

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

KARLA VANNESSA PINHEIRO DE FIGUEIREDO

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO INFANTE

**Aracaju
2013**

KARLA VANNESSA PINHEIRO DE FIGUEIREDO

A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO INFANTE

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. José Carlos Santos

**Aracaju
2013**

KARLA VANNESSA PINHEIRO DE FIGUEIREDO
A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO INFANTE

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe
- FANESE, para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Profª Me. Antonina Gallotti Lima Leão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus queridos pais, amado filho e irmãos maravilhosos pela paciência, carinho e pelo incentivo demonstrado durante todos os anos do Curso de Direito, uma parte desse sucesso cabe a vocês.

AGRADECIMENTOS

Para conclusão desta monografia agradeço a várias pessoas muito importantes e fundamentais neste trabalho e em minha vida:

Ao nosso Grande **Deus**, onipotente, onipresente, Senhor de todos e criador do céu e da terra, nos mostrando sempre a ultrapassar os nossos limites, com fé, sabedoria e esperança em dias melhores.

Ao meu querido **Pai** e a minha amada **Mãe**, pelos sacrifícios feitos para a minha educação, tornando-me digna, capaz, educação e experiências que procuro transmitir ao meu amado filho.

Ao meu amado filho **Enzo**, que muitas vezes o deixei chorando para que eu pudesse ir às aulas, sem saber você o quanto também me doía deixá-lo naqueles momentos, você tem um amor incondicional que me dá força para persistir. Teve muita paciência com a minha ausência, ficando triste nas minhas ausências, pois precisava ir às aulas, meu amor, a mamãe agradece a sua compreensão e dedico este meu trabalho a você, pois mesmo pequenino aprendeu a real importância dos estudos.

Às minhas irmãs, **Nadja e Silvana**, que quando precisei me ausentar de casa por motivos de estudo, pude contar com elas em tomar conta de Enzo, meu muitíssimo obrigada.

Às minhas irmãs, **Ângela e Tereza Cristina**, que sempre me auxiliaram nos estudos desde criança, emocional e financeiramente, muito obrigada.

Ao meu irmão, **Osvaldo Figueiredo**, que mesmo estando tão longe sempre me apoiou nos estudos, mostrando-me o quanto é precioso gostarmos do que fazemos, esta monografia é sua também, meu irmão.

Aos irmãos **Wilson Figueiredo, Sônia Cristina, Rosana e Kátia**, por existirem na minha vida e que de todos os jeitos me ajudaram também.

A minha querida amiga **Lija Maria Costa**, a segunda mãe de **Enzo**, sem ela não poderia ter tido tempo para as minhas aulas, minhas saídas para os cursos, preenchendo a lacuna do carinho por Enzo, ajudando-o a compreender que precisava estudar para ampliar o nosso horizonte.

Aos meus queridos amigos **José Terto e Wilson Rosado**, por terem facilitado as minhas fugidas do trabalho para as audiências, cursos, idas ao escritório de prática, sem vocês, não teria conseguido terminar em tempo hábil.

A minha amiga-irmã, **Claudia Oliveira**, que nestes anos tem me ajudado, dando apoio nos momentos mais difíceis, ajudando-me a estudar, com clareza de explicações e paciência, obrigada por aparecer na minha vida.

À minha amiga **Jesina Ribeiro** que ficamos mais unidas a cada dia de curso no Marcato (aulas maravilhosas, porém cansativas) e na faculdade, uma dando força à outra sempre para não desistirmos.

Aos meus conceituados colegas de sala, nunca esquecerei os primeiros períodos e os últimos também, companheiros de luta: **Genivaldo (Geni)**, **Karen**, **Adriana**, **Jaime**, **Abiner**, **Dione**, **Maylane**, **Radamés (Rada)**, **Bárbara**, **Bristow**, **Paulo (Paulinho)**, **Patrícia**, **Lucineide**, **Ana Luisa Morgado**, pelo apoio, pelo respeito, as nossas brincadeiras em sala, aturando minhas gaiatices.

Aos queridos mestres que neste compromisso me engrandeceram os conhecimentos, assim como pela consideração e distinção. Em especial os professores: **Gilberto**, que me mostrou a sociologia de maneira diferente, **Wlademir** e a sua Filosofia Jurídica, que me fez gostar da Filosofia, **Marcela Pithon**, **Pedro Durão**, **Eduardo Oliva**, **Augusto César**, **Alexandre Manoel**, **Vitor Condorelli**, **Mateus Meira e Mateus Brito**, **Sandro Costa**, **Ronaldo**, **André Paixão**, **Evanio Moura**, **Mirella Brandini**, **Anna Paula**, **Antonina Galotti**.

A Professora Doutora **Hortência** pela atenção e estímulo, pela paciência, carinho e ensinamentos de alto nível, a senhora é maravilhosa.

Ao meu orientador, **Jose Carlos Santos** que me deu a oportunidade de conhecer melhor o Direito Civil juntamente com o Direito de Família, área belíssima dos ensinamentos jurídicos.

Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar.

Maria Berenice Dias

RESUMO

A presente monografia faz um estudo específico e minucioso da prática e usualidade da guarda compartilhada e tem o objetivo de analisar a sua forma jurídica, visando identificar melhor o interesse da criança e do adolescente, baseado na nova redação do art. 1.583 e 1584 do Código Civil Brasileiro. Definir a guarda compartilhada, revisando historicamente os modelos de guarda, caracterizando a forma de guarda e suas consequências, tanto para os genitores quanto para os infantes. Buscando demonstrar o entendimento da guarda compartilhada de acordo com a Lei 11.698/08. A busca de esclarecimentos acerca da aplicação da guarda compartilhada de modo que as crianças e adolescentes não sintam tanto a separação dos pais. Enquanto estudantes e operadores do direito a abordagem do tema nos é imposta pela grande oportunidade de estudarmos e tentarmos compreender a importância da Lei 11.698/08 – A guarda compartilhada. Mostrar à comunidade acadêmica os tipos de guarda que deixaram de existir com nova lei, quando se dá a separação de um casal, suas brigas, quando se perde a guarda para familiares próximos, como funciona a guarda compartilhada. Visualizamos a ótica do infante e do adolescente, o que será melhor para eles, na sua vida educacional e no seu dia a dia. Ficar com o pai, a mãe, com ambos, com os avós, o que for melhor para a criança e o adolescente, respeitando sempre o Princípio do melhor interesse da criança. A personagem do magistrado que dependendo do caso terá que escolher a guarda compartilhada, utilizando - se de sua sapiência e conhecimentos necessários e inerentes ao cargo. Para o tema proposto serão utilizados de métodos dedutivos e de pesquisas bibliográficas, e do método histórico para o esclarecimento dos conceitos e dos temas abordados. Utilizar-se-á de fonte primária a Lei 11.698/08 e como fonte secundária livros, artigos, súmulas.

PALAVRAS-CHAVE: melhor interesse da criança. guarda compartilhada. casamentos desfeitos.

ABSTRACT

This monograph is a study specific and detailed practice and uses customarily of custody and aims to examine the legal form in order to identify the best interests of the child and adolescent, based on the new wording of art. 1583 and 1584 of the Civil Code. Set custody, reviewing the models historically guard, characterizing the form of guards and their consequences, both for parents and for infants. Seeking to demonstrate understanding of custody in accordance with the Law 11.698/08. The search for information about the application of custody so that children and adolescents do not feel much separation from parents. While students and law professionals to approach the subject is forced upon us by the great opportunity to study and try to understand the importance of Law 11.698/08 - The custody. Show the academic community types of custody that ceased to exist with the new law, when it gives the separation of a couple, their quarrels, when you lose your guard for close family members, how the custody. Visualize the perspective of infant and adolescent, what will be best for them in their educational life and their daily lives. Stay with the father, the mother, both, with grandparents, what is best for children and adolescents, while respecting the principle of the best interests of the child. The character of the magistrate that the case may have to choose shared custody, using his wisdom and knowledge necessary and inherent to the position. Use will be the primary source Law 11-698/08 and as a secondary source books, articles, overviews.

KEYWORDS: best interests of the child. custody. broken marriages.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O PODER FAMILIAR.....	16
2.1 Análise Conceitual.....	16
2.2 Antecedentes Históricos.....	16
2.3 Direitos e Deveres dos Pais em relação aos Infantes.....	17
3 GUARDA E PROTEÇÃO.....	20
3.1 Evolução da Guarda na Legislação Brasileira.....	21
3.2 Critérios de Determinação da Guarda.....	22
3.2.1 O interesse do menor.....	22
3.2.2 Sexo e idade, juntos ou separados.....	23
3.2.3 A opinião dos infantes e a condição comportamental dos pais.....	24
4. A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI 11.698/2008.....	25
4.1 O Direito Comparado.....	30
5 VANTAGENS E DESVANTAGENS.....	32
6 CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40
ANEXO A – Ementa de Recurso Especial 1147138 – SP (2009/0125640-2) – Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior.....	42
ANEXO B – Ementa de Recurso Especial n.º 1.251.000/MG – Relatora Ministra Nancy Andrighi.....	44
ANEXO C – APELAÇÃO CÍVEL 70.049.642.614 – TJRS.....	46
ANEXO D – APELAÇÃO CÍVEL N.º 1749/2013 – TJSE.....	48

ANEXO E – APELAÇÃO CÍVEL 8314/2012 – TJSE.....	50
ANEXO F - SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.635 - DF (2010/0140983-2).....	51

1 INTRODUÇÃO

A Lei da guarda compartilhada como é utilizada em outros países, dentre eles, Estados Unidos, Portugal, França, Alemanha e Holanda, funciona a contento. Trata-se de “compartilhar responsabilidades entre o pai e a mãe, e não imputá-la apenas a uma pessoa, haja vista que a criança e o adolescente necessitam tanto da presença materna quanto paterna” (CASSETTARI, 2009, p.98). São tipos de guarda quanto ao modelo de exercício: Guarda Comum, conjunta ou distinta, Guarda única, exclusiva, monoparental ou unilateral; Guarda Compartilhada ou compartida e Guarda Alternada. Fazendo-se um quadro comparativo entre a antiga e a nova redação do artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro, percebe-se que existe uma diferença entre Guarda Unilateral e a Guarda Compartilhada, mostrando que o modelo de guarda unilateral está superado, em virtude da existência de separação e divórcio, com a presença de conflitos, ficando o menor entregue ao pai, à mãe ou a um terceiro.

Já para a forma de guarda alternada, como o próprio termo especifica, a guarda se alterna, ora o pai, ora a mãe, eles se alternam nas responsabilidades com os infantes, os dois são responsáveis sucessivamente. Entretanto, a necessidade das crianças e adolescentes de terem um local fixo de moradia e a presença do pai, impede que a criança ou o adolescente tenha um referencial que lhe sirva de conduta e de caráter. Não sendo, em alguns casos, o melhor modelo a ser seguido. Porém, ressalta-se que em determinadas ocasiões, quando não existe acordo entre os pais, a guarda compartilhada poderá ser usada, sempre que possível, como previsto no artigo 1.584, § 20 (CASSETTARI, 2009, p.101).

GAMA (2009, p.178), destaca que na Guarda Compartilhada prevalece

o interesse da criança e do adolescente se relaciona à dimensão afetivo-antropológica do cuidado, atuando simultaneamente como atitude de preocupação e inquietação da criança e do adolescente (forma de preocupação), mas também como atitude de desvelo, solicitude, afeição e amor (forma de enternecimento e afeto pela criança).

Então, significa dizer que em matéria de atribuição da guarda jurídica, prevalece o Princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 17:

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação

da imagem, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Igualmente, a Constituição Federal vigente, no art.227, destaca que:

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 (BRASIL, 1988, p.150).

Nos dias atuais, vivem-se mudanças no direito de Família, com casais que se separam aos milhares, criando, assim, problemas para os filhos, que no meio de disputas entre eles, ficam sem saber como será o futuro. O Pátrio Poder deixou de existir, passando-se a ter agora o Poder Familiar, em que as mulheres que antigamente eram donas de casas, esposas submissas e os maridos os provedores das mesmas, passaram a exercer papel importante na sociedade, mudando a imagem da mulher e da família brasileira.

GRISSARD FILHO (2009, p.193) apregoa que,

o exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar suas atitudes pessoais a favor do bem estar dos filhos, afirmando a co-parentalidade e o direito de serem criados e educados por ambos os pais em condições de plena igualdade e com eles manter relações e estreito contato direto. Para os filhos, a estabilidade mais importante é a emocional, na medida em que percebem que ambos os pais continuam por eles responsáveis.

Diante dessa realidade, pais que só viam os filhos em fins de semana, pagavam contas e não davam opinião a respeito da educação dos mesmos, com a nova redação do art. 1.583 e art. 1584 do Código Civil, passaram a participar mais ativamente do dia a dia destes filhos. Dentre as formas jurídicas de guarda, qual delas responderá melhor aos interesses da criança e do adolescente, salientando a importância de estudar a aplicação concreta da lei, visando o atendimento do acordo celebrado entre pais na atribuição da guarda.

O presente estudo evidenciará os princípios norteadores e pressupostos legais e jurisprudenciais que versam sobre o melhor tipo de guarda, a Lei 11.698/2008 e as mudanças nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil brasileiro.

A guarda compartilhada será analisada, visando identificar o melhor interesse da criança e do adolescente, com base na nova redação do art. 1.583 do Código Civil Brasileiro, tendo como objetivo específico a sua definição, revisando historicamente seus modelos, caracterizando suas formas e suas consequências, tanto para os genitores quanto para os infantes.

A presente pesquisa visa demonstrar o entendimento da guarda compartilhada de acordo com a Lei 11.698/08, esclarecendo a sua aplicação de modo que as crianças não sintam tanto a separação dos pais, para tanto utilizar-se-á do método discursivo dedutivo.

As questões norteadoras presentes neste trabalho circulam em quem será o melhor guardião na guarda compartilhada, o pai ou a mãe. Como se configura este tipo de guarda no Brasil. Como a aplicação da Lei poderá ajudar às crianças que são os frutos das separações. Qual a postura da Psicologia acerca do assunto.

O capítulo introdutório mostra um apanhado geral do que seria a guarda compartilhada no Brasil e em outros países. O porque dos pais estarem disputando seus filhos, em divórcios consensuais e litigiosos.

O segundo capítulo versa sobre o Poder familiar, o antigo pátrio poder que levavam os pais a subjugá-los e as mães nada poderiam fazer a respeito, faz-se a evolução histórica do dispositivo, iniciando da Roma antiga aos nossos dias. O direito Canônico em que os pais tinham obrigação zelosa por seus filhos e que lhes eram impostos o dever de educá-los. O Código Civil de 1916 estipulava que os pais tinham total titularidade sobre seus filhos e que as mães eram meras coadjuvantes em suas criações. A Constituição Federal de 1988, implanta a nova concepção de poder familiar e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, surge para consolidar definitivamente a nova concepção de poder familiar, as mães passam a ter tantos poderes quanto os pais, em iguais condições, ganhando também o status de orientadora e educadora dos filhos.

Os direitos e deveres dos pais como educadores e mantenedores de seus filhos, dando-lhes carinho, afeto, possibilidade de serem pessoas dignas, educando-os, corrigindo-os quando se fizer necessário, isso tudo em comum acordo e unidos em prol dos infantes.

O capítulo terceiro discute a Guarda e a Proteção, o seu significado como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil Brasileiro, nos seus artigos. O interesse dos menores deverá sempre ser priorizado e as autoridades judiciárias são investidas de plenos poderes para resolver quaisquer problemas pertinentes às crianças e adolescentes. A evolução da Guarda na Legislação brasileira. O fim do casamento, o avanço do divórcio, deixando de existir separação judicial e desquite, o Código Civil de 2002 que preservou o interesse do menor e findando com o regime de perda da guarda pela culpa do cônjuge na

separação e a predominância da mãe em caso de fixação de culpa de ambos. Os critérios de determinação da guarda, o interesse do menor, sexo e idade, irmãos unidos e separados, o que for melhor para os infantes. O comportamento dos pais em relação aos filhos e sua manutenção.

O quarto capítulo salienta o surgimento da Guarda Compartilhada e seus problemas até que seja estipulado em juízo. A importância da nova lei que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro e suas questões mais frequentes. O direito comparado fazendo uma relação ao direito francês, direito canadense e direito americano, inglês, português e espanhol.

O quinto capítulo exterioriza as vantagens e desvantagens do modelo de guarda, o que é melhor para as crianças sem que afete seu emocional, responsabilizando ambos os pais no cotidiano dos filhos, assegurando-lhes o direito de tê-los sempre presentes conservando a ligação emocional. Estudo de causídicos específicos acerca do assunto, mostrando os prós e contras da guarda compartilhada.

Na conclusão, no sexto capítulo, explicita toda a guarda compartilhada, a sua utilização no direito atual, as crianças como são tratadas a partir deste dispositivo e o que deve ser melhor para as crianças e adolescentes.

Nos anexos constam jurisprudências dos Tribunais sobre guarda compartilhada, perda de guarda e guarda de avós. Estipulando e mostrando a melhor guarda, entre a unilateral e compartilhada, segundo desembargadores de TJ e ministros do STJ.

2 PODER FAMILIAR

2.1 Análise Conceitual

A família para CHAVES E ROSENVALD (2010, p.2)

é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.

O poder familiar vem da relação paterno-filial e sofreu inúmeras transformações. É uma variação nominal do pátrio poder, os pais tinham plenos poderes sobre seus filhos, subjugando-os. Os pais tinham muito poder em relação aos filhos, as mães nenhum poder, poder familiar vem substituir o pátrio poder, e o homem era o cabeça da casa, o dono de tudo e todos, com toda autoridade sobre os filhos.

Informa o art. 1.630 do Código Civil Brasileiro de 2002 “os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”.

2.2 Evolução Histórica

LOURENÇO LEVY (2008, p.6.) referenciando Coulanges, informa que a autoridade principal da família não era o pai mas sim a religião doméstica, no período medieval. O deus chamado pelos gregos senhor do lar, *éstia despoína*, pelos latinos de lar *familiae parter*, algo superior ao próprio pai e existente em todas as casas.

Na Roma antiga o pátrio poder, sendo considerado a coluna central da família patriarcal, seria um poder análogo ao da propriedade onde o cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, entre eles destacam-se a esposa, os filhos, os escravos as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana (GRISSARD FILHO, 2009, p.37).

Para GRISSARD FILHO (2009, p.37 grifo do autor):

O *pater familias* – que só poderia ser exercido, pelo varão - tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo(*ius vendendi*), o de abandoná-lo(*ius exponendi*) e o de entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente(*ius noxae deditio*).

A tradição romana determinava que os filhos seriam sempre pertencentes aos pais que detinham poder pelo resto de suas vidas. No direito canônico os pais tinham a obrigação de zelar por seus filhos e era imposto aos pais o direito e o dever de educá-los.

Observa-se que poder familiar seria um conjunto de direitos exercidos no empenho exclusivo dos pais e que seria um exercício de dever de manutenção, educação, e proteção dedicados aos filhos, sendo assim uma instituição protetora do menor.

Segundo GRISSARD FILHO (2009, p.45)

Do conjunto de direitos e deveres que a norma jurídica impõe aos pais decorrem duas categorias de relações, tendo em vista os fins a que se destinam e o bem jurídico que visam tutelar: uma, relativa à pessoa dos filhos menores, outra, relativa aos seus bens; portanto pessoais e patrimoniais.

Esta titularidade seria segundo o Código Civil de 1916 exclusivamente do pai, e a mãe seria somente operacionalizada em casos excepcionais. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 5º, muda totalmente esta concepção, o homem e a mulher passam a ter os mesmos direitos e deveres. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 21, mostra que a mãe passa a ter um poder maior que o previsto no antigo Código de 1916, acabando definitivamente com a imagem subalterna e relegada a outro patamar, diferente da do pai, o todo poderoso, ficando assim o texto codificado:

Art. 21: “O pátrio poder 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.”

Com o advento da Constituição Federal do Brasil, em 1988, o homem deixa de ser o centro do universo familiar perdendo o status de detentor de todos os conhecimentos e poderes e a mulher passa a ter poderes idênticos aos dele, sendo também contemplada como grande orientadora e educadora dos filhos.

2.3. Direitos e deveres dos pais em relação aos infantes.

O poder familiar é sistematizado no artigo 1.634 do Código Civil, que preconiza:

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 ou guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual informa no seu artigo 9º que é assegurado o direito de convivência entre filhos e pais separados, e que existe uma igualdade na responsabilização da criação dos infantes.

O filho deve permanecer junto dos pais e na família, como é percebido no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/1990 no artigo 19:

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

Já GRISSARD FILHO (2009, p.48) preconiza que a guarda seria um direito de reter o filho no lar, onde este permaneceria junto dos pais que seriam obrigados a ensiná-lo a ter uma boa conduta, protegendo-o de pessoas que tentassem desorientá-los dos caminhos certos a serem percorridos, evitando assim que os filhos andem em companhias perigosas, inconciliável aos bons costumes, evitando também que andem em locais não condizentes com a boa educação, locais de atividades duvidosas, velando assim por sua segurança e saúde, contribuindo com um futuro certo, promissor.

Os pais têm o dever de educar os seus filhos, de corrigi-los quando necessário, não está previsto em lei a correção dos infantes, todavia deve ser feito. A Constituição Federal preconiza em seu art. 229, sobre a educação, sustento e guarda que os pais juntos devem proporcionar aos impúberes. Tudo isso é considerado, segundo LEVY (2008, p.30) “a grande preocupação do legislador pátrio em estabelecer categoricamente o dever parental de criação e educação. A razão é uma só: trata-se do âmago do poder familiar”. A educação viabiliza o alcance da

autonomia, dando responsabilidades através do discernimento e amadurecimento do menor.

Estes deveres são constituídos em conjunto, em comum acordo, entre o pai e a mãe, como apregoados pelo o artigo 1.632 do Código Civil Brasileiro de 2002: “A separação, 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.”

O fim do poder familiar se dá através da morte dos pais ou dos filhos, quando estes se emancipam, através da maioridade, ou pela adoção ou por decisão judicial. Os filhos castigados excessivamente, que ficam abandonados levam à destituição do poder familiar. Há também a hipótese de suspensão do poder familiar, uma vez que a conduta paternal leva-os a uma condição indigna de permanecerem com os filhos, condutas de abuso de autoridade, quando os pais dilapidam os bens de seus filhos, isto poderá ocorrer através de juiz, que a requerimento de algum parente e juntamente ao Ministério Público que avaliará a dimensão da falta, suspensão que poderá ser estendida a um único filho ou a todos eles que vivem sob o julgo dos pais indignos. O poder familiar poderá ser reativado a qualquer tempo conquanto as causas danosas que levaram a tal suspensão sejam sanadas.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PERDA DO PODER FAMILIAR C/C PEDIDO DE COLOCAÇÃO PARA AÇÃO - OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - MENOR EM SITUAÇÃO DE ABANDONO - ADEQUAÇÃO DA REALIDADE FÁTICA À REGRA PREVISTA NO INCISO II E III DO ARTIGO 1.638 DO CÓDIGO CIVIL – **PERDA DO PODER FAMILIAR – GENITORES QUE VIOLAM A INTEGRIDADE FÍSICA DOS MENORES E QUE NÃO POSSUEM CONDIÇÕES PSICOLÓGICAS ADEQUADAS PARA A CRIAÇÃO DOS INFANTES** – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Cível 16918 MS 2012.012918-2, 3ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10/07/2012).(grifo nosso).

O poder familiar diferentemente do pátrio poder, nos mostra que os pais na atualidade não podem agir como no passado onde eram considerados donos de seus filhos ou da prole, agindo de maneira inadequada, desrespeitando a dignidade humana dos filhos.

3 GUARDA E PROTEÇÃO

Conforme Gonçalves (2012, p.290) “os filhos na separação judicial por mútuo consentimento ou no divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. A separação judicial tornou-se extinta com a EC n.º 66/2010, que alterou o art.226, §6º da Constituição Federal, passando a existir somente o divórcio. Atualmente, segundo Silva (2009, p.300) “o pai e a mãe devem ser tidos, a princípio, em iguais condições de guardá-los, cabendo ao juiz, em cada caso concreto avaliar qual deles está mais habilitado ao exercício da guarda sem qualquer prevalência feminina.”

Ainda sobre a igualdade entre pai e mãe, é considerado um dos fundamentos para que se afaste a ideia de que a mãe, por ter a guarda de um filho, possa alterar o domicílio do menor, a seu talante, mudando-se para outra cidade, estado ou país, por mais que prejudique o direito de visitas do pai. (SILVA, 2009,p.302).

A palavra guarda exprime proteção, observação, vigilância ou administração, mas em relação aos filhos a guarda assume o sentido de proteção integral do filho menor e maior incapaz, de acordo com LOURENÇO LEVY (2009,p.42). A guarda pode ser encontrada em dois institutos jurídicos, o Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Criança e da Adolescência. No Código Civil a guarda visa a proteção dos filhos menores no contexto de família parental, já a guarda no ECA preceitua a guarda dos menores e adolescentes em situação de risco, conforme previsto no art.33, que subscreve-se:

Art.33 A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo se deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários.

§4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

O interesse dos menores deve sempre ser priorizado e a autoridade judiciária é investida de plenos poderes para resolvê-los.

3.1 Evolução da Guarda na Legislação Brasileira

A legislação sobre guarda no Brasil sofreu e vem sofrendo muitas modificações marcantes desde o Decreto 181/1890 ao Código Civil de 2002 mais ainda com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo GRISSARD FILHO (2009,p.58):

A primeira regra no direito brasileiro sobre o destino de filhos de pais que não convivem veio com o Decreto 181, de 1890, art. 90, que estabelecia: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.”

O desquite litigioso teve algumas alterações, mas em relação ao desquite amigável foi conservado as mesmas prerrogativas a respeito da guarda dos filhos, como previsto na Lei 4.121/1962 sendo repassado para o Código Civil de 1916, sendo esquematizado da seguinte maneira:

- a) Havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores;
- b) Sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz;
- c) Verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas.(GRISSARD FILHO, 2009, P59)

Com a instituição da Lei do Divórcio – Lei 6.515/1977, foi conservada em suas linhas gerais que as crianças que estavam habitando com a mãe no período do divórcio não consensual, continuariam morando com a mãe a não ser que a mesma não tivesse condições morais para criá-los, condições estas percebidas pelo juiz, que neste caso tem grande responsabilidade na regulação da guarda dos menores, salvaguardando o melhor interesse da criança.

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 227 endossou que é dever dos pais, da família, depois da sociedade e do Estado o bem estar das crianças e dos adolescentes sendo disciplinado logo depois em 1990 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mencionado no art.33. O Código Civil de 2002 manteve as regras com poucas alterações, perdurando a preservação do melhor interesse do menor e

findando com o regime da perda da guarda pela culpa do cônjuge na separação, e a predominância materna na fixação em caso de culpa de ambos.

3.2 Critérios de Determinação da Guarda

Com a ruptura do casamento questiona-se com quem ficará as crianças, independentemente se pai ou mãe responsáveis pelo desfazimento conjugal, os infantes não passarão mais a viver com seus pais em um mesmo teto, “deixando de ser um regime igualitário e passando a ser dual”, palavras de Grissard Filho(2008,pg.72). Em caso de dissolução consensual a guarda dos infantes será acertada entre as partes e levada a apreciação do juiz, para que seja homologado ou não. No caso de divórcio litigioso o juiz determinará a melhor guarda possível, levando em consideração o melhor interesse do menor, onde ele ficará mais confortável financeira e emocionalmente.

3.2.1 O interesse do menor

O legislador quando elaborou o artigo 1584 do Código Civil considerou o interesse do menor e seu bem estar. O interesse do menor, quando articulado deste jeito significa que abrange a criança e o adolescente, e deverá sobressair acima de todos os outros interesses. Será observado o grau de parentesco, afinidade e afetividade entre os menores e os seus guardiões. Conforme aduzido por GRISSARD FILHO (2009, p.77):

Há que distinguir entre o interesse moral e o interesse material para a determinação da guarda. Evidentemente, aquele prevalece sobre este, referido por uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional. No interesse moral, tenha-se presente a idade do menor, que, na primeira infância, necessita de um particular cuidado e afetividade constante. Enquanto o material não se pode considerar independentemente do moral, nem priorizá-lo. Por vezes, é claro, sobrepõe-se o interesse material, transitoriamente, porém, sobre o moral, quando, v.g., sofre o menor de grave doença, necessitando mais de meios econômicos. O interesse material ou econômico não deve ser tomado em conta como fator decisivo na questão que consideramos. O genitor que disponha mais recursos estará obrigado a transferi-los aos filhos na forma de alimentos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda. Não se pode confundir maior fortuna com maior aptidão pessoal ao exercício da guarda, embora muitos magistrados argumentam representar o econômico um meio garantidor de uma certa estabilidade psicológica da criança.

Em todas as hipóteses deverá o juiz usar a sua prerrogativa e decidir o melhor para os menores, decisão esta que deverá ser individualizada e analisada em cada caso concreto, assegurando assim seu bem-estar físico e moral e em ambiente seguro.

3.2.2 Sexo e idade, juntos ou separados

No Código Civil de 1916 havia a possibilidade de separar os irmãos em relação ao sexo, o filho menino a partir dos 6 anos de idade ficava com o pai e a menina com a mãe, isto em caso de desquite litigioso. Com a revogação do Código Civil de 1916 e o advento do Código Civil de 2002 esta separação deixou de existir, os pais e mães ficarão com a guarda independentemente de culpados, de sexo ou idade.

Em relação à idade o que poderá ser reputado é quando a criança for muito pequena e que depende muito de sua mãe, ela deverá permanecer com a mesma, pois encontra-se em tenra idade, sendo assim mais vinculada a ela. Em idade escolar o menor já consegue se despregar, desenvolvendo assim sua individualidade. O que será levado em consideração a partir daí será mais uma vez o melhor interesse para o menor, a capacidade que os pais terão em educá-los, o recinto cultural de suas vivências, o tempo vago e devotado aos infantes.

Seguramente, para GRISSARD FILHO (2009,p.79),

há momentos especiais nos quais é necessária a presença imediata do genitor do mesmo sexo, pois existem conflitos e problemas que podem afetar o menor nessa etapa da vida. Aí, aparece como mais adequada às filhas a aptidão materna e aos filhos a paterna. Inexistindo limite etário e preferência pelo sexo do menor à determinação da guarda, prevalece a idoneidade dos pais para o seu exercício, tomada aqui essa idoneidade como a capacidade de ser pai e de ser mãe, com o fim de promover o desenvolvimento integral dos filhos.

Irmãos nunca devem ser separados em caso de divórcio dos pais, uma vez que perderão a ideia de família. A família com o desfazimento conjugal torna-se alquebrada, despedaçada, os infantes perdem seu norte. Separando-os torna o problema maior do que já é, perdem sua identidade familiar. Em casos de irmãos maiores é diferente, pois os maiores já decidem o que querem e tem atividades diferentes dos pequeninos.

3.2.3 A opinião dos infantes e a condição comportamental dos pais

A legislação brasileira não considera a opinião dos infantes em relação à guarda, o que poderá ser levado em consideração é a entrevista que é feita para saber como é o comportamento em casa, como os pais agem com eles, mas não será determinada a guarda pela escolha das crianças. Ouvem as crianças, porém elas não escolhem, é utilizado somente como elemento de investigação para ver o ambiente social, moral e afetivo em que as crianças vivem. Os pais podem inclusive tentar influenciar a opinião dos pequenos, dando-lhes presentinhos, levando-os para passeios, para que sejam preteridos na guarda exclusiva.

Na determinação da guarda também é considerado o comportamento dos pais, as condições que os rodeiam, sejam materiais ou morais, sendo somente coadjuvante em relação ao melhor interesse do menor, que é o princípio máximo.

Preceitua GRISSARD FILHO (2009, p.83) sobre a conduta de um dos genitores

contrária à ordem e à moral familiar tem suma importância na determinação da guarda de filhos menores. Quando se revelam ao juiz, no caso concreto, condutas reprováveis, imorais ou ilícitas dos pais, devem ser limitadas ao máximo as relações parentais, em nome, justamente, do *favor filii*, pois estes são indivíduos ainda em formação. Tratando-se de guarda de filho menor, deve atender-se ao interesse da criança e às condições e comportamento dos pretendentes à guarda.

Não se considera proibido um comportamento sexual, em relação aos pais que tem união homoafetiva, é permitido pela jurisprudência adotar crianças, logo, em caso de guarda, será possível com a ajuda de profissionais especializados, psicólogos, assistentes sociais resolverem a problemática, onde será observado o melhor para as crianças.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI 11.698/2008

Com o aparecimento do Projeto de Lei 6.350-E de 2002, foi sancionada em 13 de junho de 2008 pelo Congresso Nacional a Lei 11.698/08, objetivando a alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, introduzindo no direito brasileiro a Guarda Compartilhada, com um *vacatio legis* de 60 dias da sua publicação, ocorrida em 16 de junho de 2008.

Os pais entrando em desacordo matrimonial e iniciando um processo de divórcio, surgindo assim o infortúnio da guarda das crianças, a divisão dos bens, a determinação de alimentos. As mães serão as guardiãs ou os pais, como visto anteriormente, as mães eram as preteridas à guarda dos infantes, por serem mais cuidadosas e zelosas, terem o espírito maternal de proteção às crias, por determinação do judiciário. Aos pais figurava a imagem de investidores financeiros, sendo excluídos da criação dos menores, tendo somente direito de visita em fins de semana. As relações sociais foram se modificando, aumentando o número de divórcios, evidenciando-se suas consequências nas famílias transformadas e ampliando assim a necessidade, mesmo que pressionada, de um tratamento diferencial da questão.

Como é sabido, os conflitos familiares são complexos, uma vez que suas personagens são ligadas afetivamente, por laços sentimentais. Sentimentos como amor, ódio, indiferença, ciúmes, apego e inveja coadunam-se nas fraturas familiares. As desavenças de um relacionamento desfeito surgem fazendo com que as crianças e adolescentes sofram no meio de uma batalha judicial.

O compartilhamento da guarda surge para mostrar o significado de se trabalhar em uníssono e em conjunto com pais, mães e até mesmo os avós, determinando que o que vale é o melhor interesse da criança e do adolescente e não o interesse dos adultos

Os doutrinadores têm utilizado os termos guarda compartilhada ou guarda conjunta, porém etimologicamente o termo guarda compartilhada é o mais propício, significando tomar parte, compartilhar, participar, sempre juntos.

A criação da Lei 11.698/08 foi o reflexo de uma grande tendência mundial, iniciada com a Declaração Universal dos Direitos da Criança e consolidada pela Convenção de New York sobre os Direitos da Criança, na Assembleia Geral da ONU, em 1989, porém ratificada pelo Brasil em 02 de maio de 1990.

O estabelecimento da guarda compartilhada já ocorria no Brasil antes mesmo da lei ser sancionada, os juízes a determinavam mesmo sem estar na legislação, tinha caráter constitucional, que levava em consideração os princípios da igualdade entre homem e mulher, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, as regras de convivência familiar. Como era pouco usada deu-se a criação legislativa acerca do assunto, para incentivar os pais e Tribunais a adotarem tal guarda, cria-se a lei para mudar a cultura do brasileiro e seu paradigma.

A Lei 11.698/08 surge para modificar dois dispositivos do capítulo XI, do Código Civil de 2002, que versam sobre a Da Proteção da Pessoa dos Filhos

A nova redação do artigo 1.583 do Código Civil passou a ser:

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. 1584, §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

Foi retirada a exclusividade da guarda unilateral, passando a existir duas guardas, a unilateral e a compartilhada. A escolhida no trâmite será a que melhor estiver em acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com previsão no artigo 227 da Constituição Federal. Deverá ser observado o caso concreto para a escolha da guarda, e só será determinada uma das duas, sendo inadmitida outra espécie além das expressamente previstas.

A guarda é considerada o principal atributo do poder familiar, exercido pelos pais por força deste poder. O regime de guarda será solicitado pelos pais no momento da petição inicial, solicitando a guarda a ser escolhida, unilateral ou compartilhada. Serão acionados em juízo para que sejam ouvidos pelo juiz e pelo Ministério Público, como acontece em todos os casos que envolvem crianças e adolescentes.

O parágrafo primeiro do art. 1583 explica o fidedigno significado de guarda unilateral e de guarda compartilhada, onde a guarda unilateral será aplicada a só um

dos genitores ou a alguém que o substitua, enquanto que ao outro será assegurado o direito de visitas, conforme o melhor interesse da criança e do adolescente e do seu bem estar. A guarda unilateral vem evoluindo com o passar dos anos para a guarda compartilhada, até pouco tempo o genitor que não detinha a guarda somente exercia o direito de visitas aos filhos, sendo compelido a pagar-lhes alimentos, sem poder decisório algum ou de alguma convivência ou não, das despesas que eram pagas, como escolha da escola, qual o dentista da criança, o pediatra que o acompanha, se a criança vai a psicólogo ou não e quem é o psicólogo, viagens de férias, a orientação religiosa, opinar se a criança fará catecismo ou não.

A substituição dos pais por uma outra pessoa se daria através do juiz que percebendo não serem os pais capacitados para zelarem pelos menores, atribuiria a uma outra pessoa que revele compatibilidade com as crianças, preferencialmente sendo observado o grau de parentesco e as relações de afinidades e afetividades com os infantes.

Na guarda compartilhada ambos os pais a titularizam e exercem, apesar da dissolução do matrimônio ou da união estável, existindo assim uma alternância entre eles, porém flexível, evitando assim um cronograma rígido e fixo, visionando atribuir ao filho menor a chance de ter um contato muito maior com ambos os pais. Possibilita aos infantes a convivência frequente com os genitores, a transferência de valores éticos, morais e culturais permitindo um maior estreitamento dos laços afetivos e familiares, permanecendo antes de tudo o amor entre eles. Este tipo de guarda é uma opção amadurecida e saudável da vivência entre filhos e pais, uma vez que não se refere apenas à tutela física ou à custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental.

O segundo parágrafo do referido artigo, informa que será atribuída a guarda aos pais de maneira consensual ou judicial. Judicialmente os genitores buscarão a solução para a lide, sendo imposta a decisão no Judiciário. Logicamente que a guarda acordada entre os pais será sempre a melhor, pois será evitado o conflito e seus reflexos danosos nos menores.

O poder familiar ficou bastante esclarecido pelo legislador, o seu real significado, deixando nítida a sua aceção conceitual, conferindo aos pais quanto à pessoa dos filhos, dirigir-lhes a educação e mantendo-os sob sua guarda ou companhia. O convívio com a criança ficou garantido, assegurando assim o poder familiar entre pais e mães, mesmo celebrando novas núpcias ou união estável,

tendo o direito de exercê-lo, sem qualquer ingerência do novo cônjuge ou companheiro, considerando no caso também os filhos de casamentos anteriores. Ficou estabelecida a possibilidade de suspensão do poder familiar, e até a perda por ato judicial, ao genitor que abusar de sua autoridade, negligenciando com seus deveres ou arruinando os bens de seus filhos.

A Lei da Alienação Parental, Lei 12.318/2010, surge em 26 de Agosto de 2010, punindo os pais e mães que tentam colocar seus filhos contra o ex-parceiro, é prevista multa definida por juiz, a criança terá assistência psicológica e o genitor delituoso poderá ter a guarda suspensa. Será feita uma denúncia ao juiz, este solicitará para que seja feita uma avaliação através de laudo psicológico, verificando assim se a criança está de fato sendo vítima de alienação e sofrendo manipulação por parte de algum genitor, avós, parente, contra o outro genitor. Sendo confirmada a denúncia o juiz poderá aumentar o tempo de regime convivência familiar do pai ou mãe alienado, convencionar multa ao alienador, prescrever acompanhamento psicológico e para concluir, determinar ao alienante a suspensão da autoridade parental.

A alienação nada mais é que a realização de campanha desqualificadora contra pai ou mãe, impedindo que seja exercida a atividade parental, dificultando o relacionamento com os filhos, gerando empecilhos para uma boa união familiar, mudando de domicílio para local distante pretendendo dificultar a convivência dos menores com o outro genitor, seus familiares ou com os avós.

Os incisos do artigo 1.583 discorrem sobre afeto nas relações com o genitor e com grupo familiar, informando que a guarda será atribuída ao genitor que melhor estiver em condições de praticá-la, os fatores saúde e segurança são importantes, deve-se saber o estado de saúde da criança ou do adolescente para que seja avaliada caso a caso. A educação é de primordial importância, na guarda compartilhada os genitores poderão escolher juntos a melhor escola para as crianças, caso que não poderia se feito em regime de guarda unilateral, devendo também ao genitor não detentor da guarda supervisionar e acompanhar a educação do filho, como este está sendo conduzido no seu dia a dia.

O artigo 1.584 expõe como será atribuída as guardas unilateral e compartilhada:

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 de 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.

No seu inciso I manifesta-se o pedido da guarda pelos pais que estão em litígio, determinando entre compartilhada e unilateral, prevalecendo sempre o melhor interesse da criança. Não havendo harmonização entre os genitores, a guarda compartilhada ou unilateral será determinada pelo juiz, considerando-se as necessidades precisas dos menores, assim como também, uma divisão comedida do tempo de estada com os pais. O juiz, na audiência de conciliação, esclarecerá aos pais o significado da guarda compartilhada, seus deveres e direitos, tentando assim mostrar aos pais o quão é melhor a guarda compartilhada, mas avisando-os de suas responsabilidades para com os filhos. Quando não houver decisão acerca da guarda, deverá o juiz estipular a compartilhada sempre que possível, mas considerando o melhor para as crianças e adolescentes.

Uma equipe interdisciplinar poderá auxiliar o juiz ou o Ministério Público para ajudá-los na decisão da guarda compartilhada ou a unilateral, estipulando tempo de convivência entre o genitor e filho. As crianças poderão ser ouvidas, mas não poderão escolher, afinal ficam afetados emocionalmente e com medo do outro genitor ficar chateado por não ter sido o escolhido. Quando não houver cumprimento dos preceitos, poderá acarretar na diminuição de todas as prerrogativas atribuídas ao genitor detentor da guarda, sendo limitadas as horas de convívio com as crianças e adolescentes ou ainda conceder a guarda ao outro genitor ou a um terceiro, como

avós e tios, neste caso excepcionalmente e considerando as relações de parentesco, afinidade e afetividade.

4.1 O Direito Comparado

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, inspirada na Declaração de Genebra de 1924, foi adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959. A Convenção sobre os Direitos da Criança foi instaurada em 02 de setembro de 1990. O Brasil a partir do Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990 aprovou e em 24 de setembro foi ratificado pelo Governo Brasileiro. O maior interesse da criança e a sua guarda estão resguardadas pela Convenção. O parágrafo 3º do artigo 9º fala da relação das crianças que possuem os pais disjuntos, que deve-se manter suas relações pessoais e contato direto com os dois, sempre considerando o interesse maior da criança. Preocupa-se também em garantir as obrigações comuns aos pais relacionados à educação e ao seu desenvolvimento, promovendo também a igualdade entre os pais relacionados à educação dos infantes.

O direito em Portugal tem preferência pelo regime de guarda única. A guarda compartilhada não tem previsão legal, mas devido à evolução do divórcio e sua banalização, tem sido adotada, conforme expressado por Grissard Filho, 2009. O direito espanhol estabelece a “guarda conjunta e marido e mulher são iguais em direitos e deveres”, previsto por Grissard Filho, 2009.

O direito alemão, inicialmente, determinava a guarda para o cônjuge que não tivesse culpa na separação, este direito mudou, e hoje, em regra adota-se a guarda comum sendo considerado um direito conjunto. O tribunal só será contrário caso um dos genitores solicite a mudança do regime. Acontecerá a guarda exclusiva em casos de filhos extramatrimoniais, não havendo acordo a lei entregará sempre a mãe.

Na Itália, o pátrio poder é exercido por ambos os genitores, a guarda é atribuída aos dois. Na Argentina o que prevalece é o melhor interesse do menor, mas analisando-se todo o conflito conjugal e de guarda, contudo o mais adotado é a guarda conjunta.

Na Inglaterra, nos primórdios, a guarda era atribuída somente ao pai, com o passar dos anos foi atribuída à mãe. Hoje é previsto que tem que ser atribuído aos dois, pois ambos necessitam do convívio dos seus infantes, mas sempre

considerando o melhor para as crianças. Casados ou não, o casal decidirá junto aos tribunais o melhor para as crianças, só com a mãe, só com o pai ou conjuntamente.

O direito americano não tem uniformidade, pois cada Estado tem sua própria legislação, tornando assim conflituosa as competências. É assegurado o contato frequente e constante dos menores com ambos os pais, encorajando o compartilhamento das responsabilidades e deveres.

Segundo GRISSARD FILHO (2009, p.145), nos Estados Unidos

a guarda compartilhada é um dos tipos de guarda que mais cresce. As estatísticas demonstram que os pais são a ela francamente favoráveis, sob vários aspectos: autoestima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento psicoemocional, paciência.

No Canadá, a guarda é concedida a um dos pais e ao outro assegurado o direito de visita. A guarda compartilhada só será conferida por manifestação dos pais, através de acordo, todavia atendendo ao melhor interesse da criança e dos genitores. Os Tribunais presentemente estão adotando a guarda compartilhada para evitar que os pais se sintam excluídos do convívio com seus filhos, trazendo assim benefícios psicológicos tanto para os filhos quanto para os genitores.

5 VANTAGENS E DESVANTAGENS

Seguindo os princípios constitucionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente a guarda compartilhada irrompe para manter o comportamento igualitário entre pais e mães. O regime apresenta vantagens e desvantagens que podem ser observados em casos concretos inseridos no artigo das psicólogas Ana Cristina Silveira Guimarães e Marilene Silveira Guimaraes ([s.d.], [n.p.]):

CASO A

O casal estava compondo um acordo para separação e desejava manter a guarda conjunta dos filhos. Para isso convidou as crianças, que tinham idade entre sete e dez anos, a se manifestar sobre a organização das visitas. No gráfico por elas construído, pôde-se observar que haviam dividido o tempo de forma absolutamente igualitária para conviver tanto com o pai como com a mãe. Almoçavam com um, jantavam ou pernoitavam com o outro, passavam o tempo de uma casa para a outra esquecendo mochila, vestuário, material escolar entre as duas residências. Foi atribuído às crianças o direito de escolher quando e com quem desejavam permanecer, o que se mostrou prejudicial a ambas, pois se desorganizaram formal e psiquicamente e passaram a receber atendimento psicoterapêutico. Após, a guarda compartilhada foi estabelecida, mas as crianças mantêm sua residência base na casa da mãe, com livre visita ao pai.

Esse caso demonstra que priorizar os interesses e necessidades da criança não significa delegar a ela a tarefa de decidir com quem deseja permanecer. Na medida em que ambos os pais desejarem e tiverem condições de manter a guarda e optarem pela guarda conjunta, esse será um modelo que poderá possibilitar uma maior integração dos genitores no desempenho de suas funções materna e paterna e que mais favorecerá o desenvolvimento da criança. Isso implica que se repense que o processo de guarda pode exercer uma função integradora, na medida em que valida que ambos os pais possam dividir papéis e atribuições, e não o contrário, que a nomeação de um genitor como guardião implique a destituição do outro. Quais seriam, então, as condições para se eleger o modelo de guarda compartilhada? Necessariamente que o casal possa ter elaborado a separação, abrindo mão do laço conjugal, cientes da dissolução do laço parental e da importância de poderem manter um bom vínculo e uma boa comunicação, para que, juntos, possam priorizar os interesses da criança.

Há que se considerar, também, as limitações desse modelo de guarda, tendo em vista que pode ser a solução eleita e mantida num determinado momento do ciclo vital, mas que, conforme as vicissitudes da vida, o modelo não possa vir a ser mantido. A guarda compartilhada propõe a estruturação de um modelo de parentalidade no qual os pais dividam atribuições, responsabilidades e tomada de decisões em iguais condições e que reconheçam suas diferenças e limitações, bem como o valor do papel de cada um para a criança. A crítica à guarda compartilhada poderia ser de que ela se caracterizaria como uma solução ideal, no entanto o conflito e a alteridade são inerentes à condição humana. Contudo reitera-se que, nos casos que se adaptem a essa modalidade, pais e filhos passam a se beneficiar criando relações mais harmônicas, que abrem espaço para maior integração e participação dos genitores na vida dos filhos. Em casos em que ocorrem falhas na comunicação e ainda predominem sentimentos conflituosos e ambivalentes entre os cônjuges, sugere-se uma intervenção terapêutica como forma de facilitar a construção dessa modalidade e avaliar se é possível de ser efetivada ou se o compartilhamento será fonte de novos conflitos.

O Caso A é favorável à guarda compartilhada contanto que os genitores estejam cientes de que permanece entre eles o poder parental, que não podem manter-se em constantes conflitos, deixando as crianças temerosas no dia a dia. Os pequeninos não devem ser encarregados de escolhas difíceis, como optar por um ou outro pai. Do mesmo modo, a questão aparece explícita. Já no Caso B, constatou-se:

CASO B

Os pais se separaram e a criança passou, dos dois aos seis anos de idade, residindo quinze dias com cada um dos genitores em cidades distantes 200 km uma da outra, conforme acordo judicialmente homologado. Os conflitos entre os genitores eram constantes, ambos usando indiscriminadamente medidas cautelares de busca e apreensão do menor. Com a troca de advogados, foi requerida a suspensão dos processos para que os genitores recebessem atendimento psicoterápico e, caso não o aceitassem, foi requerida determinação de terapia por mandado judicial. O magistrado acolheu o pedido de atendimento psicoterápico, o que foi acertado em audiência. Com o atendimento, os adultos se desarmaram de seus conflitos conjugais e puderam construir um acordo, ficando a criança sob a guarda do pai, que se casou novamente, e a mãe mudou-se para a mesma cidade onde recebe a criança em visita.

Esse caso remete a uma questão atual, pois, ao mesmo tempo que se assiste a pais abrindo mão de seus direitos e deveres à parentalidade, observa-se também o desejo de inclusão e maior participação na vida dos filhos. Num grande número de situações, observa-se inicialmente que a demanda pela criança é incluída na demanda conflitiva do casal. É preciso auxiliar os pais num trabalho de discriminação entre seus conflitos conjugais mal elaborados e as necessidades da criança. Estas incluem a possibilidade de seguir tendo uma relação de continuidade, o que envolve uma relação de confiança e proteção que será proporcionada, se puder ser valorizado aquele que representa para a criança uma figura de apego. Num segundo momento, é preciso auxiliar os pais a reconhecerem a importância do papel de ambos na criação dos filhos. O auxílio terapêutico foi importante e a atitude do magistrado, sensível ao pedido, propiciou o atendimento dos adultos em benefício da criança. Quanto mais predominarem relações conflituosas entre os genitores, maior a necessidade de garantir um suporte de uma efetiva intervenção terapêutica, fazendo-se necessária a inclusão, no processo, de disputa de guarda de uma equipe interdisciplinar que se encarregue do conflito (GUIMARÃES; GUIMARÃES, [s.d.], [n.p.]).

Sobre o caso B, as psicólogas mostram que os pais precisam passar mais tempo com os filhos, porém os conflitos conjugais permanecem mesmo após a separação. Inicialmente a guarda estipulada aparentemente foi a alternada, onde a criança passava quinze dias na casa da mãe e os outros quinze dias na casa do pai. Fez-se necessário o auxílio psicoterápico para os pais, como previsto no art. 1.584, no §3º, do Código Civil de 2002, para que fossem sanados os conflitos. Nessa mesma vertente, tem destaque o Caso C:

CASO C

O casal já estava separado e a mãe detinha a guarda da criança de oito anos de idade. Para ascender profissionalmente, a genitora aceitou um cargo que exigiu que passasse parte da semana trabalhando em outra localidade e parte da semana na cidade em que mantém residência, que é onde a criança estuda e onde também residem o pai e os avós maternos e paternos. O avô materno buscava a criança na escola e a acompanhava nas tarefas escolares. No período em que mãe estava fora da cidade, a criança pernoitava uma noite na casa que o pai divide com a avó paterna e nas demais noites pernoitava em sua casa, sob os cuidados de uma babá. O pai, alegando que a mãe era negligente e priorizava sua vida profissional, buscou a guarda da criança para si. A criança foi encaminhada para atendimento psicoterapêutico. Depois de conflituado processo de disputa, a guarda foi mantida em favor da mãe e a criança passou a pernoitar com o genitor por três noites na semana, permanecendo um final de semana com o pai e três com a mãe, enquanto ela estiver residindo nas duas cidades. Esse caso alude a uma questão atual onde mulheres se propõem a desempenhar uma dupla função: de desenvolvimento profissional e maternidade, o que pode gerar culpa e conflitos. Muitas vezes, para que haja uma integração dessas funções, faz-se necessário aludir a uma pré-condição para o exercício da parentalidade, que é a de poder contar com uma rede de apoio que sirva de suporte direto ou indireto a quem detém a guarda. Nesse caso seriam os avós maternos e paternos e até mesmo a babá. A função exercida pela figura que desempenha o papel de rede de apoio poderia ser entendida como função transicional, ou seja, não é a mãe ou o pai, mas pode funcionar como figura integradora exercendo as funções parentais - quando de sua ausência – servindo ao mesmo tempo de suporte para o guardião. Ou seja, observa-se a importância da rede de apoio que cumpre essa dupla função (GUIMARÃES; GUIMARÃES, [s.d.], [n.p.]).

Acerca do Caso C, a mãe já detinha a guarda, fato que se caracteriza como unilateral, porém o pai sentiu-se incomodado pelo estilo de vida que a genitora estava levando, deixando a criança sob os cuidados dos avós, dele mesmo e de uma babá. A guarda passou a ser compartilhada para que dirimisse os problemas de pernoites e de visitação do pai. Em relação ao Caso D, surge a questão:

Caso D

Pelo período de dois anos, a mãe passou a residir em outra localidade para freqüentar um curso de especialização. Como não dispõe de rede de apoio para cuidar da criança, deixou-a aos cuidados do pai que a leva para visitação   mãe, a cada quinze dias. A disputa era pela guarda jurídica compartilhada, pois a mãe admitia que a residência do pai fosse considerada a residência básica da criança, mas desejava assegurar a guarda jurídica compartilhada para manter uma presença materna na vida do filho. Nesse caso, a mãe desejava exercer a maternidade, dentro do possível, apesar da imperiosa necessidade profissional de afastamento. Durante o processo, a criança, que contava com 3 anos de idade, foi avaliada e confirmados os vínculos com ambos os genitores e a mãe foi encaminhada a atendimento psicoterápico para receber suporte para enfrentar a inusitada situação. O conflituoso processo foi encerrado através de acordo liderado pelo magistrado. Cabe ressaltar que a mãe não contava com o auxílio dos avós maternos, cuja história é permeada de perdas e falhas precoces de suporte afetivo, o que denota um tema transgeracional que parece se repetir.

Diversamente do caso anterior, observa-se que a falta de uma rede de apoio adequada, aliada à ambivalência dos desejos maternos ligados aos

seus interesses profissionais e pela maternidade, impossibilitaram que a mãe pudesse manter e sustentar a demanda pela guarda da criança, o que a levou a abrir mão da guarda fática para o pai. Essa atitude demonstra que a mãe pôde privilegiar e priorizar os interesses da criança, admitindo a importância do pai e o fato de ele ter um bom vínculo com o filho, reconhecendo que era ele quem reunia, naquele momento de vida, as melhores condições e disponibilidade de permanecer com a criança. Apesar de culturalmente haver o entendimento de que seja a mãe quem reúne as melhores condições para criar os filhos, o fato de abrir mão da guarda fática através de um ato jurídico, não necessariamente significa que a mãe esteja abrindo mão de sua função psíquica e do desejo de seguir representando, simbolicamente para o filho, a função materna. Nesse caso, como forma de dar validade jurídica a uma demanda psíquica, a mãe passou então a requerer a guarda jurídica compartilhada, na tentativa de que o judiciário lhe desse suporte e lhe garantisse uma maior inclusão e participação na vida da criança, o que acabou lhe sendo assegurado através de um acordo liderado pelo magistrado. A desistência da guarda correria o risco de ser significada como abandono psicológico, e o fato de ser genitor não-guardião poderia ser entendido como ausência de investimento psíquico na vida da criança. Fica clara a importância de se considerar a abrangência de um ato jurídico e suas implicações psíquicas na vida de todos os envolvidos num processo dessa ordem.

Esse caso também chama a atenção para o fato de que comumente é à mãe atribuído ser ela quem reúne as melhores condições de permanecer com a guarda. Porém, em muitas situações, abrir mão da guarda de um filho, num determinado momento do ciclo vital, pode ser um ato protetor (GUIMARÃES; GUIMARÃES, [s.d.], [n.p.]).

A respeito do Caso D, a mãe por necessidade de se aperfeiçoar profissionalmente, precisou solicitar em juízo a guarda compartilhada do filho menor, a criança passaria mais tempo com o pai, contudo não perderia o vínculo emocional com a mãe, evitando danos psíquicos ao mesmo, como citado. Para o Caso E, ressalta-se:

CASO E

O pai objetivava a guarda compartilhada de uma criança de seis anos de idade e a mãe, que detinha a guarda provisória, não aceitava a proposta. A genitora não perdoava o pai por ter sido trocada por outra mulher e o conflito era intenso, representado por um interminável processo judicial de disputa de guarda. O casal buscou auxílio terapêutico e assim pôde mudar a antiga orientação jurídica e aceitou uma mediação que foi promovida pela terapeuta e pela nova advogada constituída especialmente para isso. Como resultado, os pais se harmonizaram e construíram um acordo que depois foi levado à homologação judicial. O genitor mudou residência para próximo da casa da genitora, e a criança, que vive com a mãe, tem visitação livre ao pai. Este caso demonstra que a disputa de guarda pode representar uma forma de dar continuidade à conflitiva do casal, que, impossibilitado de elaborar o luto pela separação, somado aos sentimentos depressivos despertados nessa situação, pode vir a fazer uso da criança como seu complemento narcísico. A motivação dos pais em seguir alimentando suas dificuldades pessoais os impede que possam priorizar os interesses da criança. A mulher, muitas vezes, “costuma usar o poder da guarda dos filhos para guerrear com o ex-marido. A dificuldade de chegar a um termo no contrato de separação (pensão, partilha, visita dos filhos) reflete comumente a dificuldade de se separar, a necessidade de manter o contato e o vínculo nem que seja pela briga”. Sem dúvida, a fixação da guarda após

a dissolução da sociedade conjugal e do casamento é de elevada importância para a vida do menor, tratado egoisticamente pelos pais como objeto da própria disputa que travam no feito de separação e de divórcio. Na grande maioria dessas situações, o processo de disputa de guarda pode ser usado como palco do conflito conjugal. Nesses casos, a motivação do pedido de guarda de um genitor implica a destituição do outro como guardião. O ideal seria contar com o assessoramento de uma equipe multidisciplinar que se ocupasse, primeiramente, do conflito conjugal, para, somente após, ocupar-se das questões de guarda. Ser nomeado judicialmente o genitor guardião não deveria significar destituir o outro de sua função parental. O genitor não guardião continua tendo uma função psíquica, simbólica, importante na vida da criança e é fundamental que a sua participação possa ser garantida e protegida. Nesse caso o acordo de visitas foi trabalhado através de mediação com solução construída por ambos os genitores. A mediação é uma das formas mais adequadas tanto para uma composição anterior ao processo como para compor um conflito já instaurado judicialmente (GUIMARÃES; GUIMARÃES, [s.d.], [n.p]).

O causídico acima citado mostra que os pais continuavam em constante conflito devido ao desfazimento conjugal, a mãe não aceitava a nova condição. Sendo assim, foi instituído aos pais um acompanhamento por profissionais especializados em psicologia para esclarecer todos os conflitos e a partir deste momento implantar a guarda compartilhada, deixando a criança em segurança emocional.

De acordo com GRISSARD FILHO (2009) a guarda compartilhada surgiu para terminar com os diferentes tipos de guarda, como a alternada, a guarda única, guarda dividida, perpetuando a relação entre a criança e os pais mesmo após o divórcio, obrigando-os a manter os cuidados diuturnamente sobre educação e criação da prole, logo endossando aos filhos o direito de ter os pais sempre presentes em suas vidas. O pai deixará de ser ausente do convívio com seu filho, participando assim ativamente do seu cotidiano. É favorável a escolha da guarda compartilhada por fazer com que o menor mantenha os laços afetivos permanente com os pais, sendo eles guardiões ou não.

Os pais exercem igualmente todos os direitos sobre os infantes, haverá assim uma grande cooperação entre os pais e tudo que for relacionado aos filhos será decidido conjuntamente, não mais por um só. Agindo em conjunto, são dirimidos possíveis problemas no âmbito escolar, emocional e social, escasseando assim futuros transtornos de rejeição e sentimento de perda que os filhos poderiam desenvolver, deixando-os mais harmonizados emocionalmente. Citando Grissard Filho (2009, p.218): “A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais.” Os pais reconhecerão que o outro genitor também tem a mesma importância

que eles e se evitará que as crianças opinem sobre com quem querem ficar, pois esta escolha seria muito angustiante para o infante. Logo, os maiores beneficiados com a guarda compartilhada são os filhos, que manterão contato com ambos os pais, e os pais não guardiões, que deixam de ser um simples visitantes e genuínos pagadores de contas, para ser pais em sua amplitude, tendo os mesmo deveres e direitos do cônjuge guardião.

As desvantagens e lesividades da guarda compartilhada segundo alguns doutrinadores seria em relação a pais em constantes conflitos, sempre em luta pelo poder filial, pais que não se auxiliam e ficam sem dialogar, continuamente insatisfeitos, sabotando, assim, a relação com os filhos e desestabilizando-os emocionalmente.

6. CONCLUSÃO

A figura central no presente trabalho é o infante e o que é melhor para ele. As pessoas se apaixonam perdidamente, tornam-se amantes, maridos, esposas zelosas, surgindo o grande fruto destes relacionamentos, os filhos. Enquanto o relacionamento está bem, em momento algum se questiona a guarda destes filhos, pois ela é comum aos dois pais, que convivem unidos.

O amor acaba, o casamento termina, vem um divórcio cheio de brigas, despontando assim o problema maior, a guarda das crianças. Os menores ficam entre pais que agora se odeiam, ficam em segundo plano, presenciando discórdias, baixarias, servindo de fantoches nas mãos de pessoas descontroladas por não aceitarem o término da relação, elas convivem em um ambiente de contínuo combate.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguraram os direitos a estas crianças de terem um lar, escolas, lazer, controle emocional e alimentação saudável. O bem da vida da criança é primordial. O princípio do Melhor interesse do menor anda paralelamente ao princípio da dignidade humana.

A busca incessante dos pais para manter o poder parental, citando os tipos de guarda existentes nos dispositivos legais. O Código Civil de 2002, a Lei do Divórcio, a Convenção sobre os direitos da criança intercedem unidos em melhoria da relação entre filhos e genitores.

A Lei 11.698/08 veio alterar os dispositivos do Código Civil que fala do regime de guarda, estipulando entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral. O livre consenso entre os pais, a determinação judicial da guarda, em caso de não escolha dos pais, ou de contínua lide sobre quem fica com as crianças. O juiz tem o poder de escolher a melhor guarda para os infantes, a qualquer tempo, contudo, observando sempre o Melhor interesse da criança. Com a guarda compartilhada as crianças poderão ficar morando conjuntamente com os dois genitores, mantendo a convivência entre eles, os seus pais poderão participar mais ativamente no dia a dia de seus filhos.

A guarda compartilhada é bem aceita em caso de pais que não estão brigando entre si, que convivem harmonicamente mesmo tendo terminado o relacionamento. As crianças se sentem seguras emocionalmente, os pais vão dividir

tarefas como buscá-las na escola, levá-las ao médico, partilhar as viagens de férias. Compartilhar a guarda é compartilhar responsabilidades, em conjunto, é o exercício de direitos e deveres dos genitores guardiões ou não. Tem-se que fazer um estudo minucioso com a assistência de profissionais como psicólogos para mostrar que a criança não está sendo lançada ao mundo como um brinquedinho que não serve mais, pois é assim que elas se sentem na confusão dos pais. Mostrar a estas crianças o quanto são amadas pelos pais e que podem ficar sossegadas, pois tanto um quanto o outro permanecerá sempre junto do seu convívio. Exteriorizar para os infantes que seus pais não estão mais juntos, mas que não deixaram de amá-los, que participarão sempre dos seus momentos de felicidade ou mesmo de tristezas.

Com os pais ajustados, a família se organiza novamente, a guarda compartilhada torna-se o melhor regime de guarda, pois fomenta um maior vínculo entre os membros destas famílias que se transformaram, e aumentando assim a responsabilidade parental em relação aos pequeninos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE nº 1147138 – SP**. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 2009.< <http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-143460551> >. Acesso em: 21 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada nº 5635 – DF**. Relatora Ministra Laurita Vaz. 2010.< https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001409832&dt_publicacao=09/05/2012 >. Acesso em: 21 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RE nº 1.159.242 – SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi.< <http://www.guardacompartilhada.org/2012/05/integra-do-acordao-abandono-afetivo.html> >. Acesso em: 21 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RE nº 1.251.000 – MG**. 2011. Relatora Ministra Nancy Andrighi.< <http://www.pailegal.net/Download/PauloAndreAmaral-Artigo-GC.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC nº 70049642614 – TJRS**. 2012. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22362437/apelacao-civel-ac-70049642614-rs-tjrs>>. Acesso em 21 de maio de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **AC n.º 21934905 – TJMS**. 2012. Desembargador Relator Osvaldo Rodrigues de Melo. 2012.<<http://tj-ms.jusbrasil.com/jurisprudencia/21934905/apelacao-civel-ac-16918-ms-2012016918-1-tjms>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. **AC nº 1749/2013**. Desembargador Relator Osório Ramos de Araújo Filho. 2013. Disponível em: <<http://www.tj.se.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. **AC nº 8314/2012**. Desembargador Relator Osório Ramos de Araújo Filho. 2013. Disponível em: <<http://www.tj.se.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 maio 2013.

CAHALI. Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

COLTRO, Antonio Carlos Matias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: MÉTODO, 2008.

CASSETTARI, Christiano. Guarda compartilhada: uma análise da lei 11.698/2008. In: COLTRO, Antonio Carlos Matias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: MÉTODO, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). **Código civil interpretado (2002)**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5.ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Coord.). **Constituição (1988) interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3.ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

GRISSARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v 6.

GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda compartilhada**: comentários aos artigos 1.583 e 1.585 do Código Civil com redação pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru. São Paulo: Edipro, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – direito de família. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v6.

GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira; GUIMARAES, Marilene Silveira. **Guarda**: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos. <http://gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Ana_Cristina_Silveira_Guimaraes/Guarda.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil**: família e sucessões. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 6.

**ANEXO A – Ementa de Recurso Especial 1147138 – SP (2009/0125640-2) –
Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSOS ESPECIAL 1147138 - SP

RELATOR: Ministro Aldir Passarinho Junior

RECORRENTE: G.C.J E OUTRO

RECORRIDO: H.C.L E OUTRO

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PTERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDAO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Relator

**ANEXO B – Ementa de Recurso Especial n.º 1.251.000/MG – Relatora Ministra
Nancy Andrighi**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.000 - MG
(2011/0084897-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : R R F

RECORRIDO : A M P J DE S

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é

medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

ANEXO C – APELAÇÃO CÍVEL 70.049.642.614 - TJRS

APELAÇÃO CÍVEL N.º 70.049.642.614
SÉTIMA CÂMARA CÍVEL – COMARCA DE NOVO HAMBURGO
APELANTE: S.H.D
APELADO: P.H.F.D e P.M.FF

EMENTA

REVISÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS GENITORES. DESCABIMENTO.

1. A ação de revisão de alimentos tem por pressuposto o exame da alteração do binômio possibilidade-necessidade e visa a redefinição do valor do encargo alimentar. Inteligência do art. 1.699 do Código Civil.
2. Não tendo o alimentante comprovado redução da sua capacidade econômica, fica mantido o encargo alimentar anteriormente estabelecido.
3. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho.
4. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia.
5. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL (PRESIDENTE) E DES.^a LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO.

Porto Alegre, 29 de agosto de 2012.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
Relator.

ANEXO D – APELAÇÃO CÍVEL N.º 1749/2013 - TJSE

ACORDÃO: 20136635

APELAÇÃO CÍVEL: 1749/2013

PROCESSO: 2013203721

APELANTE: S.A.B

APELADO: R.A.X.P

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS. PRETENSÃO REQUERIDA PELO PAI. AGRAVOS RETIDOS. REAPRECIAÇÃO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. ATO PROCESSUAL ALCANÇADO PELA PRECLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELAS PARTES. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DA JUÍZA NA APRECIAÇÃO DA PROVA. IMPROVIMENTO DE AGRAVOS RETIDOS. MÉRITO. GUARDA COMPARTILHADA. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. AUSÊNCIA DE CONSENSO. INVIABILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. MANUTENÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EXERCIDA PELA GENITORA. RESGUARDADO O DIREITO DE CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. REGULAMENTAÇÃO DAS VISITAS COM DIREITO A PERNOITE. ALIMENTOS FIXADOS COM OBSERVÂNCIA TRINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE / PROPORCIONALIDADE. DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA. DEVOLUÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

É dever dos pais a guarda de seus filhos, conferindo-lhes assistência afetiva, moral e material, proporcionando-lhe educação e desenvolvimento saudável e, quando dissolvida a união mantida pelos pais, há de se considerar o interesse da prole para a definição do exercício desse elevado mister familiar. - Não obstante os laudos psicológicos e social realizados indiquem que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda do menor, é recomendável a manutenção da guarda da criança com a sua genitora, haja vista que para que a guarda compartilhada seja proveitosa para o infante, é imprescindível que exista

entre os pais harmonia e respeito, sem a ocorrência de conflitos, o que não ocorre in *casu*. - Cabem aos genitores prover o sustento da prole comum, observando-se a necessidade da criança e a condição **financeira** do alimentante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM, por unanimidade, os membros do Grupo II, da 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em conhecer do recurso, por cabível e tempestivo, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Aracaju/se, 13 de Maio de 2013.

Des. Osório de Araújo Ramos Filho

Relator

ANEXO E – APELAÇÃO CÍVEL 8314/2012 – TJSE

ACORDÃO: 201219112

APELAÇÃO CÍVEL: 8314/2012

PROCESSO: 2012219654

APELANTE: M.R.D.M.M

APELADO: K.T.G.M

APELANTE: K..T.G.M

APELADO: M.R.D.M.M

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS APELAÇÃO DA PARTE AUTORA. AGRAVO RETIDO. IMPROVIDO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADAS. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXARCEBADA LITIGIOSIDADE ENTRE AS PARTES QUE ULTRAPASSA A FALTA DE CONSENSO. INVIABILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. MANUTENÇÃO DA GUARDA UNILATERAL COM A COM A GENITORA, A QUEM COMPETE AS DECISÕES DO COTIDIANO DA CRIANÇA. RESGUARDADO O DIREITO DE CONVIVÊNCIA DO AUTOR. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS GARANTINDO O PERNOITE. APELAÇÃO DA PARTE RÉ. PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA PREJUDICADO. ACONSELHAMENTO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO. MANTIDO. RECURSOS CONHECIDOS. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA E IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO DA PARTE RÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nesta 2ª Câmara Cível, Grupo II, por unanimidade de votos, dar parcial provimento à apelação do autor e negar provimento à apelação da ré.

Aracaju/SE, 17 de dezembro de 2012.

Des.Cezário Siqueira Neto

Relator

**ANEXO F - SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.635 - DF
(2010/0140983-2)**

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

REQUERENTE : G M B

REQUERIDO : C R V D

EMENTA

PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE PROVIMENTO ADMINISTRATIVO QUE ASSENTOU ACORDO DE GUARDA COMPARTILHADA NA ALEMANHA. EFICÁCIA SENTENCIAL. EQUIVALÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. MÃE E FILHO RESIDENTES, HOJE, NO BRASIL. CONCORRÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. DECISÃO DESTA, CONFERINDO A GUARDA PROVISÓRIA DO FILHO À MÃE E FIXANDO ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NOVO TÍTULO, A PARTIR DA MODIFICAÇÃO DOS FATOS. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DO PROVIMENTO ALIENÍGENA. IMPOSSIBILIDADE. RESGUARDO DA SOBERANIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.

1. O provimento extrajudicial – acordo sobre guarda de menor homologado por órgão administrativo alemão –, quando, em conformidade com o ordenamento jurídico estrangeiro, possuir a mesma eficácia de decisão judicial, pode perfeitamente subsidiar a pretensão de se estender os seus efeitos para o território brasileiro. Precedentes do STF.
2. Há competência concorrente entre a jurisdição brasileira e a estrangeira para processar e julgar ação de guarda e alimentos envolvendo menor que, atualmente, residente no Brasil com a mãe, enquanto o pai, em outro país. Precedentes do STJ.
3. As decisões acerca da guarda de menor e respectivos alimentos não se submetem aos efeitos da coisa julgada, que pode ser relativizada diante da alteração dos fatos, sempre, sobrelevando o interesse do infante.
4. Hipótese em que a Justiça brasileira, tendo em conta as circunstâncias atuais da família, deferiu a guarda provisória do filho à mãe, ora Requerida, bem como fixou alimentos provisórios.
5. Nesse contexto, homologar o provimento estrangeiro que decidiu sobre a mesma matéria, mas em circunstâncias outras – já modificadas, e reconsideradas, ainda que em sede provisória, pela Justiça brasileira –, implicaria a coexistência de dois

títulos contraditórios, em manifesta afronta à soberania da jurisdição nacional. Precedentes do STF.

6. Pedido de homologação indeferido. Custas ex lege. Condenação do Requerente ao pagamento dos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki indeferindo o pedido de homologação, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer e Gilson Dipp, por unanimidade, indeferir o pedido de homologação, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Eliana Calmon e Nancy Andrigli.

Brasília (DF), 18 de abril de 2012 (Data do Julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER

Presidente

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora