



UNISUL
UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
Monique Meyer

GUARDA COMPARTILHADA
Um novo modelo para a sociedade

Palhoça
2009

MONIQUE MEYER

GUARDA COMPARTILHADA
Um novo modelo para Sociedade

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, *Campus Pedra Branca*, sob a orientação de Patrícia Fontanella, Mestre em Ciências Jurídicas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Palhoça (SC)
2009

MONIQUE MEYER

GUARDA COMPARTILHADA
Um novo modelo para Sociedade

Esta Monografia foi julgada adequada para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pelo Curso de Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

Área de Concentração: Direito da Família

Palhoça, 08 de junho de 2009.

Banca Examinadora:

UNISUL

Orientadora: Patrícia Fontanella, Mestre em Ciências Jurídicas

UNISUL – Prof.
Membro

UNISUL – Prof.
Membro

AGRADECIMENTO

Primeiramente quero agradecer a Deus por ter conseguido realizar uma das minhas conquistas, pois não sei o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Aos meus grandes e eternos amores PAI e MÃE que com muito carinho e apoio não medem esforços para que eu chegasse até aqui.

Ao meu grande amor que teve paciência, compreensão e carinho por me entender e ajudar nas horas mais difíceis da minha vida, pois nele encontro apoio em todas as ocasiões da minha vida. Pois a maior responsabilidade de nossa vida é a prova evidente de que duas almas não se encontram por acaso.

Aos meus primos Edna e Junior que me ajudaram e compreenderam a minha vida acadêmica.

As minhas amigas Erica, Gisele e Fran pelo carinho, amizade e compreensão.

À minha professora e orientadora Patrícia Fontanella, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso de Direito pelos ensinamentos na minha vida acadêmica.

À todos que de uma maneira ou de outra contribuíram e contribuem para que eu alcance meus objetivos. Pois é importante lembrar que cada pessoa que passa em nossas vidas é única.

“A mente que se abre a uma nova idéia jamais voltará ao seu tamanho original...”
Albert Einstein

ROL DAS ABREVEATURAS

Art. – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC/02 – Código Civil de 2002

CC – Código Civil

RESUMO

Ao longo dos anos, a sociedade sofreu e sofre transformações, sendo como fator contribuinte a família. O fator preponderante ao qual a família sofreu transformações foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que instituiu igualdade entre o homem e a mulher, sendo que a mulher passou a ter outros valores familiares, sendo assim também perante a sociedade, ou seja, antes da constituição a família era organizada pelo 'pátrio poder', no qual todos tinham que obedecer e respeitar a figura paterna, entretanto com a nova constituição o pátrio poder deixou de existir, vigorando o 'poder familiar', o qual ambos os genitores passaram a adquirir responsabilidades e igualdade perante seus filhos. Uma outra questão a ser discutida é a situação da criança e do adolescente depois do rompimento dos laços conjugais de seus genitores. Vale ressaltar que a guarda dos filhos é uma questão muito delicada, na qual deve visar o melhor interesse da criança e do adolescente, entretanto existem vários modelos de guarda, sendo que a mais comum é o modelo de guarda comum, no qual é dada a guarda apenas um dos genitores, ou seja, aquele que tenha melhor condições de educar e dar toda assistência que a criança ao adolescente precisa. Diante de tantas frustrações, e mudanças que a família passou, o legislador observou que devido a tantos problemas e desgaste que uma separação ou divórcio trás, que foi necessário contrair um novo modelo de guarda, seja ela, a guarda compartilhada, que veio para beneficiar a criança e o adolescente, uma vez que a Lei n. 11698/08, trouxe a ambos os genitores deveres e responsabilidade. Pois o fator primordial desse novo modelo é a necessidade de dar o melhor em todos os aspectos para a criança e o adolescente.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 FAMILIA.....	11
2.1 Evolução da Família: breve incursão histórica.....	11
2.2 Pátrio Poder.....	14
2.3 A Família na legislação brasileira.....	16
2.3.1 Casamento.....	20
2.3.2 União Estável.....	21
2.4 Poder Familiar.....	23
2.4.1 Perda, Suspensão e Extinção do Poder Familiar.....	25
2.5 Princípios Constitucionais.....	28
3 GUARDA DE FILHOS.....	31
3.1 Modalidades de Guarda.....	37
4 GUARDA COMPARTILHADA.....	41
4.1 Aspectos Positivos da Guarda Compartilhada.....	50
4.2 Desvantagens da Guarda Compartilhada.....	51
4.3 Decisões.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXO 01.....	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a guarda compartilhada, e como objetivo institucional, produzir monografia jurídica de conclusão de curso de graduação em direito para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina UNISUL; porém o tema abordado é algo recente ante a legislação. Mas com as inúmeras mudanças sociais, e sendo a família a base da sociedade esta não foge à regra, passa por mudanças que em geral o Direito deve acompanhar. A guarda compartilhada é prova disso.

Considerando que a separação de casais por si só já é uma situação, que na maioria dos casos há um desgaste para ambos, e aqueles que os rodeiam. No caso do casal ter filhos menores, ou seja, criança e adolescente, esse processo torna-se ainda mais complexo, tendo em vista que os genitores têm que acordar de maneira que a separação do casal não signifique para a criança ou adolescente que está perdendo seu pai ou sua mãe.

Portanto para que isso aconteça, o legislador vem aprimorando as leis conforme a necessidade tendo em vista a dinâmica da sociedade. A guarda compartilhada é um modelo de guarda de filhos que vem sendo discutida e avaliada para que alcance, dentro deste olhar de melhor interesse do menor, a sua forma ideal.

Portanto o problema formulado para direcionar essa pesquisa parte da preocupação se depois das inúmeras transformações que a família vem passando, será que um novo modelo de guarda, vem para solucionar os problemas que surgem a partir da ruptura dos laços conjugais, pois será que esse novo modelo de guarda é a solução o melhor interesse da criança e do adolescente?

Vale ressaltar nesse momento a importância da família, bem como da separação do casal genitor. Família é para a criança e adolescente o meio de sustentação, é nela que o sujeito terá seus valores criados, sua noção moral e ética, tudo isso se dá na base social, ou seja, no seio da família.

É objetivo desse trabalho analisar, no caso de separação dos genitores, se a guarda compartilhada atende aos interesses dos filhos sejam eles crianças ou adolescentes.

Para tanto faz-se necessário, para o entendimento desse estudo, a abordagem da história da evolução da família, bem como trazer à luz da reflexão a guarda de filhos e por fim caracterizar guarda compartilhada e seus prós e contras.

Com relação à metodologia utilizada para desenvolver esse trabalho, considerando que se baseia em consulta à bibliografia e estudos de casos, entende-se que tal pesquisa é do tipo exploratória. Os procedimentos técnicos utilizados foram a documentação indireta, ou seja, pesquisa bibliográfica, como a legislação brasileira, doutrina, artigos, jurisprudências, que serviram de base para elaboração desse trabalho.

O método adotado é o dedutivo, pois o raciocínio vai do conhecimento universal para o particular.

Este trabalho está organizado da seguinte maneira, uma parte introdutória que insere o leitor no contexto do trabalho, permitindo-lhe ter o conhecimento do tema a ser abordado, o problema de pesquisa, os objetivos, a justificativa da escolha de tal tema e por fim a metodologia utilizada.

Em seguida aborda-se a história da evolução da família, bem como fala-se a respeito do Pátrio Poder, do que a legislação brasileira traz sobre família, conceitua-se casamento, traz-se uma breve explanação do que vem a ser união estável, e por fim dar-se um enfoque ao Poder familiar.

Num terceiro momento dando continuidade, a pesquisa trata de descrever guarda de filhos, conceito e modalidades.

A guarda compartilhada é o tema do terceiro capítulo, onde faz-se uma abordagem do que vem a ser, os prós e os contras, deste modelo de guarda de filhos.

Ao final tem-se as considerações finais, que parte de um fechamento cujo objetivo é permitir uma compreensão do tema sob o ponto de vista do autor.

2 FAMÍLIA

Para iniciar este estudo se faz necessário entender o termo “família”. Assim buscando atender essa premissa, Borghi (2005, p.15), ensina que família é, “em linguagem científica tendo em vista, principalmente, os seres que existem na natureza, o termo família é empregado em sentido amplo, significando um grupo de animais, vegetais ou minerais que apresentam caracteres comuns”. Sendo assim, Borghi (2005, p.16) considerando o grupo de animais e mais especificamente o dos seres humanos, diz que o termo família “é tomada em sentido mais amplo, mais extenso, naquele sentido que os romanos davam ao termo *gens*, isto é, toda a parentela, as pessoas do mesmo sangue”.

Com base neste entendimento, na seqüência traz-se o breve histórico da evolução da família.

2.1 Evolução da Família: breve incursão histórica

Na Roma antiga, as famílias se reuniam para orar diante do fogo sagrado. Acreditavam que a morte não os separava, por isso cultivavam os túmulos de seus familiares próximos a seus lares, pois acreditavam ser a sua segunda morada (Coulanges, 1996).

Ainda de acordo com Coulanges (1996, p.33):

A origem da família antiga não está apenas na geração. A prova disso temo-la no fato de a irmã na família não igualar seu irmão, em o filho emancipado ou a filha casada deixarem completamente de fazerem parte dela, e temo-la, enfim, nas numerosas disposições importantes das leis greco-romanas.

A família grego-romana se estabeleceu na figura do ‘pater famílias’, que era exercido pelo senhor, chefe absoluto da casa, o qual todos tinham que respeitar e obedecer no lar e perante a sociedade.

Para Grisard Filho (2002, p.30) “o pátrio poder é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma”.

É importante ressaltar que a autonomia do poder pátrio foi o grande propulsor do que se constitui hoje como família, ou seja, como afirma Grisard Filho (2002, p.31):

No direito romano, o pátrio poder, que é coluna central da família patriarcal, era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pela cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela família romana.

Leciona Strenger (1991, p.11), “o Direito contemporâneo da família foi fortemente influenciado pelas reminiscências do Direito romano, atribuindo ao poder paternal um papel preponderante no domínio da proteção do infante no seio da família’.

Assevera ainda Strenger (1991, p.11):

O Direito romano primitivo é denominado pela família patriarcal: a *gens*, que se distingue da “família”. A *domus* é que dava a nota específica da família, compreendendo unicamente as pessoas vivendo sob o mesmo teto, isto é, marido, mulher e filhos. A *gens* tem sentido mais extensa: são os descendentes masculinos de um ancestral comum; ela não é, em verdade, fundada tanto na comunidade de sangue, como sobre a dependência de um mesmo chefe, e o que a caracteriza é estar submetida ao poder (*potestas*) do *pater familias*, o qual não é aquele que designa a paternidade física, indicada pelas palavras *parens* e genitor. Sua função é social. Ele é o *dominus*, isto é, o chefe da casa. Em algumas circunstâncias, em tempos mais primitivos, seu poder ia ao direito de decidir sobre a vida e a morte.

Os povos do Ocidente têm como ponto inicial na escala evolutiva da família juridicamente considerada, Roma. Afinal, foram os romanos, por meio de seu Direito que deram a estrutura inconfundível da família ao torná-la uma “unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe” (GOMES, 2002, p.39).

Vale mencionar o que diz Venosa (2006, p.318),

Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o *pater familias* é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado.

A família romana está ligada a união de pessoas, vinculadas ao mesmo poder familiar, pois no tocante ao parentesco em Roma, Gomes (2002, p.40) afirma que:

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

O Direito Civil romano reconhece somente o instituto da agnação, uma vez que apenas os ágnatos têm direitos sucessórios, sendo os únicos (Cretella Junior, p.40). Com o desenvolvimento social, a família passou a ter outro conceito dentro da sociedade.

Na Roma Antiga, diz Venosa (2006) o casamento se originava não por vínculos consangüíneos, mas sim pela identidade de culto. Essa união permanecia por várias gerações, nem mesmo a morte os separava, pois se cultuavam os mortos em sepulcros próximos aos lares, fortalecendo essa cultura.

O homem tinha o papel de chefiar a família, assim como, o de cultuar os deuses lares, e o de exercer as funções de sacerdote, juiz, legislador e proprietário. Em contrapartida a mulher romana apenas tinha que cultuar o pai ou o marido. Era submetida aos mandos do pai enquanto solteira e ao casar-se aos mandos do marido. Ao pai cabia o direito da escolha de um tutor ou marido a sua filha, estando esta viúva cabia a ela a subordinação aos filhos e se por acaso não existissem, aos parentes mais próximos do marido falecido (Venosa, 2006).

2.2 Pátrio Poder

Discorrendo sobre a evolução da família, Viana (1993 p.20) afirma que:

O poder, refletindo a pátria potestas do direito romano, cede lugar à idéia de autoridade, em que está presente a concepção de proteger, assegurar segurança, saúde e moralidade aos filhos. O direito pátrio não fica alheio a esse novo estado de coisas, que se reflete na Constituição Federal de 1988 (art. 226) e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Percebe-se que o pai tinha um poder absoluto, que não podia ser exercido por mais ninguém. Grisard Filho (2002, p.31) ainda acrescenta que a figura paterna “[...] tinha o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo à vítima (*ius vendendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*) e o de entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente (*ius noxae deditio*)”.

Diante do exposto é possível perceber que o pátrio poder perdurou por muito tempo em diversas legislações, sendo que a Legislação Brasileira também adotou referido sistema. Porém, com as transformações que a sociedade está vivendo, o novo conceito de família mudou e as definições foram alteradas, tendo como benefícios, proteção e bem estar das crianças e adolescentes, sendo que a mulher também ganha espaço neste novo modelo de sociedade.

Reproduziu o legislador civil de 1916 o perfil da família então existente: **matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual**. Só era reconhecida a família constituída pelo casamento. O homem exercia a chefia da sociedade conjugal, sendo merecedor de respeito e obediência da mulher e dos filhos. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho. Como era fundamental a capacidade procriativa, claro que as famílias necessitavam ser constituídas por um par heterossexual e fértil (grifo nosso) (DIAS, 2007, p. 43).

A legislação brasileira também adotou, integralmente, a posição romana acerca do pátrio poder. Contudo, todos tinham que obedecer a figura paterna dentro da coletividade. Enfatiza-se que o Código Civil de 1916, só admitia os laços afetivos entre o homem e a mulher se fosse através do matrimônio o qual era a exclusiva forma que o Código antigo acolhia.

Com o desenvolvimento social, a família passou a ter outro conceito dentro da sociedade. O Código Civil de 2002 trouxe uma visão familiar totalmente diferente da família oitocentista. Ressalta-se também que o Código Civil atual buscou modernizar os aspectos efetivos do Direito de Família, unificou mudanças legislativas esparsas, porém preservou a estrutura da codificação anterior.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 21 que “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”.

Grisard Filho (2002, p.33), ensina que “o evoluir social determinou o declínio e a morte do pátrio poder de feição romana, de *denominação*, discricionário, prevalente, absoluto, traduzido reconhece” e ao tratar dos antecedentes históricos do poder familiar, conclui:

Nosso Código Civil, promulgado em 1916, acompanhou a linha que nos legara o Direito lusitano, passando por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos, que consagraram os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre estes e os pais. O quadro legislativo logo absorveu as mudanças, vindo à lume – confiando a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse desses - , o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (GRISARD FILHO, 2002, p.32).

2.3 A Família na legislação brasileira

É possível distinguir três ângulos para que se possa conceituar família, ou seja, um ângulo cujo conceito é mais amplo, onde se define por família todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue, e num ângulo mais limitado entende-se o conceito de família abrangendo também os consangüíneos de linha reta e os colaterais sucessíveis, ou seja, os colaterais até quarto grau. E ainda num ângulo mais restrito, a definição da família é o conjunto de pessoas compreendido entre os pais e sua prole (Rodrigues, 2004, P. 04).

“A família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, o qual nela vê a célula básica de sua organização social” (RODRIGUES 2002, p.06). Assim é possível afirmar que o Estado, por meio das relações jurídicas tem por objetivo preservar e fortalecer o alicerce de toda a organização social, a família.

A unidade familiar, sob o prisma social jurídico, não mais têm como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na metade do século XX, após a Segunda Guerra (VENOSA, 2006, p.6).

Não há no CC uma definição de família, então promovendo um levantamento acerca do que vem a ser família na Legislação Brasileira, constatou-se que na CRFB de 1824 nada foi mencionado sobre família. Mas, na CRFB de 1891, não há um capítulo dedicado especialmente à família, mas há um reconhecimento de que esta existe por meio da formalidade do casamento civil. Ou seja, o casamento, segundo a CRFB de 1891 era a única forma legítima para constituir família e isso perdurou durante um longo período, se mantendo ainda nas CRFB de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969.

O homem era tido como força, o poder, do casal, e no CC de 1916 tal supremacia ficava bastante visível em vários dispositivos, como por exemplo, no art. 233 deste mesmo CC de 1916, que diz “O marido é o chefe da sociedade conjugal,

função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos” (BORGHI, 2005, p.47).

A sociedade brasileira vem passando por constantes transformações. E tais transformações têm acontecido também no seio da família. Os representantes da sociedade no legislativo nacional, mediante as necessidades impostas por tais mudanças, busca dar um amparo legal para os novos conceitos de família. E tanto o CC/02 como a CRFB/88 são as formas de expressar essas novas tendências.

Para tanto é necessário verificar o conceito de família, visto por este novo olhar da sociedade, portanto afirma Akel (2008, p.06) que,

A carta magna vigente, em relação às anteriores, trouxe alterações marcantes nas relações familiares, rompendo a hegemonia do casamento como a única forma legítima de constituição familiar, reconhecendo a união estável como entidade familiar e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes.

Importante mencionar o art.226 da CRFB/88 que confirma o que diz a autora,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A CRFB/88 deixou de reconhecer apenas a família originária do casamento, passando a reconhecer também a união estável como instituição familiar. Ainda a atual Carta Maior determina que o indivíduo pode divorciar-se quantas vezes forem necessárias, desde que obedeça aos pressupostos legais, conforme prevê o art. 226, § 6º da CRFB/88 que afirma que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Em relação aos filhos, o legislador deixou as injustificáveis diferenciações e discriminações que existiam sobre os filhos havidos fora do casamento, no qual

prescreve a Constituição, segundo Dias (2007, p.337), “proibiu qualquer designação discriminatória relativa à filiação, ao assegurar os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção”.

Tanto a CRFB/88 como o CC/02 deixam claro que é dever da família, bem como do Estado dar condições de vida digna à criança e o adolescente. Para tanto segue o art. 227 - § 6º da CRFB/88 que diz,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, 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. 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esse grande avanço está descrito no CC/02, em seu art. 1.596 que diz: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Isso assegura a não distinção entre filhos naturais, sejam eles nascidos ou não no casamento.

A CRFB/88 também coloca um fim numa história jurídica marcada por discriminações entre o homem e a mulher, na tentativa de proteger os interesses, responsabilidade e igualdade de ambos, o legislador incluiu o art 5º I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Ainda, estabelece proteção e igualdade para ambos os cônjuges, conforme prevê o art. 226, § 5º da CRFB/88 “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Leciona Oliveira (2002, p.120), “a chefia da sociedade conjugal é exercida pelo homem e pela mulher, num sistema de co-gestão, sem que um seja mero auxiliar ou colaborador do outro; o que existe aqui é igualdade material e não apenas formal”. Tamanha mudança faz com que haja participação de ambos em tudo, assim denota-se que:

A mulher assume cada vez mais espaço no mercado de trabalho; as entidades familiares livres, sem a regularidade do casamento, são cada vez mais comuns; a liberdade sexual implica numa ruptura de costumes, com a presença constante de troca de casais, refletindo num anseio da existência do divórcio; expressões como adúlterinos concubinos, são tidos como reminiscências, eis que não se fazia mais sentido falar das mesmas. (curso de direito de família. Vários autores. P21-22.

Ressalta ainda Maria Berenice Dias (2007, p. 36),

Valores da Constituição Federal, especialmente no tocante à igualdade de tratamento dos cônjuges. Tanto o marido como a mulher podem livremente praticar todos os atos de disposição e de administração ao desempenho de sua profissão. Foi afastado a concepção antiga de que a mulher era mera colaboradora do marido na administração dos bens, na chefia da sociedade conjugal e no exercício do poder familiar.

Diante do exposto, é preciso mencionar que o legislador não pode se olvidar das mudanças sociais, ao contrário, deve estar atento a elas, para que o direito sempre seja um reflexo do momento social (Freitas, 2005).

Como foi possível observar na CRFB/88 vigente, houve uma mudança significativa, ou seja, a ampliação deste conceito onde determina que a família possa existir mesmo fora casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher. Outro conceito é da família originada por progenitores e sua descendência, chamada então de família monoparental. Assim, com tamanhas modificações na base da sociedade brasileira, a família precisou se adaptar e então moldar-se a nova realidade, promovendo a ampliação de seu conceito. Considerando tais mudanças, é fundamental pesquisar acerca do casamento, afim de adentrar após no tema do presente estudo.

2.3.1 Casamento

No Brasil, na época do Império, o casamento para o direito existia apenas dentro do catolicismo, tendo em vista que a religião católica era a oficial do Estado. Com a vinda de pessoas de outras religiões foi necessário instituir o casamento de natureza civil, promovendo então o casamento de pessoas de outras religiões. Então no período republicano foi decretado o casamento civil como obrigação, isso se dá como consequência da separação da Igreja e do Estado. A sociedade brasileira desde então inicia o costume do duplo casamento sendo o civil e o religioso, conforme ensina Rodrigues (2004).

Casamento de acordo com Rodrigues (2002, p.19), “é o contrato de direito de família que tem por fim a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mutua assistência”.

Já Pereira (2004, p.57) afirma que:

O casamento é uma instituição social, no sentido de que reflete uma situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos. Dentro da sociedade a família é um organismo de ordem natural com a finalidade de assegurar a perpetuidade da espécie humana e bem assim o modo de existência conveniente às suas aspirações e seus caracteres específicos. Em face disso, o casamento é o conjunto de normas imperativas cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral correspondente às aspirações atuais e à natureza permanente do homem.

No Brasil, antes da promulgação da CRFB/88, a família era reconhecida por lei somente se houvesse o casamento. Com base nisso, entende-se que a conceituação de casamento é mutável, bem como a sociedade. Desta forma, traz-se à luz outra definição de casamento, de Espíndola *apud* Rodrigues (2002, p.21):

O casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.

É importante lembrar que no Brasil, a CRFB/88 em vigor legitima a união estável como entidade familiar. Assim, oportunizou a todos aqueles que viviam sem amparo legal buscar e obter seus direitos, uma vez que vivem juntos, constituem família, só não cumpriam uma formalidade, a de serem casados.

Nos dias de hoje o casamento está completamente incorporado ao direito pátrio e, no sentido social, é entendido como uma manifestação de vontade conjunta, que deve atender a uma série de requisitos e a uma cerimônia civil que, cumpridas, promove a legitimidade de uma união de pessoas.

Com o advento da CRFB/88 que reconhece a existência dando legitimidade às uniões estáveis se faz necessário abordar este tema, pois as tomaram idênticas as do casamento.

2.3.2 União Estável

Socialmente esse fato já era aceito por muitos, mas faltava amparo legal. No CC/02 há um capítulo próprio e específico ao tratamento e regulamentação da união estável, distinta do casamento.

Euclides de Oliveira diz que:

A união estável, apesar de dispensar os formalismos necessários ao casamento, começa a se caracterizar pela vontade de vida em comum, sendo necessário apenas o mutuo consentimento dos companheiros. No entanto, tal situação difere do simples “ficar”, ou seja, exige requisitos para a configuração de tal união estável como entidade familiar (2003, p.125).

Na CRFB/88, a união estável é reconhecida como uma forma de família. É uma espécie de união que reúne todos os atributos afetivos do casamento, sendo uma forma alternativa de união entre homem e mulher. A CRFB determina no parágrafo terceiro do artigo 226 que “(...) é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a conversão em casamento”.

Em vigor no atual CC, o seu artigo 1723 prevê “[...] como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Dando mais ênfase ao assunto, Lisboa (2002, p. 135) afirma que: “união estável é a relação íntima e informal, prolongada no tempo e assemelhada ao vínculo decorrente do casamento civil, entre sujeitos de sexo diverso (conviventes ou companheiros), que não possuem qualquer impedimento matrimonial entre si”.

Assim, considerando que ao longo dos tempos a sociedade vem mudando, a instituição familiar também se transforma, tendo em vista que os legisladores por meio da justiça concedem aos genitores um conjunto de direitos e deveres que beneficiam e protegem as crianças e adolescentes. Na seqüência tratar-se-á do poder familiar, para que se possa alcançar o objetivo desta pesquisa.

2.4 Poder Familiar

Maria do Rosário Leite Cintra. (2003. p.100), afirma que “a família é o ambiente apropriado para ser realizada a criação, de se instruir o uso acertado do livre-arbítrio, e onde ocorre a introdução gradual no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente abrigado e de onde ele é lançado para a coletividade”.

Os pais são encarregados e responsáveis pelo sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse deste, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O Poder Familiar, nos dizeres de Grisard Filho (2002, p.44), “é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores”.

Assim o Poder Familiar nesse sentido pode ser definido como sendo “o conjunto de direitos e deveres de ambos os pais, para com os filhos menores tanto em relação a pessoa física como com os bens, para que estes possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos” (Diniz, 2004, p.475).

Afirma Akel (2008, p. 08) que “hoje denominado poder familiar, deverá ser exercido de forma conjunta pelo pai e pela mãe, reconhecendo, ainda, de forma enfática,

o direito que todo menor tem de ver exercido esse poder, função protetiva imposta pelo Estado aos genitores sobre a prole menor”.

A lei trouxe em primeiro lugar o melhor interesse da criança e adolescente, com o intuito de garantir aos menores a proteção, a saúde e educação.

O exercício do Poder Familiar no Código Civil vigente encontra-se no art. 1634, que assim estabelece:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

V - representá-los, até aos 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 CC proporcionou a sociedade um novo modelo de família, no qual previu poderes-deveres para ambos os genitores, sempre visando a igualdade e garantindo a todos, indiscriminadamente, o direito à saúde, educação, lazer, conforme estabelece o art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Descreve o art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Todavia, pode-se perceber que o Poder Familiar, acarretou aos genitores a responsabilidade, a titularidade e intensidade do poder-dever estabelecido pelas legislações vigentes. Acentua Maria Helena Diniz (2004, p.476) que:

Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores, e, excepcionalmente, a um deles, na falta do outro (CC, art. 1690, 1ª parte), exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância,

precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarda e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens.

O Poder Familiar precisa ser desempenhado por ambos os genitores em iguais condições, tendo em vista o interesse e o amparo dos seus filhos. Porém, em caso de divergência é assegurado a qualquer dos pais o direito de procurar o Poder Judiciário para encontrar uma solução, conforme estabelece o art. 1.631 do Código Civil:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

O CC, perante o ambiente familiar, dá aos pais ambos poderes e deveres para amparar os filhos. Assim, ensina Venosa (2004, p.11):

O Código Civil de 2002 procura fornecer uma nova compreensão da família, adaptada ao novo século, embora tenha ainda com passos tímidos nesse sentido. Seguindo o que já determinara a Constituição de 1988, o atual estatuto procura estabelecer a mais completa igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, do homem e da mulher. Da mesma forma, o vigente diploma civil contempla o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, independentemente de sua origem. Nesse diapasão, não se refere o código ao pátrio poder, denominação derivada do *caudelhesco pater familias* do Direito Romano, mas ao poder familiar, aquele que é exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores.

No mesmo sentido, assevera Denise Damo Comel (2003 p.54):

Assim, o que se tem é que o Código Civil evoluiu da denominação pátrio poder para poder familiar, sendo certo que não criou uma nova figura jurídica, mas assim o fez para compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que não

evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função.

Os valores sociais sofreram modificações e, conseqüentemente, diferenças e discriminações foram aos poucos eliminadas, dando abertura ao início de uma sociedade democrata e livre. Isso se mostra também no CC, que prevê que o divórcio e a dissolução da união estável dos pais não alteram o poder parental, conforme o art. 1.632 do CC “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Leciona ainda Akel (2008, p.09), “assim, a nova expressão poder familiar evidencia a igualdade de sexos existentes, não só na sociedade em geral, mas também na própria sociedade conjugal, conferindo aos pais o exercício simultâneo e conjunto da incumbência legal imposta pelo próprio Estado”. E mais, Ana Carolina Akel (ano), coloca que o novo significado do poder familiar proporcionou uma mudança gerando a participação de todos os membros do grupo, não cabendo mais a apenas um ter tal poder, ou seja, diluiu-se a responsabilidade com isso todos tendem a ter voz e vez, dialogando e compreendendo o outro.

2.4.1 Perda, Suspensão e Extinção do Poder Familiar

O CC prevê, no seu capítulo V – do Poder Familiar –, a Suspensão e Extinção do Poder Familiar, quando os interesses das crianças e adolescentes não são cumpridos com rigor.

Assim, ensina Venosa (2004, p.332), “a suspensão refere que podem os pais ser suspensos do poder familiar quando atingirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos”. Descreve o art. 1.637 do CC:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Venosa (2004, p.333), assevera ainda que “a suspensão é medida menos grave do que a destituição ou perda porque, cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal. Por outro lado, como apontamos, a suspensão pode-se referir a apenas parte dos atributos do poder familiar.”

Na Jurisprudência, assentado é o entendimento de que o Poder Familiar é irrenunciável, inalienável e imprescritível. Já se manifestou Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DEVER IRRENUNCIÁVEL E INDELEGÁVEL. DESTITUIÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 392 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ADOÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSES DO MENOR. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
I - O pátrio poder, por ser "um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores" é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia.
II - As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma.
III - A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder" (art. 23 do mesmo diploma)
IV - Na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese".
V - Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor.

Com efeito, a destituição do Poder Familiar “é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos”(VENOSA, 2004 p.334). Os casos de perda do poder familiar estão elencados no art. 1.638 do CC:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. O art. 129, X do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que: Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...) X - suspensão ou destituição do pátrio poder;

O Poder Familiar dos pais sobre os filhos não é absoluto, conforme prevê o art. 1635 do CC: Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638

De acordo com Ana Carolina Akel (2008, p.45),

O abuso de autoridade dos pais em relação aos filhos é causa ensejadora de suspensão ou modificação do poder familiar, vale dizer, a falta do cumprimento dos deveres inerentes à função paterna, inclusive em relação à administração dos bens dos menores, bem como à exorbitação das prerrogativas conferidas pela lei, mau uso ou atos injustos em relação à prole.

O art. 1.636 do CC, menciona que:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Sobre a matéria, Maria Helena Diniz (2004, p.488) acrescenta que “a perda do poder familiar para o pai ou mãe que concorrer por ação ou omissão, para que o menor trabalhe em locais ou serviços perigosos, insalubres ou prejudiciais à sua moralidade”.

Diante de todos os elementos explanados acima, apresentado pelo CC, o Estatuto da Criança e do Adolescente e principalmente a Constituição Federal vigente, estabeleceu ambos os pais, igualdade no exercício de acolher a criança de modo que sejam respeitados suas garantias, direitos e deveres. Contudo, se não forem respeitados esses deveres, serão aplicadas sanções.

Em diversos momentos no decorrer deste estudo se fez necessário utilizar-se da CRFB/88, como fonte de pesquisa para argumentar e fundamentar situações atuais no cotidiano das pessoas, porém é importante sempre enfatizar as mudanças ocorridas na sociedade a partir da promulgação da mesma, salientando a abordagem dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, tema descrito na seqüência.

2.5 Princípios Constitucionais

Inúmeras são as preocupações a serem levadas em conta em um documento como a CRFB/88, pois são as normas, leis e regras estabelecidas para viver bem em sociedade. Mas é fundamental ressaltar que além destas preocupações que a CRFB/88 tem com indivíduo, ela também traz princípios constitucionais relativos a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

Tais princípios servem para melhor compreender aquilo que está expresso na CRFB/88. Assim, o papel da família passou por transformações, tal qual o homem e a mulher passam a ser protegido, respeitado pela sociedade.

É extremamente importante conhecer os princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, muito embora este estudo irá se ater ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Nunes (2002, p.37) “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper”.

Pode-se dizer que o princípio é a base de todo o direito que a lei tem para beneficiar o indivíduo, porém todos devem respeitar e obedecer essas leis.

Os princípios constitucionais servem para interpretar as leis. Ensina Maria Berenice Dias (2007, p.55) que "os princípios passam a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas".

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio de maior importância, pois ele trouxe para o indivíduo igualdade e direitos. Nunes (2002, p.45) relata que "é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete". E o mesmo Nunes (2002, p.49) aduz que:

Acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou, como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com a integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade-, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.

Dispõe o art. 1º, III da CRFB/88, "art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos; III - a dignidade da pessoa humana".

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura ao indivíduo, respeito, dignidade, igualdade, pois o Estado tem o dever de respeitar e dar a tutela jurisdicional. Nunes (2002, p.46) confirma ainda que "a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo".

A lei determina no art. 5º, I da CRFB/88, o princípio da dignidade humana:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O Princípio da Solidariedade familiar, implica no respeito mutuo entre os membros da família, no qual a solidariedade tem de fornecer afetividade e direito que são fornecidos pela carta magna. Conforme explicitado no art. 3º, inc. I, da CRFB/88,

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Importante mencionar que o art. 226,§ 8, da CRFB/88, afirma que, “Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado - § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

A CRFB/88, atribui em alguns artigos, princípios constitucionais, servindo assim, para o individuo uma proteção especial. Todavia, tais princípios têm em sua essência o interesse de dar o mesmo tratamento, proteção a cada elemento do grupo familiar, tornando assim, todos iguais perante a sociedade.

Bom, para que se possa alcançar o objetivo desta pesquisa se faz necessário abordar a guarda da criança e do adolescente no direito brasileiro, abrangendo conceito, finalidade, modalidade, evolução legislativa e natureza jurídica, e é isso que será visto na seqüência.

3 GUARDA DE FILHOS

Conforme descrito no capítulo anterior, a sociedade vem mudando e o Direito por sua vez tem acompanhado tais mudanças, uma vez que este atende as necessidades legais do cotidiano da sociedade.

Família é uma célula da sociedade, tal qual um modelo. E é nela o reflexo direto das mudanças sociais, ou seja, nela que acontecem as grandes situações que exige do Direito a postura de se adequar as novas realidades. Ao longo dos anos o poder de família foi diluído entre os membros do grupo familiar e sendo assim, com novo olhar sobre a família, com o divórcio os pais passaram a ter a guarda dos filhos.

Por dois motivos há de se falar em guarda de filhos, sendo um deles em função da ruptura de laços conjugais e a outra em função da situação em que o menor se encontra abandonado. Confirmando tal explanação, Grisard Filho (2002, p.55) leciona que “em nosso Direito, a guarda de filhos menores advém de duas situações distintas e sujeitas a diferentes disciplinas, que aproveitam, entretanto, o mesmo conceito: em decorrência da separação ou do divórcio dos pais e da que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente”. Para Diniz (2002, p.444), a guarda,

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

Durante a sociedade conjugal, ambos os pais detém o Poder Familiar e estão em igualdade de condições para tomar decisões a respeito de seus filhos. Segundo Freitas (2005, p.234), “é um instituto fundamental das relações familiares, até porque está presente em todos os demais como efeito direito e base de sustentação jurídica das relações, mais especificadamente como decorrência do Poder Familiar”.

Da mesma forma corrobora Grisard Filho (2002, p.62),

Enquanto a família permanece física e espiritualmente unida, não se costumam evocar questões relativas à guarda de filhos menores. Estas afloram, de imediato, tão logo surjam os primeiros sinais de discórdia. O feixe de direitos e deveres que se estabelecem nas relações parentais é exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe em plena igualdade de condições, (...). Ele não se altera com o advento da separação, nem isenções, exonerações ou limitações de direitos ou deveres em suas funções parentais.

Diz Strenger (1991, p.22) que a “guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Carbonera, (2000, p.43) fundamenta que “guardar significa colocar em lugar seguro e tomar todos os cuidados para que nada aconteça pois o “objeto” tem valor e não pode sofrer qualquer avaria ou ofensa”. Já De Paula Santos Neto (ano, p.139), observa ser a guarda “o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este”.

Conforme explanado anteriormente, a guarda pode se dar não só pelos pais, mais também para terceiros. Corroborando ainda Lobo (2008, p.173) afirma que “em situações excepcionais, o juiz pode deferir a guarda a outra pessoa. Exemplo, infelizmente ocorrente, é de pais viciados em drogas, sem ocupação, com práticas de violência contra os filhos.” E complementando o raciocínio Grisard Filho (2002, p.61).

A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação à pessoa dos filhos.

A guarda refere a verdadeira convivência entre pais e filhos, abrangendo o dever de ajudar moralmente, emocionalmente e principalmente na educação.

Conforme o art. 33 da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais.

Para Carbonera (2000, p.47) guarda é:

Guarda [...] instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

O legislador desejou somente em focar o interesse dos menores, pois se há lide há disputa de guarda. E importante deixar claro que a união entre pais e filhos, não pode jamais prejudicar por causa da separação dos cônjuges, uma vez que a ligação só termina em face a um dos cônjuges e não ao filho que ambos consagraram. Contudo, os cônjuges tem também direitos e deveres em relação a casa, filhos e bens.

Conforme Grisard Filho (2002, p.62),

Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Ao genitor que discordar cabe recurso ao Judiciário. É nesse momento que a questão ganha relevo: qual dos genitores é o mais indicado para deter, com exclusividade, a guarda dos filhos menores? E qual o modelo a ser aplicado em benefício deles?

Segundo Strenger (1991), com a ruptura que constitui o divórcio ou separação, é evidente que o filho menor não poderá continuar a viver com seu pai e sua mãe, ao mesmo tempo. Assim, a lei, geralmente na totalidade dos sistemas vigentes, confia o exercício da guarda a um dos cônjuges, que é determinada pelo juiz.

Dispõe o art. 1.571, caput, 1º do CC,

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio. § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Mesmo depois dessa ruptura matrimonial, os genitores têm a obrigação de vigiar, conservar, zelar e proteger o menor, não importando a situação que se encontra os pais, pois o rompimento do casal não pode jamais atingir as obrigações dos mesmos. Entretanto, a carta maior institui em alguns artigos, o dever atribuído aos genitores, conforme descrito no art. 227,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, 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.

O CC vigente estabeleceu em alguns artigos, que independe a situação que se encontra os genitores, e sim suas obrigações e responsabilidades. Como exemplo há de ser citado nos seguintes artigos:

Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Já o Estatuto da Criança e o Adolescente prevê no art.33:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos

procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 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 de direito, inclusive previdenciários.

Art. 34. O poder público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Os ensinamentos de Dias (2007, p. 395) comprovam que:

No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com ambos genitores, sempre há uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos com relação à prole: sendo deferida a guarda em favor de um, é assegurado ao outro, de forma tarifada, exclusivamente o direito de visitação.

Muitas vezes a separação do casal, leva a convivência da Criança/Adolescente com o genitor que não possuiu a guarda ficar ainda mais distante. Logo as definições para estabelecer os tipos de guardas foram várias, uma vez que a principal característica da guarda é para beneficiar a Criança/Adolescente. Assim, Carbonera (2000, p.43), enfatiza que “sua concretização se dá por meio de uma pessoa, um *guardião* que, sempre alerta, atuará para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a “*coisa*” intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel”.

Corroborando ainda Akel (2008, p.58)

Embora com o desligamento do casal, a autoridade parental não se extinga, seu exercício conjunto pelos pais sofre alterações práticas, pois normalmente, os menores são confiados à guarda de um dos genitores, isto é, a desunião não acarreta a perda do poder familiar ao cônjuge que não detém a guarda, porém, dificulta a este a exercite de forma plena, restando-lhe o direito de visitas e a função de prestar alimentos.

O legislador se preocupa em cuidar, em possibilitar mediante a lei a proteção ao menor, mesmo depois da ruptura dos laços conjugais, não podendo deixar de lado o genitor que não obteve a guarda do menor, pois de alguma forma poderá o mesmo exercer suas obrigações e direitos. Então neste íterim leciona Grisard (2002, p.40),

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

Assim, fica subtendido que, ambos os pais tem condições idênticas de proteger os interesses do menor. No tocante à companhia e à guarda dos filhos, Comel (2003, p.110), explica que,

A função de ter os filhos em companhia e guarda é extensão tanto do dever constitucional de assistir o filho (estar presente em sua vida, acompanhá-lo, testemunhar o que faz), quanto do dever de criação e educação, uma vez que os pais só poderão criar e educar o filho se o tiverem consigo, vivendo em sua companhia. Ademais, o domicílio dos pais é o domicílio dos filhos.

Ao discorrer sobre conceito de guarda, Carbonera (2000, p.45) declara que, “em princípio, suas linhas gerais revelam um conjunto de direitos e deveres afetos a uma pessoa, que tem outra sob seus cuidados”. E ainda acrescenta que,

Assim sendo, ao relacionar outros elementos à noção básica de guarda, na perspectiva do Direito de Família, ela poderia ser compreendida como um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (CARBONERA, 2000, p.45).

A guarda envolve no verdadeiro convívio, sob o mesmo lar, dos pais com seus filhos, incluindo o dever moral, assistencial, moral e principalmente na educação dos

filhos, por quando os pais vivem na mesma sociedade conjugal, ambos detém a guarda em comum dos filhos, porém quando a ruptura do casal, passa então a existir outras espécies de guarda.

Segundo Venosa (2004, p.292), “a guarda poderá ser deferida aos avós, tios ou quaisquer outros parentes da criança ou adolescente, ou até mesmo a outra pessoa , desde que haja ambiente familiar compatível”.

No entanto, o legislador se preocupou conforme já explanado acima, apenas o bem estar do menor, pois não importa quem detém a guarda, podendo deter os avós, tios e até mesmo terceiros. Nesse sentido, o art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “art.29 Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Segundo Strenger (1991) a lei tem por objetivo solucionar conflitos, pois não tem como estabelecer relações entre os pais e entre estes e seus filhos. Ainda Strenger (1991,p.90) diz que “o interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação”. Strenger (1991), é fundamental para o bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde, que se leve em consideração o interesse do menor.

3.1 Modalidades de Guarda

Diante da dissolução ou da desintegração da família, surge uma grande questão: a quem cabe a guarda dos filhos? O ordenamento jurídico nacional apresenta duas possibilidades, sendo uma, o acordo entre pai e mãe e a outra é a determinação da guarda por via judicial, diz (Leite,2003, p. 257).

Segundo Akel (2008, p. 91) “o afastamento que a dissolução do vínculo conjugal acarreta entre pais e filhos é extremamente prejudicial aos menores, tendo em vista o que os vínculos emocionais entre os filhos e o genitor não-guardião, aos poucos, tendem a se desfazer”.

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

A *Guarda Única, exclusiva ou monoparental*, que é aquela exercida unicamente por um dos genitores, quanto da ruptura dos laços conjugais. Quando, na existência dos processos de separação e divórcio, um dos cônjuges continua com o filho, durante toda a tramitação do processo, dá-se o nome de guarda provisória. Finalizado o processo, será decretada a guarda definitiva, muito embora o termo não é muito apropriado, pois a guarda não satisfeita poderá a qualquer tempo ser revisada.

A guarda única, também conhecida como monoparental ou exclusiva, ocorre quando o juiz toma sua decisão, “após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. O menor, então, confiado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da guarda única (GRISARD FILHO, 2002, p.75)

Para Lobo (2008, p. 169) “A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se exclusiva”.

Ainda Paulo Lobo (2008, p. 170) reforça ensinando que,

A guarda exclusiva, na sistemática do Código Civil, é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada. Também se qualifica como exclusiva a guarda atribuída a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal.

De acordo com Diniz (2002, p. 394) “quando o filho é reconhecido somente por um dos pais - geralmente a mãe - é claro que fica sob a guarda de quem o reconheceu (CC 1.612). Aliás, nem poderia ser diferente. Registrado o infante somente no nome de um dos genitores, passa ele a exercer a guarda uniparental”.

A *guarda alternada* para Grisard Filho (2002, p. 110) é,

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo de período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontinua, não deixa de ser única.

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

A *guarda originária e derivada*, Grisard Filho (2002, p. 74), “é a que surge da lei, através dos artigos 407, 409 e 410 do CC, e corresponde a quem exerça a tutela do menor, seja um particular, de forma dativa, de forma legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme artigo 30 do ECA”.

Outra modalidade de guarda é a guarda de fato, no qual é imposta pelos os genitores, porém sem o conhecimento jurídico. Conforme explica Grisard Filho (2002, p. 74), que:

É aquele que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação.

O outro tipo de guarda é a chamado *aninhamento ou nidação*, entretanto é um modelo de guarda pouco utilizada, uma vez que é pouco utilizada, sendo um dos genitores em períodos alternados residem na residência do menor. Segundo Grisard Filho (2002, p. 79),

No aninhamento ou nidação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivam os menores, em períodos alternados de tempo. Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para mãe e a outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos.

Um dos mais recentes modelos de guarda é a guarda conjunta ou compartilhada, nos qual ambos os genitores tem a responsabilidade e o dever de compartilhara suas obrigações. Ressalta Grisard Filho (2002, p. 79),

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Segundo Paulo Lobo (2008, p. 177),

Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza. O Código Civil de 2002 não a prevê explicitamente, mas os dispositivos que tratam da proteção dos filhos de pais separados devem ser interpretados em conformidade com tais princípios. Nesse sentido, a guarda compartilhada, no direito brasileiro, é preferencial, apenas devendo ser substituída pela guarda exclusiva quando se evidenciar que não será benéfica ao filho, dadas as circunstâncias particulares e pessoais.

Vale ressaltar que depois com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o pátrio poder deixou de existir, tendo em vista a mudança social que vem ocorrendo ao longo dos anos, na qual foi primordial deixar de lado a figura do pai, chefe absoluto sobre todos, e sim dando a ambos poderes e responsabilidade ao outro genitor. Como a Guarda Compartilhada é o tema desta pesquisa, faz-se necessário tratar desta em um único capítulo, que se dará na seqüência.

4 GUARDA COMPARTILHADA

É importante deixar claro que esse novo modelo de guarda, a guarda compartilhada, surgiu com objetivo de beneficiar a Criança e o Adolescente, proporcionando aos pais participarem por inteiro da criação de seus filhos, sem que haja conflito e disputa entre os mesmos. Propõe com isso reequilibrar a situação, para que todos possam viver em harmonia.

Salienta Gama (2008, p.241), que “no sistema jurídico anterior ao advento da Lei 11.698-08, era controvertida a admissibilidade da guarda compartilhada na jurisprudência brasileira.

Leciona Salles (2001, p.109),

A guarda compartilhada é veementemente aceita em nosso direito, quer seja no âmbito constitucional, quer seja na Lei do Divórcio, quer seja à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que estes diplomas privilegiam os melhores interesses da criança como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento, aliado à sua natural hiposuficiência.

Assevera Akel (2008, p.103), que “a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento”.

Embora as pessoas confundam a guarda compartilhada com a guarda alternada, as duas são totalmente diferente uma da outra, conforme explica Akel, (2008, p.111),

Considerando alguns lapsos cometidos pelos aplicadores do direito, em geral, evidenciar e pontuar as características de cada uma delas é tarefa de suma importância, pois evita que a guarda alternada e a compartilhada sejam tidas como sinônimos, ou fixadas como se assim o fosse. Objetiva-se extinguir a repulsa a esse novo modelo que, por ser desconhecido e pouco explorado pela doutrina e jurisprudência, descaracteriza-se na sua essência, impossibilitando que a sociedade perceba que, sem dúvida, a guarda conjunta é uma solução interessante e ideal nos casos de rompimento dos vínculos conjugais, analisadas, por óbvio, as circunstâncias do caso concreto.

Ainda Lopes *apud* Akel (2008, p.112),

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

Depois da ruptura dos laços conjugais, é comum haver discussão entre os genitores devido a várias situações, uma delas é com quem vai ficar a criança ou adolescente. Entretanto, o legislador notou a necessidade de ter um novo modelo de guarda que possa beneficiar o bem estar e também trazer a eles a mesma vida que tinha antes da ruptura dos laços conjugais.

A idéia do novo modelo de guarda compartilhada é unir mais a criança/adolescente dando a oportunidade de ter mais contato com o genitor que não abrange a guarda.

Segundo Akel (2008, p.107),

A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental.

Leciona Akel (2008, p.106) “parece-nos, assim, que vem a ser o ideal que os pais, efetivamente, participem da vida cotidiana dos filhos, abandonando-se o quadro em que o genitor não-guardião é mero espectador de seus acontecimentos e tornando-o atuante e co-responsável”.

Assevera Salles, (2001, p.83),

Em regra, problemas provenientes de relações pessoais entre pais e filhos não existirão enquanto os genitores viverem juntos e exercerem a guarda de seus filhos. Com a separação (ou divórcio) dos pais, a prole é colocada sob a guarda de um genitor (quase sempre a mãe), que mantém uma relação

permanente com o filho, enquanto o outro genitor terá uma relação permanente com o filho, enquanto o outro genitor terá uma relação mais restrita, visto que esporádicas serão suas visitas.

Importante ressaltar que as mudanças de comportamento na sociedade brasileira, acabam por provocar o surgimento de novas maneiras de guarda capazes de assegurar a pais desunidos o exercício da parentalidade em igualdade condições (Grisard, 2002).

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da pernicioso guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor (Grisard, 2002, p.117).

Segundo Furquim (2007, p.52), “(...) quando o casamento termina, cessa apenas a relação de conjugalidade, mantendo-se a relação parental, que será compartilhada para sempre entre pais e filhos.” E vale salientar que para a construção da identidade social e subjetiva dos filhos, é necessária a convivência com ambos os genitores, considerando que as funções exercidas pelo pai e pela mãe complementam essa construção (Furquim, 2007).

Considerando tais afirmações é evidente que esse novo modelo de guarda veio pra beneficiar o bem estar da criança ou adolescente, pois é muito comum acontecerem maus entendidos depois do rompimento da sociedade conjugal.

Leciona Grisard Filho (2008. p.147),

Com vistas a garantir o melhor interesse do menor e ao desaparecimento da noção de culpa, que retira o caráter conflituoso das separações, passou-se a rever a questão da autoridade parental, a partir do aporte de outras disciplinas, como a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a pediatria, dos assistentes sociais, com a nítida intenção de realçar uma autoridade que compete ao casal, aos pais, para atenuar as conseqüências injustas que o monopólio da autoridade parental do guardião único provoca.

Segundo ainda o autor (2002, p.176),

Ainda do ponto de vista dos filhos, diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda única. Ajuda-lhes a diminuir os sentimentos de rejeição e lhes proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.

Há doutrinadores cujo entendimento é que mesmo inexistindo entendimento, poderá sim os genitores aplicar ao novo modelo de guarda compartilhada, uma vez que ambos os genitores necessitam passar pela mediação familiar, pois mesmo depois de tanta desunião é possível apostar na mediação familiar entre os genitores.

Para Akel (2008, p.105),

Cumprе salientar que, embora toda novidade no ordenamento jurídico seja vista com alguns receios, é perfeitamente compatível que a guarda compartilhada seja utilizada mesmo nas hipóteses em que, entre o casal, haja litígio pessoal que envolva problemas de bens, partilha etc., mas que não atinja a prole.

Ainda Akel (2008, p.106), assevera que “para que o casal exerça a guarda de forma compartilhada em prol dos filhos menores, é de suma importância que entre os genitores haja conversa e harmonia com relação à filiação”.

A guarda compartilhada é o exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar, permitindo o envolvimento de ambos os pais, não cabendo a exclusividade para um dos lados e a visita para o outro. Sendo assim fixa-se o domicílio da criança/adolescente na residência preferencial de um dos genitores, cabendo ao outro o dever de continuar participando do cotidiano, nas questões fundamentais da vida de seu filho, como por exemplo, estudo, saúde, lazer e esporte.

Afirma Lobo (2008, p. 177) que,

O uso da mediação familiar é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitaram em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição.

A mediação é fundamental no processo de implementação da guarda conjunta. É uma ferramenta bastante utilizada para solução de conflitos familiares, uma vez que possibilita uma maior comunicação (Salles, 2002, p. 97).

Afirma Salles (2002,p.100) que,

Tal sistema é extremamente vantajoso para a prole, já que atende e garante o princípio do interesse maior da criança, pois a participação comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que normalmente acompanham a ruptura do casal, favorecendo a criança, na medida em que ambos os genitores continuam envolvidos com o destino da sua prole.

Essa nova Lei nº.11.698/08, conforme anexo 01, almeja acabar com a angústia que a criança e o adolescente sentem após a ruptura dos laços matrimônios de seus pais, tendo estes que dividir as casas e o amor entre os pais, pois o legislador pensou em beneficiar o melhor interesse da criança e do adolescente. Tal situação permite que os filhos sofram menos o impacto causado pela separação.

Entretanto vale ressaltar os artigos no qual estabelece esse novo modelo de guarda compartilhada, conforme o art. 1.583:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

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

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

Entretanto esse artigo, assevera de forma clara que a guarda unilateral é dada para aquele genitor que possuir melhor condições de vida para se responsabilizar pela criança e o adolescente.

Já o art. 1.584:

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

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

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

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

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

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

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

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

Ambos os genitores adquirindo a guarda compartilhada, deverão compartilhar com o outro genitor todas as obrigações.

Segundo Lobo (2008 p.175), “na guarda compartilhada é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá. Essa providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de freqüentar a do outro; ou mesmo de viver alternadamente em uma e outra.”

Acentua Lobo (ano, p.176),

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudo, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias.

Leciona Grisard Filho (2002, p.108) “a ruptura afeta diretamente a vida dos menores, porque modifica a estrutura da família e atinge a organização de um de seus subsistemas, o parental. Com ela surge o problema da atribuição da guarda: ao pai ou à mãe?”

Esses tipos de problemas que os genitores comumente tinham depois da ruptura dos laços conjugais. Por isso é que o legislador trouxe um novo modelo de guarda, no qual vem beneficiar e aproximar aqueles que não detinham a guarda dos filhos.

Segundo Akel (2008, p.104),

O pressuposto maior desse novo modelo é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura do relacionamento conjugal. A premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que é preciso e sadio que estes sejam educados por ambos os pais e não só por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares.

Corroborando ainda Grisard Filho (2002, p.115),

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

Leciona Grisard Filho, (2002, p.151),

Outro aspecto a considerar na viabilização do modelo de compartilhamento da guarda é o que permite que os ex-parceiros deliberem conjuntamente sobre o programa geral de educação dos filhos, compreendendo não só a instrução, como meio de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida de relação, como também a que tem um sentido mais amplo, ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas e psíquicas do menor.

Explica Akel (2008, p 111) que “há que se distinguir, definitivamente, o exercício alternado da guarda do exercício compartilhado, no qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os menores cumprirem suas obrigações e receberem o que lhes é de direito”.

Ainda Akel (2008, p.111),

Data vênia, a guarda compartilhada carrega o necessário pressuposto de uma residência fixa, única e não alternada, ou seja, o menor reside num lar determinado, que lhe gera estabilidade, o que não ocorre na guarda alternada, na qual os filhos são transformados em verdadeiros “ioiôs” humanos, permanecendo, por exemplo, uma semana com cada genitor.

Na seqüência é possível analisar as diferenças e semelhanças, prós e contras, da modalidade de guarda compartilhada e de guarda unilateral. No entanto resta demonstrado conforme palestra ministrada Dr. Gustavo Bassini Schwartz sobre guarda compartilhada no direito de família brasileiro.

GUARDA COMPARTILHADA (CONJUNTA)	GUARDA TRADICIONAL (UNILATERAL)
Características: A criança, ao contrário do que se pensa, não tem duas casas (guarda alternada), mas mora em um local específico e vive sob um modelo de guarda com amplo contato físico onde ambos os pais, apesar de separados, gerem em conjunto a vida da criança. Não há meras visitas quinzenais e o pagamento das despesas é feito diretamente às instituições, por cada um dos pais. A criança pode passar períodos na casa de um ou de outro, aleatoriamente, até que possa decidir.	Características: A criança vive na casa do pai ou da mãe, que detém exclusivamente sua guarda, e portanto, toma as decisões acerca da vida do menor sozinho, sobrando ao outro visitar a criança (normalmente em finais de semana alternados) e pagar pensão alimentícia, que é recebida e gerida pelo guardião. O visitante pode requerer, via justiça, prestação de contas do outro.
Amplo contato físico c/ ambos os pais.	Contato físico estreito/reduzido com um dos pais.
Figura paterna e materna forte.	Figura materna forte, se com a mãe. E vice-versa.
Atuação do Mediador na solução dos conflitos e elaboração do modelo	Sem Mediador
Maior Socialização da Criança	Socialização da Criança reduzida ou comprometida.
Maior Desenvolvimento Psico-Motor e melhor rendimento escolar	Menor Desenvolvimento Psico-Motor e rendimento escolar reduzido.
Futuros adultos maduros e melhor integrados à sociedade	Dificuldade de amadurecimento e conflitos sociais mais acentuados na vida adulta.
Atenuação dos Conflitos familiares pós	Acentuação dos Conflitos pós casamento, com

casamento com menor número de ações na justiça.	mais ações na Justiça (em especial ações de Alimentos, Visitação e Prestação de Contas)
Decisões e autoridade parental bilaterais	Decisões e autoridade parental unilaterais
Tendência à decisões racionais e equilibradas acerca da rotina/futuro da criança, pois conjuntas. Autogestão.	Tendência à decisões passionais e desequilibrada acerca da rotina/futuro da criança com consequente imposição Judicial de Medidas coercitivas.
Realização, nas varas de família, de Estudo Social para um "raio x" da vida familiar e melhor adaptação do modelo na prática. Requer tempo, dedicação, e investimento do poder público nas varas de Decisão técnica e fundamentada em estudo multidisciplinar.	Decisão(jurídica) unilateral do magistrado, com base nas escassas informações contidas nos processos litigiosos familiares, e, às vezes, de seu próprio fôro íntimo. Na grande maioria dos casos a guarda é atribuída à mãe, apesar de, legalmente, não haver privilégio desta sobre o pai.
Panorama: Tendência Mundial em sintonia com as legislações mais modernas envolvendo crianças e adolescentes, defendida por educadores e estudiosos do assunto.	Panorama: Modelo ultrapassado, apesar de em pleno uso, com amplas repercussões negativas, sociais e psicológicas, sobre os menores. Defendida por grande corrente de juristas.

- Por ser o direito, especialmente o de Família, uma ciência subjetiva, as diferenças supra devem ser avaliadas como tendências (não como verdades absolutas), que, todavia, foram constatadas por pesquisadores multidisciplinares e extraídas a partir de princípios e pesquisas científicas. Algumas diferenças são opiniões do autor.

Ressalta-se que ambos os genitores precisam compartilhar suas obrigações e responsabilidade. Salienta Akel (2008, p.113),

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

É importante mencionar o direito de alimentos da criança, pois não basta só dar a ela educação e moradia, mais sim alimento também. Conforme leciona Salles (2001, p.105), “a organização da obrigação alimentar deverá ser feita da maneira mais flexível e igualitária possível, para que nenhum dos pais se sinta prejudicado, estipulando-se um valor pecuniário determinado, conforme as rendas de cada genitor e necessidade da criança.

4.1 Aspectos Positivos da Guarda Compartilhada

Segundo Lobo (2008), a guarda compartilhada prioriza o melhor interesse para os filhos e conseqüentemente da família, da mesma forma prioriza que os pais tem igualdade no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação das suas funções. Não deixando um dos pais como coadjuvante, privilegiando a continuidade das relações dos filhos com seus pais.

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

Para Akel (2008, p.107),

A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, buscando reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda . Para que uniparental.

Corroborando ainda Akel (2008, p.106) que afirma que “O exercício compartilhado da guarda, dentre outras vantagens a serem apontadas, preserva os vínculos afetivos, uma vez que o pai não perde o filho, nem este aquele, ressaltando, por mais uma vez, que a conjugalidade pode se romper, mas nunca a parentalidade.

Ainda Akel (2008, p.109),

A co-educação e o desenvolvimento da criança exigem sensibilidade e flexibilidade e, quando os pais são capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade, a complexa situação dos filhos instaurada pelo divórcio encontra resposta na guarda conjunta, ressaltando, mais uma vez, que a guarda compartilhada só funciona da forma como deve funcionar quando se estabelece a harmonia entre os genitores.

Mais uma vez diz Akel (2008) que quando os pais protegem seus filhos dos conflitos conjugais e dão privilégios a continuidade de suas relações, isso reflete diretamente em termos de vantagens atribuídas aos efeitos jurídicos a essa cooperação parental, dando entusiasmo de compartilhar direitos e responsabilidades na proteção e educação dos filhos.

Leciona Akel (2008, p.113) colocando que,

É evidente, no entanto, que para possibilitar o exercício compartilhado da guarda é mais do que fundamental que, entre o casal, exista bom-senso, equilíbrio e razoabilidade, uma vez que é inviável a utilização desse novo modelo de custódia quando entre eles se estabeleça uma relação de beligerância.

Entende-se por guarda compartilhada a maneira encontrada onde os filhos de pais separados permanecem sob igual autoridade de ambos os pais, que juntos dão continuidade a tomar as importantes decisões na criação de seus filhos. Importante promover a assimilação tanto quanto possível as relações pré e pós separação, ainda que o filho fique sob a guarda física de apenas um dos pais.

4.2 Desvantagens da Guarda Compartilhada

Para Grisard Filho (2002, p.177) quando os pais estão em conflito, que se digladiam na presença dos filhos, que sabotam um ao outro, provocando a contaminação da educação de seus filhos, neste caso à guarda compartilhada pode vir a ser muito lesiva aos filhos. Para tais famílias, recomenda-se a guarda única, que deve ser deferida ao genitor menos contestador e que entenda a necessidade de seus filhos conviverem com outro genitor, mesmo que seja por meio de visitas.

Segundo Salles (2001, p.101),

Na guarda compartilhada, é atribuída aos dois ex-cônjuges a guarda jurídica. Para que esta modalidade seja adotada, é preciso que ambos os pais

manifestem interesse em sua implementação, pois não haveria como compelir um genitor a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o seu resultado inicial. Ressalta-se que tal matéria não está tipicamente em nosso ordenamento jurídico, sendo, necessariamente, hipótese de acordo.

Ainda Salles (2001, p.104),

Entende-se que a guarda compartilhada pode não ser adequada a toda e qualquer família, devendo ser analisado o caso concreto para que se vislumbre a sua possível aplicação, pois pode não ser o melhor sistema a ser adotado em determinado momento. Porém não deve ser descartado *a priori*, como muitas vezes, lamentavelmente, ocorre.

Deve-se avaliar o contexto histórico familiar para que se possa recomendar a modalidade de guarda compartilhada, uma vez que, nem todos os “ex-casados” estão preparados para cumpri-la.

4.3 Decisões

O TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT’ANNA – Data do acórdão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003.

"EMENTA: GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - **GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR**. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. **O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano.** Recurso desprovido."

A jurisprudência, diz respeito a impossibilidade de genitores, uma vez que ambos residem em cidades distintas uma da outra, não há possibilidade de adquirir esse modelo de guarda, uma vez que fere o interesse da criança e do adolescente.

1 Apelação Cível n. 2008.046506-6, de Chapecó - Relator: Marcus Tulio Sartorato - Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil - Data: 21/01/2009

Ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA C/C ALIMENTOS. PRETENDIDA A **GUARDA COMPARTILHADA** E A MINORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR ESTABELECIDA EM SENTENÇA EM FAVOR DA FILHA MENOR (4 ANOS). ESTUDO SOCIAL QUE DEMONSTROU OS CONFLITOS EXISTENTES ENTRE OS GENITORES. INVIABILIDADE DE ADEQUAÇÃO AO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DE RELACIONAMENTO HARMÔNICO ENTRE AS PARTES. ESTUDO SOCIAL, ADEMAIS, QUE DESACONSELHA TAL PARTICULAR. VERBA ALIMENTAR FIXADA QUE SE MOSTRA EXAGERADA. ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS SUFICIENTES PARA COMPROVAR A IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO RÉU. REDUÇÃO PARA 25% DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio" (STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. São Paulo: LTr, 1998, p. 56).
2. "A figura materna para o menor de tenra idade apresenta-se como mais salutar para seu desenvolvimento emocional saudável, apenas afastada em casos excepcionais e devidamente provados" (AC nº 2006.047052-8, rel. Des. Fernando Carioni).
3. "A verba alimentar deve ser fixada em quantia suficiente para suprir as necessidades vitais do alimentando, porém, em valor não excessivo, capaz de prejudicar o sustento do próprio obrigado" (AC nº 2007.044080-3, rel. Des. Edson Ubaldo).

De acordo com essa jurisprudência, é importante deixar claro que esse novo modelo de guarda compartilhada não serve para qualquer tipo de casal, só vai servir para aqueles casais no qual depois da ruptura da união não há litígio. Entretanto, conforme comprovado nesta jurisprudência é evidente e comprovada que ambos os genitores não tem condições de compartilhar a guarda de sua filha.

Estado do Mato Grosso

Número: 42887

Ano: 2005

Magistrado: Dr. José Luiz Leite Lindote

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO LITIGIOSA C/C PARTILHA DE BENS - REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - COMUNICAÇÃO DOS BENS DOADOS ANTE A AUSÊNCIA DE CLÁUSULA RESTRITIVA - guarda compartilhada DE FILHO MENOR - INVIABILIDADE - CONDIÇÕES FAVORÁVEIS À GENITORA - PENSÃO ALIMENTÍCIA - FIXAÇÃO RAZOÁVEL DO QUANTUM - VERBAS DE SUCUMBÊNCIA - ADEQUADA À CAUSA - RECURSO IMPROVIDO. Configurada a culpa do cônjuge, é cabível a separação litigiosa, favorável àquele que não deu causa. Sendo o regime de bens universal, impõe-se a partilha dos bens na proporção de 50%, comunicando-se, inclusive os bens recebidos em doação por apenas um dos cônjuges, ante a ausência de cláusula restritiva. É inviável a guarda compartilhada, quando constatado o mau relacionamento dos ex-cônjuges, mormente quando o genitor tem a vida pregressa comprometida, que afete a educação do menor. Tendo sido a verba alimentícia provisória fixada num quantum razoável, não procede o pedido de minoração, bem como quanto à verba de sucumbência, que se mostra adequada.

Entretanto mais uma jurisprudência no Estado do Mato Grosso favorável a não conceder a guarda compartilhada, uma vez que comprovado que não há um bom relacionamento entre os genitores.

Agravo de Instrumento n. 2002.009848-0, de Capital

Relator: Mazoni Ferreira

Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil

Data: 03/10/2002

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS C/C **GUARDA** E ALIMENTOS - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO - NECESSIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA - ADMISSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE - EXEGESE DO ART. 4º DA LEI N. 1.060/50 - GUARDA **COMPARTILHADA** DEFERIDA - POSSIBILIDADE - PAIS EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES - INTERESSE DOS MENORES QUE PREVALECE SOBRE QUALQUER OUTRO - FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR EM DEZESSEIS POR CENTO DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE - PEDIDO DE MAJORAÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE O AGRAVADO DESFRUTA DE CONFORTÁVEL SITUAÇÃO FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO MANTIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
1. Nos termos do art. 4º da Lei n. 1.060/50, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 7.510/86, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária

gratuita mediante simples afirmação, na própria petição, de que não tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo próprio ou de sua família.

2. Em se tratando de guarda, a escolha dos filhos é suprema em relação a outros fatores. Deste modo, possuindo ambos os pais condições de permanecer com a prole, a solução mais acertada é o deferimento da guarda compartilhada, ainda mais quando esta é a vontade das crianças e os genitores não se opõem ao compartilhamento.

3. Em sede de agravo de instrumento, o exame das provas se limita apenas ao que foi apresentado pelas partes. Não se verificando qualquer irregularidade na decisão vergastada e não comprovando a agravante os fatos noticiados no recurso, o pleito recursal, por conseguinte, não pode ser acolhido.

Conforme demonstrado nesta jurisprudência está comprovado que ambos os pais precisam ter uma vida estável e sem conflitos para poder instituir esse novo modelo de guarda compartilhada.

Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0, de Laguna

Relator: Carlos Prudêncio

Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil

Data: 25/03/2003

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO DO ART. 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONHECIMENTO DO RECURSO. AGRAVO NÃO PROVIDO. "Não obsta o processamento do agravo de instrumento a falta de juntada nos autos principais da petição do agravo e comprovante de sua interposição, bem como relação dos documentos que o acompanham, pois o art. 526 do CPC confere uma faculdade ao agravante para o fim único de possibilitar a retratação da decisão pelo Juiz. É este o objetivo do dispositivo legal, não sendo recomendável que o juiz alargue tal exegese sob pena de, injustificadamente, obstruir o acesso à justiça, garantido na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV)." (A. I. n. 01.017054-0, Rel. Des. Carlos Prudêncio)

RAZÕES DO RECURSO. EXPRESSÕES INJURIOSAS. ART. 15 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA.

Sendo as expressões lançadas na peça recursal indelicadas, mas inexistindo excesso de gravidade por refletirem o estado afetivo do cônjuge varão, não há que ser tomada a providência do art. 15 do Código de Processo Civil. Ademais, somente responderá por litigância de má-fé aquele que praticar uma das ações previstas no art. 17 do Código de Processo Civil, o que não é o caso dos autos, devendo, portanto, ser afastada a preliminar suscitada.

GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA.

"Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais." (Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a

guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.

É interessante observar que em qualquer jurisprudência o que prioriza é o bem estar e interesse da criança e do adolescente, não resta dúvida que na presente jurisprudência esta comprovada.

Apelação Cível: NÚMERO: 70024915969 – RELATOR: André Luiz Planella Villarinho - TRIBUNAL:Tribunal de Justiça do RS - ÓRGÃO JULGADOR: Sétima Câmara Cível - DATA DE JULGAMENTO:15/04/2009 - COMARCA DE ORIGEM: Comarca de Caxias do Sul - PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia 27/04/2009 - TIPO DE DECISÃO: Acórdão

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. INAPLICABILIDADE AO CASO. ALTERAÇÃO DE GUARDA DE MENOR. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA. A guarda compartilhada prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não pode ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exigem harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Em se tratando de processo de regulação de guarda de menor, deve prevalecer sempre o interesse da criança. Não se mostra prudente a alteração da guarda fática, sem maiores elementos probatórios, situação que é de ser evitada a fim de prevenir a ocorrência de prejuízos emocionais à criança. Contexto probatório que recomenda a manutenção da guarda da criança com o pai. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70024915969, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 15/04/2009)

Há entendimento no Estado do Rio Grande do Sul, que no pode ser adquirida essa guarda compartilhada, quando ambos os genitores reservam o melhor interesse da criança e do adolescente, entretanto que haja uma harmonia na relação do casal depois da separação.

TIPO DE PROCESSO: Agravo de Instrumento - NÚMERO: 70018264713 Decisão:
Acórdão - RELATOR VENCIDO: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves -
REDATOR PARA ACORDÃO: Maria Berenice Dias

EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator. (SEGREDO DE JUSTIÇA)...

DATA DE JULGAMENTO: 11/04/2007

PUBLICAÇÃO: Diário de Justiça do dia 30/04/2007

Conforme demonstrado nesta jurisprudência está comprovado a necessidade de existir uma relação pacífica e harmônica, uma vez que restou comprovada nos autos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho foi possível entender e explicitar a influência dos costumes que antigamente a família tinha na figura do pai. Desde os primórdios, algumas mudanças foram muito importantes para as transformações sociais, como era o casamento, o reconhecimento da união estável, a mudança de o Pátrio Poder para Poder Familiar, e também a igualdade do homem e da mulher ante a Constituição Federal de 1988.

Com tais transformações na família, base da sociedade, a guarda dos filhos, crianças e adolescentes, com a separação dos laços conjugais, passou a ser analisada de tal maneira que os filhos não sejam prejudicados, pois o rompimento é do casal, porém estes não deixam de ser os genitores das crianças e adolescentes.

Os genitores devem averiguar o melhor interesse da criança e do adolescente, proporcionando a eles um meio de vida mais adequado depois da ruptura. Vale ressaltar que havendo discórdia entre estes o poder judiciário, está presente para resguardar o direito daquele que necessita. Lembrando que o sentido de família é dar a criança e o adolescente o suporte para ter um futuro digno.

A família unida, ambos os pais estão presentes na vida da criança e o adolescente, dando a eles todo o suporte que precisa, entretanto com a ruptura dos laços conjugais, separação ou divórcio a situação da criança muda completamente. Uma vez que, devido a essa situação que a criança passa a ter seus genitores em dois lares distintos.

O legislador observando a necessidade de aperfeiçoar as leis e que estas necessitam de mudanças por conta das transformações sociais sugere um novo modelo de guarda - a Guarda Compartilhada.

A Guarda Compartilhada é mais uma modalidade existente de guarda, em que os pais terão a opção, depois da ruptura dos laços conjugais, sendo que ambos têm que pensar no bem-estar da criança, de contribuir para que isso aconteça.

Vale ressaltar que para obter esse tipo de guarda, é preciso que ambos os pais estejam de comum acordo, em termos de educação e de interesse no bem estar da criança e do adolescente. Deve existir entre os genitores muito respeito, bem como deles com a criança adolescente.

A Guarda Compartilhada vem ser o modelo que melhor atende os interesses da criança e do adolescente, considerando tais pretextos, pois os pais precisam entender que para tornar-se um adulto responsável, logo é necessário dar aos filhos toda estrutura de aprendizagem, para poder assim levar uma vida digna e saudável, pois está comprovada cientificamente que toda criança mal tratada, infeliz se tornará um adulto infeliz, incapacitado e mal resolvido em todos os aspectos.

Num relacionamento, há os aspectos positivos e os negativos, mesmo considerando a relação pais e filhos, mas a proposta é que neste modelo de Guarda a responsabilidade de educar não caia apenas sobre uma das partes e que este menor entenda que possui tanto um pai quanto uma mãe, a qual deve respeito.

A Guarda Compartilhada é um assunto novo, porém há por parte da sociedade o desconhecimento da sua dinâmica, da sua importância e principalmente do seu propósito. Muitos acreditam que esse novo modelo de guarda serve para que ambos pais não tenha compromisso com a criança ou adolescente, podendo assim se esquivar de suas obrigações tanto em relação aos alimentos ou até mesmo em relação a educação de seus filhos.

É muito comum numa audiência da vara da família, os pais discutirem a guarda da criança e do adolescente, no qual muitas vezes quando não chegam a um denominador comum, requerem então o modelo de Guarda Compartilhada, pois acreditam que poderão cada um assumir por um tempo suas obrigações, mas se isso não for alinhado entre os pais isso será de grande prejuízo para os filhos, a criança e adolescente.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a Família**, Atlas, São Paulo, 2008.

BORGHI, Hélio. **Casamento e união estável: formação, eficácia e dissolução**, Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., São Paulo, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos: na família constitucionalizada**. S. Antonio Fabris, Porto Alegre, 2000.

CRETILLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano: O Direito Romano E O Direito Civil Brasileiro . 25ª Ed. Rev. e Aum. Forense, Rio de Janeiro, 2001.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: Estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**, Ed. Hemus, 12ª ed, São Paulo, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, Editora Revista dos Tribunais 4ª Ed., revista atualizada e ampliada, LOCAL, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *in* **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, 5º volume**, 20ª edição ver. e atual., São Paulo, Saraiva, 2005.

_____. *in* **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, 5º volume**, 19ª edição ver. e atual., São Paulo, Saraiva, 2004.

_____. *in* **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, 5º volume**, 17ª edição ver. e atual., São Paulo, Saraiva, 2002.

FREITAS, Douglas Philips. **Curso de Direito de Família**, Voxlegem, Florianópolis, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à Luz da Lei n. 11.698-08**, Atlas, São Paulo, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família**, 14º Ed. ver e atual. Por Humberto Theodoro Junior, Rio de janeiro, Forense, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**, 2ª Ed. Revista, atual. e ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil, Volume 5: Da família e das sucessões**. Ed. RT, 2002.

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

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. Saraiva: São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, Euclides. **União estável: do Concubinato ao Casamento, antes e depois do novo Código Civil**, 6º edição atual. amp., Editora Método: São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

PAULA SANTOS NETO, Jose Antonio de. **Do Pátrio Poder**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol.V, 14ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**, vol. 6, Saraiva: São Paulo, 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

_____. **Guarda de filhos**. Editora LTr, São Paulo, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil/ Direito de Família**, Atlas: São Paulo, 6ªed. 2006.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, Del Rey, vol.2, Belo Horizonte, 1993.

WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**, 15ª Ed., revista atualizada e ampliada, pelo autor de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2004.

Periódicos:

Revista Jurídica Consulex, 15 de agosto de 2007. **Artigo: Os Filhos do Divórcio**, p.52 por Luis Otávio Sigaud Furquim.

Revista IOB de Direito de Família. dez- jan 2009. Artigo: **A guarda compartilhada e a Lei 11.698-2008**. São Paulo, IOB, vol. 9, n. 51, p. 95, por de Leonardo Barreiro Moreira Alves.

Endereços Eletrônicos:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm
Acessado em: 25/05/2009

ANEXO 01

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Mensagem de veto

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

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

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

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

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

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

§ 4º (VETADO).” (NR)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008