

**FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLAYTON DANTAS DE SOUSA

**GUARDA COMPARTILHADA:
LEI Nº 11.698/2008 E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

**Campina Grande - PB
Dezembro/2010**

CLAYTON DANTAS DE SOUSA

**GUARDA COMPARTILHADA:
LEI Nº 11.698/2008 E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof. Esp. Laene Mota
Amorim Lucena

**Campina Grande - PB
Dezembro/2010**

CLAYTON DANTAS DE SOUSA

**GUARDA COMPARTILHADA:
LEI Nº 11.698/2008 E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Aprovada em: ___ de _____ de ___.

BANCA EXAMINADORA

**Prof^a. Esp. Laene Mota Amorim Lucena - FARR
Presidente – Orientadora**

**Prof^o. MSc. Valfredo de Andrade Aguiar Filho - FARR
Examinador**

**Prof^a. MSc. Cleoneide Moura Nascimento - UNESC
Examinador**

**Prof^a. MSc. Mary Delane Gomes da Costa - FARR
Examinador**

Aos meus pais, Ivete Dantas de Sousa e Jario Salustiano de Sousa, pelos ensinamentos e exemplos de vida, honestidade, ética, amor, dedicação, paciência e apoio. Aos meus irmãos, Shirley Dantas de Sousa, Victor Dantas de Sousa e Mabel Cely de Sousa Dantas, pelos grandes momentos, divertimentos e aprendizados juntos. Aos meus filhos, Eric Dantas de Sousa e Marcos Dantas Sales, pelo amor incondicional que ensinaram e proporcionaram. A todos os meus familiares e amigos leais, pela amizade e confiança.

AGRADECIMENTOS

A Deus e aos meus pais, por permitirem alcançar mais esta etapa relevante na nossa vida.

A minha família e filhos, pela paciência e tolerância com a nossa ausência.

As avós e tias avós, que mesmo não estando mais conosco, sempre sonharam e torceram para que este dia chegasse, e já chamavam Meu Doutor.

A minha orientadora, Esp. Laene Mota Amorim Lucena, pelo incentivo, simpatia, presteza e auxílio nas discussões sobre o andamento e normatização deste Trabalho de Conclusão de Curso.

A professora MSc. Mary Delane Gomes da Costa, pelos carinhosos puxões de orelha, na hora certa e pelo seu espírito de solidariedade.

A professora MSc. Cleoneide Moura Nascimento, pelas palavras de incentivo e afirmação.

A minha amiga, Bela. Larissa Braga, por toda a força e confiança.

A todos os professores pelo carinho, dedicação e entusiasmo demonstrado ao longo desta jornada.

Aos colegas de curso pela espontaneidade, alegria, amizade e solidariedade na troca de informações e materiais.

Aos amigos e amigas, que de uma forma indireta e direta, contribuíram para realização do curso e do trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a guarda compartilhada e suas características no Direito brasileiro de acordo com a Lei nº 11.698/2008, que veio a modificar o Código Civil estabelecendo a aplicação da guarda compartilhada. Para que a adoção desta tenha sucesso, é necessário que sejam observados diversos fatores levando em consideração cada caso, tais como a idade das crianças, a adaptação destas à esse tipo de guarda, a qualidade do relacionamento entre os pais divorciados, etc. Como objetivo geral o trabalho pretende analisar estudo sobre o instituto da guarda compartilhada verificando as vantagens e desvantagens da aplicação desse modelo de guarda à luz do Princípio do melhor interesse do menor. A pesquisa aqui desenvolvida é de cunho qualitativa, haja vista que pretende compreender os significados e características dos dados obtidos através da bibliografia utilizada. Quanto ao objeto, ela é bibliográfica uma vez que foi elaborada a partir do material já existente. No que se refere aos seus objetivos, trata-se de uma pesquisa explicativa, uma vez que tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Com relação às técnicas de pesquisa, a ela é de cunho dedutivo. Com a guarda compartilhada os pais ganham com a divisão de tarefas e com a proximidade com seus filhos mesmo diante do divórcio, já as crianças ou os adolescentes ganham com a manutenção da união e da participação de seus pais em suas vidas, tornando menores os efeitos da separação do casal para toda a família. Todavia, para a adoção da guarda compartilhada é essencial que o juiz faça uso do conhecimento de psicólogos e outros profissionais capazes de lhe fornecer dados que demonstrem qual o melhor tipo de guarda em cada processo judicial, guiado pelo princípio do melhor interesse do menor, usando este como diretriz para buscar as decisões que proporcionem à criança ou ao adolescente os menores impactos e as melhores condições para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, para que a guarda compartilhada venha a ter sucesso, é preciso que haja respeito entre os pais, amizade e amor maiores do que os interesses passionais de cada um.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Lei nº 11.698/2008. Vantagens e Desvantagens.

ABSTRACT

The present research in accordance with turns on the shared guard and its characteristics in the Brazilian Right the Law nº 11,698/2008, that it came to modify the Civil Code establishing the application of the shared guard. So that the adoption of this has success, it is necessary that each in case that, such as the age of the children, the adaptation of these to the this type of guard, the quality of the relationship between the divorced parents, etc. are observed diverse factors leading in consideration. As objective generality the work intends to analyze study on the institute of the shared guard being verified the advantages and disadvantages of the application of this model of guard to the light of the beginning of optimum interest of the minor. The research developed here is of qualitative matrix, has seen that it intends to understand the meanings and characteristics of the data gotten through the used bibliography. How much to the object, it a time is bibliographical that was elaborated from the existing material already. As for its objectives, one is about a explicativa research, a time that has as central concern to identify the factors that they determine or that they contribute for the occurrence of the phenomena. With regard to the research techniques, it is of deductive matrix. With the shared guard the parents earn exactly with the division of tasks and the proximity with its children ahead of the divorce, already the children or the adolescents gain with the maintenance of the union and the participation of its parents in its lives, becoming lesser the effect of the separation of spouses for all the family. However, for the adoption of the shared guard it is essential that the judge makes capable use of the knowledge of psychologists and other professionals of supplying given to it that they demonstrate which optimum type of guard in each action at law, guided for the beginning of optimum interest of the minor, using this as line of direction to search the decisions that provide to the child or the adolescent the lesser impacts and the best conditions for the full development of its personality. Therefore, so that the shared guard comes to have success, she is necessary that it has bigger respect between the parents, friendship and love of what the interests passionals of each one.

Key-words: Shared custody. Law nº 11.698/2008. Advantages and damages.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DA PROTEÇÃO LEGAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	15
2.1	RECONHECIMENTO ESTATAL AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	15
2.2	O ECA COMO FERRAMENTA LEGAL DE PROTEÇÃO AO MENOR.....	18
2.3	O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	21
3	FORMAÇÃO E DISSOLUÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES.....	24
3.1	FAMÍLIA E SUAS ESPÉCIES.....	24
3.2	PARENTESCO E FILIAÇÃO.....	27
3.3	PODER FAMILIAR.....	28
3.4	DA RUPTURA DO VÍNCULO FAMILIAR: DIVÓRCIO.....	29
3.4.1	Divórcio.....	29
3.5	OS FILHOS FRENTE À RUPTURA FAMILIAR.....	31
4	DA GUARDA COMPARTILHADA.....	33
4.1	CONCEITO DE GUARDA.....	33
4.2	PROGRESSO DA CONCEPÇÃO DE GUARDA NAS LEIS BRASILEIRAS.....	35
4.3	A GUARDA COMPARTILHADA.....	36
4.3.1	Regulamentação segundo a Lei 11.698/08.....	38
4.3.2	A guarda compartilhada no Direito Comparado.....	39
5	A GUARDA COMPARTILHADA E SUAS PECULIARIDADES.....	41
5.1	A GUARDA COMPARTILHADA E A RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DOS GENITORES NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	41
5.2	ASPECTOS PRÁTICOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	42
5.2.1	Residência e Visitação.....	43
5.2.2	Alimentos.....	44
5.3	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	45
5.4	ASPECTOS PSICOLÓGICOS.....	46
6	METODOLOGIA.....	48
7	ANÁLISE DOS DADOS: AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	50
8	CONCLUSÃO.....	57

REFERÊNCIAS..... 59

ANEXO – Lei nº 11.698.de 13 de junho de 2008..... 61

1 INTRODUÇÃO

O Direito como produto cultural do homem renova-se ao passo que a sociedade evolui. Este só tem razão de existir se sua letra não for morta, mas sim contemplar determinações e normas jurídicas viáveis ao mundo atual. Na seara do Direito de Família, em que as novas relações e formas familiares têm se apresentado com a modernidade, a legislação concebe mudanças no intuito de acompanhar as modificações do corpo social para dar efetividade às suas disposições. Ou seja, a lei é modificada para adequar-se à nova realidade social.

O Direito Romano, berço do ordenamento jurídico pátrio, contemplava uma organização familiar com caracteres fundamentalmente diferentes da contemporânea. Institutos como o parentesco, matrimônio, pátrio poder e tutela, possuíam princípios consoantes a idéia de família daquela época. Não obstante, o diploma civil de 1916 também dispunha em acordo com a figura da família do início do século XX. Hoje, inúmeras são as modificações a respeito do que a sociedade entende por família, o que dá ensejo a novos contornos, em que podemos citar a família monoparental, a adoção por casais de mesmo sexo, as famílias desfeitas pelo divórcio e suas conseqüências para o poder de tutela que os pais exercem sobre os filhos, entre outras questões, corroboradas pelas mutações sociais, econômicas e culturais as quais as famílias brasileiras vêm passando.

No tocante às separações litigiosas ou consensuais, estas tornam-se mais freqüentes e trazem para o mundo jurídico o debate acerca do tipo de guarda vislumbrada pelo sistema legal nacional quando há nessa situação crianças envolvidas pela fragmentação familiar.

A temática sobre a guarda compartilhada ganhou novos contornos com o ingresso da Lei 11.698/2008 no ordenamento jurídico pátrio, em que esta passou a ser entendida para o Direito brasileiro como premissa máxima no intuito de garantir a concretização de uma família democrática.

Assim, se objetiva que ambos os genitores sejam co-responsáveis nos deveres e direitos que tocam aos filhos menores em seu benefício. Nesse sentido, o objetivo maior da espécie legal citada é por fim à cultura de disputa pela posse dos filhos tão comum das separações judiciais. Ademais, também deseja por fim à cultura de que sobre a guarda dos pequenos a mãe possui direitos preponderantes

sobre os do pai. Sobre a letra da aludida lei depreende-se, em síntese, o cuidado para o menor, em que a separação já traumática, deve perseguir sempre o seu benefício e não utilizá-lo como moeda de troca na disputa judicial.

Todavia, apesar dos nobres intentos da aludida lei, na prática a guarda compartilhada ainda é objeto de debates, em que apresenta aspectos favoráveis e também desfavoráveis para a criança.

Assim, a presente pesquisa objetiva estudar as conseqüentes questões provenientes da aplicabilidade da Lei nº 11.698/2008, em que irá expor as indagações concernentes ao instituto da guarda compartilhada.

Inicialmente, é abordada a proteção estatal dirigida à criança e ao adolescente, por meio dos dispositivos legais que concernem ao tema, Constituição Federal de 1988, tratados internacionais que abordam a matéria, o Estatuto da Criança e do Adolescente no cenário nacional e, em conseqüência de todas essas espécies legislativas, a observação ao princípio do melhor interesse do menor que deve guiar a sociedade e o estado-juiz nas lides que envolvam esse público.

Em seguida, fala-se sobre a formação e dissolução dos vínculos familiares, abordando as diversas espécies de famílias, parentesco, filiação, a concepção do que venha a ser o poder familiar, a ruptura do vínculo familiar, separação e divórcio e a posição dos filhos face à segregação da sua família.

Após esses apontamentos, entra-se no assunto específico sobre a guarda compartilhada. A princípio, fala-se sobre o conceito de guarda e sua evolução social. A seguir, é tratada a guarda compartilhada especificamente, mediante seu conceito, suas disposições de acordo com a Lei nº 11.698/08 e a figura desta modalidade de guarda no direito comparado.

No último capítulo, são explanadas as peculiaridades concernentes à guarda compartilhada, no que toca à relevância da participação dos genitores na vida da criança e do adolescente e seus aspectos práticos (como fica, via de regra, a responsabilidade dos genitores, o direito à visitação ou residência e os alimentos) e os aspectos psicológicos que envolvem esta modalidade de guarda.

Por fim, vislumbra-se uma análise crítica a respeito de todos os dados obtidos ao longo da pesquisa em que são abordadas as vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada.

Assim sendo, têm-se como problema dessa pesquisa a seguinte questão: A guarda compartilhada instituída pela Lei nº. 11.698/2008 vem a atender ao princípio do melhor interesse do menor?

Como objetivo geral o trabalho pretende analisar estudo sobre o instituto da guarda compartilhada verificando as vantagens e desvantagens da aplicação desse modelo de guarda à luz do Princípio do melhor interesse do menor.

Já de forma específica, pretende:

- analisar as características que envolvem o instituto da guarda e o princípio do melhor interesse do menor;
- demonstrar os aspectos práticos decorrentes da aplicação da guarda compartilhada;
- observar as vantagens e desvantagens da utilização da guarda como princípio do melhor interesse do menor.

Do ponto de vista científico, o trabalho em comento apresenta sua relevância uma vez que agrega conhecimento ao estudo sobre a guarda compartilhada indo, porém, além, já que não apenas aborda as modificações advindas com a Lei nº 11.698/2008 como comumente dispõem os trabalhos a respeito dessa temática, mas também discute o atendimento ao princípio do melhor interesse do menor e as vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada.

Do âmbito social, tendo em vista que a responsabilidade pela criança e pelo adolescente é de toda a sociedade (segundo o artigo 227 da Constituição Federal) a monografia em tela demonstra sua relevância uma vez que expõe à coletividade as vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada e seus aspectos práticos, como visitação, residências, entre outros aspectos de interesse de todos.

Assim, a guarda compartilhada é uma problemática que atinge não apenas os ex-cônjuges, bem como a vida do menor, repercutindo até mesmo na formação da sua personalidade. Por ser a problemática de tamanha relevância, é espera-se que os objetivos aqui traçados cumpram sua função fazendo com que a

pesquisa agregue conhecimentos de maneira eficaz aos estudos já existentes sobre o tema.

Espera-se, que o presente estudo possa vir a contribuir para o conhecimento a respeito do tema, acrescentando informações ao mundo jurídico e cumprindo os objetivos a que se dispôs.

2 DA PROTEÇÃO LEGAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

O estudo relativo à guarda compartilhada exacerba do instituto da guarda em si. Para que este seja plenamente compreendido, é indispensável ter em vista o diferente tratamento legal despendido à criança e ao adolescente na seara legal brasileira. Isso ocorre, uma vez que a guarda em estudo objetiva, precipuamente, o melhor para a criança, sujeito de direitos em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, nem sempre o menor teve esse tratamento. A titularidade de prerrogativas legais dirigidas a esse público progrediu concomitante à própria evolução da sociedade e o reconhecimento de direitos às parcelas marginalizadas do corpo social ao longo do decurso histórico, incluindo idosos, mulheres, portadores de necessidades especiais, entre outros.

Dessa maneira, para que se possa ter uma compreensão mais profunda sobre os caracteres da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse do menor que a circunda, é indispensável iniciar a pesquisa em tela a respeito da progressão legal dos direitos dirigidos à criança e ao adolescente internacionalmente e no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 RECONHECIMENTO ESTATAL AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, advinda após o fim da segunda guerra mundial, ingressou na comunidade internacional não apenas como um documento necessário para a permanência da paz mundial, mas também devido à necessidade iminente de promover a integração das parcelas relegadas da sociedade ao longo do decurso histórico. Nesses grupos, encontramos idosos, pessoas com necessidades especiais, raças subjugadas ao longo dos séculos, mulheres e, como é do interesse do presente estudo, as crianças e adolescentes.

No período anterior à Declaração de 1948, principalmente no início do período de Industrialização, as crianças e adolescentes eram vistas como meros

objetos, força de trabalho em potencial, submetidas a jornadas de trabalho absurdas, que comprometiam não apenas seu desenvolvimento intelectual, mas também seu desenvolvimento físico.

No seio familiar, o menor era visto como propriedade por seus pais, estes podendo dispor de seus filhos como bem entendessem. Tanto o é que, por exemplo, no que toca à adoção, em meados do início do século XX, esta era vista como ferramenta para possibilitar a perpetuação de uma família que não poderia ter filhos biológicos, ignorando o sentido de benefício proporcionado ao adotando por esse processo em sua inserção numa família adotiva e melhores condições para o desenvolvimento de sua personalidade. Fustel de Coulanges *apud* Gonçalves (2007, p. 339) sobre isso aponta:

A mesma religião que obrigava o homem a casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns, a mesma religião que impunha o divórcio em caso de esterilidade e que substituía o marido impotente, no leito conjugal, por um seu parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio da adoção, um último recurso para evitar a desgraça tão temida da extinção pela morte sem descendentes: esse recurso era o direito de adotar.

Esse desdém para com a criança e o adolescente e com os demais grupos marginalizados socialmente passou a mudar com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que veio a proclamar o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (fragmento do preâmbulo da declaração).

No que atenta especificamente à criança, o documento em tela estabelece:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a **infância** têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Do exposto, depreende-se a proteção social dirigida à criança independentemente de qualquer fator distintivo. Todavia, a proteção legal destinada a esse público ganhou mais força com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, com o apoio da UNICEF, agência da Organização das Nações Unidas dirigida à criança e ao adolescente para a promoção de políticas públicas que melhorem a condição de vida desse público.

A Declaração em comento prenuncia que a produção legislativa deve guiar-se pelo princípio do superior interesse da criança, a ser estudado em seguida, vejamos:

20 de Novembro de 1959, As Crianças têm Direitos

Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.

Princípio II

- A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

No que toca à guarda compartilhada, o documento em estudo determina como prerrogativa legal da criança o amor, a compreensão e as demais circunstâncias que devem estar presentes no ambiente ao seu redor e em sua criação:

Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade.

Princípio VI

- A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Dessa maneira, a produção legislativa e o cotidiano jurídico devem ter como diretriz a busca pelo interesse da criança. Não obstante, outro paradigma a ser observado são as circunstâncias que possibilitam o seu pleno desenvolvimento.

Todavia, não apenas a Declaração em tela protege juridicamente o menor, uma vez que no sistema legal interno encontramos outros diplomas a tratar especificamente do assunto em estudo.

2.2 O ECA COMO FERRAMENTA LEGAL DE PROTEÇÃO AO MENOR

Na ordem interna, a Constituição Federal de 1988, na qualidade de carta-cidadã, conferiu às minorias (idosos, índios, etc.) o mínimo de suporte legal através do estabelecimento de normas constitucionais dirigidas especificamente a estes, com efeitos imediatos e programáticos, de modo a estabelecer prerrogativas legais fundamentais na defesa de seus direitos e inserção na sociedade a qual pertencem.

No que toca à criança e ao adolescente, sua proteção foi elevada ao nível de determinação constitucional, disso depreende-se a importância destinada pelo ordenamento jurídico e pela sociedade à proteção desse público, de modo a permitir o pleno gozo de direitos e, assim, possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade e a sua formação como cidadão. É no artigo 227 que a CF/88 estabelece essa concepção de tutela, vejamos:

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.

Do exposto, compreende-se que a responsabilidade em promover a proteção e condições de desenvolvimento para essas pessoas recai não apenas sobre a família, mas também é inerente a toda a sociedade e ao Estado, de forma que estes três setores trabalhem de forma integrada visando o bem do menor.

Todavia, apenas o dispositivo constitucional em estudo não abrangia todas as hipóteses em que os direitos da criança e do adolescente eram questionados, bem como não era suficiente ao intuito de cumprir os objetivos enunciados.

Por essa razão, o advento no sistema legal pátrio do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 veio a conferir especificadamente disposições a respeito desse público, agrupando em um só diploma as determinações ao Direito brasileiro a fim de dar suporte à criança e ao adolescente na consecução daqueles objetivos vislumbrados constitucionalmente.

Dessa forma, vê-se que o conteúdo do ECA tem substancialmente um caráter tutelar. Sobre isso, Tavares (2006, p. 13) explana:

A filosofia deste diploma estatutário é a da proteção integral à criança e ao adolescente, em consideração às suas peculiaridades de pessoa humana em fase de desenvolvimento biopsíquico-funcional. O texto da nossa lei está em consonância com as estipulações da convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em Resolução n°44 da Assembleia Geral, de 20 de novembro de 1989, assinada pelo Governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto-Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990 e finalmente promulgada pelo Decreto do Executivo n° 99710, de 21 de novembro de 1990, tornando-se assim, norma cogente do direito positivo interno. (grifo nosso)

Face ao apresentado, depreende-se não só a intenção maior do ingresso do ECA em nosso sistema legal – qual seja, proteger à criança e ao adolescente – mas também sua consonância com as normas de direito internacional que anteriormente tratavam da temática e foram recepcionadas por nosso ordenamento. Ao tempo do advento deste diploma, como visto, já existia uma conjuntura na comunidade internacional que impunha uma conduta por parte do nosso Estado, fazendo-o repensar sua posição em relação a esse público e agir diferentemente.

Ademais, não apenas criou-se um novo diploma legal, mas também fez surgir uma nova ciência jurídica por intermédio do Direito da Infância e da Juventude, haja vista que este não só possui uma fundamentação legal que lhe é pertinente, bem como é guiado por princípios e diretrizes autônomos, dando-lhe a acepção de ciência. Os princípios são norteadores no cenário brasileiro da produção legislativa e da atividade jurídica, uma vez que estas devem guiar-se pelo superior interesse da criança e, quando necessário, recorrer ao texto do ECA.

Tendo em vista que essa ciência jurídica objetiva atender a fins de interesse de toda a sociedade, o Direito da Infância e da Juventude faz parte do Direito Público, haja vista que também é o Estado o grande interessado em proporcionar que a criança e o adolescente tenham condições de desenvolver-se e

de participar ativamente da sociedade como futuros cidadãos, mediante a promoção de políticas públicas que persigam este fim.

Munir Cury (1987, p. 11), utilizando ainda a anterior denominação “direito do menor”, explica o posicionamento do Direito da Criança e do Adolescente como ramo do Direito Público:

Pela natureza de suas normas, o Direito do Menor é *ius cogens*, onde o Estado surge para fazer valer a sua vontade, diante de sua função protetional e ordenadora. Segundo a distinção romana *ius dispositivum* e *ius cogens*, o Direito do Menor está situado na esfera do Direito Público, em razão do interesse do Estado na proteção e reeducação dos futuros cidadãos que se encontram em situação irregular.

Assim sendo, compreende-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu no sistema legal pátrio a fim de dar viabilidade prática às determinações constitucionais dirigidas a esse público no teor do artigo 227, em consonância com as normas internacionais que já requeriam por parte do estado brasileiro a tomada de ferramentas políticas e legais dirigidas ao menor. Disso, surgiu, também, o Direito da Infância e da Juventude como ciência jurídica e ramo do Direito Público, pelo atendimento a um objetivo de ordem social, qual seja, melhorar as condições de vida da criança e do adolescente e permitir que estes se desenvolvam plenamente.

Dessa maneira, encontramos tanto na legislação externa como na interna a solidificação do que venha a ser chamado de princípio do melhor interesse do menor, a ser estudado a seguir.

2.3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Conforme mencionado, a atual concepção legal de proteção à criança e ao adolescente advém de uma progressão histórica referente a esse público como sujeito de direito e não apenas objeto do direito. Essa mudança deu-se na esfera internacional e no ordenamento jurídico pátrio, estando hoje consubstanciada nos termos do artigo 227 da Carta Magna brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como resultado, também solidificou-se no meio jurídico pátrio o princípio do melhor interesse do menor. Todavia, antes de adentrar no que venha a ser sua substância, vale salientar a lição de Nóbrega (1987, p. 125) acerca do que se trata um princípio, vejamos:

O direito está na natureza, é natural por suas raízes, e nada na natureza é arbitrário, tudo tem sua razão de ser. O seu todo e as suas partes constituem um organismo, um sistema, e todo sistema é órgão de uma finalidade, é encarnação de um valor; a sua unidade espiritual, a sua harmonia interior assentam nas idéias que lhe são imanentes e nenhum sistema adquire significação, ou pode ser entendido e explicado sem referência aos seus princípios fundamentais.

Do exposto, é possível depreender que princípio pode ser considerado como um paradigma. Na esfera legal, trata-se de um norteador da atividade jurídica e da produção legislativa. Sua matéria confere à respectiva área de aplicação, diretrizes a serem perseguidas, para que com o princípio o seu objeto guarde consonância. Ou seja, o princípio influencia seu objeto, determina que este seja condizente com seus ditames.

No que toca ao melhor interesse do menor, este pressupõe que a atividade jurídica e a legislativa busquem na lei e nas decisões judiciais os alicerces que beneficiem o menor, em seu aspecto atual e com vistas ao seu desenvolvimento pessoal. Dessa maneira, são inconstitucionais, pois contrárias a esse princípio, aquelas normas legais que venham a denegrir ou corromper o crescimento normal e feliz da criança e do adolescente. Não obstante, também contradizem os ditames constitucionais, as decisões judiciais que optarem pelo interesse dos genitores ou de outras pessoas em detrimento daquilo a ser considerado como mais importante para aquele público.

Este princípio atinge a guarda compartilhada, uma vez que apesar de os pais terem pleno direito em gozar da guarda de seus filhos de modo conjunto, ou seja, compartilhadamente, é indispensável que o estado-juiz ao deferir esta, vislumbre se a medida a ser adotada, corresponde de fato a melhor opção para a criança ou o adolescente, de modo que não prejudique e sim favoreça o desenvolvimento de sua personalidade e a manutenção de seu bem-estar.

Sabe-se que, por vezes, levados pelos sentimentos passionais resultantes do fim do relacionamento, os divorciados utilizam-se dos filhos para vingarem seus ressentimentos, chegando a, em razão disso, pleitear a guarda apenas por vingança, ignorando se este seu pedido corresponde mesmo ao melhor para o interesse da prole.

A guarda compartilhada terá seus contornos pormenorizadamente estudados nos capítulos seguintes. Porém, depreende-se do princípio em estudo que para esta não basta o contentamento dos genitores, mas, principalmente, devem ser observados os efeitos resultantes dessa medida na vida das crianças. A medida judicial deve orientar-se, portanto, por seu interesse, a fim de que possibilite aos filhos o menor dano possível resultante do fim do relacionamento conjugal de seus pais.

Portanto, a decisão judicial a ser tomada no que se refere à guarda compartilhada deve ter como diretriz o melhor interesse do menor. Ou seja, o magistrado deverá inicialmente identificar no caso levado ao seu crivo quais circunstâncias entre as presentes beneficiariam mais a criança ou o adolescente. Difícil tarefa, que envolve a análise de elementos objetivos e subjetivos a serem estudados posteriormente, para então depreender qual seja, de fato, o melhor interesse deste público, possibilitando-o estabilidade, condições para desenvolver-se e formação equilibrada de sua personalidade.

Assim, o princípio do melhor interesse do menor é diretriz a ser buscada ao longo de todo o processo que circunda a guarda compartilhada. Porém, seu estudo também precede outros assuntos, como a formação da família e sua dissolução no ordenamento jurídico brasileiro, tema a ser tratado a seguir.

3 FORMAÇÃO E DISSOLUÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES

O estudo sobre guarda compartilhada pressupõe, inquestionavelmente, a idéia da figura da família e como essa se desdobra na modernidade social. Não obstante, o estudo sobre os contornos acerca da guarda compartilhada devem passar, *a priori*, no que toca à ruptura do vínculo conjugal e seus efeitos, para que seja possível a compreensão não apenas desse tipo de guarda como solução para os conflitos entre os ex-cônjuges, mas também para que se busque o melhor interesse do menor.

Assim, o capítulo que se apresenta expõe o que vem a ser família e seu novo tratamento na conjuntura legal brasileira pela Constituição de 1988, estuda os institutos do parentesco, da filiação, do poder familiar, da separação, do divórcio e, por fim, a posição dos filhos frente à ruptura familiar.

3.1 FAMÍLIA E SUAS ESPÉCIES

No início da história humana a família se estabeleceu através de grupos sociais que viam na reunião de pessoas a possibilidade maior de proteção. Com os romanos, surgiram grupos humanos mais organizados e a idéia de parentesco entre os homens, mediante a consanguinidade e a subjugação dos demais parentes ao chefe familiar.

Em nosso país, influenciado pela força do catolicismo, o Direito brasileiro por séculos admitiu tão somente como família a união do homem e da mulher, religiosamente unidos pelo casamento, com filhos e legais (advindos deste casamento). Todavia, na contemporaneidade, o grande número de famílias não reconhecidas legalmente mediante o instituto da união estável, famílias com pais do mesmo sexo e, ainda, as monoparentais reclamou à conjuntura legal pátria novos

contornos para a definição e o reconhecimento da nossa legislação sobre o que venha a ser família.

Essas mudanças decorrem, também, dos novos papéis desempenhados pela mulher na sociedade atual, através de sua insurgência pela profissionalização, pela industrialização e urbanização, fatores que influenciaram a criação de novas concepções sobre família.

No intento de adequar a lei à realidade, a Constituição de 1988, a chamada carta-cidadã, inovou em nosso ordenamento, estabelecendo os seguintes dispositivos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (...)

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

Nesse sentido, depreende-se o acolhimento por nossa Carta Magna não apenas da família formada pela união estável, mas também as outras espécies de família que serão adiante apresentadas. A doutrina demonstra a relevância de tal tratamento pela Constituição vigente à figura das famílias, segundo Souza e Dias *apud* Gonçalves (2007, p. 14):

Ao longo do século XX, as transformações sociais foram gerando uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, a feição do direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição Federal de 1988. Esta alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, "calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação". Assinala, a propósito, Eduardo de Oliveira Leite que a singeleza ilusória de apenas dois artigos, os arts. 226 e 227 da Constituição Federal, "gerou efeitos devastadores numa ordem jurídica, do Direito de Família, que se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência do Direito Canônico". O citado art. 227

redimensionou a idéia de filiação, enquanto o art. 226 incluiu no plano constitucional o conceito de entidade familiar, “quer decorrente da união estável entre homem e mulher, quer daquele oriundo da comunidade entre qualquer dos pais e seus descendentes, previsto no art. 226, §4º, da Constituição Federal. O novo e instigante dispositivo constitucional reconheceu a existência das ‘famílias monoparentais’, que passam, a partir de então, a ser protegidas pelo Estado. Ao lado do casamento (legalizado), o constituinte reconheceu a união livre (não legalizada), e entre os dois extremos vaga, indefinida, a noção de “família monoparental”, ainda aguardando integral definição, estruturação e limites pela legislação infraconstitucional.”

Assim, hoje reconhecemos as mais diversas espécies de família no Brasil. Estas, encontram-se consubstanciadas por vínculos em que o afeto é o principal componente para sua concretização, sendo a afetividade consequência da intermitente valoração da dignidade humana.

No âmbito do Direito de Família, a dignidade permite que todos sejam tratados igualmente, afrontando seus princípios o tratamento desigual entre as entidades familiares que não correspondem aos paradigmas sociais majoritários da concepção de família.

Podemos, então, entender como família as seguintes subespécies destas: matrimonial (formada pelo matrimônio entre homem e mulher), monoparental (em que há apenas um ascendente e seus descendentes, prevista pelo artigo 226, §4º da CF/88), união estável (união afetiva entre homem e mulher, caracterizada pela comunhão de vidas, contínua e duradoura, apenas não legalmente reconhecida), homoafetiva (formada por ascendentes do mesmo sexo, aqui podendo ter reconhecida a união estável), anaparental (grupo familiar formado pelo vínculo de parentesco e convivência em família, a exemplo de família formada por apenas irmãos ou sobrinhos e tios, residentes em um mesmo local) e pluriparental (novos vínculos familiares formados a partir da dissolução de outros existentes previamente, ou seja, casais que já possuíam outros grupos familiares e que após a sua dissolução passam a viver conjuntamente, incluindo com os seus descendentes de outras relações).

Assim, são nessas várias espécies de família que pode ser suscitada a guarda compartilhada, dependendo das circunstâncias em cada caso. Todavia, é preciso que se entenda o que vem a ser parentesco e filiação para a plena compreensão do seu estudo.

3.2 PARENTESCO E FILIAÇÃO

Entende-se como parentesco o vínculo que liga uma pessoa a outra seja por afinidade ou pela via cível. A consangüinidade é resultado da ligação de pessoas pelo mesmo tronco ancestral, ou seja, por ligações de cunho biológicas. Ademais, o parentesco por afinidade também precede o vínculo que se estabelece entre os cônjuges e seus respectivos parentes. O civil, por sua vez, é decorrente da adoção ou, até mesmo, de outras origens, a exemplo da reprodução assistida.

Dessa maneira, a filiação constitui a relação de parentesco que une alguém a outras pessoas que a geraram biologicamente ou a receberam no seu seio familiar como se a tivessem gerado. Exterioriza a relação de ascendentes e seus respectivos descendentes, Gonçalves (2007, p. 281) ensina que *Filiação* é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivesse gerado. Todas as regras sobre parentesco consangüíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos. Sobre isso, o autor ainda expõe:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga os filhos aos seus pais. É considerada *filiação propriamente dita* quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, às vezes “se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão “paternidade responsável” consagrada na Constituição Federal de 1988, art. 226, § 7º.

Portanto, de acordo com a idéia de filiação, os filhos são considerados iguais perante a nossa legislação, como bem estabelece o artigo 1596 do Código Civil quando aduz “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”.

Tanto a paternidade quanto a maternidade, como visto, devem ser guiadas pela afetividade, tanto o é que a legislação atual contempla as mais

diversas espécies de família, congregando todas elas em torno do afeto, como fator mais relevante que deve estar presente na relação entre pais e filhos.

3.3 PODER FAMILIAR

No passado, a legislação brasileira tratava a relação entre pais e filhos como sendo estes últimos propriedades daqueles primeiros, estando a sua disposição e sendo os ascendentes (obviamente, tendo como principal foco a figura paterna) donos do destino de sua prole, no chamado pátrio-poder. Na atualidade, o Código Civil de 2002, em consonância com a constituição em vigência, modificou a expressão pátrio poder para poder familiar, haja vista que este trata-se de múnus de poder-dever, sendo responsáveis pela criação dos filhos, igualmente, o homem e a mulher. Gonçalves (2007, p. 368) destaca:

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Segundo Silvio Rodrigues “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

O já citado artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece o aludido poder-dever, uma vez que determina que os pais dirijam a criação dos filhos no objetivo de proporcionar-lhes o cumprimento de seu direito à vida, à saúde, à alimentação (subsistência), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

Assim sendo, o poder familiar pode ser compreendido como o conjunto de direitos e deveres conferidos aos pais no que toca à pessoa e aos bens dos seus filhos menores e ainda não emancipados, tendo como pretensão à proteção pessoal e patrimonial daqueles últimos.

Não obstante, é possível compreendê-lo como sendo uma função, haja vista dizer respeito ao encargo que recai sobre os pais de cuidar dos seus filhos, de modo a possibilitar-lhes o provimento das prerrogativas legais que lhes são próprias como pessoas, tendo como parâmetro as circunstâncias peculiares inerentes ao seu estágio ainda de desenvolvimento biopsicossocial.

3.4 DA RUPTURA DO VÍNCULO FAMILIAR: DIVÓRCIO

3.4.1 DIVÓRCIO

Sobre o divórcio leciona Gonçalves (2007, p. 248):

Os povos primitivos, salvo poucas exceções, admitiam a dissolubilidade do vínculo matrimonial. O Velho Testamento do povo hebreu e o Código de Hamurábi facultavam o divórcio ao marido e à mulher. O Código de Manu declarava repudiável a mulher que se mostrava estéril, durante oito anos de casada. Na Grécia antiga, a esterilidade foi também justa causa do divórcio. Em Roma, nos primeiros tempos, não se praticava o divórcio. No império, à medida que a opulência romana foi suscitando a dissolução dos costumes, o divórcio generalizou-se e atingiu todas as classes. No início, somente o marido tinha a faculdade de repudiar a mulher. Depois, admitiu-se que o divórcio tivesse lugar pelo mútuo consenso, ou pela vontade de um só dos cônjuges. O Cristianismo iniciou a campanha contra o divórcio, tomando providências destinadas a dificultá-lo. Somente com o Concílio de Trento (1545 – 1553), porém, a doutrina da Igreja passou a proclamar que o matrimônio é um sacramento com caráter de indissolubilidade. No direito dos povos modernos, o divórcio tem ampla aceitação. Até mesmo o Chile, que juntamente com Malta eram os únicos países ocidentais a não adotá-lo, veio recentemente, por lei promulgada aos 7 de maio de 2004, a admitir a sua realização.

Dessa maneira, depreende-se que a ruptura do vínculo matrimonial possui antecedentes seculares. O divórcio extingue o vínculo matrimonial, dando por fim todos os laços e deveres do relacionamento. Por ser um direito personalíssimo, apenas os cônjuges podem promovê-lo. Todavia, caso um destes esteja incapacitado, poderão promover o divórcio um curador, ascendente ou irmão. Dar-se-á em duas situações, na conversão da separação em divórcio ou de forma direta.

No passado, para que o divórcio fosse decretado pela via direta, era indispensável que os cônjuges estivessem separados de fato por no mínimo dois anos. O prazo exigido pela legislação ensejava usurpações da realidade, uma vez que casais que desejavam desde logo o divórcio forjavam situações como se estivessem separados de fato por mais de dois anos.

Com o advento da emenda constitucional nº 66 de 2010, esta veio a modificar a redação do artigo 226, §6º da Constituição Federal, passando este a

estabelecer que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, ou seja, sem fazer menção ao lapso temporal antes exigido, posto a redação anterior estabelecer 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.

Tanto na conversão da separação em divórcio quanto em sua decretação direta, via de regra, não é este o momento para se analisar a culpa no pedido de divórcio, posto subentender-se que esta já foi discutida quando da separação judicial. Todavia, de acordo com a praxe do juízo, essa regra pode ser excepcionada.

Sobre a temática em estudo, a Lei n.º 11.441 de 2007 trouxe importantes inovações, *in verbis*:

Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

“[Art. 1.124-A.](#) A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

Dessa maneira, depreende-se que a legislação em comento veio a inaugurar no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade do divórcio ser realizado em cartório, pela via administrativa, por meio de escritura pública, facilitando não apenas a vida dos cônjuges, bem como a justiça.

3.5 OS FILHOS FRENTE À RUPTURA FAMILIAR

O rompimento do vínculo conjugal não apenas afeta a vida do casal, como vem a trazer mudanças sem precedentes para a vida de seus descendentes, por vezes abalando a referência destes sobre o que venha a ser a família e o grupo ao qual pertencem. Ademais, no decurso processual do divórcio ou da separação, questões como a guarda dos filhos vêm a serem discutidas, afetando a prole, causando-lhe sofrimento e, até mesmo, comprometendo o desenvolvimento de sua personalidade.

Aos pais, incumbe-lhes o dever de zelar pelo melhor interesse de seus filhos em detrimento de seus próprios interesses, tendo como objetivo que a ruptura do vínculo conjugal traga o menor número de conseqüências malélicas possíveis para a vida da criança ou do adolescente, de modo a preservar seu desenvolvimento saudável.

Todavia, nem sempre o melhor interesse da criança ou do adolescente é perseguido por seus ascendentes quando do fim do relacionamento amoroso. Em certas situações, os filhos são utilizados como moeda de troca ou chantagem em referência aos interesses particulares de seus pais.

Interessante que na conjuntura legal brasileira no passado, o princípio do melhor interesse da criança não possuía tanto respaldo como na contemporaneidade. Antes, à época da Lei do Divórcio (Lei número 6.515) de 1977, a guarda deveria ser dirigida àquele que não havia dado causa ao fim do relacionamento. Ou seja, o cônjuge culpado pelo rompimento do casamento, mesmo que fosse considerado um bom pai ou mãe, não tinha direito de ficar com a guarda de seus filhos. Sobre isso, Gonçalves (2007, p. 289) explana:

Não mais subsiste, portanto, a regra do art. 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. Assim, mesmo que a mãe seja considerada culpada pela separação, pode o juiz deferir-lhe a guarda dos filhos menores, se estiver comprovado que o pai, por exemplo, é alcoólatra e não tem condições de cuidar bem deles. Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano. A solução será, portanto, a mesma se ambos os pais forem culpados pela separação e se a hipótese for de ruptura da vida em comum ou de separação por motivo de doença mental. A regra inovadora amolda-se ao princípio do 'melhor interesse da criança', identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, §2º), em razão da ratificação pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/89.

Dessa maneira, na atualidade a legislação pátria, segundo o já discutido princípio do melhor interesse do menor, determina que, no que toca à guarda dos filhos, mais importante do que verificar qual dos cônjuges em conflito é inocente, deve a atividade judiciária nortear-se por qual deles possui melhores condições de criar a criança ou o adolescente, isso não só sob o aspecto financeiro (até mesmo porque ambos os pais são responsáveis pelo provimento da subsistência de sua prole), mas, principalmente, do ponto de vista afetivo, de modo que possam os filhos se desenvolver plenamente no aspecto social, intelectual, físico e moral.

Por fim, tendo em vista o estudo realizado, é necessário falar sobre o instituto da guarda em si, para, então, adentrar na pesquisa desenvolvida no que toca à guarda compartilhada, matéria abordada no capítulo subsequente.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA

Após o estudo sobre os contornos relativos à instituição da família e da ruptura conjugal, podemos iniciar o assunto específico sobre a guarda compartilhada, apresentando inicialmente uma breve exposição acerca do que venha a ser a figura da guarda na conjuntura jurídica brasileira.

4.1 CONCEITO DE GUARDA

A guarda, como é concebida em nosso ordenamento jurídico, possui similaridades em outras jurisdições, por isso, seu vocábulo advém de outras línguas, assim como aponta Akel (2009, p. 73):

O vocábulo guarda, conforme De Plácido e Silva, é “derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também do inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, e é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração. De forma específica, a guarda de filhos é “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E ‘guarda’ neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Dessa maneira, compreende-se que a palavra guarda transmite um sentido de zelo, cuidado, proteção. Trazendo essa idéia para o corpo familiar, a guarda dos filhos seria o poder-dever de seus genitores e/ou responsáveis em zelar pela criação de seus filhos, em todos os aspectos que circundam a vida destes, abrangendo os âmbitos emocional, afetivo, de educação e de subsistência. Ou seja, a guarda é entendida como o poder-dever dos pais em relação a sua prole em guiá-los na vida objetivando a plena formação da personalidade dos pequenos.

O Código Civil, em seu artigo Art. 1.583 que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança e educação.

Desse dispositivo podemos depreender os deveres relativos à guarda dos filhos, estes revelados pelos aspectos que devem ser resguardados pelos pais que possuem a guarda da criança ou do adolescente e que influenciam em seu saudável desenvolvimento. Salienta-se que esta modalidade de guarda é chamada de processual uma vez que processa-se através das varas de família, tem fundamentos nos dispositivos legais citados e também no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não obstante, o ECA (Lei nº 8.069 de 1990) na seção referente à colocação do menor em família substituta, destina uma subseção exclusiva para tratar da guarda em seu sentido geral. Entre o que dispõe seus artigos 33 a 35, podemos destacar que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Ademais, 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. Esta confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Por fim, a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. A guarda relativa à adoção, fundamentada nesse diploma legal, é chamada de estatutária.

Há um fator a ser observado. A guarda não se confunde com o poder familiar, uma vez que apenas faz parte deste, mas não é fundamental para o poder patriarcal. Dessa maneira, mesmo que, por exemplo, a guarda de uma criança seja deferida a um parente, os pais biológicos podem continuar a ter o poder familiar sobre ela.

A Constituição Federal determina em seu artigo 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A isonomia de gênero reflete-se também na guarda, uma vez que pai e mãe gozam dos mesmos deveres e poderes, desmistificando a ultrapassada idéia de que a mãe possui mais direitos que o pai sobre a guarda dos filhos.

Dessa maneira, em consonância com a democracia hoje vigente, ambos os genitores, em igualdade de condições, possuem o ônus de arcar com a criação de seus filhos e o bônus de gozar de sua companhia e dirigir-lhe a educação e afeto. Esse aspecto é de extrema importância para que seja compreendida com mais profundidade a guarda compartilhada e suas características que serão adiante explanadas.

Porém, nem sempre a igualdade de gêneros deu-se dessa forma no que toca à guarda, será visto a seguir a progressão desse instituto no decorrer do tempo.

4.2 PROGRESSO DA CONCEPÇÃO DE GUARDA NAS LEIS BRASILEIRAS

Inicialmente, de acordo com Akel (2009) a idéia de guarda adveio no ordenamento pátrio conjuntamente às primeiras disposições relativas à separação litigiosa entre cônjuges. Isto deu-se com a Lei nº 4.121 de 1962 em que era determinada ao cônjuge considerado inocente na ruptura da vida conjugal a guarda dos filhos, independentemente deste representar ou não uma má pessoa para dirigir sua criação. Quando ambos os separandos eram considerados culpados, a guarda cabia prioritariamente à mulher e apenas em seqüência, caso o magistrado considerasse outras circunstâncias, esta era deferida ao homem.

Em 1970, com o advento da Lei nº 5.582/70 ficou estabelecido que a guarda dos filhos, uma vez estes reconhecidos por pai e mãe, caberia à figura materna ou a outrem de acordo com o melhor interesse dos menores.

A seguir, de acordo com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515) de 1977, a idéia de guarda restava adstrita não ao melhor interesse da criança ou do adolescente, mas sim às circunstâncias relativas aos cônjuges em processo de separação. Por exemplo, podemos citar nos casos de divórcio-sanção¹ os filhos ficariam com o genitor inocente.

¹ Segundo Delmiro Porto divórcio-sanção pode ser compreendido como “O divórcio-sanção era aquele que convertia a separação-sanção, a separação com discussão de culpa. Agora nele próprio se discute a culpa. Sabe-se que a culpa tem por corolário aplicar sanção ao cônjuge culpado, e esta sanção consiste exatamente na perda do direito a alimentos e ao direito de manter o sobrenome”.

Como visto, a Carta Constitucional cidadã² estabeleceu em nosso ordenamento a isonomia entre os gêneros, passo fundamental para que as legislações ordinárias e a atividade jurídica passassem a serem guiadas por novos valores, em conformidade com o princípio do melhor interesse do menor, já discutido na presente pesquisa.

Não apenas de acordo com os ditames constitucionais, a nova concepção sobre a guarda tem estrita relação com os novos parâmetros da sociedade, em que o corpo social moderno sofre constante mutação, abrangendo diversos tipos de famílias (seja ela a monoparental, a formada por casais homossexuais, a anaparental, pluriparental e demais modalidades já explicitadas no capítulo anterior) e para que a lei não seja letra morta, é indispensável que esta também se modifique.

Da época em que o homem detinha o poder econômico quase que absoluto nas famílias e, por isso, a guarda dos filhos lhe era deferido, até o advento da revolução industrial e dos novos papéis ocupados pela mulher, o instituto da guarda passou por diferentes ópticas fundamentais para sua concepção na atualidade: do machismo, atravessando a idéia de que a guarda deveria restar ao cônjuge inocente pela separação até a igualdade de gêneros e a disseminação do melhor interesse da criança como fundamento norteador da guarda, esta modificou-se nas leis e na sociedade profundamente.

4.3 A GUARDA COMPARTILHADA

O estudo relativo à guarda compartilhada relaciona-se à evolução temporal apresentada, uma vez que esta surgiu de acordo com os mais modernos estudos em relação ao fim da vida matrimonial e a guarda dos filhos após a separação.

Como visto, no ordenamento jurídico brasileiro atual, a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres é constitucionalmente resguardada.

²A Constituição da República Federativa do Brasil é a lei fundamental do Estado Brasileiro, em que são encontradas as normas jurídicas básicas de nossa sociedade e garantidos os direitos mínimos inerentes a cada indivíduo. É chamada de cidadã uma vez que na história constitucional de nosso país é a Constituição que mais privilegiou o exercício da cidadania e a preservação da dignidade humana.

Nesse sentido, o tradicional modelo de guarda, em que após o fim do relacionamento, o ônus da criação cabe desproporcionalmente a apenas um dos ex-cônjuges, fere essa isonomia.

A priori, o modelo aludido, via de regra, funciona da seguinte maneira: um dos cônjuges é responsável pela criança ou adolescente a maior parte do tempo, enquanto o outro cabe tão somente o direito de visitação. Na prática, esse padrão traz malefícios para todos os envolvidos.

Para o cônjuge detentor da guarda, este sofre com a incumbência máxima que lhe é dirigida, o que por vezes resulta não apenas no trabalho dobrado que lhe cabe, mas também na mitificação do outro genitor, que por apenas ver eventualmente seus filhos, não lhes reprimem, restando às dificuldades do cotidiano da criação da prole para aquele primeiro.

Para o cônjuge que não detém a guarda, este pode vir a sofrer com o distanciamento abrupto com relação aos seus filhos, uma vez que lhe restam apenas alguns momentos não freqüentes com eles, deixando a figura de pai ou mãe para tornar-se um mero visitante.

Para os filhos, por sua vez, a figura familiar é desconstituída, porque desde a separação estes sofrerão o irreversível distanciamento com um dos seus genitores e a fragmentação do instituto família.

Porém, como se verá quando do estudo da guarda compartilhada, esta também não é a resposta ideal para essa problemática, uma vez que há diversos fatores a serem oportunamente considerados para a sua adoção como, por exemplo, o respeito e a amizade entre os ex-cônjuges.

Assim, a guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento visando coibir os problemas apontados. Para esta, é preciso que mesmo após o fim da união, os ex-cônjuges não percam o sentido de pai e mãe e ambos possam conjuntamente gerir em igualdade de condições, poderes e obrigações na criação dos filhos em comum. Para Grisard filho (2006, p. 54):

Guarda 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. Implica que ambos os genitores detêm exatamente dos mesmos direitos e obrigações em relação aos filhos menores. Mais ainda: é o tipo de guarda no qual os filhos de pais separados recebem da lei o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma equitativa as responsabilidades de os criarem e os educarem.

Como dito pelo autor acima, a guarda compartilhada é um **plano**, e que a idéia principal é que ambos os pais gozem da paternidade e que a criança possa desfrutar da presença igualitária de ambos em sua vida. Corroborando o entendimento acima, Akel (2009, p. 103) conceitua guarda compartilhada como:

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 com milhares de relações familiares.

Assim, este modelo de guarda vem a romper com os padrões tradicionais salientados e já era encontrado em algumas jurisprudências inovadoras sobre o assunto. Porém, tratava-se de casos isolados, até o ingresso da Lei da Guarda Compartilhada no ano de 2008, que veio a modificar sua posição em nosso ordenamento jurídico, passando de coadjuvante para ser aplicada sempre que possível, segundo o Código Civil pátrio, como se verá a seguir.

Ademais, mesmo que esta deva ser utilizada hoje na maioria dos casos quando é plausível a sua aplicação, há que se destacar os problemas que circundam a essa modalidade, uma vez que, como também será estudado em capítulo pertinente, é indispensável que haja um bom relacionamento entre os ex-cônjuges e uma adaptação saudável da criança a esse novo estilo de vida.

4.3.1 REGULAMENTAÇÃO SEGUNDO A LEI 11.698/08

Tendo ingressado no ordenamento nacional em 13 de junho de 2008, a Lei nº 11.698 veio a modificar alguns dispositivos do nosso diploma civilista, passando a inserir a guarda compartilhada na estrutura jurídica nacional.

Porém, antes de seu advento é importante esclarecer que o antigo artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro previa apenas a possibilidade dos cônjuges celebrarem acordo no que se referia à guarda dos filhos. A antiga redação desse dispositivo anunciava apenas a guarda unilateral, o que na prática deixava que a responsabilidade dos filhos tornasse incumbência de apenas um dos ex-cônjuges.

A nova redação desse mesmo artigo, segundo a lei em comento, estabelece que a guarda será, via de regra, unilateral ou compartilhada. Não há preponderância entre essas duas modalidades, ambas são válidas e possuem o mesmo peso.

Por guarda compartilhada entende-se a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (§1º).

Permanece também a figura da guarda unilateral, que deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação. Porém, isso não significa que o outro genitor será excluído da convivência familiar, pois a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos (§2º e §3º).

Ambas as modalidades de guarda poderão ser requeridas, 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 ou ainda 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 (§4º).

O artigo 1.584 também foi modificado e, em linhas gerais, estabelece que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Ademais, 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.

Todavia, não apenas a estrutura legal brasileira prevê a guarda compartilhada, para ter dimensão de sua difusão pelo mundo, a seguir será feita uma breve exposição desse instituto em outros ordenamentos jurídicos.

4.3.2 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

Para o ordenamento jurídico da Espanha, segundo seu Código Civil, no artigo 154, homem e mulher exercem igualmente o pátrio-poder, disposição corroborada pela Constituição que estabelece a igualdade jurídica plena entre cônjuges.

Sobre a guarda, especificamente, a lei do matrimônio (1981) ordena que a separação, a nulidade e o divórcio não exoneram os pais de suas obrigações para com os filhos (artigo 92). Advindo o rompimento da vida matrimonial, a guarda é dada ao genitor com quem convive o filho, sendo facultado ao juiz atribuir ao outro, se requerido, o exercício conjunto (CC, art. 156, § 5º).

Já na estrutura legal norte americana a guarda compartilhada tem sido bastante difundida. Na maior parte das situações esta modalidade é acolhida pelo juiz por sugestão dos separandos. Porém, antes de determiná-la, cabe ao magistrado analisar a preservação do interesse da criança e do adolescente diante da aplicação da guarda conjunta.

A França, por sua vez, foi um dos primeiros ordenamentos a inovar nesse sentido, tendo sido a guarda compartilhada inaugurada em sua legislação desde 1976 e consagrada por uma lei de 1987 que veio a modificar o diploma civilista vigente à época e trazer ao Direito material aquilo que já era encontrado na aplicação da jurisprudência sobre a guarda conjunta.

No que toca ao Direito Português, assim como a legislação brasileira, vigia em regra o deferimento da guarda unilateral, só com a evolução social que a guarda compartilhada passou a ser uma alternativa plausível. Em 1995, através da Lei nº 84/95, foi permitido aos pais celebrarem acordo sobre o exercício comum da guarda.

Por fim, no direito alemão, antes de 1977 a guarda era devido ao ex cônjuge inocente pela separação. Entretanto, com o advento da lei sobre a guarda no ano de 1979, além da mudança da denominação pátrio poder para cuidado paternal, a entrega da custódia a um só dos pais acomodou-se na consideração do melhor interesse do filho. Contudo, essa regra foi declarada inconstitucional em 1982. Passou a Corte Constitucional a entender que o Estado não pode interferir no

desejo dos pais de exercerem a guarda conjuntamente, salvo interesse do menor. Em regra, o Tribunal outorga a guarda comum” (AKEL, 2009).

Dessa maneira, o instituto da guarda não é novidade e já era compreendido por diversos ordenamentos há décadas atrás. Porém, é preciso ter em mente as reais vantagens e desvantagens práticas da aplicação dessa modalidade de guarda, assunto tratado no capítulo último da presente pesquisa.

5 A GUARDA COMPARTILHADA E SUAS PECULIARIDADES

Após o que foi apresentado nas páginas anteriores, sobre o instituto da guarda e mais especificamente à guarda compartilhada e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 11.698/08, salienta-se que não basta a inovação legal trazer à sociedade um novo modelo de guarda, é preciso que o jurista atente para todas as conseqüências para os genitores e para o menor em sua adoção, uma vez que a guarda compartilhada, na aplicabilidade, não é tão simples quanto previsto no texto legal.

Assim, por último, apresentam-se os diversos aspectos concernentes à guarda compartilhada e sua importância de observação pelos operadores do Direito.

5.1 A GUARDA COMPARTILHADA E A RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DOS GENITORES NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O foco da guarda compartilhada reside na importância que a dissolução do matrimônio venha a afetar o menos possível a relação entre o menor e seus pais. Isso se dá uma vez que ao fim do matrimônio muitas vezes ocorre que apenas um dos pais resta sobrecarregado com as funções de promover a criação do filho, enquanto o outro desaparece paulatinamente da vida de sua prole, perdendo o contato e o carinho.

Diferentemente da guarda alternada, em que a criança passa parte do tempo com um dos ex-cônjuges e parte com outro, e que em cada momento um deles tem poder total sobre sua guarda, na modalidade compartilhada, mesmo que,

como se verá a seguir, a criança resida à maior parte do tempo com um deles, pai e mãe, são responsáveis por gerir todos os aspectos que circundam o cuidado com seu filho. Não há parcela de poderes e deveres atribuídos a um ou outro dos pais, mas sim uma comunhão de atitudes para que o menor possa encontrar, mesmo após a fragmentação do casamento, apoio igualmente em seus genitores.

Essa ênfase da guarda compartilhada é importante uma vez que objetiva manter a estabilidade emocional do menor, para que este não vislumbre o fim do casamento de seus pais, como o fim de sua família ou do seu lar, mas tão somente como o fim do relacionamento de um homem e uma mulher, que permanecerão desempenhando conjuntamente suas figuras de pai e mãe em sua vida.

Para que isso venha a ocorrer, na prática, é indispensável que haja amizade entre os ex-cônjuges, não há sentido em objetivar uma comunhão de atitudes para o compartilhamento da guarda do menor, quando estes se digladiam judicialmente durante o divórcio ou a separação ou não possuem um bom relacionamento.

Aspectos como contas a pagar, residência, conseqüências psicológicas da aplicação da guarda compartilhada, são fatores indispensáveis para que esta venha a obter sucesso em seu intento. Acredita-se que todos os pormenores relativos à criação do menor devem ser conversados e decididos pelos genitores, para que suas atitudes reflitam, de fato, o melhor interesse do menor.

5.2 ASPECTOS PRÁTICOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Na aplicabilidade da guarda compartilhada pelo magistrado, devem ser observados requisitos a serem definidos judicialmente que possuem forte influência na vida dos envolvidos. Aspectos como visitação, residência, alimentos, entre outros, são fundamentais para que esta modalidade de guarda logre o êxito pretendido e preserve a amizade e respeito entre os genitores e o desenvolvimento da criança.

Portanto, no presente tópico serão abordados esses aspectos a serem discutidos não apenas pelos pais, mas também pelo juízo que decretar a guarda

compartilhada, tendo como diretriz o melhor interesse do menor e as circunstâncias de cada caso.

5.2.1 RESIDÊNCIA E VISITAÇÃO

A Lei nº 11.698 de 2008 modificou o Código Civil, estabelecendo a guarda compartilhada no ordenamento nacional, porém, nada mencionou quanto à disposição, por exemplo, do que toca à residência da criança diante da adoção desta guarda. Segundo Akel (2009):

A guarda compartilhada garante aos filhos uma residência habitual, como ponto de referência, a ser apontada pelos pais ou proposta pelo juiz depois de analisar as condições especiais de cada caso, preservando sempre o melhor interesse do menor.

Nesse sentido, verifica-se que na aplicação da guarda compartilhada, não significa que a criança terá duas casas (como ocorre na guarda alternada), aqui apenas uma é eleita, de modo que os filhos tenham um referencial do que seja o seu lar. A eleição deste deve ser de comum acordo entre os genitores, uma vez que não faz sentido falar em guarda compartilhada se há um ambiente hostil e prejudicial para a criança. Em todo caso, o princípio do melhor interesse do menor deve ser a diretriz pela qual os operadores do direito e, também, os pais, devem escolher o lugar em que a prole residirá ao fim do matrimônio.

A escolha de apenas um lar destaca que a prioridade em vista deve ser a manutenção da estabilidade emocional dos menores, a moradia em apenas um lar como ponto de referência, mesmo que estes venham a ter outros momentos na casa do outro ex-cônjuge, se dá uma vez que não há divisão do tempo em que eles ficarão com um ou outro dos pais, mas sim uma parceria entre estes últimos para a realização da criação dos filhos. Nesse sentido, mesmo que venha a morar

referencialmente em apenas uma casa, o pai e mãe permanecem como responsáveis, ambos, pela prole.

Por sua vez, a visitação é uma prerrogativa legal que está relacionada mais ao filho do que aos genitores e pode ser exercida, inclusive, por outros membros da família que não os pais do menor. O interessante é ressaltar que na guarda compartilhada o direito de visitação não adapta-se ao ideal dessa modalidade, uma vez que os pais são responsáveis por gerir a vida do filho. Assim, nela não há limitação de acesso ao filho pelo genitor com quem este não resida, uma vez que mesmo residindo referencialmente com apenas um deles, ambos mantêm seus papéis de pais.

5.2.2 ALIMENTOS

Os alimentos são devidos reciprocamente entre pais e filhos por força do mandamento do Código Civil que estabelece um subtítulo apenas para tratar dos pormenores deste assunto, a partir do artigo 1.694, que estabelece o poder dos parentes, dos cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Ademais, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Assim, depreende-se que os alimentos devem ser estabelecidos tão somente quanto indispensáveis para o provimento da subsistência daquele que está necessitando. No que toca à obrigação dos pais para com os filhos menores, os alimentos têm como razão no Direito o dever de sustento e educação que aqueles primeiros devem oferecer a sua prole (segundo dispõe também o diploma civilista pátrio em seu artigo 1.566, IV), são estes classificados como civis e encontram previsão legal nos artigos 1.694, 1.696, 1.703 e 1.705 também do Código Civil.

O instituto da pensão alimentícia, via de regra, não condiz com os ideais da guarda, uma vez que ambos os ex-cônjuges são responsáveis pelo provimento da subsistência do menor. Dessa maneira, as despesas podem ser amigavelmente

acordadas e pagas diretamente e de forma proporcional por cada um dos pais. Porém, como a lei também silencia a esse respeito, se na situação apresentada ao magistrado seja necessário a determinação de alimentos, estes podem ser ordenados pelo juízo responsável pela lide, de acordo com os parâmetros tradicionais dos alimentos em nossa legislação, ou seja, um dos pais mensalmente dirige ao outro quantia em dinheiro para que o outro possa adimplir com as despesas decorrentes da criação dos filhos.

Entretanto, é mais plausível que na aplicação da guarda compartilhada até mesmo a responsabilidade de gerenciar pagamentos e alvitrar quantias financeiras sejam aspectos compartilhados por ambos os pais, em amizade, para que ambos sintam-se responsáveis pela gestão da sobrevivência de seu filho, desde que este modelo seja o mais fácil de ser cumprido pelos genitores.

5.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

No assunto em estudo, é interessante falar sobre a disposição da responsabilidade civil dos pais quando da aplicação da guarda compartilhada, uma vez que o Código Civil incumbe aos pais do menor a responsabilização objetiva em reparar civilmente pessoas que sofreram danos pela prática de atos de seus filhos menores, segundo dispõe o artigo 932, I. Nesse sentido, a responsabilidade independe da verificação ou não de culpa por parte dos genitores.

Nos moldes da legislação nacional, na presença de um dano causado a terceiro que tenha idade inferior a 18 anos, a responsabilidade civil é objetiva e integralmente atribuída aos pais, independente da culpa que recai sobre estes ou, no caso de incapaz (seja incapacidade absoluta ou relativa) a responsabilidade pela reparação civil será subsidiária, conforme estabelece o artigo 928, parágrafo único, do Código Civil quando diz que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, e que a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Porém, há também o caso de responsabilidade solidária, que ocorre na situação apenas quando o relativamente incapaz houver sido emancipado voluntariamente pelos genitores, aos dezesseis anos. Afora essa situação peculiar, a reparação civil será sempre ou dos filhos ou de seus genitores, em sua integralidade.

Um aspecto diferencial na guarda compartilhada há que se ressaltar, no que toca à reparação civil. No modelo tradicional de divórcio ou separação, em que apenas um dos cônjuges fica com a guarda pelo filho, desaparece a solidariedade pela reparação civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos, apenas um deles será responsável, aquele que detenha a guarda.

No caso da guarda compartilhada, como os genitores desempenham a função de zelar pela educação, subsistência e criação dos menores, de forma conjunta, continuarão responsáveis pela aludida responsabilidade, permanecendo esta solidária entre eles.

5.4 ASPECTOS PSICOLÓGICOS

No exercício compartilhado da guarda o menor deve sentir-se amparado por seus pais, que mesmo não mais vivendo como marido e mulher continuam sendo responsáveis pela sua vida, como aduz Akel (2009, p.66) que:

A lição mais importante é demonstrar à prole que, apesar de seus pais não viverem juntos, continuam unidos no que diz respeito aos seus interesses e bem-estar, que permanecem sensíveis às suas necessidades e não deixarão de prover-lhe estabilidade.

Por outro lado, como já salientado ao longo do estudo, a criança que vive sob a guarda de apenas um de seus pais sofre com o distanciamento do outro, uma vez que o contato torna-se cada vez mais raro.

A mesma autora ressalta que as visitas esporádicas fazem crescer nas mentes das crianças a idéia de não mais serem amadas pelo genitor visitante. Idéia que, algumas vezes, é alimentada pelo detentor da guarda unilateral que utiliza a criança como meio para atingir seu ex-cônjuge.

Esse reforço numa má imagem do outro cônjuge é chamada de alienação parental e se dá quando um dos pais instiga na criança sentimentos de desprezo,

temor, ansiedade e outros que venham a prejudicar o relacionamento entre genitor e filho, até que este último não queira, ou simplesmente perca o contato com aquele primeiro.

Assim, como dito antes, para que a guarda compartilhada se dê conforme seus objetivos é indispensável que psicólogos e assistentes sociais atuem no processo de determinação da guarda pelo magistrado, uma vez que este apesar de ter todo o aparato legal, não pode guiar-se tão somente pela lei, mas sim buscar auxílio nos profissionais qualificados para analisar se a adoção desta modalidade de guarda é, de fato, a mais benéfica aos envolvidos. Cabe a estes profissionais o difícil papel de verificar se existe entre os ex-cônjuges amizade suficiente para que a guarda compartilhada não se torne uma disputa, ou seja, utilizada em detrimento dos interesses do menor.

Psicólogos e assistentes sociais procederão à análise das condições presentes em cada um dos envolvidos no que toca à criação dos filhos, para assim apontar a opção mais favorável ao menor, que melhor atenda aos seus interesses, a sua estabilidade emocional e desenvolvimento de sua personalidade, seja com a guarda deferida a apenas um dos pais ou conjuntamente. Akel (2009, p. 32) aponta que:

Assim, a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, sendo educada num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade, com vistas a prepará-la para viver uma vida individual na sociedade.

Por fim, é importante destacar que a instituição da guarda compartilhada não significa que os pais devem sempre compartilhar das mesmas opiniões, até porque divergências sempre existirão, mas que estando determinada ou acordada esta modalidade, que os genitores tenham em mente o sentimento de parceria e da razoabilidade para proceder às decisões que se sobreponham aos seus interesses, vislumbrando sempre aquilo que seja melhor para a criança.

6 METODOLOGIA

Sobre a abordagem do problema, este trabalho monográfico possui pesquisa de cunho qualitativa, haja vista que pretende compreender os significados e características dos dados obtidos através da bibliografia pesquisada. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar identificar suas naturezas. (MEZZARROBA, 2009, p. 110)

Quanto ao objeto, a pesquisa apresentada é bibliográfica uma vez que foi elaborada a partir do material já existente, concernente às publicações doutrinárias a respeito da guarda compartilhada, do Direito de Família e da legislação pertinente ao menor (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90), bem como também foi embasada nos artigos científicos veiculados na rede mundial de computadores inerentes ao tema. Segundo Cervo, Bervian e Silva (2007, p. 60):

A pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros, dissertações e teses. Pode ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental. Em ambos os casos, busca-se conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado sobre determinado assunto, tema ou problema.

No que se refere aos seus objetivos, esta trata-se de uma pesquisa explicativa, uma vez que tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Segundo Gil (2002, p. 41) este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois explica a razão, o porquê das coisas. Pretende-se, portanto, explicar os contornos que concernem à guarda compartilhada e ao percurso que levou ao advento da Lei nº 11.698/2008.

Já com relação às técnicas de pesquisa, a monografia em tela é de cunho dedutivo. O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares, (op. cit., 2009, p. 65). Posto que usa os sentidos com a finalidade de depreender certos caracteres da realidade fática. Isso se dá uma vez que examina os aspectos práticos da aplicação da guarda compartilhada.

7 ANÁLISE DOS DADOS: AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Após todas as informações trazidas ao trabalho monográfico em comento, é possível identificar os problemas e as benéficas advindas com a adoção da guarda compartilhada nos moldes da nova legislação em vigor.

Akel (2009) destina uma seção inteira de sua obra “Guarda compartilhada – um avanço para a família” a tratar sobre as vantagens e desvantagens dessa modalidade de guarda. Fazendo referência aos apontamentos destacados pela autora, correlacionamos estes com as informações obtidas ao longo do presente estudo.

Inicialmente, é interessante destacar os pontos positivos da guarda. Entre eles, o fato de ambos os ex-cônjuges envolverem-se na criação de sua prole, é fator benéfico não apenas a estes, uma vez que obrigações e poderes serão igualmente compartilhados, mas também e, principalmente, aos filhos, a quem é permitido um relacionamento melhor com os pais do que aquele oferecido pela guarda unilateral, em que corriqueiramente resulta no distanciamento de um dos genitores. Sobre isso Akel (2009, p. 107) explica:

Um dos principais motivos para a grande repercussão da guarda compartilhada em torno das legislações se deve ao fato de estabelecer uma relação continuada entre os genitores e a prole que, na maioria das vezes, se encerra de forma considerável com a separação ou com o divórcio. A guarda compartilhada 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 garantido a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental.

Portanto, com o acolhimento da guarda compartilhada, o relacionamento entre pais e filhos é beneficiado, na medida que a ruptura decorrente do divórcio ou da separação resulta em efeitos menores, vez que a idéia central é que mesmo não mais morando conjuntamente, os ex-cônjuges possam exercer seu papel de pai e mãe.

No que toca à responsabilidade pela reparação dos danos causados pelos filhos a terceiros, independentemente de culpa, como foi dito em capítulos anteriores, via de regra, esta incumbência cabe ao genitor responsável pela guarda na modalidade unilateral. Já no que toca à compartilhada, este é outro fator beneficiado com sua aplicação, uma vez que onera igualmente os pais, sem que apenas um deles fique sobrecarregado. Akel (2009, p. 108) sobre isso destaca:

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

Do exposto depreende-se, também, mais uma das benéficas que a guarda compartilhada exerce sobre a modalidade alternada. Nesta última, caso o menor cause dano a outrem, o responsável pela reparação será aquele genitor com quem estava a criança ou adolescente no momento em que o prejuízo foi causado o que, na prática, pode causar inúmeros conflitos, vez que esta responsabilidade poderá ser discutida entre os ex-cônjuges. Já na compartilhada, como a responsabilidade é solidária, não há fundamento para este problema.

Outro fator beneficiado pela adoção da guarda compartilhada diz respeito à condução da educação dos menores, que terão a oportunidade de serem educados por ambos os pais, cabendo a estes, conjunta e amigavelmente, tomar as decisões a esse respeito. Akel (2009, p. 108) também ressalta esse aspecto e retomando o assunto sobre a reparação civil, vejamos

Por compartilharem a guarda, presume-se que as decisões relativas à educação são tomadas em comum pelos pais, que desempenham papel efetivo na formação diária dos filhos e, havendo um dano, a presunção de erro, ou falha na educação e vigilância das crianças, recai sobre ambos, ainda que a guarda material (física) permaneça apenas com um dos genitores.

Há que salientar que a educação destacada não diz respeito apenas a escolar, que, por óbvio, é fundamental para o menor, porém esse termo vai além, incluindo a educação dirigida aos filhos concernente à ética, moral, cidadania, respeito ao próximo, ao meio ambiente e todos os fatores que são indispensáveis para que o indivíduo cresça e forme de maneira saudável sua personalidade. Assim, a guarda compartilhada confere o direito aos pais de em conjunto educarem seus filhos, dividindo suas opiniões e permitindo que a prole tenha o prazer de ter contato com a cultura e personalidade de ambos os seus genitores e não apenas um.

Ainda sobre as vantagens, é importante frisar que não apenas os filhos são favorecidos, bem como o relacionamento entre os ex-cônjuges também, uma vez que essa motiva a amizade entre estes, fator fundamental para uma vida saudável e tranqüila, já que, inevitavelmente, estarão ligados entre si através dos filhos para sempre. Akel cita esse fator quando expõe (2009, p. 109):

Outra vantagem desse recente exercício de guarda é o conseqüente respeito que se estabelece entre os pais, pois, embora não mais convivam, para que bem desempenhem o poder familiar, devem conviver de forma harmônica, a fim de tomar as melhores decisões acerca da vida dos filhos.

Esse respeito e, com sorte, amizade, tem como resultado um ambiente pacífico benéfico a todos os envolvidos, que poderão, por exemplo, compartilhar de festas de família e demais datas importantes, sem que haja um clima de hostilidade que prejudica não apenas aos menores, mas a todos os presentes.

Por fim, a Akel (2009, p. 109) destaca a lição de Waldys Grisard Filho sobre os efetivos benefícios advindos da guarda compartilhada, vejamos:

O efetivo intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher aumenta sua disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, majora o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos, permitindo-lhes discussões de detalhes diários de suas vidas.

Assim, destaca-se que a adoção da modalidade de guarda estudada, em síntese, traz como vantagem a cooperação diária, o contato permanente, o convívio cotidiano dos pais com seus filhos e entre os próprios ex-cônjuges, aspecto que terá reflexos na educação dirigida à criança ou adolescente, reforço do relacionamento para com estas e menores danos ao seu desenvolvimento face à ruptura do vínculo conjugal de seus pais.

Estes também são beneficiados, à medida que exercerão o prazer de cuidar de seus filhos igualmente, sem oneração exacerbada de responsabilidades a apenas um e, ainda, mantendo o respeito fundamental para que convivam bem, já que serão sempre unidos pelo vínculo decorrente da prole em comum.

Todavia, apesar do reconhecimento das inúmeras benéficas, é indispensável apontar as dificuldades que a guarda compartilhada enfrenta. Uma delas, por exemplo, diz respeito à idade da criança da situação em que a guarda compartilhada será adotada. Nos primeiros anos de vida desta, até seus cinco anos, psicólogos aduzem que não é benéfica a adoção desta modalidade de guarda, uma vez que é necessária para seu desenvolvimento uma estabilidade maior, prejudicada com o convívio com o pai e com a mãe corriqueiramente em ambientes diferentes. Akel (2009, p. 110) sobre isso corrobora

A faixa etária da prole, conforme orienta a psicóloga Eliana Ribeiro Nazareth, é também fator determinante para o estabelecimento da guarda, pois, "até os quatro, cinco anos de idade, a criança necessita de um contexto o mais estável possível para o delineamento satisfatório de sua personalidade. Conviver ora com mãe ora com o pai em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas", desaconselhando-se, assim, o exercício conjunto da guarda.

Portanto, é necessário que o magistrado ao analisar a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada tenha em mente que esta não é recomendada para toda e qualquer faixa etária do menor, uma vez que é preciso nos primeiros anos de vida que este desfrute de um ambiente estável para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

No caso levado ao crivo do Judiciário é necessário, também, que seja desde logo diferenciada a guarda compartilhada da alternada. Em virtude do pouco conhecimento sobre o assunto, é comum que as pessoas confundam a guarda compartilhada como se a criança ou o adolescente fosse residir parte na casa de um dos pais, parte na casa do outro. Porém, como estudado, a compartilhada assim não se desenvolve, uma vez que a residência do menor é dirigida apenas à casa de um dos seus genitores, os demais fatores da sua vida, porém, é que são compartilhados igualmente. Akel L (2009, p. 109) aponta:

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.

O que difere é que na modalidade compartilhada, a prole residirá com um dos ex-cônjuges, porém a responsabilidade pelo transporte, lazer, educação e os demais fatores que circunda a vida desta são divididos entre os pais, ambos possuindo o ônus de arcar com as responsabilidades da criação de seus filhos e do prazer de com eles conviverem.

Por fim, para que esta se desenvolva eficazmente, como dito, é indispensável que os pais nutram o respeito entre si. Quando o clima é de tensão, animosidades e constantes discussões, a adoção dessa modalidade de guarda compartilhada não é recomendada, pois exige o contato diário entre os pais, o que virá a expor a criança ou o adolescente cotidianamente a brigas e desentendimentos. Akel (2009, p. 110) destaca esse aspecto maléfico:

Com efeito, a guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica que somente se realiza na cooperação entre os genitores, isto é, os pais devem isolar os filhos de seus conflitos pessoais, não sendo viável seu estabelecimento numa relação em que pai e mãe vivam em constantes discussões, conforme corriqueiramente se observa.

A jurisprudência pátria, desde antes o advento da Lei nº 11.698 de 2008, já levava em consideração no pedido de guarda compartilhada (que, na época, como sabido, ainda não era prevista largamente em nossa legislação) os aspectos concernentes à relação entre os pais, como Akel expõe (2009, p. 110):

Pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos contaminam a educação dos filhos, impossibilitando qualquer tipo de diálogo e, nesta hipótese, os arranjos da guarda conjunta podem ser desastrosos, conforme orientação jurisprudencial:
“Guarda conjunta. Só é recomendada a adoção da guarda conjunta quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre é a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido e acolhido o recurso da ré (Apelação Cível nº 70001021534, TJRS, 7ª Câmara. Civ. Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 21-6-2000)”.

Portanto, para que a guarda compartilhada seja deferida, é indispensável que haja um bom relacionamento entre os pais do menor. Na verdade, diante de tudo quanto estudado, verifica-se que este é o fator primordial a ser observado

quando da aplicação da guarda, haja vista que é essência do compartilhamento da direção da vida da criança, que os ex-cônjuges, conjuntamente, possam dividir dificuldades e prazeres decorrentes da criação de sua prole. Akel (2009, p. 109), mais uma vez aponta:

A guarda compartilhada modifica a posição de genitor frente à prole, pois o mero visitante volta a ser efetivamente um dos pais, situação de grande relevância para o desenvolvimento dos vínculos afetivos na relação paterno-filial. Evidente que a convivência com ambos os pais é essencial para o bom desenvolvimento dos filhos menores, beneficiando as crianças na medida em que estas reconhecem que os pais efetivamente estão envolvidos na sua criação. A certeza de que os vínculos com os pais serão mantidos, ainda que estes não mais compartilhem o mesmo lar, é de suma importância para que os filhos percebam que ainda há lugar para eles na vida do pai e da mãe, mesmo após o divórcio, eliminando o medo de perder os pais.

Assim, os benefícios que são trazidos para os pais e para os filhos são manifestos, inclusive, como dito, preserva a estabilidade emocional da prole, uma vez que mostra a esta a intenção de ambos os genitores continuarem a conjuntamente fazendo parte de suas vidas, como se não houvesse perda para estes decorrente do fim do matrimônio.

Porém, para tanto, é imprescindível que haja respeito e amizade entre os ex-cônjuges, caso contrário a guarda compartilhada, como visto, vem a trazer mais malefícios que benefício aos menores, contrariando o princípio do melhor interesse do menor que deve guiar o magistrado no deferimento da guarda.

8 CONCLUSÃO

Ante todo o trabalho realizado, vê-se que como explanado no início do estudo, a Constituição Federal de 1988 veio a inaugurar no ordenamento jurídico brasileiro a posição da criança e do adolescente como sujeito de direitos, e não apenas objeto, sendo responsáveis pelo seu desenvolvimento toda a sociedade e o estado. Em conseqüência, o Estatuto da Criança e do Adolescente representa a indiscutível proteção que o poder estatal dirige a esse público, devendo este caráter de tutela ser perseguido pelo Poder Judiciário nas lides que envolvam os menores e, portanto, nos casos levados ao seu crivo concernente à guarda.

São notórias as inúmeras vantagens advindas com o ingresso no ordenamento jurídico pátrio da Lei nº 11.698/2008. Se antes a guarda compartilhada era uma modalidade pouco vislumbrada no cotidiano jurídico, essa passou a ter adoção prioritária caso seja possível segundo a nova redação do nosso diploma civilista, abrangendo seu campo de atuação definitivamente.

Não obstante, inúmeros são os benefícios decorrentes de sua adoção: contato maior da criança ou do adolescente com seus genitores, menores reflexos frente à ruptura da vida conjugal dos pais, distribuição de afazeres entre eles, pacificação do clima de hostilidade decorrente da separação ou do divórcio, aprofundamento do relacionamento pai e filho, divisão de responsabilidade entre os pais, etc.

Porém, não basta que os pais pleiteiem pelo deferimento da guarda compartilhada, o acolhimento desta deve ser realizado judicialmente e cabe ao magistrado caso a caso, observar as circunstâncias que eivam cada pedido.

A faixa etária da criança, a residência fixa e a amizade e respeito entre os ex-cônjuges chegam a ser mais do que parâmetros, mas sim verdadeiros requisitos essenciais a serem observados pelo juízo responsável pela adoção ou não da guarda.

Ademais, a grande diretriz a ser perseguida pela Justiça e os operadores do Direito será sempre o Princípio do melhor interesse do menor, este deve ser o norteador principal a ser perseguido, uma vez que frente aos constantes conflitos decorrentes do fim do vínculo matrimonial, na separação e no divórcio, em que é freqüente os ex-cônjuges digladiarem-se, utilizando dos filhos como moeda de troca e motivo de chantagens. Cabe ao magistrado, portanto, identificar se a guarda pleiteada é aquela que, frente às circunstâncias apresentadas, representa o melhor para que a criança e o adolescente sofra o mínimo possível face à ruptura da união amorosa entre seus pais.

Como pai e divorciado, acredito que nem sempre a guarda compartilhada funciona eficazmente, haja vista que, como estudado, a amizade e o respeito entre os genitores é fundamental para que esta venha a lograr êxito e esses fatores, infelizmente, nem sempre são possíveis.

A preservação da criança e do adolescente, é o mandamento fundamental para que tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada venham a ter sucesso nos mais diversos tipos de família. Para tanto, é indispensável que nas lides judiciais o Estado-juiz seja auxiliado por psicólogos ou assistentes sociais que possam, como profissionais dotados de conhecimentos específicos, depreender se os envolvidos estarão preparados para trabalhar como uma equipe em prol da guarda compartilhada e do bem da prole.

Aos pais, cabe ter maturidade e amor incondicional pelos filhos suficiente para sobrepor seus interesses e perseguir em conjunto a modalidade de guarda que mais satisfaça ao pleno desenvolvimento da personalidade do menor, de modo que este possa em sua família encontrar apoio necessário para crescer e exercer sua cidadania.

Que o melhor interesse da criança para sua efetiva saúde e estabilidade emocional seja capaz de vencer as pequenas diferenças que possam haver entre os adultos que são, antes de tudo, pais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da república federativa do**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 25 de out. de 2010.

BRASIL, **Lei nº 11.698 de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 26 de out. de 2010.

BRASIL, **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 15 de out. de 2010.

BRASIL, **Declaração universal dos direitos da criança**. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a. Acesso em: 28 de set. de 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulos: Atlas.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao direito**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANEXO

LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – 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