

GUARDA COMPARTILHADA: A EFETIVIDADE DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriela Dias Vieira de Queiroz Araújo¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

Analisa-se, com base numa pesquisa instrumental dogmática, o instituto da guarda compartilhada, baseando-se na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002, Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 11.698/08. A partir de certas mudanças e atualizações sociais, o poder normativo reformulou o ordenamento jurídico, para acrescentar uma nova acepção de guarda para o Direito de Família, efetivando, portanto, a aplicação do Princípio da Primazia do Melhor Interesse da Criança ou do Adolescente. Com tal atitude legislativa, passa-se a exercer um maior controle sobre as relações socioafetivas dos indivíduos que a compõe e esclarecendo se efetivamente o mencionado instituto irá satisfazer e implantar uma relação harmoniosa entre pais e filhos.

Palavras chaves: Direito de Família. Guarda Compartilhada. Lei nº 11.698/98. Princípio da Primazia do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente.

RESUMEN

Se analiza, con base en una investigación instrumental dogmática, el instituto contemporáneo de la guardia compartida, basándose en la Constitución Federal de 1988 en el Código Civil de 2002, Estatuto da Criança e do Adolescente y en la Ley 11.698/08. A partir de ciertos cambios y actualizaciones sociales, el poder normativo reformuló el ordenamiento jurídico, para agregar una nueva acepción de guarda para el Derecho de Familia, realizando, por lo tanto, la aplicación del Principio de la Primacía del Mejor Interés del Niño o del Adolescente. Con tal actitud legislativa, se pasa a ejercer un mayor control sobre las relaciones socio afectivas de los individuos que la compone, con la aclaración y la conceptualización de los tipos de guardia presentes en nuestro ordenamiento jurídico, buscando aclarar si efectivamente el mencionado instituto buscará satisfacer padres e hijos en una harmoniosa relación.

Palabras clave: Derecho de Familia. Guarda y Custodia Compartida. Ley nº 11.698/98. Principio de la Primacía del Mejor Interés del Niño o Adolescente.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: gaby_diasvieira@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: casimioluciana@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O surgimento de inúmeros fenômenos sociais vem proporcionando uma significativa reformulação no ordenamento jurídico brasileiro e, em função disso, o aparecimento de novos dispositivos legais que visam justamente regulamentar essas mudanças que eclodem em nossa sociedade.

Desta forma, não agindo diferentemente dos demais ramos do direito brasileiro - e porque não dizer, assim como toda a tendência mundial do direito -, o Direito de Família passa por diversas mutações, principalmente, legislativas, no intuito de acompanhar a alteração da estrutura comportamental e estrutural de cada sociedade, fator este relacionado à condição do direito ser encarado como um fato social – *fruto das relações humanas inerentes ao meio social* - e, portanto, assim como a própria sociedade, algo instável (mutável) – variando frente a algumas circunstâncias.

Sendo assim, a partir da verificação de certas mudanças consuetudinárias ocorridas no meio social brasileiro, dentre elas, a *guarda compartilhada*, o Direito de Família, regulado primordialmente pelo Código Civil de 2002, bem como por legislações complementares, vem sendo constantemente reformulado para acompanhar os novos fenômenos sociais, exercendo, com isso, um maior controle sobre as relações entre os indivíduos que a compõe, tornando o nosso ordenamento jurídico notadamente mais eficaz.

Outrossim, baseando-se nos fundamentos supracitados, buscar-se-á promover a análise dos institutos jurídicos que versam sobre a guarda compartilhada – *instituída formalmente pela Lei 11.698/2008* – utilizando-se, conjuntamente, dos preceitos jurídicos do Direito Constitucional, do Direito Civil e do Estatuto da Criança do Adolescente, tudo isso como forma de promover a primazia do melhor interesse do menor.

2. DA GUARDA

2.1 - Conceituação genérica

Feitas as ponderações introdutórias, é importante previamente tratar sobre o instituto da guarda em sua acepção ampla, para em um momento futuro, melhor compreender as especificidades da guarda compartilhada, objeto do presente artigo científico.

Entende-se, aprioristicamente, a guarda, como o ato promovido por quem tenha interesse de ter, preservar e resguardar pessoas enquanto menores, bem como, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-los, quando na condição de impúberes, e se púberes, de assisti-los.

Tomando por base uma concepção técnica desse instituto, pode-se conceituar guarda através *das palavras do jurista Guilherme Gonçalves Strenger (STRENGER, 1998)*:

o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.

Isto posto, trazida a devida conceituação do que vem a ser guarda, tem-se a necessidade de se promover o desenvolvimento de outro raciocínio jurídico, tal seja, o que diz respeito à análise conjunta da concepção de guarda e o poder familiar, uma vez que, em regra, o primeiro instituto é visto como um ônus aos genitores da criança ou adolescente, os quais, por sua vez, são detentores de certas obrigações limitadas ao tempo.

Complementando a idéia anteriormente exposta, faz-se importante a realização de uma breve citação das palavras do jurista Eduardo de Oliveira Leite (OLIVEIRA, 1999), assim vejamos:

O direito de guarda, exercido pelos pais em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos (...)

Entrementes, destaca-se que o fator determinante ao exercício da guarda não está diretamente condicionado à caracterização do poder familiar, ou seja, a detenção do poder familiar não implica obrigatoriamente no fato dos genitores possuírem a guarda sobre os filhos. Pois, uma coisa é ter **o poder familiar** - o conjunto de direitos e obrigações, recaídos sobre os genitores, quanto à pessoa e os bens dos filhos púberes, exercidos em idêntica condição por ambos os pais, visando o melhor interesse de seu filho– e, a outra, é ser detentor **da guarda dos filhos**, não podendo assim, tal fato ser confundido com a “posse” da guarda dos filhos.

Portanto, os aludidos institutos jurídicos participam paralelamente de uma corrida em busca do bem estar familiar e, principalmente, do melhor desenvolvimento do menor, existindo entre eles, no primeiro momento, uma relação “amigável”. Entretanto, analisando-os mais profundamente, verifica-se certa proximidade entre a guarda e o poder familiar, todavia não os tornam os mesmos instrumentos jurídicos.

2.2 – Dos diferentes tipos de Guarda

No ordenamento jurídico pátrio, quando se fala em guarda, parte-se da premissa que somente um dos genitores exerce exclusivamente, geralmente a figura feminina, a **guarda física**, caracterizada pela proximidade com o filho diariamente e a **guarda jurídica** – poder de deliberação no que diz respeito à direção e decisão nas questões que envolvem o menor, cabendo ao outro genitor exercer exclusivamente o papel de fiscal. É a chamada guarda única (Grifei).

Com o advento da Lei 11.698/98 foi modificado o pensamento da guarda unilateral, passando a existir outra modalidade: a guarda compartilhada. Esta guarda procura regular a relação dos pais para com os filhos, equilibrando as responsabilidades – direitos e deveres – dos genitores para com os menores púberes e impúberes.

3. DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 – Aspectos conceituais

Esse instituto se caracteriza quando há disposição do pai e da mãe no exercício da autoridade parental, ou seja, ambos permanecem em pé de igualdade no que tange às responsabilidades e obrigações, tudo em benefício dos filhos menores.

Desse modo, o psicanalista Sérgio Eduardo Nick (NICK, 1997), estabelece essa noção de guarda compartilhada:

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

No entanto, no ramo jurídico se institui um ordenamento de valores, os quais dominam a idéia dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, fazendo com que haja mudanças sempre que se fizer necessário. Haja vista, a soberania do melhor interesse do menor.

3.2 – Evolução legislativa no ordenamento jurídico brasileiro

No que tange à análise dos aspectos relacionados à fundamentação jurídica do instituto da guarda compartilhada, verifica-se que, o referido instrumento jurídico adquiriu, ao longo dos últimos anos, certa expressão na seara jurídica, uma vez que muitos operadores do direito se sentiam um tanto quanto inseguros em promover a sua utilização em face da inexistência de uma norma que o regulamentasse.

Todavia é interessante destacar, que a legalidade do instituto da guarda compartilhada já possuía respaldo em nosso ordenamento jurídico, através de diversos outros diplomas normativos, entretanto, seria necessária, por parte do operador do direito, a realização de uma interpretação e, conseqüentemente, uma adequação das normas ao caso concreto.

Assim sendo, promovendo uma análise do texto da Constituição Federal, verifica-se que, a guarda compartilhada possui fundamentação anterior à Lei que a regula (Lei 11.698/08), a partir do momento em que a Magna Carta (RIDEEL, 2008),

fazendo uso do Princípio da Isonomia, traz em seu art. 5º, inciso I, a equiparação absoluta entre homem e mulher:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Não bastando o argumento anteriormente exposto, tem-se a presença de mais um instituto normativo que sustenta a legalidade da guarda compartilhada independentemente da existência da Lei 11.698/08, estando tal fundamentação legal contida nos dizeres do § 5º do Artigo 226 do aludido diploma legislativo, assim vejamos:

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

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

Nota-se pela interpretação do supracitado texto normativo, que o legislador visou proporcionar a total equiparação das relações familiares entre o homem e a mulher, não restando configurado nenhum tipo de submissão entre ambos. Visa exclusivamente à busca do bem-estar familiar e, por conseguinte, a proteção ao menor.

Alguns outros artigos da Lei Maior, em atuação conjunta com os demais diplomas normativos, tais sejam, ECA, Código Civil de 1916 e 2002 e a própria Lei 11.698/08, contribuem à legalidade da guarda compartilhada, desta forma, válidas são as citações de tais artigos, assim 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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ao se promover a leitura de todos os trechos normativos anteriormente mencionados, conclui-se que, em sua essência, o legislador propicia a igualdade entre mulher (mãe) e homem (pai), dando-lhes responsabilidades idênticas, buscando assim, romper um dogma ultrapassado e bastante conservador existente em nossa sociedade, o qual funda a idéia de que a mulher deveria desempenhar atividades submissas ao homem, já que, por sua vez, desempenhava a função de prover o sustento da casa, possuindo com isso, o status de detentor do poder familiar.

É cediço, nos dias atuais, que tanto o pai quanto a mãe possuem as mesmas prerrogativas inerentes a relação com o seu filho, conferindo-lhes o direito de assumir outras obrigações conforme suas vontades, não se limitando apenas a figura da mãe dona de casa e do pai provedor da pensão.

Destarte, a partir da análise realizada, fica evidenciada a influência dos preceitos constitucionais aplicáveis à guarda compartilhada ao Direito de Família.

A regulamentação da guarda unilateral, de maneira expressa, inicia com o Código Civil Brasileiro de 1916 e, mantida no caderno de 2002, em seu Livro IV (Do Direito de Família), Título I, Capítulo XI (Da proteção da pessoa dos filhos), artigos 1583 a 1590 (RIDEEL, 2008).

Observa-se, a partir da leitura ao texto normativo civil, que tal instituto não possuía nenhuma disposição expressa acerca da guarda compartilhada, sendo, portanto, posta em prática mediante a manifestação reiterada da jurisprudência (entendimento do juiz-julgador).

No concernente ao Estatuto da Criança e do Adolescente (RIDEEL, 2008), lei especial que tutela as relações jurídicas que envolvem direitos e garantias das crianças e adolescentes, observa-se que a guarda unilateral também está albergada pelos seus artigos 33 ao 35.

Entretanto, o supramencionado estatuto é omissivo em relação ao tema em testilha, não havendo a nenhuma previsão expressa acerca da aplicabilidade do compartilhamento da guarda, inexistindo, assim, consonância entre Código Civil e o ECA.

Tão somente com o advento na Lei. nº 11.698/08 (RIDDEL, 2008) houve alteração substancial de alguns artigos do Código Civil de 2002, oportunidade em que passou a ser tutelada, sob o ponto de vista formal, a guarda compartilhada.

Dessa forma, cinge-se que a aludida lei trouxe modificações nos artigos 1583 e 1584, disciplinadores da guarda no Código Civil, dando-lhes as seguintes redações:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

Art. 1.584. 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.

Comparando-se as disposições normativas anteriores e pós reforma, encontra-se uma significativa mudança no que diz respeito à previsão legislativa do instituto da guarda, promovendo, assim, uma nova conjuntura legislativa à supremacia dos valores

agregados às criança e aos adolescentes, zelando, sempre, pelo melhor interesse do menor.

A partir de todas as constatações aqui expendidas, observa-se que, com a vigência da Lei 11.698/08, o legislador buscou promover junto ao Direito de Família, a efetiva interação entre os preceitos constitucionais, no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e a função social da família, com os institutos jurídicos do Direito Civil, em especial o Direito de Família, consequência do fenômeno do neoconstitucionalismo, nova tendência da interpretação do direito brasileiro - *na qual o ordenamento jurídico, em seu conjunto, deve ser interpretado, aplicado e analisado de forma sistemática tendo a Constituição como principal referencial.*

3.3 – Aspectos Sociais

A guarda compartilhada surge de um contexto social em constante mutação. O fato de a mulher ter alcançado seu espaço no mercado de trabalho e, conseqüentemente, uma maior participação no seio familiar, fez com que ocorressem mudanças significativas do seu papel no meio social.

Um ponto perceptível verificado com esse novo modelo de guarda foi a alteração do conceito de família, sempre visando o melhor interesse do menor pelo afeto, minimizando os possíveis traumas causados por uma ruptura do vínculo entre um casal.

A guarda compartilhada aflorou a igualdade entre homem e mulher na atuação, participação e poder de decisão na vida dos seus filhos. Há a verdadeira identificação da figura paterna e da materna, com traços bem delineados, sendo, portanto, um exercício do saber ajustar, dividir, receber, aceitar e enfrentar as diferenças entre tais pessoas.

Consegue-se sintetizar todos esses verbos acima citados numa única palavra SOLIDARIEDADE. O êxito da guarda compartilhada está na disposição, no querer dos pais, sob o ponto de vista econômico, social, emocional e psicológico, de exercê-la.

3.4. Consequências da aplicabilidade do instituto

O tipo de convívio entre a criança/adolescente e os seus genitores é de suma importância, pois retira a imagem da distância, principalmente da figura paterna, na qual apenas vistoriava aos cuidados da mãe para com o filho, dando lugar a um pai que participa da sua criação e educação.

Se a opção pela guarda compartilhada for consensual – situação ideal - gerará satisfação para todos os envolvidos, mantendo a harmonia familiar. Com isso, a opção pelo referido instituto trará uma reorganização das relações parentais, fazendo com que haja uma relação mais próxima entre pais e filhos, ou seja, a autoridade parental será exercida de forma comum e contínua. Isso não ocorre na guarda unilateral.

Uma consequência positiva do instituto da guarda compartilhada, é que os pais não ficam sobrecarregados de responsabilidade. Quando eles compartilham, participam efetivamente das atividades dos filhos, tornando o convívio agradável. Entretanto, esse tipo de guarda não irá ter efeitos para um tipo de família que já tem conflitos judiciais ou outros problemas não resolvidos, os quais estão acima de tudo. Por isso, precisa haver a sintonia entre as partes para não haver o afastamento das perspectivas relativas à guarda compartilhada.

4. Guarda Compartilhada: Realidade Prática

Dando arrimo a presente pesquisa, foi realizada uma pesquisa que consiste em trazer anexos os extratos do SAJ (Sistema de Automação da Justiça), para demonstrar que a guarda compartilhada ainda é um instituto de pouca utilização.

A pesquisa por amostragem foi feita na Comarca de Natal, na 6ª Vara de Família do Fórum Miguel Seabra – Fórum Central.

Com base nesses dados, pode-se concluir que o instituto da guarda compartilhada ainda é pouco utilizado em nossos Tribunais. Apesar das evoluções sociais, ainda existe a visão de que o pai é apenas o mantenedor do lar, ficando a mãe com o dever de cuidar do filho.

4.1. Equipe Multidisciplinar

A Lei 11.698/08, de 13 de junho de 2008, disciplinou que para dar um melhor suporte à escolha e, conseqüentemente ao exercício da guarda compartilhada, é necessária orientação técnico-profissional de uma equipe multidisciplinar, buscando o Magistrado esse auxílio de ofício ou a requerimento do Ministério Público para nortear as suas decisões.

Essa equipe exerce um papel de suma importância na aplicabilidade da guarda compartilhada, visto que na maioria das vezes, a ruptura da família ocorre na forma litigiosa. Sendo assim, a equipe de profissionais, dentre eles psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e médicos, irão analisar e examinar a criança/adolescente e também o meio familiar em que eles convivem, avaliando assim as condições psicológicas e emocionais de acordo com o contexto em que estão inseridas. Encaminhando, após esse estudo, os pais para um tratamento psicológico ou psiquiátrico, se for necessário.

É necessária uma interdisciplinaridade entre a norma, em seu sentido literal, com as ciências humanas – análise psicossocial, buscando-se o que é mais benéfico ao menor.

Entretanto, para se alcançar esses objetivos, se faz necessária a avaliação interdisciplinar para analisar se é cabível a concessão da guarda compartilhada de acordo com cada caso, fazendo uma correlação do Direito com diversas matérias primordiais para a fixação da guarda.

A depender da avaliação pericial, o Juiz poderá instituir atribuições aos genitores, bem como os períodos de convivência da guarda compartilhada, ou ainda, pode concluir a impossibilidade de sua aplicação, tendo como solução do caso específico a aplicação da guarda unilateral.

Portanto, a equipe multidisciplinar busca facilitar a passagem das crianças/adolescentes pelo momento de crise em suas vidas, ou seja, o divórcio dos pais. Os profissionais criam métodos que auxiliam as crianças a suportarem as modificações da rotina, fazendo com que entendam que a ruptura do vínculo de seus genitores é a melhor solução para se encerrarem os conflitos, dando assim, uma proteção à saúde mental de todas as pessoas.

4.2.Responsabilidade Civil

Os pais são dotados do dever de prestar assistência aos filhos menores, independentemente de estarem ligados um ao outro pelo casamento ou pela união estável. Na verdade, deve propiciar à criança ou o adolescente um ambiente ideal para que o mesmo se desenvolva física e moralmente.

Nesse escólio, o doutrinador Antônio Junqueira de Azevedo (SARAIVA, 1998), defende que *a responsabilidade civil dos pais, por atos próprios, na criação e educação dos filhos; e, na sequência, a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores.*

Em se tratando de guarda compartilhada, aplica-se o disposto nos artigos 1521 a 1523 do Código Civil, tal seja responsabilidade solidária entre os genitores da criança ou do adolescente.

Com relação à responsabilização conjunta, pode-se visualizar no art. 1.583 §1º, segunda parte, a seguinte consideração conceito: (...) *compreende-se 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.*

O referido artigo significa que pai e da mãe, por mais que não vivam sob o mesmo teto, têm as mesmas responsabilidades para com os filhos menores, ou seja, exercem conjuntamente na tomada de decisão sobre os filhos.

4.3. Visão dos Tribunais

Ao buscar provimento jurisdicional sobre guarda, são encontrados há inúmeros julgados dos Tribunais, por se tratar de questões que englobam um grande apelo emocional e de grande relevância social.

A seguir, se faz menção a alguns julgados no Brasil, para assim se demonstrar a amplitude do tema, o qual tem várias decisões a respeito.

EMENTA: APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA DA FILHA COMUM. INVIABILIDADE. ALIMENTOS EM PROL DELA. TROCA DE INDEXAÇÃO E REDUÇÃO. CABIMENTO.

GRATUIDADE DE JUSTIÇA AO APELANTE. CONCESSÃO. Caso em que existe dissenso e desarmonia entre os litigantes, com acusações mútuas e recíprocas de agressões morais e tratamento agressivo. Inviabilidade de estabelecer guarda compartilhada entre os genitores, pois diante do conflito não se verifica harmonia suficiente para o exercício compartilhado dos deveres da guarda cuja concessão não atenderia ao melhor e prevalente interesse da menor. (Apelação Cível 70040649246 - TJRS, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 26/05/2011, publicada em 01/06/2011).

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1147138/SP Recurso Especial 2009/0125640-2 - Ministro Aldir Passarinho Junior - T4 – Quarta Turma – Data do julgamento: 11/05/2010. Publicado em: 27/05/2010).

DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS COM PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA E DIREITO DE VISITAS. DECISÃO QUE FIXOU ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DA RECORRENTE NO VALOR EQUIVALENTE A 20% DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS DO AGRAVANTE. DESEQUILÍBRIO NO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO POR PARTE DO ALIMENTANTE, TENDO EM VISTA OUTROS FILHOS DEPENDENTES E SUA PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DA REGRA ESTATUÍDA NO ART. 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. No caso presente, a prestação alimentícia se dirige à manutenção do filho menor do ex-casal, o qual conta com pouco mais de quatro anos de idade, não restando dúvidas quanto ao direito do aludido infante de receber tal pensionamento, girando a controvérsia, tão somente, acerca do valor arbitrado, uma vez que deve-se ponderar que um filho com essa idade tem necessidades menos dispendiosas do que as de filhos adolescentes, devendo, portanto, a pensão a ser estipulada, adequada a tal realidade. Feitas tais considerações, no que concerne ao valor fixado como alimentos provisórios, entendo razoável o arbitramento da quantia equivalente a 15% (quinze por cento) de seus rendimentos, posto que tal valor está em consonância com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, notadamente porque, embora não permita que o Recorrente tenha o padrão desejável por si, permite que, pelo menos, possa manter suas necessidades básicas. Ademais, a obrigação de

alimentar, como se sabe, é de responsabilidade de ambos os pais, os quais deverão arcar com tal ônus na medida de suas possibilidades, devendo, portanto, a genitora do menor alimentando assumir a sua parte nos gastos com o seu filho, uma vez que esta tem trabalho remunerado. (TJRN – Agravo de Instrumento com suspensividade: AG 11022 RN 2009.011022-9 – Relator Des. Cláudio As ntos. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Julgamento em 09/02/2010).

5. ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA: SUAS VANTAGENS E DESVANTAGENS

5.1 Vantagens

A guarda compartilhada gera um enorme contentamento dos pais e dos filhos, pois afasta os conflitos de fidelidade, já que não há a necessidade de escolha de com qual deles deseja permanecer. Mantém-se, assim, a continuidade do relacionamento cotidiano com os pais, não havendo necessidade de uma ruptura repentina na convivência.

Neste sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) interposto por pai que pretendia ter a guarda exclusiva do filho, adotou o entendimento de que mesmo que não haja consenso entre os pais, a guarda compartilhada de menor pode ser decretada em juízo:

A Ministra relatora Nancy Andrigli proclama:

a drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão. (REsp 1.251.000-MG - julgado em 23/08/2011 e publicado em 31/08/2011).

Com isso, surge a concepção da guarda compartilhada ser realmente a melhor maneira de preservar o melhor interesse da criança ou do adolescente e, por mais que não haja consenso, o juiz tem respaldo para conferir a guarda compartilhada no caso concreto.

Na mesma linha de raciocínio, é o entendimento de Maria Aglaé Vilardo (Revista da EMERJ, 2006):

“[...] no tocante às decisões que deferem a guarda compartilhada, somente quando há harmonia entre o casal, cabe lembrar que as divergências ocorrem também entre pais casados ou que vivam em união estável e que ambos terão o direito de opinar e participar das escolhas relacionadas aos filhos. Quando os pais não conseguem conciliar as suas idéias e opiniões, cabível o recurso ao juiz para a solução do desacordo. O mesmo princípio deve ser aplicado aos pais separados. Ao juiz caberá a decisão. **Portanto, não há empecilhos para que o juiz determine a guarda compartilhada quando os pais não estão em plena harmonia, sempre com o embasamento legal do art. 1.586 do Código Civil, atendendo-se ao melhor interesse do filho[...].**” (Grifei).

Esse trecho ratifica que a guarda compartilhada pode ser deferida mesmo quando não há acordo entre os genitores.

Com relação ao foro competente para processar e julgar ações concernentes à guarda compartilhada se estabelece o domicílio do menor. Prolatada a sentença, a decisão sobre guarda compartilhada não faz coisa julgada, uma vez que pode ser revista a qualquer tempo, sempre visando o melhor interesse do menor.

5.2 Desvantagens

Um dos pontos principais das desvantagens é com relação ao lar da criança/adolescente. Embora não haja menção na lei com relação à residência, a guarda compartilhada garante ao menor uma residência habitual, a qual será escolhida pelos pais ou pelo Juiz, a depender do caso concreto, assegurando o seu melhor interesse.

Quando se fala em guarda compartilhada, há associação com o fato de o menor permanecer certo tempo com cada genitor, e isso se confunde muitas vezes com a guarda alternada. Porém, a essência do primeiro instituto é preservar o bem estar da criança ou do adolescente, deixando de lado os conflitos existentes entre os pais em prol

dos filhos e, conseqüentemente, mantendo a referência de cada um, sem necessariamente associar a uma divisão igualitária de tempo.

Entretanto, como o mencionado instituto não é muito divulgado no mundo jurídico, há indecisão e excesso de cuidado quando às partes vão ao Poder Judiciário, seja por parte dos advogados, por não haver estudos mais densos sobre a guarda compartilhada, seja por parte do próprio Magistrado, pois a tendência inicial é afastar a matéria.

Vários operadores do direito que militam na área do Direito de Família, bem como os profissionais da Psicologia e Sociologia Familiar, exercem fortes críticas sobre o modelo de guarda anteriormente descrito.

Segundo fundamentação dos profissionais de tais áreas, o exercício da guarda compartilhada proporcionaria inúmeros danos ao menor, principalmente no que tange aos seus aspectos psicossociais, pois quando há ruptura em um relacionamento, normalmente os genitores não conseguem manter os filhos longe dos conflitos, deixando a criança predisposta ao sentimento de desamparo ou abandono pelos seus genitores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, buscou-se colocar como ponto principal o melhor interesse do menor, no que desrespeito a concessão da guarda compartilhada.

Esse modelo de guarda deixa os pais em igualdade de responsabilidades, propondo a continuidade das relações do menor com os genitores mesmo após a ruptura de uma família. Quando há igualdade entre os pais, ou seja, ambos reconhecem a função de pais, surge um incentivo na constante participação na vida dos filhos. Esse ato de colaboração traz a efetivação do direito de filhos terem pai e mãe.

É, na verdade, um meio pelo qual se busca promover a interação entre o menor e seus genitores, não o privando do relacionamento com ambos os pais, visando, sempre, o melhor desenvolvimento da criança, zelando, portanto, por sua dignidade.

Embora seja pouco utilizada na prática, a guarda compartilhada se mostra legal e possível no nosso ordenamento jurídico. Encontrando respaldo na Lei 11.698/2008, na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil.

Porém, antes do advento da Lei 11.698/2008 não existiam regras que proibitivas ao emprego da guarda compartilhada, no entanto havia necessidade de um respaldo maior no que tange à aceitação e aplicabilidade desse instituto.

Ao contrário da guarda unilateral, que priva o menor de ter apenas o direito de visitação por parte do genitor não guardião, a guarda compartilhada estreita os laços entre pais e filhos, estimulando os genitores a participarem ativamente da criação e educação dos filhos.

Os pais devem percorrer junto com os filhos, lado a lado. A relação de marido e mulher se rompe, porém a relação de pais e filhos é pra sempre. Ainda que haja um rompimento matrimonial, isso não significa que também se rompe a relação dos filhos e dos pais. O amor e a afinidade devem permanecer. E isso se constrói a cada dia. No entanto, se o relacionamento for rompido, o menor fica em uma zona de risco, onde não há compreensão do seu melhor interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade Civil dos Pais. civil:** doutrina e jurisprudência. Coordenação de Yussef Cahali. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA, Águida Arruda. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.40.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. São Paulo: Riddel, 2008.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada**. Um novo modelo de responsabilidade parental. 4 ed. rev. atualizada e ampl. São Paulo: RT, 2009.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. In: Barreto, Vicente (coord.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

RIDDEL. Código civil. São Paulo: 2008.

RIDDEL. Estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: 2008.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2006.

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4352/consideracoes-sobre-a-guarda-compartilhada>
Acesso em 20 de abril de 2011.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668
Acesso em 03 de maio de 2011.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em 15 de abril de 2011.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=3042 Acesso em 20 de novembro de 2011.

<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/62> Acesso em 20 de novembro de 2011.

www.stj.jus.br Acesso em 20 de novembro de 2011.

ANEXO I

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 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 especiais 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 a 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 Antônio Dias Toffoli

ANEXO II

TJ/RN - CORREGEDORIA DE JUSTIÇA
Consulta de Processos

Emitido em : 18/11/2011 - 16:16:27
Página: 1 de 1

Parâmetros do relatório:

Listar os incidentes, ações incidentais, recursos e execuções de sentenças

Foro: Natal
Vara(s): 82 - 6ª Vara da Família
Distribuído entre: 01/11/2011 a 18/11/2011
Distribuído: Redistribuído
Processos: Físicos, digitais

Ordenação: Processo Digital(ascendente), Processo(descendente)

Processo	Segredo	Classe	Vara	Situação
0133554-16.2011. 8.20.0001	S	Guarda	6ª Vara da Família	Em andamento
0132567-77.2011. 8.20.0001	S	Alimentos - Lei Especial Nº 5.478/68 <i>DEB. VIS. ALIM</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0132420-51.2011. 8.20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0131884-40.2011. 8.20.0001	S	Guarda	6ª Vara da Família	Em andamento

Total de processos: 4

Parâmetros do relatório:

Listar os incidentes, ações incidentais, recursos e execuções de sentenças

Foro: Natal
Vara(s): 82 - 6ª Vara da Família
Distribuído entre: 01/10/2011 a 31/10/2011
Distribuído: Redistribuído
Processos: Físicos, digitais
Ordenação: Processo Digital(ascendente), Processo(descendente)

Processo	Segredo	Classe	Vara	Situação
0131508-54.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>Quarta</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0131289-41.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>Quarta</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0130087-29.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>Acórdão</i>	6ª Vara da Família	Julgado
0129419-58.2011.8 .20.0001	S	Divórcio Litigioso <i>Quarta</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0129349-41.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>Quarta</i>	6ª Vara da Família	Em andamento

Total de processos: 5

Parâmetros do relatório:

Listar os incidentes, ações incidentais, recursos e execuções de sentenças

Foro: Natal
Vara(s): 82 - 6ª Vara da Família
Distribuído entre: 01/09/2011 a 30/09/2011
Distribuído: Redistribuído
Processos: Físicos, digitais
Ordenação: Processo Digital(ascendente), Processo(descendente)

Processo	Segredo	Classe	Vara	Situação
0126985-96.2011.8 .20.0001	S	Alimentos - Lei Especial Nº 5.478/68 <i>de 5. Vis. e Alim.</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0126822-19.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>6ª Vara da Família</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0126708-80.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>6ª Vara da Família</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0125673-85.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>6ª Vara da Família</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0125438-21.2011.8 .20.0001	S	Alimentos - Lei Especial Nº 5.478/68 <i>de 5. Vis. e Alim.</i>	6ª Vara da Família	Baixado
0121845-81.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>6ª Vara da Família</i>	6ª Vara da Família	Em andamento

Total de processos: 6

Parâmetros do relatório:

Listar os incidentes, ações incidentais, recursos e execuções de sentenças

Foro: Natal
Vara(s): 82 - 6ª Vara da Família
Distribuído entre: 01/08/2011 a 31/08/2011
Distribuído: Redistribuído
Processos: Físicos, digitais
Ordenação: Processo Digital(ascendente), Processo(descendente)

Processo	Segredo	Classe	Vara	Situação
0123572-75.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0122872-02.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Julgado
0122452-94.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0121210-03.2011.8 .20.0001	S	Procedimento Ordinário <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Em andamento
0120883-58.2011.8 .20.0001	S	Divórcio Litigioso <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Baixado
0006678-16.2011.8 .20.0001	S	Guarda <i>GUARDA</i>	6ª Vara da Família	Em andamento

Total de processos: 6