiana dos filhos.

De acordo com Silva (2008, p. 81), na França quando os casais se separam a guarda tanto pode ser exclusiva ou compartilhada por ambos. Assim, a nova lei veio para confirmar a jurisprudência a respeito da guarda compartilhada, fazendo com que esta se tornasse um referencial de modelo.

O Direito americano absorveu a guarda compartilhada e começou a desenvolver amplamente esta nova tendência. Como cada Estado cria sua própria lei civil, para evitar conflitos jurisdicionais de competência entre os tribunais estaduais e uniformizar-se a legislação, foi adotada a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, que é a forma dada a existência de uma só lei sobre determinado assunto para todos os Estados.

Nos Estados Unidos, a guarda compartilhada é um dos tipos de guarda que mais cresce, assim, a maioria dos Estados americanos já dispõe de leis que incluem esta modalidade de guarda como opção de custódia.

No Canadá, escreve Akel como é a forma da escolha da guarda:

A fixação da guarda após o divórcio, via de regra, é a denominada *sole custody*, ou seja, a guarda unilateral, concedendo-se ao outro genitor o direito de visitas. Somente se fixa a guarda compartilhada quando os pais se manifestam nesse sentido e, havendo desacordo, cumpre a decisão ao Tribunal. (AKEL, 2008, p. 117).

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 cônjuge a cooperar na guarda compartilhada, quando este não a desejar (SILVA, 2008, p. 91).

Desta feita, é entendível a posição dos tribunais canadenses, pois se a guarda compartilhada tem o objetivo maior de satisfazer o interesse do menor, e se um dos pais não deseja ter este contato com o filho, não deve então ser obrigado, pois, o objetivo deste modelo de guarda não é de obrigar, mas sim proporcionar uma melhor convivência e crescimento do menor.

Assim, aduz Leite (apud Silva, 2008), que a fixação compulsória da guarda conjunta, num ambiente de graves desavenças, seria até contraditório, tendo em vista que

nesses casos as partes pretendem romper definitivamente o vínculo entre elas. Em tais circunstâncias esse modelo de guarda obrigaria um contato maior que o desejado, sujeitando os filhos a toda sorte de intrigas e problemas com seus pais.

Em Portugal a guarda compartilhada foi batizada como “Guarda Conjunta”, e a sua importância decorre do fato de permitir a opção dos países pelo exercício comum do “poder paternal”.

De acordo com Grisard filho(2005), no ano de 1999, o Código Civil de Portugal foi privilegiado com a normatização da guarda compartilhada, onde permitiu a consecução dos direitos dos pais e filhos através da convivência mútua mesmo depois do divórcio, separação ou da anulação do casamento.

Já na Argentina, a legislação adotou como regra básica o exercício compartilhado, correspondendo ao pai e à mãe conjuntamente, independentemente se casados ou não. Também condiciona esse exercício ao melhor interesse do menor, devendo o magistrado analisar qualquer conflito que seja levado a sua decisão.

Ensina Silva (2008, p. 91), que os pais têm o direito de obrigação, advindos do poder familiar, de criar seus filhos, alimentá-los e educá-los conforme suas condições e fortuna.

Até o ano de 1992, existia uma lei no Direito Alemão que regulamentava sobre a guarda, estipulando que a escolha deveria se basear nos interesses do menor, devendo predominar a guarda unilateral. Ao ser submetida à apreciação da Corte Constitucional, esta regra foi considerada inconstitucional, por entender que o Estado não pode intervir, quando ambos os pais são capazes e estão dispostos a guarda conjunta dos filhos.

No direito brasileiro, até o ano de 2008, a guarda dos filhos era somente unilateral, ou seja, atribuída a somente um dos cônjuges. Com algumas exceções, sendo estas raras, a guarda compartilhada também era aplicada, porém, apenas fortalecida por construções doutrinárias e jurisprudenciais, as quais se fundamentavam nos princípios constitucionais de igualdade entre homem e mulher, o do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade e do direito de convivência familiar.

Alguns Projetos de Lei que visavam alterar o Código Civil para instituir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico foram criados e remetidos ao Congresso Nacional, dentre eles: Projeto nº. 6.960/2002 visava alterar o art. 1.583 e inserir a guarda compartilhada ou conjunta nas hipóteses de separação e divórcio consensual; Projeto nº. 7.312/2002 visava

alterar o artigo 1.584 e instituir a guarda compartilhada mesmo nos casos em que não havia acordo entre as partes; Projeto Lei nº 6.315/2002 visava acrescentar um parágrafo único ao artigo 1.583, facultando aos pais homologar um acordo celebrando a guarda compartilhada dos filhos menores; Projeto nº. 6.350/2002 visava alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil e instituir a guarda compartilhada.

Desta forma, após ser aprovado e sancionado o Projeto Lei nº. 6.350/2002 de autoria do Deputado Tilden Santiago, a guarda compartilhada foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta disciplinada nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, através da Lei nº 11698/2008 e tornando-se um modelo de guarda legal.

A proposta da guarda compartilhada é a valorização das relações afetivas e o equilíbrio de forças no contexto familiar, com a participação de ambos os pais na educação, no desenvolvimento de seus filhos, presumindo-se estes pais aptos em assumir as responsabilidades inerentes ao poder familiar (SECRETAS, 2009).

Neste sentido, observa Zimerman (2009, p.110):

[...] a ideologia da nova lei visa, sobretudo, reforçar uma segurança afetiva nos filhos, não só pela maior proximidade e convívio mais natural, deles com os pais, como também pela assunção direta de responsabilidades e, se possível, pelo resgate de uma menor animosidade e maior harmonia entre o casal divorciado, de acordo com a etimologia do verbo 'compartilhar' que se forma do étimo 'com' (junto) e 'partilhar' (conjuntamente, os deveres e direitos de cada um).

Podemos observar que a ideia da guarda compartilhada é propor a participação de ambos os pais na convivência familiar, de forma contínua e igual, tornando a relação entre os pais separados e seus filhos de maneira afetiva, pois o que acaba com a ruptura do casal é a vida conjugal e não os laços afetivos entre pais e filhos.

4.3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Todas as modalidades de guarda possuem seus aspectos positivos e negativos, e neste tópico serão abordados quais são os principais aspectos positivos e negativos proporcionados na aplicação da guarda compartilhada, aos menores e seus pais, os quais são os interessados desta relação.

4.3.1 Aspectos positivos

Segundo Akel (2008, p.107), “um dos principais motivos para a grande repercussão da guarda compartilhada em torno das legislações se deve ao fato de estabelecer uma relação continuada entre os genitores e a prole que, na maioria das vezes, se encerra de forma considerável com a separação ou com o divórcio”.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, através da proteção e permitindo o desenvolvimento da sua estabilidade emocional que influencia na sua formação de personalidade. O desenvolvimento citado também envolve o físico como o moral, pois se busca uma qualidade nas relações afetivas do menor com seus pais e a sua inserção nos grupos sociais, tornando-o este um indivíduo com valores.

Apesar da ruptura do relacionamento conjugal entre os pais, a vida dos filhos continua cotidiana, pois o relacionamento próximo do menor com seus genitores possibilita essa aproximação, tendo em vista que, este não vai precisar optar pela mãe ou pelo pai. “Assegura aos filhos o direito a ter os pais, de forma contínua em suas vidas, sem alterações: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores” (GRISARD FILHO, 2005, p. 169).

Assevera Akel (2008, p.107), sobre a guarda compartilhada:

Este modelo de guarda não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e à união estável, a saber, a guarda, o sustento e a educação da prole.

Torna-se possível que os pais possam exercer de forma igualitária as funções de formação e educativas dos menores, possibilitando a organização da relação entre pais e filhos, conferindo a ambos um melhor relacionamento. As obrigações são compartilhadas entre os genitores, não sobrecarregando nem um e nem o outro, os quais possuem conjuntamente o poder de decisões no que diz respeito à vida do menor.

A modalidade de guarda compartilhada objetiva perpetuar a relação da criança ou do adolescente com seus pais, no período posterior à dissolução da união conjugal, permitindo o resguardo do melhor interesse do menor, e assegurando a igualdade dos gêneros – homem e mulher – no exercício da autoridade parental (GAMA, 2008).

Segundo Akel (2008), evidente que para possibilitar o exercício compartilhado da guarda é mais do que fundamental que, entre o casal, exista respeito, pois embora não mais convivam, devem conviver de forma harmônica, além do bom-senso, equilíbrio e razoabilidade, pois é inviável a utilização desse modelo de guarda quando entre eles se estabeleça uma relação de beligerância.

Assim, nas famílias em que predominar o desrespeito ou desavenças que inviabilizem qualquer tipo de convivência entre os genitores, não deve se aplicar a guarda compartilhada, pois os pais precisam ter um bom relacionamento, para que assim, possam reduzir o sentimento de abandono e as dificuldades que geram após a ruptura do casal.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, afirma que:

A guarda compartilhada permite aos pais participar ativamente da vida dos filhos, o que faz perceberem que os pais são capazes, preocupam-se com eles, cuidam deles, amam-nos. Evita ou pelo menos diminui, a ansiedade dos filhos quando os pais se separam, sem saber com qual dos dois irão viver, qual dos pais irá perder o contato contínuo. Em alguns arranjos de guarda exclusiva os pais podem manter ativo o envolvimento de ambos na vida dos filhos, mas a guarda compartilhada maximiza a possibilidade disto ocorrer (QUINTAS, 2009, p. 88).

Sustenta-se, também, que a guarda compartilhada é o instrumento de conciliação entre os genitores, acomodando seus interesses na regulação da custódia dos filhos. Desenvolve-se uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai e de mãe, bem como uma confiança mútua no desempenho desse dever (GRISARD FILHO, 2005).

Pelo fato de os pais compartilharem a guarda, presume-se que as decisões relativas ao menor são tomadas em comum, assim quando houver dano ou falha na educação e vigilância, a responsabilidade recairá sobre ambos os pais, mesmo que, apenas um deles tenha a guarda física, estes serão solidários em relação aos atos dos filhos evitando que recaia somente a um dos genitores.

Nesse modelo de guarda, diminui o risco de pais e filhos perderem sua intimidade e ligação, pois a convivência manterá o equilíbrio das relações permanentes e ininterruptas. Estabelecida a cooperação desta relação entre os genitores, cria-se uma esfera de segurança em torno no menor, e é de suma importância que demonstre que mesmo após a ruptura do vínculo conjugal os vínculos continuam mantidos, e evitando o medo da perda dos pais.

Salienta-se ainda que, o menor não ficará privado a apenas um grupo familiar e social de cada um dos seus genitores, pois este terá convivência de ambos os pais, logo de ambas as famílias, o que facilita a convivência no dia-a-dia, e possibilita o bom

desenvolvimento saudável, não privando sua relação de convivência apenas com algumas pessoas.

Desta forma, o instituto da guarda compartilhada visa assegurar ao filho o direito de convivência com ambos os pais, o qual possibilitará um desenvolvimento físico, mental, moral, psicológico, e social com a presença dos seus genitores, podendo contar com as referências materna e paterna. Visa também o direito dos pais desfrutarem da companhia do menor, de tomar as decisões conjuntamente no que tange ao destino destes, bem como de participar do seu cotidiano, dividindo as atenções e os cuidados que os filhos precisam.

4.3.2 Aspectos negativos

Embora a guarda compartilhada apresente inúmeros aspectos positivos, está também possui seus aspectos negativos para os filhos e seus genitores. Conforme Fugita (2009), entre os pontos negativos referentes à guarda compartilhada, alguns doutrinadores apontam que este modelo seria prejudicial aos filhos, pois eles perderiam o referencial de lar, estando ora na casa do pai, ora na casa da mãe.

Cabe ressaltar que, a crítica feita pelo doutrinador Jorge Shiguemitsu Fugita, não deve proceder, pois na guarda compartilhada o menor tem uma residência fixa com aquele guardião que possui a sua guarda (material e formal), e terá liberdade para frequentar o lar do outro guardião, aquele que terá sua guarda jurídica. Esclarece-se então, que ao comentar sobre o assunto, a crítica foi equivocada, tendo em vista que, esse tipo de guarda que o menor não possui residência fixa é a modelo de guarda alternada.

Pais que vivem em conflito constante, e não possuem diálogo, não devem ter deferido o modelo da guarda compartilhada, pois nesses casos podem ser lesivos aos filhos, uma vez que, não conseguem isolar os conflitos da relação afetiva, e ao invés de trazer benefícios ao menor, ocorrerá o contrário. Para essas famílias, deve optar-se pela guarda única e ser deferida ao genitor que revelar melhores condições para a criação.

Aduz Silva (2008, p. 162):

A guarda compartilhada só funciona quando pais e mães se entendem. E, dizem seus opositores, não há o que se fazer a fim de que casais traumatizados por longos e

dolorosos processos judiciais possam, de repente, conversar amigavelmente sobre os problemas dos filhos. Muitos advogados e magistrados ainda veem a tese do compartilhamento com desconfiança, pois entendem que esse tipo de guarda dividirá o mundo das crianças, principalmente quando os pais não morrem de amores, mas de ódio, um pelo outro.

Assim, não se recomenda este tipo de guarda quando existe um relacionamento hostil entre os pais após a ruptura do relacionamento. Normalmente, nestes casos predomina o rancor e a mágoa, características comuns entre as separações que ocorrem de forma litigiosa, que desta forma, acaba prejudicando a formação psicológica do menor.

Para muitos doutrinadores, a aplicação da guarda compartilhada é contraditória, tendo em vista que, o que se pretende com a separação é a ruptura da sociedade conjugal, logo, com este modelo de guarda o casal deverá manter contato, passando a ter um convívio não desejado. Porém, o que deve prevalecer são os interesses do menor.

Segundo Nazareth (apud GRISARD FILHO, 2005), não se recomenda a guarda compartilhada de crianças com menos de cinco anos de idade, pois para elas, conviver com o pai e com a mãe em ambientes diferentes requer uma capacidade de adaptação que só é atingida por crianças maiores.

Para a prática da guarda compartilhada, devem os pais residirem na mesma região, ou pelo menos em região próximas de fácil acesso. Pois, a partir do momento que os genitores estão distantes, não está se aplicando este instituto de guarda, pois o objetivo é o compartilhamento entre seus genitores, e com a distância não será possível.

Esta modalidade de guarda funciona bem quando os pais buscam a realização do maior interesse da criança, e os colocam acima dos seus próprios interesses. Deixam suas mágoas de lado, o que na maioria das vezes é difícil e separam o exercício da conjugalidade do exercício da parentalidade.

Importante frisar que, tanto os aspectos positivos como os negativos não são fatores determinantes, pois não devem ser levados como regras para todos os casos como também não devem ser absolutos, é preciso analisar caso por caso e aplicar o que for melhor para o interesse dos filhos.

4.4 IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA

O tema é complexo, pois envolve os aspectos jurídicos, e vários outros aspectos, como os psicológico e sociais. Frisa Silva (2008), que a vida social integrada torna indispensável o compartilhamento dos pais nos deveres inerentes à guarda, em co-responsabilidade convergente, de molde a contribuir decisivamente para o pleno desenvolvimento dos filhos.

Os sentimentos de responsabilidade de solidariedade devem ser incentivados, organizando-se um modelo de forma livre, mas sempre a favor da criança e da família, fazendo com que se potencialize a força imanente, o que acabará reduzindo os riscos de marginalização.

Segundo Gama (2008, p. 103):

A responsabilidade é proveniente do que é esperado pelos filhos: aquilo que desejam vivenciar na pessoa dos pais, imagens sobre as quais irão espalhar-se vida afora. A disputa entre casais, a chantagem, o jogo de sedução para conquistar o amor da criança não encontram guarida nesse modelo de guarda, porque a convergência de sentimentos, a reciprocidade e a troca de entendimentos entre os pais, detentores da guarda compartilhada, afastam as posturas conflituosas, uma vez conscientizados de que o bem-estar dos filhos é o mais importante de tudo.

As mães que compartilham a guarda dos filhos com seus ex-companheiros de um modo geral, se tornam mais satisfeitas, tendo em vista que, podem dividir os encargos da prole, tendo em vista que as responsabilidades são compartilhadas, uma vez que se sentem menos pressionados pelo fato de as responsabilidades e os deveres não serem exclusivos.

Neste sentido, corrobora Akel (2008, p. 133),

Com a atribuição da clássica da guarda única normalmente atribuída a mulher, os filhos terminaram por “perder” a possibilidade de convivência adequada com o pai e mãe devido à dinâmica que passa a reger o funcionamento familiar: o pai pouco presente, com raro ou nenhum envolvimento com a vida dos filhos, e a mãe, sobrecarregada com as tarefas de complementar o orçamento familiar e cuidar da casa e das crianças, torna-se menos disponível para estar com elas.

Entendida como um fato encorajador da cooperação entre os pais e desestimulante de atitudes egoísticas, através desta guarda há a demonstração aos filhos que continuam ser amados pelos seus pais e que a separação deles não enfraqueceu a ligação afetiva, a qual não deve desaparecer mesmo com a ruptura da relação conjugal.

No que diz respeito à residência, aduz Silva (2008, p. 107):

Ambos os pais devem possuir acomodações para a criança em suas respectivas residências. Deve ela ter consciência de que existe “um canto seu” em cada um dos lares de seus genitores, onde ela sentirá que é sua casa também. Não se trata aqui da exigência de quartos para cada filho, mas certamente um local especial, que será variável segundo o estilo de vida dos genitores bem como do potencial financeiro deles. Afinal, para os filhos, o essencial é se sentirem amados, e não bajulados financeiramente.

Neste caso, temos a residência única e não alternada, que deverá ser escolhida, mediante a condição de continuidade, conservação e estabilidade. Tais condições são necessárias principalmente no momento da separação dos pais, pois mudanças bruscas ou grandes alterações devem ser no mínimo evitadas, pois assim essa estabilidade de residência, permite ao menor que sua vida cotidiana não seja excluída.

Complementar Waldyr Grissar Filho (2005, p. 85):

“[...] são dessas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias. Os pais devem tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura”.

Para que um tipo de guarda seja adequado ao interesse do menor, deve ser estabelecido conforme a realidade social e familiar, reunindo todas as condições necessárias para o seu desenvolvimento. Sendo assim, para avaliar a aplicabilidade de qualquer modalidade de guarda deve se ter sempre como regra o princípio do interesse do menor, como ocorre na guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada como em todos os outros modelos, deverá sempre ser garantido os interesses do menor, sendo que os interesses dos pais ficam em segundo plano. Deve-se entender que, os filhos no momento da escolha da guarda são as pessoas principais, todos e quaisquer modelos devem se adequar a necessidade destes.

Segundo Silva (2008), importante na guarda compartilhada é que o genitor que não possui a guarda, não está limitado a supervisionar a educação do filho, e nem ter contato com este esporadicamente, como ocorre no modelo da guarda única, ao contrário desta, ambos os pais participam efetivamente da vida dos filhos. Ambos são detentores do poder familiar e decidem conjuntamente ao tomar decisões sobre os filhos, em todos os assuntos que dizem respeito a estes.

É notório que a guarda compartilhada tende a diminuir os conflitos de pós-separação, pois ambos os genitores se sentem ativos na vida da prole, cumprindo desta forma com suas obrigações. É comprovado que toda criança tem a necessidade e o direito de

conviver com seus pais, necessidade esta reconhecida pela psicologia e pelo senso comum, direito garantido pela constituição de qualquer país.

Com sua importância também na psicologia, a guarda compartilhada é descrita nas palavras da Dr.^a Deirdre de A. Neiva, Procuradora do DF:

“O compartilhamento da guarda visa, precisamente, a amenizar tais perdas, beneficiando a criança, à medida que ambos os pais estão igualmente envolvidos em sua criação e educação. Cuida-se da tentativa de diminuir os nefastos efeitos da saída de um dos pais da vida diária dos filhos. Logo, não pode olvidar o aplicador do Direito as informações e os conhecimentos trazidos por outras fontes ou ciências, como a Psicologia”.

Segundo Grisard Filho (2005), cabe enfatizar que o instituto da guarda compartilhada não é a solução perfeita, pois nenhuma família está livre de erros, limitações e dificuldades. Não há precisão de uma efetiva solução de guarda, que possa ser garantida de forma absoluta pelo magistrado e nem pelos profissionais que atuam no caso particular. Além do mais, os pais também precisam saber que não há um plano de cuidado parental que não traga efeitos colaterais.

A guarda compartilhada torna-se inovadora e benéfica para a maioria dos pais, cooperativa e também bem-sucedida mesmo quando o diálogo entre as partes não é muito bom, pois desde que os genitores sejam capazes de discriminar o seus conflitos conjugais da relação da parentalidade, torna-se viável sua aplicação.

Destaca-se que a determinação da guarda compartilhada é indispensável para que as funções paterna e materna possam ser garantidas aos menores, através de suportes simbólicos que devem sustentar a dimensão privadas das relações, já que as crianças necessitam de pai e mãe para seu completo desenvolvimento.

No próximo capítulo, abordaremos o tema desde trabalho através das jurisprudências do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, vamos analisar em quais casos estão sendo aplicada a guarda compartilhada e em quais casos não há ocorre esta aplicação.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo, serão apresentadas algumas decisões referentes à guarda compartilhada, julgados que foram decididos no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), Rio Grande do Sul (TJRS) e Paraná (TJPR).

5.1 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Em recente decisão proferida pelo TJSC, na data de 20 de maio de 2011, tendo como relator o Desembargador Luiz Fernando Boller na Quarta Câmara de Direito Civil, negou provimento ao recurso que a mãe da menor requereu a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA - MEDIDA INICIALMENTE DEFERIDA NA MODALIDADE COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - GENITORES RESIDENTES EM UNIDADES DA FEDERAÇÃO DIVERSAS - CONSTANTE ALTERAÇÃO DO MEIO SOCIAL QUE SE REVELA PREJUDICIAL AO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA - PREVALÊNCIA DO SEU MELHOR INTERESSE - PAIS QUE REVELAM IGUALDADE DE CONDIÇÕES PARA EXERCER A GUARDA - VARÃO, CONTUDO, QUE DEMONSTRA MAIOR PREOCUPAÇÃO COM A PREPARAÇÃO DA FILHA PARA O FUTURO - PREVALÊNCIA SOBRE O CONFORTO MATERIAL A SER PROPORCIONADO PELA MÃE - MERA ALEGAÇÃO DE POSSÍVEL MUDANÇA DE DOMICÍLIO DA GENITORA QUE TAMPOUCO SE MOSTRA CAPAZ DE DERROGAR O DELICADO ACERTO DA DECISÃO DE 1º GRAU - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 2011.011405-9 de Criciúma - Relator: Des. Luiz Fernando Boller. Julgado em 20 de maio de 2011).

Trata-se de recurso interposto pela mãe da menor, contra sentença que julgou procedente os pedidos e concedeu a guarda ao pai. Assim, a apelante requereu que seja concedida a guarda compartilhada entre os genitores e sustenta que possui condições de oferecer o mesmo conforto material proposto pelo pai.

Consoante nos relatórios de estudo social realizados no núcleo familiar, ambos os genitores revelaram condições de serem guardiões da menor, havendo destaque para o fato de que a filha mostra-se dividida entre os litigantes. Tais circunstâncias não foram suficientes,

pois, somadas as estruturas oferecidas pela mãe e pelo pai, ficou demonstrado que o pai reuniria melhores condições para se encarregar da criação, já que os pais residem em estados distintos (Santa Catarina e Rio Grande do Sul) impede pleno exercício da guarda compartilhada, sendo, portanto, contrária aos interesses da criança.

Conforme entendimento do magistrado, em situações que envolvem a guarda de menores, principalmente nos casos de dissolução de sociedade conjugal, deve prevalecer sempre o interesse e a proteção integral dos filhos, evitando-se, desta forma, que o sentimento de frustração pelo término da relação não seja transferido à prole, que deve conviver harmonicamente, na medida do possível com todo o núcleo familiar.

Ante o exposto, decidiu o magistrado pela solução jurídica mais adequada, assegurando a prevalência dos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, observando que o genitor exerce de forma louvável o papel de guardião e considerando que a mudança na alteração fática poderia ocasionar prejuízos, assim, negou provimento ao recurso, e a guarda continua sendo exercida pelo pai.

Já em outra decisão do TJSC, proferida em 12 de maio de 2011, tendo como relator o Desembargador Eládio Torret Rocha na Quarta Câmara de Direito Civil, conheceu o recurso e deu-lhe provimento, o qual a mãe da criança requer a anulação da guarda compartilhada ora aplicada.

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INTERLOCUTÓRIO QUE DETERMINOU A GUARDA COMPARTILHADA DOS GENITORES, COM VISTAS A RESGATAR OS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAI E FILHO, QUE ESTIVERAM AFASTADOS POR CERCA DE 3 (TRÊS) ANOS ENQUANTO O MENOR MORAVA NO EXTERIOR COM A MÃE. MANIFESTA ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES. INVIABILIDADE DA MANUTENÇÃO DO MODELO DE GUARDA ALTERNADA. MEDIDA QUE, NO CASO, DESCURA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DOS INTERESSES DA CRIANÇA. INTELECÇÃO DO ART. 227, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 1º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RESTABELECIMENTO DA GUARDA DO MENOR EM FAVOR DA GENITORA. DIREITO DE VISITAS DO GENITOR QUE DEVERÁ OBSERVAR AS DIRETRIZES IMPOSTAS ANTERIORMENTE PELO JUIZ DA CAUSA (FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS). RECURSO PROVIDO (TJSC – 4ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 2010.044328-7 de Criciúma – Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Julgado em 12 de maio de 2011).

O presente agravo de instrumento foi interposto pela mãe da criança contra decisão do Juízo de Direito da Vara da Família da Comarca de Criciúma, que deferiu o pedido formulado pelo pai quanto aos direitos de visitas e estabeleceu a convivência entre o genitor e o menor de forma compartilhada.

Alegou a agravante que, ao determinar a guarda compartilhada sobre o menor, não se levou em consideração a evidente animosidade entre os genitores, o que, por si só, inviabiliza a convivência com a criança do modo devido; nas hipóteses em que ambos os pais possuem condições de exercer a guarda do filho, a escolha entre eles deve se decidir pelo princípio do melhor interesse da criança; a fixação de guarda compartilhada pressupõe a convivência harmônica entre os genitores, de forma a viabilizar o consenso quanto à criação e educação do filho comum; estando o menor adaptado ao lar materno, é prudente que a guarda seja mantida em favor da genitora.

Na decisão, o TJSC decidiu por prover o recurso e, segundo o entendimento do relator, se os elementos probatórios demonstram a perfeita adaptação do menor no lar materno, não há razão para se estabelecer a guarda compartilhada entre os genitores, tanto mais quando - a par da manifesta animosidade reinante entre eles -, tal medida significaria sujeitar o menor a mudanças semanais de residência, gerando-lhe inegável instabilidade emocional e psíquica.

Em decisão proferida pelo TJSC na data de 31 de março de 2011, tendo como relator o Desembargador Nelson Schaefer Martins na Segunda Câmara de Direito Civil, negou provimento ao agravo de instrumento, o qual o pai do menor requer a aplicação da guarda compartilhada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E MANTEVE O VALOR DA PENSÃO ALIMENTÍCIA ANTERIORMENTE PACTUADO, BEM COMO A GUARDA DA MENOR EM FAVOR DA GENITORA. GUARDA COMPARTILHADA QUE EXIGE O EXERCÍCIO CONJUNTO, SIMULTÂNEO E PLENO DO PODER FAMILIAR E REQUER UMA CORRESPONSABILIZAÇÃO DE AMBOS OS GENITORES ACERCA DE TODOS OS EVENTOS E DECISÕES REFERENTES AOS FILHOS. ACERVO PROBATÓRIO A INDICAR O ROMPIMENTO DA RELAÇÃO HARMÔNICA E CORDIAL ENTRE OS PAIS DA MENINA. JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO. PEDIDO DE EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS PACTUADOS EM 3,5 (TRÊS SALÁRIOS MÍNIMOS E MEIO) BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. EVENTUAL REDUÇÃO/EXONERAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA QUE DEVE ATENDER AOS DITAMES DO ART. 1.694, §§1º E 2º E 1.699 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE GARANTIA DO SUSTENTO DE SEUS FILHOS OBSERVADAS AS POSSIBILIDADES DE CADA UM. - AGRAVANTE E PAI DA CRIANÇA QUE NÃO APRESENTOU DOCUMENTOS QUE COMPROVASSEM A SUA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM VERBA ALIMENTAR ACORDADA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJSC – 2ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento n. 2010.081750-9, da Capital - Relator: Des. Nelson Schaefer Martins – Julgado em 31 de março de 2011).

O presente agravo de instrumento foi interposto pelo pai da criança contra decisão do Juízo de Direito da 1ª Vara da Família da Comarca da Capital, que em ação de modificação de guarda c/c exoneração de alimentos indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela e manteve a verba alimentar anteriormente pactuada, bem como a guarda unilateral em favor da genitora.

Agravando a decisão, o agravante alegou que a guarda de sua filha estaria sendo exercida de forma compartilhada, pois a menor estaria na sua residência duas vezes durante a semana e em finais de semanas alternados; que os seus rendimentos teriam apresentado significativa redução; a genitora da menina estaria a efetuar gastos vultosos a fim de justificar o valor da pensão alimentícia paga pelo agravante; os comprovantes de gastos apresentados pela mãe da menina revelariam a desnecessidade da manutenção da pensão conforme pactuada anteriormente e que arcaria sozinho com as despesas com colégio, plano de saúde, tratamentos odontológicos, além de permanecer com a filha por pelo menos treze dias por mês.

Decidiu o TJSC por manter a decisão agravada, sendo a guarda exercida unilateralmente pela mãe. Embora a menor frequente dois dias da semana e finais de semana alternados a residência do genitor, pois não caracteriza, por si só, a guarda compartilhada, mas tão somente uma ampliação no direito de visitação anteriormente acordado.

Outra decisão do TJSC, na data de 18 de novembro de 2010, tendo como relator o Desembargador Joel Dias Figueira Júnior na Primeira Câmara de Direito Civil, negou provimento ao recurso da autora, que visa à modificação da guarda compartilhada para a guarda unilateral.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SENTENÇA PROLATADA POR MAGISTRADO DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A FASE INSTRUTÓRIA. PREJUÍZO INEXISTENTE. EXEGESE DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGADA OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCONSIDERAÇÃO DAS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. PRELIMINARES AFASTADAS. GUARDA COMPARTILHADA INSTITUÍDA EM ACORDO ENTRE AS PARTES EM AÇÃO ANTERIOR. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO EM FAVOR DA GENITORA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM A NECESSIDADE DE MUDANÇA. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA EXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO (TJSC – 1ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 2009.052466-2, de Chapecó - Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior. Julgado em 18 de novembro de 2010).

O presente recurso de apelação foi interposto pela mãe da menor, contra decisão do Juízo de Direito da Vara da Família da Comarca de Chapecó, que em ação de modificação de guarda que julgou improcedente os pedidos, não permitindo assim, a modificação da modalidade da guarda.

Apesar de a criança ter revelado preferência por ficar com a mãe, em conversa informal, não houve demonstrações consistentes de que a convivência com o pai seja nociva a vida do menor. Destarte, ainda que o menor demonstre preferência, não sobrevém motivo para que se desfaça a condição da guarda compartilhada, uma vez que o próprio menor manifestou desejo de ver o pai “qualquer hora que tivesse vontade”.

No entanto, o magistrado entendeu que independentemente da criação imperfeita - e não se sabe onde encontrar pais perfeitos -, a desarmonia entre os progenitores não há de resultar desarticulação familiar tal que afete a formação emocional do filho. Enquanto o menor é bem tratado e amado por ambos, a guarda compartilhada mostra-se benéfica, ao passo que não impõe ruptura familiar drástica.

Dessa forma, se o menor não corre riscos, as divergências expostas são insuficientes para modificar a guarda, assim como são administráveis no cotidiano, e se os genitores, com a maturidade que lhes cabe ter, priorizarem o bem-estar do seu dependente, negou-se então seguimento ao recurso e manteve a aplicação da guarda compartilhada.

Em decisão do TJSC, na data de 4 de novembro de 2010, tendo como relator o Desembargador Victor Ferreira na Quarta Câmara de Direito Civil, provendo parcialmente o recurso, que visa à modificação da guarda unilateral para compartilhada.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA DEFERINDO A GUARDA DEFINITIVA DO INFANTE AO PAI. INCONFORMISMO. PAIS QUE DETÊM, AMBOS, CONDIÇÕES DE CRIAR O FILHO. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DE QUALQUER CONDUTA DESABONADORA. FILHO QUE ESTÁ SOB A GUARDA DE FATO DOS DOIS GENITORES. MODIFICAÇÃO DO ESTADO ATUAL QUE EM NADA CONTRIBUÍRIA PARA O DESENVOLVIMENTO SADIO DO INFANTE, CUJOS INTERESSES DEVEM PREVALECER. GUARDA COMPARTILHADA DE FATO. NECESSIDADE DE SE REGULARIZAR A SITUAÇÃO FACTUAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 2009.015522-3, de Biguaçu - Relator: Des. Victor Ferreira. Julgado em 4 de novembro de 2010).

O recurso de apelação foi interposto pela mãe do menor contra decisão de primeiro grau que julgou procedente a Ação de Separação Judicial Litigiosa, que conforme alega o pai, em face dos constantes problemas, não é mais possível à vida em comum, desejando a decretação da separação do casal e desde o nascimento do menor, este reside com

os avós paternos. Assim, a decisão decretou a dissolução do vínculo conjugal, e foi concedida a guarda ao pai, garantindo a mãe o direito de visitas.

Inconformada a mãe do menor interpôs recurso, alegando que, jamais se afastou de seu filho, sendo falsa a alegação de que a guarda de fato é exercida pelo Autor, e tratando-se de direito indisponível, a revelia não se opera.

A questão da guarda é das mais delicadas, principalmente como no caso em questão, em que ambos os pais demonstram condições financeiras e emocionais de ficar com a criança, de modo que para resolver a controvérsia serão levados em consideração apenas os interesses e bem-estar do menor, que se sobrepõem aos dos pais.

Nos casos de separação dos pais, como é a hipótese deste processo, teoricamente, a guarda compartilhada sempre é a forma ideal para o desenvolvimento sadio e a formação dos filhos, porém, sabe-se que nem sempre isso é possível. Na presente situação, ora analisadas as provas, abstraídos os motivos da separação e a conduta anterior de cada pai, o magistrado concluiu que a guarda compartilhada pode ser a melhor solução.

No presente caso, colhe-se que a guarda do menor que está definitivamente com o pai, contudo, desde a prolação da sentença, o menor fica sob os cuidados da avó paterna no período da manhã, no vespertino na creche e à noite na casa materna. Ou seja, diferente do que foi acordado na sentença do primeiro grau, nota-se que em princípio foram superadas as desavenças entre o casal, pois as partes arranjam solução diferente, possibilitando a pernoite do menor no lar materno.

Neste sentido, decidiu o TJSC por dar provimento parcial ao recurso, e com efeito aos pais, que embora separados, estão preocupados com o filho e dispostos em atendê-lo da melhor forma, ocorrendo assim, deferimento da guarda compartilhada. Com isso, a criança poderá conviver com ambos os pais e, em decorrência, os dois genitores terão a responsabilidade pela criação e educação.

5.2 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Na decisão proferida em 11 de maio de 2011, pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, na Sétima Câmara Cível tendo como relator o Desembargador Roberto Carvalho Fraga, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo pai de duas menores, requerendo a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. PARTILHA DOS BENS MÓVEIS QUE GUARNECIAM A RESIDÊNCIA DO CASAL. POSSIBILIDADE. CEDÊNCIA DOS BENS AO VARÃO QUE NÃO RESTOU COMPROVADA. USUCAPIÃO QUE NÃO SE CARACTERIZA, DADA A EXISTÊNCIA DE PERMISSÃO DA DIVORCIANDA PARA QUE O VARÃO CONTINUASSE A RESIDIR NO IMÓVEL E A USUFRUIR DOS BENS MÓVEIS ATÉ A PARTILHA. GUARDA DAS FILHAS MENORES DE IDADE QUE DEVE SER ATRIBUÍDA À GENITORA, NÃO PODENDO MANTÊ-LA COMPARTILHADA, ANTE AS DESAVENÇAS ENTRE AS PARTES E A INSURGÊNCIA DA FILHA MAIS VELHA, COM 14 ANOS. ALIMENTOS QUE DEVEM SER MANTIDOS NA FORMA EM QUE FIXADOS NA SENTENÇA, POIS ATENDEM AS NECESSIDADES DAS MENINAS, SEM ONERAR EM DEMASIA O GENITOR QUE, ALÉM DE AUDITOR FISCAL FEDERAL, EXERCE A ADVOCACIA. APELAÇÃO DESPROVIDA (TJRS - Apelação Cível Nº 70040638827 - Sétima Câmara Cível, de Poro Alegre - Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 11 de maio de 2011).

O presente recurso de apelação foi interposto pelo pai das menores, contra a sentença que, conjuntamente, julgou parcialmente procedente os pedidos deduzidos na ação de conversão de separação em divórcio, e ainda, deu parcial procedência aos pedidos deduzidos na alteração de guarda e alimentos.

Quando houve a separação do casal, no ano de 2003, foi estabelecida a guarda compartilhada, entretanto, após alguns conflitos ocorridos na família paterna e sendo estes vivenciados pelas menores, a mãe ajuizou a demanda postulando a guarda exclusiva das filhas, pretendendo solucionar o problema, e possibilitando o convívio do pai com as filhas.

Assim, decidiu o TJRS, neste caso, não modificar a guarda das menores, permanecendo esta exclusiva a mãe, e tendo o pai o direito de visitas, pois a partir do momento que o ambiente familiar não é um lar com harmonia, os interesses dos filhos não estão sendo primordiais.

Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida em 31 de março de 2011 na Oitava Câmara Cível, sendo relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o

agravo foi parcialmente provido, recurso este interposto pela mãe do menor, para que seja modifica a modalidade de guarda, da compartilhada para a unilateral.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. DESCABE A FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA QUANDO HÁ ENTRE OS GENITORES CLIMA DE EMBATE. SÓ É VIÁVEL TAL MODALIDADE QUANDO PRESERVADOS OS CANAIS DE COMUNICAÇÃO ENTRE O CASAL. A DEMANDA OBJETIVA APENAS A REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE, QUAL SEJA, O DEFERIMENTO DA AGUARDA AO PAI. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME(TJRS - Agravo de Instrumento Nº 70040493330 - Oitava Câmara Cível, de Horizontina - Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 31 de março de 2011).

No referido processo, os genitores dissolveram o relacionamento e acordaram que a guarda da prole seria exercida de forma compartilhada. Após alguns anos, o pai entrou com ação para que regularizar da guarda, alegando que a guarda compartilhada não está satisfazendo os interesses dos menores, tendo em vista que, vários foram os prejuízos causados em razão desta modalidade de guarda. Assim, em primeiro grau restou deferido o pedido de guarda unilateral, eis que agora, a ex-convivente interpôs o recurso requerendo que a guarda compartilhada seja novamente exercida.

Decidiu o TJRS, por negar provimento ao agravo e não aplicar a guarda compartilhada, tendo em vista que, com o clima de combate e acusações mútuas entre os genitores não tem cabimento e nem efetividade aplicar esta modalidade, pois esta só se torna viável a partir do momento que há uma boa relação entre os genitores, o que acontece nesse caso.

Em decisão inédita proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na data de 23 de março de 2011 na Sétima Câmara Cível tendo como relator o Desembargador André Luiz Planella Villarinho, foi julgado o recurso de apelação e parcialmente provido, o qual a avó da menor requer a guarda compartilhada entra ela e os genitores.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. DEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE A AVÓ MATERNA E OS GENITORES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. EXERCENDO A AVÓ MATERNA E OS GENITORES DA CRIANÇA, DE FATO A GUARDA COMPARTILHADA DA MENOR, EM RAZÃO DA SITUAÇÃO PECULIAR DOS GENITORES QUE VIAJAM CONSTANTEMENTE A TRABALHO, PERÍODOS EM QUE A MENOR, QUE POSSUI PROBLEMAS CARDÍACOS PERMANECE SOB OS CUIDADOS DA AVÓ, AUTORA DO PEDIDO EM EXAME, A GUARDA COMPARTILHADA CONSISTE, NO CASO, NA MEDIDA MAIS ADEQUADA PARA PROTEGER OS INTERESSES DA MENOR, MORMENTE HAVENDO CONCORDÂNCIA DOS PAIS AO PEDIDO. PRECEDENTES. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJRS - Apelação Cível Nº 70038192860 - Sétima Câmara Cível, Porto Alegre - Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 23 de março de 2011).

Trata-se do recurso interposto pela avó materna, contra decisão do juízo de primeiro grau que julgou improcedente o pedido da guarda compartilhada para ser exercido entre a avó e os genitores. O pedido de guarda foi requerido pela avó com a concordância dos pais, tendo em vista que, a avó já possui a guarda de fato, devido ao fato dos genitores em alguns períodos estarem impossibilitados de exercer a guarda.

Embora os pais cumpram seus deveres parentais, a avó também exerce a guarda compartilhada de fato, pois devido as profissões dos genitores, sendo estas de músico e modelo, quando estes estão ausentes, a menor fica sob responsabilidade da avó.

A situação é peculiar, pois a menor possui problemas cardíacos, e normalmente a avó precisa leva-la ao hospital. Assim, em razão dos problemas de saúde, é preciso que a avó esteja autorizada a providenciar os atendimentos médicos indispensáveis a neta, ou seja, o que só lhe será permitido, se esta possuir a guarda.

Deste modo, decidiu o TJRS, por prover parcialmente o recurso e, conceder a guarda compartilhada da prole aos genitores e sua avó materna, sendo esta à medida que mais protege os interesses da menor, tendo em vista que, os genitores concordaram expressamente com o pedido e possuem relação sem nenhum desafeto, os quais já exercem esta modalidade.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida em 27 de janeiro de 2011 na Oitava Câmara Cível, sendo relator o Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, o recurso de apelação foi negado provimento, recurso este interposto pelo pai dos menores, requerendo a modificação da guarda, da unilateral para a compartilhada.

Ementa: FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DE GUARDA. FILHOS MENORES SOB OS CUIDADOS DA MÃE. DISPUTA ENTRE OS GENITORES. ALEGAÇÃO DE MAUS TRATOS. SITUAÇÃO DE RISCO NÃO COMPROVADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES E O DOMICÍLIO EM CIDADES DISTANTES SÃO FATORES QUE INVIABILIZAM A GUARDA COMPARTILHADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS - Apelação Cível Nº 70039372883 - Oitava Câmara Cível, de Santana do Livramento - Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 27 de janeiro de 2011).

Trata-se de recurso interposto pelo pai, contra sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação de alteração de guarda, a qual é exercida unilateralmente pela mãe, e o genitor gostaria que esta fosse exercida compartilhada.

Decidiu assim, o TJRS negar provimento ao recurso, tendo em vista que, a relação dos genitores não é de forma harmoniosa, e, além disso, estes residem em municípios distintos

(Caxias do Sul e Santana do Livramento), o que restou decidido ser inviável a aplicação da guarda compartilhada.

5.3 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na data de 18 de maio de 2011, proferida na 12ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Clayton Camargo, negou provimento ao recurso em que o genitor requer que seja aplicada a guarda compartilhada.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A CONVIVÊNCIA - PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO GUARDA FÁTICA EXERCIDA PELA MÃE PLEITO RECURSAL DE GUARDA COMPARTILHADA IMPOSSIBILIDADE EXISTÊNCIA DE ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR - ALIMENTOS AO FILHO MENOR FIXADOS EM 30% DOS RENDIMENTOS DO RÉU AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES DA ALEGADA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO - DECISÃO CORRETA - RECURSO DESPROVIDO (TJPR-Apelação Cível n. 18117 – 12ª Câmara Cível, de Santa Helena. Relator: Des. Clayton Camargo. Julgado em 18 de maio de 2011).

Interposto o recurso de apelação contra a decisão do juízo de primeiro grau que julgou improcedente o pedido para mudança do modelo de guarda, passando ao pleno exercício da guarda compartilhada, ao invés, da guarda unilateral que está sob a responsabilidade da mãe.

Em decisão do TJPR, foi negado provimento ao recurso, motivado pela relação não harmoniosa entre os genitores, onde não haja harmonia entre estes, não há a possibilidade de ser exercida a modalidade da guarda compartilhada. E como a mãe possui plenas condições de exercer a guarda unilateral, continuará sendo exercida.

Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na data de 9 de fevereiro de 2011, proferida na 12ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador José Cichocki Neto, concedeu em parte o provimento do recurso de apelação, o qual o genitor requer que seja concedida e aplicada o instituto da guarda compartilhada.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL SEPARAÇÃO LITIGIOSA GUARDA COMPARTILHADA IMPOSSIBILIDADE SITUAÇÃO DOS SEPARANDOS NÃO COMPATÍVEL COM A MEDIDA MANUTENÇÃO DA GUARDA COM A GENITORA DIREITO DE VISITAÇÃO BEM ESTABELECIDO ACRÉSCIMO DE FIXAÇÃO SOBRE A PERMANÊNCIA DA INFANTE COM OS PAIS NAS RESPECTIVAS DATAS NATALÍCIAS E FERIADOS - PENSÃO CORRETAMENTE FIXADA, EM VALOR RAZOÁVEL E COMPATÍVEL COM AS NECESSIDADES DO MENOR E POSSIBILIDADE DO GENITOR INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MODIFICAÇÃO NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PAI MATÉRIA QUE PODERÁ SER AVENTADA EM AÇÃO PRÓPRIA DESVINCULAÇÃO DO VALOR MENSAL DO SALÁRIO MÍNIMO VALOR FIXO, A SER CORRIGIDO ANUALMENTE PELO ÍNDICE DO INPC/IBGE RECURSO PROVIDO EM PARTE (TJPR – Apelação Cível n. 17247 – 12ª Câmara Cível, de Foz do Iguaçu. Relator: Des. José Cichocki Neto. Julgado em 9 de fevereiro de 2011).

O referido recurso foi interposto pelo pai para modificar a sentença de primeiro grau, que concedeu a guarda para unilateral para a mãe. Inconformado com a presente decisão requereu que seja aplicada a guarda compartilhada, pois acredita que é a modalidade adequada para exercício entre os genitores para com a menor.

Diante do exposto, decidiu o TJPR, por provar em parte o recurso, porém, na parte sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada foi negado provimento, prevalecendo à guarda unilateral concedida à mãe. Conforme evidenciado no recurso, o genitor não evidenciou quais são os motivos que possam ser utilizados para tal mudança de guarda, pois é preciso ficar evidenciado as melhorias e condições deste tipo, sempre prevalecendo os interesses do menor.

Na decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, na data de 1º de dezembro de 2010, 12ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Clayton Camargo, proveu parcialmente o agravo de instrumento interposto pelo genitor, que requer dentre outros pedidos que seja concedida a guarda compartilhada.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE SEPARAÇÃO DE CORPOS INSURGÊNCIA RECURSAL RELATIVA À MOTIVAÇÃO DA CONCESSÃO LIMINAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS DO CASAL IRRELEVÂNCIA INOPORTUNIDADE E INUTILIDADE DA AFERIÇÃO DA CULPA QUESTÕES RELEVANTES, COMO A GUARDA, OS ALIMENTOS E A PARTILHA DE BENS, QUE NÃO SÃO AFETADAS PELO MOTIVO DA SEPARAÇÃO FÁTICA DO CASAL DEMONSTRAÇÃO DE QUEBRA DO AFETO ENTRE OS CÔNJUGES GUARDA COMPARTILHADA IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM SER A MELHOR OPÇÃO PARA O MENOR FIXAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS DO GENITOR MANUTENÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA NESTE INSTRUMENTO PRETENSÃO DE REFORMA DA DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO À COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS IMPOSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CÔNJUGE VARÃO DECISÃO REFORMADA EM PARTE RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJPR – Agravo de Instrumento n. 16755 – 12ª Câmara Cível, de Curitiba. Relator: Des. Clayton Camargo. Julgado em 1 de dezembro de 2010).

O agravante recorreu da decisão que concedeu liminarmente a guarda unilateral para a mãe. Aduziu o genitor, que a forma mais adequada de ser exercida a guarda do menor, é com a guarda compartilhada, onde ambos os pais terão responsabilidade sobre o filho, tendo em vista que os dois possuem condições de exercer esta.

Decidiu o TJPR, não conceder a guarda compartilhada sob alegação de que não deverá ser a melhor forma para criação do menor, tendo em vista a quebra de afeto entre os genitores, o que neste caso, sempre deve prevalecer.

Para melhor compreensão, a presente pesquisa teve seus resultados explanados em gráficos, conforme seguem as amostras:

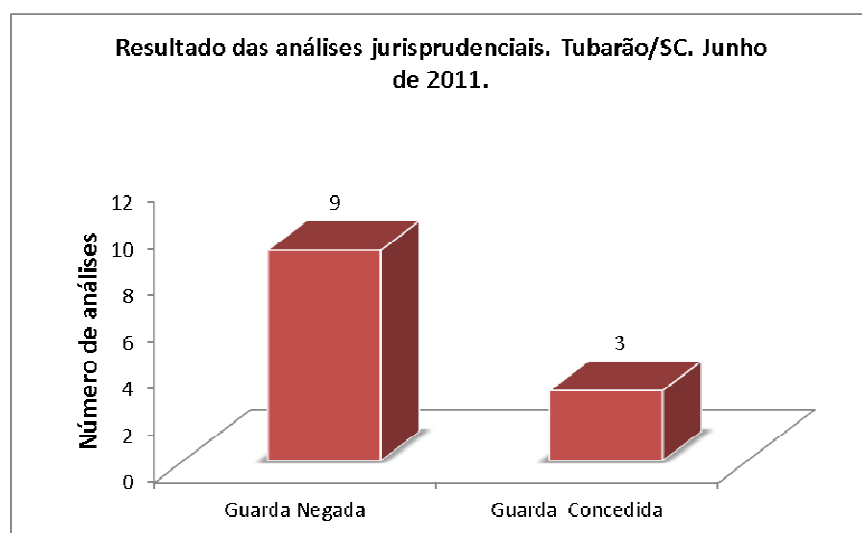


Gráfico 1 - Análise Jurisprudencial.

Fonte – A autora, 2011.

No gráfico 1, verifica-se o resultado das análises jurisprudenciais dos estados pesquisados, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná. Conforme pode ser observado, dentre os doze julgados ora citados, nove destes obtiveram o negamento para aplicabilidade da guarda compartilhada, sendo que somente em três destas decisões foram concedidas a aplicação desta.

Assim, nota-se que a presente modalidade de guarda vem sendo pouco aplicada, no que concerne aos estados pesquisados, embora seja um modelo que visa sempre os interesses dos menores, ainda não está sendo aplicado de forma intensa.

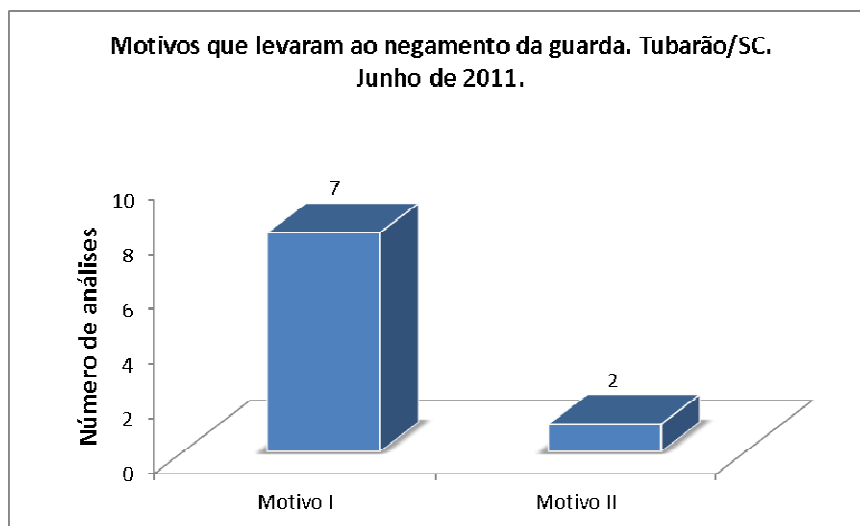


Gráfico 2 – Causas do negamento
Fonte – A autora, 2011.

No gráfico 2, verifica-se quais foram os motivos que levaram as decisões nos Tribunais de Justiça. O motivo I o qual teve sete decisões refere-se à relação dos genitores após a ruptura do vínculo conjugal, tendo em vista, esta relação não ser harmoniosa, sendo assim, quando os pais não conseguem distinguir os interesses particulares e responsabilidade familiar que possuem sobre seus filhos.

Já o motivo II que possui 2 decisões se refere aos pais quando residem em locais distantes, ou seja, para possível aplicabilidade da guarda compartilhada, devem os pais possuírem uma relação boa mesmo após a ruptura, como também, residir em locais próximos, pois o que deve prevalecer são os interesses do menor, bem como, este precisa da presença diária e do convívio dos pais. Assim, quando há a residência e moradia destes em locais distantes, não é possível a efetiva aplicação deste modelo de guarda.

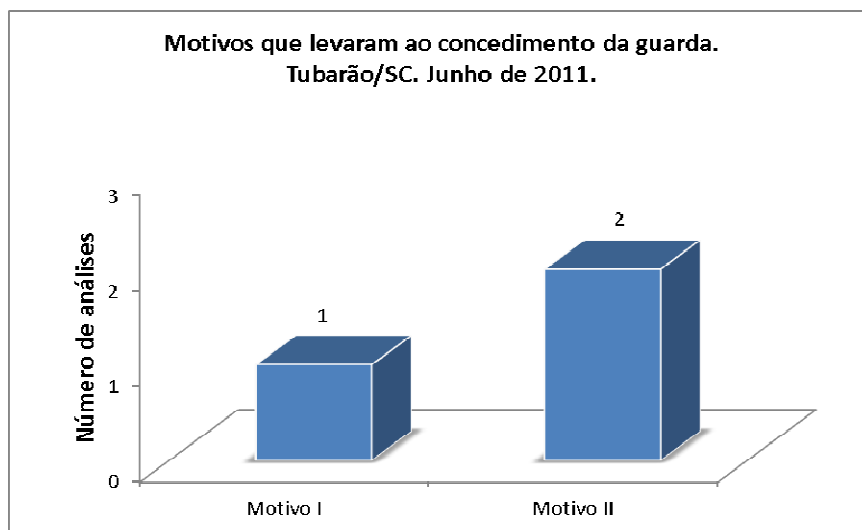


Gráfico 2 - Causas do concedimento.

Fonte – A autora, 2011.

E no gráfico 3, verifica-se os motivos do concedimento da guarda compartilhada. No motivo I, o qual obteve somente uma decisão, tem-se quando os pais possuem boa relação, e a guarda compartilhada pode ser aplicada. Nota-se que dificilmente os genitores possuem uma relação harmoniosa ou até mesmo uma boa relação, após o término do vínculo conjugal.

O motivo II, o qual teve duas decisões, é quando torna-se possível a prevalência dos interesses dos menores, no momento em que resta comprovado a responsabilidade dos pais e guardião não há motivos para que a guarda compartilhada não seja concedida e assim aplicada.

Através das decisões ora analisadas, é possível notar como o instituto da guarda compartilhada não é muito aplicado na prática, embora seja um modelo que está inserido no ordenamento jurídico através da Lei 11.698/2008, este ainda não está tendo aplicação diariamente. Torna-se muito difícil verificar decisões que concedam este modelo de guarda, tornando-se assim, o modelo não muito utilizado.

Entre os motivos pelos quais este tipo não é aplicado, o mais comum, é a convivência entre os genitores, após o rompimento do vínculo conjugal torna-se rara as exceções em que haja uma boa convivência e harmonia entre os progenitores, até mesmo o diálogo, acabou tornando algo difícil de acontecer.

Assim, a guarda compartilhada acaba não sendo concedida, pois se sabe que o primordial nesta modalidade é a boa convivência entre os pais e os filhos, um lar que possua harmonia, caso não existe essas prioridades, é inviável a aplicação desta, tendo em vista que, fica impossível a prevalência dos interesses do menor, que envolvem uma boa convivência com aqueles que lhe terão sua guarda.

Para que seja aplicada a guarda compartilhada, é preciso que os pais não estejam num relacionamento de brigas, mágoa, ou desavenças, deve-se tornar principal os direitos e desejos dos menores, o que acaba prevalecendo sobre os genitores. Deve se pensar no melhor e mais benéfico às crianças, as quais precisam de pessoas que as protejam, cuidem, e estabeleçam o vínculo afetivo.

Outro motivo analisado e relevante é o fato dos pais conviverem em municípios ou até mesmo em estados diferentes, motivo pelo qual, grande parte dos julgadores acredita sem um motivo para que não seja concedida a guarda compartilhada.

Nota-se com as decisões analisadas, que não havendo harmonia entre os genitores os tribunais são pacíficos em seus julgados, negam o modelo de guarda compartilhada nesses casos, tendo assim, a aplicabilidade da guarda unilateral na maioria das vezes.

Conforme já citado, são duas as principais situações em que são necessárias para a aplicação e eficácia da guarda compartilhada, quais sejam: os pais devem demonstrar condições psicológicas, como também, não possuir litígios, para que assim possa ter diálogo entre estes; e, as residências dos genitores devem estar próximas, para que não aja prejuízo ao menor no transporte à escola, bem como, não prejudique a convivência social.

A partir do momento que os menores estão felizes, os pais sentem também este sentimento, afinal, o que estes querem é a felicidade dos filhos, os quais precisam colaborar e exercer os seus devidos deveres para que isso possa ocorrer. Como exemplo, temos a decisão do TJRS, o qual decidiu conceder a guarda compartilhada a avó materna, como aos genitores, assim comprova-se que o guardião do menor não se limita somente aos genitores.

A guarda compartilhada teoricamente é o modelo ideal para quando os pais acabam o vínculo conjugal, neste caso quando não houver litígios. A partir do momento que estes disputam a guarda, percebe-se que a intenção foge do ter ou não ter a guarda do menor, mas sim vencer o outro genitor para possuir a guarda.

Verifica-se então, que são pouquíssimos os casos com a aplicação desta modalidade, a qual os pais dividem as responsabilidades no que se referem ao menor, o

vínculo conjugal apesar de acabar, a convivência familiar continua, não interferindo assim, no crescimento da prole.

6 CONCLUSÃO

Ao desenvolver este trabalho, primeiramente foi necessário abordar o tema família, tendo em vista que as últimas décadas foram marcadas por avanços profundos por toda a sociedade, principalmente no direito de família. Verifica-se que as mudanças ocorridas nas relações familiares foram radicais e permeadas por influência da igreja, na qual predominava o pátrio poder.

Com a existência do pátrio poder, nota-se o início da aplicação da guarda única, pois a guarda era conferida ao pai, a qual posteriormente passou a mãe, e atualmente com aquele que revelar melhores condições de ter a guarda para si. Assim, o que antes era chamado de pátrio poder, hoje passou a ser chamado de poder familiar, ou seja, o conjunto de direitos e deveres atribuídos a ambos os pais em relação aos filhos.

A partir do momento que acontece o casamento ou inicia-se uma união estável, existe a chance de ser dissolvido o vínculo conjugal, e logo, se houver filhos menores nessa relação é preciso observar e analisar a respeito da guarda. No momento da escolha da guarda é necessária a análise de vários fatores e princípios, mas sempre devem prevalecer os interesses do menor.

Anterior à dissolução da relação dos genitores, o instituto da guarda não é um assunto de interesse destes, porém, quando ocorre a separação, passa a ser um tema de extrema importância para os pais, como também para os filhos. Ao escolher o modelo de guarda, devem-se analisar todas as questões que referem e envolvam a entidade familiar, para que não se torne apenas um motivo de disputa e distanciamento.

No que se refere às modalidades de guarda, estudou-se a existência de diversas espécies, dentre as quais: a guarda comum, guarda alternada, aninhamento ou nidação, derivada, de fato, provisória, definitiva, a guarda por terceiros, para fins previdenciários, guarda jurídica e material, e por fim, a guarda compartilhada.

Em que pese existir diversas modalidades de guarda, o presente trabalho refere-se ao modelo de guarda compartilhada, a qual foi instituída pela Lei 11.698/2008 sancionada no dia 13 de junho de 2008 que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil e normatizou este modelo no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste modelo de guarda, ambos os pais possuem responsabilidade sobre os filhos, diferente da guarda unilateral, que somente um pai possui responsabilidade e o outro o direito de visitas. Deste modo, é possível que os menores não percam a figura presente dos genitores, pois terão direito de conviver no dia-a-dia com os pais mesmo após a separação.

Verifica-se que este modelo possui suas vantagens, possibilitando aos pais uma participação conjunta, igualitária e permanente no que tange ao convívio dos menores, protegendo assim, os filhos de sofrimentos maiores com o término da relação dos genitores. Porém, sabe-se que existem também as desvantagens, quando, por exemplo, os pais não possuírem uma relação harmoniosa, o que neste caso só restará prejuízos ao menor, não devendo assim, ser aplicada tal modalidade.

Com o presente estudo, observa-se que a guarda compartilhada deve ser aplicada somente nos casos que não houver litígio entre os genitores, ou seja, quando a separação for de forma amigável, caso contrário, poderá prejudicar a relação do menor, pois para aplicação deste modelo devem os pais mesmo que separados continuarem com uma relação de afeto ou no mínimo possuírem uma relação harmoniosa.

Desta maneira, em análise às jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná, verificou-se a aplicabilidade da guarda compartilhada nas decisões dos citados tribunais. Através das recentes decisões, percebe-se que a guarda compartilhada embora já esteja instituída no ordenamento jurídico, possui pouca aplicação, conforme se observou no presente estudo.

Diante das decisões foi possível verificar quais são os principais motivos que levaram a não aplicação desta modalidade nos processos analisados, quais sejam: a relação não harmoniosa entre os pais e a distância entre os lares familiares destes. Assim, entenderam os julgadores que não seria benéfico aos menores, tendo em vista, que o principal motivo da escolha da guarda é o da prevalência dos interesses dos menores.

Além disso, através dos casos ora analisados, foi possível perceber o quanto é difícil após a separação os pais continuarem a relação de forma amigável, o que atualmente impossibilita a aplicação desta modalidade. Assim, pode-se concluir que os genitores ainda não conseguiram distinguir a relação afetiva pessoal da relação pais e filhos, pois no momento da escolha da guarda deve-se sempre verificar quais os interesses do menor.

Por fim, conclui-se que o modelo de guarda compartilhada ainda é pouco aplicado nas decisões dos Tribunais dos estados do Sul do país, e que esta inaplicabilidade é gerada

pelo fato de não ocorrer à prevalência dos interesses do menor, salvo algumas exceções, os pais ainda estão ligados nos motivos da separação e nos motivos quais não foi possível manter a relação conjugal, e acabam não lembrando que os menores não possuem nenhuma culpa nesta relação.

Ressalva-se que, não podemos entender este entendimento como regra, pois é preciso ser observado caso por caso, não podendo assim, utilizar das decisões de forma analógica, pois é preciso conhecer e analisar o caso para que assim possa ser aplicada a melhor modalidade de guarda para cada menor.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução**. São Paulo: J.de Oliveira, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 abr. 2011.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 20 mar. 2011

_____. **Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos**. In: COLTRO, Mathias; DELGADO, Mário. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 130-139.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. *Ciência e Pesquisa*. 2. ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 6.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 38 ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 16755**. Relator: Des. Clayton Camargo. Curitiba, 1 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/VisualizaAcordao.asp?Processo=690576800&Fase=&Cod=1290674&Linha=22&Texto=Acórdão>>. Acesso em: 23 maio de 2011.

_____. **Apelação Cível n. 17247**. Relator: Des. José Cichocki Neto. Foz do Iguaçu, 9 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/VisualizaAcordao.asp?Processo=700887100&Fase=&Cod=1307954&Linha=20&Texto=Acórdão>>. Acesso em: 23 maio de 2011.

_____. **Apelação Cível n. 18117**. Relator: Des. Clayton Camargo. Santa Helena, 18 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/VisualizaAcordao.asp?Processo=765183600&Fase=&Cod=1410558&Linha=18&Texto=Acórdão>>. Acesso em: 23 maio de 2011.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Filhos de Criação: uma abordagem paradigmática**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32201/1>>. Disponível em: 10 abr. 2011

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 7004493330**. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Horizontina, 31 de março de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70040493330&code=7896&orgao=TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 8. CAMARA CIVEL>. Acesso em: 22 maio de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70038192860**. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 23 de março de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=

700&num_processo=70038192860&code=8011&orgao=TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 7. CAMARA CIVEL>. Acesso em: 22 maio de 2011.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70039372883**. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Santana do Livramento, 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70039372883&code=8011&orgao=TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 8. CAMARA CIVEL>. Acesso em: 22 maio de 2011.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70040638827**. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 11 de maio de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70040638827&code=7896&orgao=TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 8. CAMARA CIVEL>. Acesso em: 22 maio de 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2010.044328-7**. Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Criciúma, 12 de maio de 2011. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000GPBJ0000>>. Acesso em: 20 maio de 2011.

_____. _____. **Agravo de Instrumento n. 2010.081750-9**. Relator: Des. Nelson Schaefer Martins. Capital, 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20100817509>>. Acesso em: 20 maio de 2011.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2009.015522-3**. Relator: Des. Victor Ferreira. Biguaçu, 4 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000DQQ10000>>. Acesso em: 20 maio de 2011.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2009.052466-2**. Relator: Des. João Figueira Júnior. Chapecó, 18 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000EU3L0000>>. Acesso em: 20 maio de 2011.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2011.011405-9**. Relator: Des. Luiz Fernando Boller. Criciúma, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000I6IK0000>>. Acesso em: 20 maio de 2011.

SECRETAS, Marlise B.. A guarda compartilhada no âmbito do litígio. In: COLTRO, Mathias; DELGADO, Mário. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

_____, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em:<
<http://www.unicef.org.br/?gclid=CKyj5sr0o6kCFZAs7AodDSeOuw>>. Acesso em 10 maio 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.

ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 110.

ANEXOS

ANEXO A – LEI Nº 11.698/2008**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