

O PROJETO DE LEI Nº 1.009/2011: UM ENFOQUE ACERCA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A GUARDA COMPARTILHADA

Camila Torquato Soares¹

Ana Paula Oliveira Cacho de Santana²

RESUMO

O presente artigo apresenta considerações acerca da guarda compartilhada, utilizando-se, para isso, do método dedutivo. No decorrer do trabalho, se desenvolve uma análise acerca dos princípios constitucionais do direito de família, são tecidos comentários sobre o poder familiar que é legalmente instituído a ambos os genitores, se demonstra a evolução da guarda compartilhada em sociedades distintas e, a sua posterior inserção no sistema jurídico brasileiro através de lei específica. No cerce do presente artigo, é elucidado o Projeto de Lei nº1. 009/2011, que visa tornar a guarda compartilhada como modalidade a ser necessariamente fixada pelo magistrado caso não haja consenso entre os pais, proporcionando a verdadeira aplicação desse instituto, pois, possibilita o exercício comum a ambos os genitores do poder familiar independente da existência de um bom relacionamento entre estes. Com isso, se objetiva demonstrar a relação do projeto supracitado na efetivação do princípio do melhor interesse do menor ao se fixar a guarda compartilhada, concluindo-se o quão benéfico a sua aprovação será para evitar o desvirtuamento da presente modalidade de guarda.

Palavras chaves: Guarda Compartilhada. Responsabilidade Parental. Poder Familiar. Princípio do Melhor Interesse do Menor.

ABSTRACT

This paper presents considerations regarding the shared custody. During the work, it develops an analysis of the constitutional principles of family law are comments made about family power that is legally instituted to both parents, it shows the evolution of joint custody in different societies and their subsequent insertion the Brazilian legal system through specific legislation. Teal in the present article, is elucidated Bill number. 1. 009/2011, which aims to make shared custody as a modality to be necessarily fixed by the magistrate if there is no consensus among parents, providing true application of this institute thus enables the common exercise to both parents of family power independent of the existence of a good relationship between them. With this, we aim to demonstrate the relationship of the aforementioned project in the realization of the principle of the best interests of the child to settle shared custody, concluding how beneficial their approval is to avoid the distortion of this type of custody.

Keywords: Shared custody. Parental Responsibility. Family power. Principle of the Best Interests of the Minor.

¹ Aluna do 8º período do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.
Email: camilatorquato91@gmail.com

² Professora de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Correio eletrônico:
acacho36@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se desenvolve através da utilização do método dedutivo, com base em referências bibliográficas, jurisprudências e legislações sobre o tema a ser abordado. Inicialmente, se objetiva tecer comentários acerca dos princípios constitucionais que envolvem o direito de família, observando o quanto as constantes e crescentes mudanças ocorridas na sociedade, influenciam, sobretudo, esse ramo do direito e termina por gerar a necessidade de adequação dos seus institutos as relações familiares atuais, motivo pelo qual os princípios vêm sendo uma verdadeira fonte de interpretação da lei e de suma importância no momento de analisar o seio de cada família particularmente.

Em sequência, almeja-se uma análise sobre o poder familiar que é conferido a ambos os genitores para com a pessoa dos filhos, atentando a conotação errônea e patriarcal que possuía o instituto, assim como, sua evolução conceitual com o advento da igualdade atribuída aos sexos na Constituição Federal de 1988 e a posterior normatização do Código Civil de 2002. Menciona-se também a importância que deve ser dada ao poder familiar do ponto de vista da afetividade, já que, embora o código civil apenas elucide o aspecto patrimonial, tem-se dado o devido destaque para o afeto nas relações entre pais e filhos.

A evolução do instituto da guarda compartilhada é o cerne seguinte, analisando o quanto o presente instituto se expandiu em países distintos, pois, muito aceita foi à ideia de que o compartilhamento da guarda dos filhos, com o exercício comum de direitos e obrigações de ambos os pais, era a forma mais justa de se atingir o melhor interesse da criança.

Nessa linha, passa-se a observação da guarda compartilhada em um âmbito mais reduzido, pois, o ordenamento jurídico pátrio que se torna objeto do presente artigo. *A priori*, a guarda compartilhada é abordada no código civil de 2002, se buscando demonstrar o quanto essa modalidade de guarda já era instituída antes mesmo de possuir uma legislação própria, já que, ambos os pais poderiam acordar sobre o exercício conjunto de suas obrigações e direitos no momento de uma dissolução familiar. Logo em seguida, trata-se da Lei 11.696/2008, que trouxe a guarda compartilhada para o sistema jurídico brasileiro, se verificando os seus desdobramentos nas relações familiares, tais como a confirmação do quão importante é o estabelecimento do poder familiar para ambos os pais, a residência fixa que será determinada ao menor, bem como as visitas pelo genitor não guardião, tecendo-se comentários acerca do dever de sustento que é conferido aos genitores, a responsabilização

por atos praticados pelos filhos menores e a participação do pai e da mãe nas decisões cotidianas e de maior relevância na vida da criança ou do adolescente.

Ao final, o artigo apresenta uma problemática que ensejou a propositura do Projeto de Lei 1.009/2011. É que, consoante o projeto, a modalidade da guarda compartilhada vem sendo aplicada equivocadamente pelos magistrados, pois, passou a ser fixada apenas nos casos em que haja um bom relacionamento entre os genitores. Nesse diapasão, se almeja constatar que o projeto supracitado apresenta-se como um meio para solucionar a aplicação errônea da guarda compartilhada, instituindo essa modalidade de guarda obrigatoriamente em casos que haja dissenso entre os pais, ressalvado os casos em que um dos genitores não esteja apto a exercer o poder familiar ou um declare não possuir desejo em deter a guarda do filho. Dessa maneira, a guarda conjunta terá sua finalidade atendida no momento em que se venha a aplicá-la, proporcionando a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, à medida que permite o exercício conjunto e igualitário dos direitos e deveres pertencentes aos pais e o desenvolvimento da criança e do adolescente sem a privação da presença do genitor não guardião.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 proporcionou uma nova maneira para utilizar o direito na prática, pois, inseriu os princípios como norte do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo suas diretrizes sobre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Os princípios constitucionais desencadearam o alargamento dos direitos fundamentais do ser humano no Estado de Democrático de Direito, tornando falho o positivismo jurídico, e se apresentando como uma fonte de interpretação da lei, conferindo a todos os ramos do direito uma maior aproximação com as mudanças que a sociedade vivencia diariamente, podendo, dessa maneira, conferir ao julgador uma maior aplicabilidade da lei na análise de um caso concreto, atingindo a pretensão almejada pelo cidadão que busca o judiciário para a solução de seus litígios. Segundo Maria Berenice Dias: "Muitas das transformações levadas a efeito são fruto da identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, a ensejar o consequente alargamento da esfera de direitos merecedores dessa tutela". (DIAS, 2013, p. 60).

Nessa esteira, o Código Civil de 2002 também buscou adequar-se às mudanças sociais e costumes da sociedade brasileira. Sobreveio, assim, uma larga atualização em suas normas no tocante aos aspectos do direito de família à luz dos princípios e normas

constitucionais, pois, é certo que, esse é o ramo do direito onde mais podemos encontrar reflexos dos princípios constitucionais, tendo em vista a subjetividade existente nas relações familiares.

Da Constituição Federal são extraídos princípios implicitamente pelo método indutivo, sendo invocados sempre que necessários no direito de família, sem afastar-se do conceito de família atual e que sempre está em constante modificação. Com isso, busca-se conservar a família e os valores sociais, conferindo um tratamento mais harmônico à sua realidade cultural, acolhendo às conveniências dos cônjuges ou companheiros e seus filhos e, simultaneamente, às necessidades sociais. Assim, cumpre elucidar os princípios que norteiam o direito de família, ainda que de maneira não exaustiva.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e configura-se como o princípio norte da ordem constitucional, tendo em vista a sua imprescindibilidade no momento da elaboração, interpretação e aplicação da norma jurídica, tornando-se alicerce do ordenamento jurídico vigente e devendo ser incluído em toda relação jurídica, seja ela privada ou pública.

Outrossim, é o mais abrangente dos princípios constitucionais, nas palavras de Maria Berenice Dias: "É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade".(DIAS,2013, p. 65). Em decorrência de ser um vetor determinante para a vida em sociedade, o princípio da dignidade da pessoa humana traz à tona a necessidade de colocar o ser humano como centro de todos os direitos fundamentais, tornando obrigatório o respeito e a proteção da pessoa, e representando um limite à atuação do Estado, haja vista a obrigatoriedade deste em não praticar atos que violem a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, leciona o jurista Uadi Lammêgo Bulos:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana apresenta-se em três dimensões: 1ª) dimensão fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2ª) dimensão orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional; 3ª) dimensão crítica – serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativa (BULOS, 2011, p. 502).

Ademais, vale transcrever os dizeres do eminente jurista Ingo Wolfgang Sarlet no tocante ao conceito da dignidade humana:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2012, p. 60).

Dessa forma, é patente que todos os princípios previstos na Constituição Federal e nas demais searas do sistema jurídico brasileiro visam resguardar a dignidade da pessoa humana, mormente o direito de família, posto que se almeja proporcionar uma dignidade para todas as entidades familiares em geral, e, numa visão mais específica, para todos os membros que compõem uma família. Assim, não seria digno tratar de maneira desigual às várias formas de filiação ou os diversos tipos de constituição de uma família.

Já o Princípio da Igualdade garantiu através da Constituição Federal Brasileira tratamento e proteção igualitários para todos os cidadãos. Conforme Maria Berenice Dias, é essencial que a lei trate a todos igualmente, e os desiguais na medida de sua desigualdade, ressaltando sempre a busca do tratamento isonômico para todos. Dessa concepção, surgiu a igualdade formal e a igualdade material, onde aquela é a consagrada na lei: "art. 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)." (BRASIL, 1988), e esta, refere-se a direitos subjetivos que devem ser concedidos a todos os seres humanos.

No tocante ao direito de família, tal princípio está arraigado em todos os âmbitos, tanto na questão conjugal, quanto no que concerne à filiação, devendo a família ser pautada pela igualdade entre seus membros. De forma patente, a constituição expressa em seu artigo 5º, inciso I a igualdade entre homens e mulheres, exaltando, novamente, no art. 226 § 5º a igualdade de homens e mulheres no que toca à sociedade conjugal, estabelecendo a isonomia entre os sexos e extirpando o patriarcalismo que durante tantos séculos destinava a mulher a tarefas restritas.

Em sequência, o princípio da igualdade também trouxe desdobramentos na seara da filiação, à medida que proibiu qualquer discriminação em relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, determinando absoluta igualdade entre todos os filhos e extinguindo a arcaica diferença entre filiação legítima ou ilegítima.

Por fim, em respeito ao princípio da igualdade e de acordo com o art. 227, § 7º, é livre a escolha do casal sobre o planejamento familiar, não podendo qualquer instituição

pública ou particular interferir nas decisões do casal, ao estado fica limitado a proporcionar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse princípio.

Nessa esteira, o Princípio da Liberdade possui ligação direta com o princípio da igualdade, à medida que ambos são direitos fundamentais humanos que integram a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O direito tem como objetivo proporcionar a liberdade ao cidadão e, para isso, protege, organiza e impõe limites a determinadas liberdades, para que possa ser concedido a cada cidadão a sua liberdade individual. De início, parece uma verdadeira contradição, entretanto, ao se analisar essa afirmação, se percebe que a liberdade só existe na sociedade se, proporcionalmente, houver a igualdade entre cada indivíduo.

Quando a análise é levada para o direito de família, é notável o quanto esse princípio constitucionalmente garantido tem aplicabilidade, haja vista a possibilidade que todos possuem em escolher com quem deseja constituir um lar, independente do sexo, bem como qual a maneira que almeja estabelecer sua família, através do casamento ou da união estável, ou, ainda, a liberdade em divorciar-se ou destituir uma união estável, podendo estabelecer outros laços familiares novamente. Abrangendo também possibilidade de livre planejamento familiar, conforme art. 226, § 7º da Constituição Federal:

Art. 226.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Ressalte-se está expressamente vedada à imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado seja no casamento, seja na união estável, consoante o diploma legal presente no Código Civil: "Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família." (BRASIL, 2002), não sendo possível o estado ou qualquer outro ente intervir nas relações familiares, salvo com previsões legais, tais como o controle de natalidade, o incentivo a educação, o planejamento familiar através de políticas públicas.

O Princípio da Solidariedade Familiar consagrado no art. 3º, inciso I, a Constituição Federal, objetiva a obtenção de uma sociedade livre, justa e solidária, cujo

alicerce está nos vínculos afetivos presente nas relações familiares. Como ensina Maria Berenice Dias, esse princípio possui uma extensa carga ética, já que a própria palavra solidariedade nos remete a uma ideia de fraternidade e reciprocidade.

Nessa esteira, conclui-se que através desse princípio nasce o dever recíproco entre os integrantes do grupo familiar, pois, até a família é um meio de proteção social, eximindo inclusive o estado de deveres previstos na constituição para com os membros de uma entidade familiar. Conforme preleciona a eminente jurista Maria Berenice Dias:

Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O dever de amparo às pessoas idosas dispõe do mesmo conteúdo solidário (CF 230). (DIAS, 2013, p. 69).

Outro desdobramento desse princípio é o dever de prestações alimentícias entre parentes, cônjuges ou companheiros, amparado no art. 1694 do Código Civil, demonstrando, conforme Maria Berenice Dias, que os integrantes que estão em um seio familiar são, simultaneamente, credores e devedores de alimentos entre si, devendo ser solidários perante algum ente que necessite do pagamento de alimentos. Por fim, Flávio Tartuce e Roberto Simão lembram que a solidariedade não está só no âmbito patrimonial, mas no afetivo e no psicológico também.

No tocante ao Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares, se verifica que, atualmente, podemos nos deparar com diversas formas de entidades familiares, seja concernente à filiação, ou à maneira de se estabelecer uma união e até mesmo na forma como cada família se apresenta perante a sociedade. Toda essa nova estrutura não esteve presente em nossa sociedade desde sempre, já que, em legislações anteriores, o casamento era a única maneira de reconhecimento de um vínculo familiar, os outros meios utilizados para se instituir uma família eram marginalizados e não possuíam nenhuma proteção do Estado.

Segundo Maria Berenice Dias, só após o reconhecimento de que o casamento não era a única maneira de se estabelecer um vínculo familiar, o conceito de família ampliou-se. Nesse sentido, "o princípio do pluralismo das entidades familiares nada mais é do que o

reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares." (DIAS, 2013, p. 70).

O Princípio da Proteção Integral às crianças, adolescentes, jovens e idosos, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, sustenta que esses sujeitos são possuidores de direitos fundamentais e proteção integral a serem promovidos pela família, sociedade e Estado. Tal princípio deve ser visto como base para reger as relações da criança, adolescentes e jovens, à medida que estes, por serem pessoas em desenvolvimento, possuem uma fragilidade maior, precisando de um tratamento diferenciado. E, todos esses direitos e garantias estão codificados através de uma proteção especial prevista em nosso ordenamento jurídico, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), trazendo normas de natureza civil e penal garantidoras do reconhecimento da criança e adolescente como sujeito de direito.

No mais, o princípio da proteção integral confere ao idoso a impossibilidade de discriminação devido à idade, haja vista que, conforme o Estatuto do Idoso, pessoas maiores de 60 anos possuem direitos e garantias especiais.

No que tange ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social expresso na Constituição Federal, as diretrizes que estão previstas no tocante ao direito de família não podem sofrer retrocesso social, quais sejam, a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre todos os filhos, constituindo verdadeiras garantias constitucionais e direitos subjetivos para qualquer membro da entidade familiar, pois, "não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária (DIAS, 2013, p. 72) ". Ressalte-se, ainda que, o estado, ao instituir essas diretrizes constitucionais, gera uma obrigação de todos os cidadãos em cumpri-las, e, simultaneamente, um dever de abstenção na prática de atos que violem tais garantais.

Ademais, e não menos importante, o Princípio da Afetividade vem sendo cada vez mais reconhecido nas relações geridas pelo direito de família, embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, nem no Código Civil de 2002, esse princípio atualmente é considerado um espelho do princípio da dignidade humana e de suma importância para o ramo do direito em apreço, devendo ser analisado como um norteador do direito de família, pois, as relações familiares, qualquer que seja a maneira como se apresentem, baseiam-se em relações subjetivas, pautadas de sentimentos vivenciados entre seus membros como o afeto, o perdão, a solidariedade, o carinho, entre outras inúmeras formas de se estabelecer o convívio em comum e demonstrar o interesse perante o próximo.

A maior comprovação desse princípio deu-se através da tutela jurídica conferida a união estável, onde, o afeto entre duas pessoas, foi merecedor da proteção do estado e inseriu-se no ordenamento jurídico com *status* constitucional. O afeto é fruto da convivência entre as pessoas, e, quanto mais se aumenta o sentimento entre os membros da família, maior é a valorização das funções afetivas da família. Conforme Maria Berenice Dias, na esteira dessa evolução jurídica e social, o direito de família proporcionou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo um valor jurídico ao afeto.

Tecidas essas considerações acerca dos princípios constitucionais da família, destacaremos agora aspectos do poder familiar.

3 DO PODER FAMILIAR

O poder familiar, antes nominado de pátrio poder, possui suas origens no direito romano – *pater potestas* -, que conferia o direito absoluto e ilimitado ao chefe da família sobre a pessoa dos filhos. Esse termo com conotação machista e ultrapassada tem resquícios na sociedade patriarcal e foi posteriormente substituído pela denominação poder familiar, que é mais adequada atualmente devido ao tratamento igualitário conferido ao homem e à mulher na Constituição Federal de 1988.

Nessa esteira, conceitua-se o poder familiar como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores. É um instituto com caráter protetivo, que está presente no âmbito do direito privado e no direito público, já que, o Estado estabelece limites no exercício do poder familiar, assegurando a proteção da criança e do adolescente no seio familiar. Assim, o poder familiar é um verdadeiro *múnus*, ou seja, um encargo conferido a alguém por lei que não se pode renunciar.

Titulares do poder familiar, o pai e a mãe devem sempre o exercer em conjunto e amparado na afetividade, independente do vínculo que estabeleçam entre si, pois o *múnus* que lhes é atribuído decorre da filiação e não do casamento ou união estável. Segundo Maria Berenice Dias: "A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva". (DIAS, 2013, p. 436).

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, e pode se originar da uma filiação natural ou da filiação legal e da socioafetiva, gerando obrigações de caráter personalíssimo.

Consoante art. 1630, do Código Civil, os filhos menores de idade estão sujeitos ao poder familiar, assim, o diploma legal atinge filhos menores que não tenham sido

emancipados, havidos ou não casamento, inclusive os provenientes de adoção. Quando se trata de pais divorciados ou que desfizeram a união estável, nada interfere no exercício do poder familiar, pois são direitos e deveres a serem exercidos por ambos os genitores e de forma igualitária. O dever de sustento perante os filhos havidos durante a constância da relação familiar subsiste ao seu término, sendo indispensável ao genitor não guardião prestar alimentos, bem como dar assistência afetiva ao filho.

O art. 1634 do Código Civil dispõe sobre o exercício do poder familiar, mas infelizmente não faz menção aos deveres mais importantes dos pais perante seus filhos: o de amor, afeto e carinho. Nesse sentido:

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga os pais e filhos, propiciada de encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade civil do genitor por **abandono efetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. (DIAS, 2013, p. 440). [Grifo no original].

No que tange aos atributos de ordem patrimonial, os pais tem como dever o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores (art. 1689), representando-os até a idade de 16 (dezesseis) anos e assistindo-os dos 16 (dezesseis) anos aos 18 (dezoito) anos.

Por ser o poder familiar um dever a ser exercido em prol dos filhos o Estado possui legitimidade para interferir nas relações familiares com o fulcro de proteger o interesse dos menores. Com isso, possui o direito de fiscalizar o exercício das funções materna e paterna, podendo suspender e até mesmo extinguir o poder familiar quando julgar necessário. A suspensão e extinção são sanções declaradas por sentença judicial aos pais, com o objetivo de preservar o interesse dos filhos de atitudes faltosas dos genitores. Já a extinção do poder familiar, em geral, dá-se por fatos naturais, e não rompe o vínculo de parentesco, apenas destitui o genitor do poder familiar, suas causas estão presentes no art. 1635, do Código Civil.

Nessa ótica, passemos a análise do instituto cerne do presente artigo, elucidando inicialmente o seu desenvolvimento histórico e a sua extensa aceitação em países distintos.

4 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Ao se realizar uma breve análise histórica desse instituto, se vê que em diversos países não é recente a ideia que o exercício conjunto da guarda dos filhos entre os pais é a forma mais adequada de proporcionar o melhor interesse da criança, à medida que gera um equilíbrio nos papéis parentais, possibilitando que os filhos de pais separados sejam assistidos por ambos os genitores.

Um grupo da Comissão de Direitos Humanos, em 20.11.1989, realizou um trabalho marcante e determinante no que tange aos direitos da criança, nominado de Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em 02.09.1990. No Brasil, o Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 99.710, de 21.11.1990 (BRASIL, 1990), promulgou a convenção, tornando-se um país reconhecedor do melhor interesse da criança.

Tal Convenção trouxe à tona a necessidade de se analisar os direitos fundamentais da criança, através de artigos específicos sobre os direitos do menor no que tange à guarda dos pais, como podemos verificar no art. 9º, § 3º: "Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança" (BRASIL, 1990).

No mesmo sentido, dispõe o art. 3º, § 1º e o art. 18, § 1º do referido decreto legal, prelecionando a obrigação comum de ambos os pais no que tange a todas as ações relativas à criança, garantindo à educação e desenvolvimento do menor, assim, a convenção propõe a igualdade entre os pais na educação e desenvolvimento de seus filhos.

No direito português adotava-se inicialmente o regime da guarda única, através do princípio do exercício unilateral. Contudo, conforme Waldyr Girsard Filho, a guarda conjunta, que não possuía nenhuma previsão legal, começou a ser adotada nos tribunais em face das modificações nas relações familiares, a exemplo do aumento no número de divórcio e a diminuição de seu significado conflituoso, reconhecendo-se o exercício desse instituto como o mais adequado para a busca do interesse do menor.

Nessa sintonia, o direito espanhol reconhece que ambos os pais são co-titulares na função das questões concernentes ao desenvolvimento e criação dos filhos, exercendo em conjunto o pátrio poder, a saber: "A Constituição espanhola proclama clara e terminantemente a igualdade jurídica plena dos cônjuges, da qual seguem numerosas consequências, dentre elas a da guarda conjunta do pai e da mãe." (GRISARD FILHO, 2009, p. 135).

A legislação argentina segue a mesma linha, instituindo que os filhos menores de idade estão sob a guarda, responsabilidade e cuidado dos pais, possuindo estes o dever

legal de criar, alimentar, educar os seus filhos de acordo com as suas possibilidades. Dessa forma, o regime adotado é o exercício compartilhado dos filhos, objetivando-se sempre a busca do melhor interesse do menor.

A guarda no direito alemão era definida após uma análise da culpa na separação, contudo, com a lei da guarda no ano de 1979 se determinou o exercício da guarda a apenas um dos ex-cônjuges. Essa disposição legal foi declarada inconstitucional em 1982, levando-se em consideração que ambos os pais possuem direitos e obrigações perante os filhos. Nesse sentido, o direito de guarda pertence a ambos os genitores em conjunto quando há a separação e, somente quando um dos pais solicita a guarda exclusiva que haverá a manifestação do judiciário sobre o pedido.

Nessas ordens de considerações, há de se mencionar os institutos que foram verdadeiras diretrizes para a guarda compartilhada como um modelo mais apto a proporcionar a relação dos filhos com os pais após o divórcio.

Foi na Inglaterra, há cerca de 20 anos que surgiu esse modelo de guarda de suma importância para o sistema jurídico como um todo. No século XIX, houve uma modificação no entendimento do parlamento inglês, à medida que, o pai era quem possuía a guarda dos filhos e, caso houvesse conflito no tocante a quem seria o detentor da guarda dos filhos, esta passaria a ser atribuída à mãe. Contudo, segundo Waldyr Grisard Filho, os Tribunais passaram a ver que essa nova forma de instituir a guarda acabava por gerar uma injustiça ao pai, já que a guarda era conferida somente à mãe. Buscando-se resolver esse impasse, as funções paterna e materna passaram a ser exercidas conjuntamente, como se extrai:

primeiro, convencidos que o interesse maior da criança fica plenamente garantido e, segundo, porque a participação comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanhavam a ruptura e, de outro, favorecem a criança, pois, apesar de ruptura, vê ambos os genitores envolvidos com seu destino. (GRISARD FILHO, 2009, p. 139).

Dessa maneira, fica patente o quanto as decisões inglesas vieram a favorecer os princípios do maior interesse da criança e a igualdade parental, tendo em vista que, pautavam-se no exercício comum de ambos os pais dos direitos e obrigações sob os filhos menores.

Essa nova maneira de decidir repercutiu em muitos países, dentre eles a França, onde, a jurisprudência inclinou-se completamente favorável a guarda compartilhada,

culminando posteriormente em uma Lei específica sobre o tema, Lei n. 87.570 de 22.07.1987, denominada de Lei de Malhuret. Através dela, a ambos os genitores estava conferido o direito e dever de exercer a guarda dos seus filhos, prevalecendo até mesmo após o divórcio.

Já no direito americano, como cada Estado tem sua própria legislação e procurando-se evitar conflitos jurisdicionais a respeito do instituto, foi criado a Uniform Child Custody Jurisdiction Act, leis uniformes para certos setores do direito de família. Assim, buscou-se impedir que houvesse conflitos de competência entre os estados e, uma cooperação entre os Tribunais, procurando sempre se decidir de acordo com o interesse da criança. Foi assegurado, através de políticas públicas: "ao menor contato frequente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades." (GRISARD FILHO, 2009, p. 143).

Vale lembrar que, nos Estados Unidos, a guarda compartilhada é um dos institutos que mais cresce, estatisticamente, os pais são a ela favoráveis devido à auto estima, relacionamento, adaptação e desenvolvimento psicoemocional.

Após essa visão histórica do instituto em apreço, passa-se a analisar a guarda compartilhada especificamente no que tange ao direito brasileiro, incluindo a sua normatização no Código Civil de 2002 e as alterações advindas através da Lei 11.696/2008.

5 A GUARDA COMPARTILHADA SOB A ÓTICA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 O Instituto da Guarda Compartilhada no Código Civil de 2002

O capítulo atinente à Proteção da Pessoa dos Filhos no Código Civil de 2002, ao reger sobre a guarda dos filhos menores ou maiores incapazes no divórcio, não trouxe à baila a análise da culpa no momento em que ocorreu a dissolução do vínculo conjugal, bem como, a preferência na determinação da guarda à figura materna, estabelecendo que a guarda fosse atribuída ao genitor, ou mesmo a terceiro, que melhor demonstrasse condições de exercê-la.

Outrossim, sempre houve a busca pelo melhor interesse do menor em detrimento ao interesse dos adultos, sendo como regra uma atribuição dos pais decidirem, em comum acordo, sobre a guarda do filho após o término do vínculo conjugal. Contudo, na hipótese de não haver consenso, será competência do juiz a decisão sempre almejando o bem do menor através de sua discricionariedade.

Nessa esteira, já existia um cenário constitucional de responsabilidade parental e corresponsabilidade parental que ia de encontro à guarda compartilhada, proporcionando aos poucos a difusão da ideia de compartilhamento dos pais do exercício de direitos e obrigações sobre os filhos e em igualdade de condições, isto porque, foram vivenciadas profundas e intermináveis mudanças na sociedade, atingindo especialmente o seio familiar, através de transformações nos costumes, tais como: o crescente ingresso das mulheres no mercado de trabalho, o aumento da igualdade entre homens e mulheres, a difusão da importância conferida às crianças e aos adolescentes, e a crescente ruptura do casamento ou união estável. Nesse sentido, destaca Waldyr Grisard Filho:

No afã, então, de aperfeiçoar os mecanismos de proteção ao menor, de atenuar o impacto negativo que as desuniões lhe impõe e de reduzir os efeitos patológicos das situações conflitivas por ele vivenciadas, passou-se a se admitir o compartilhamento da guarda, como a mais valiosa ao bem-estar do menor. Ela propicia a continuidade da convivência de ambos os genitores com seus filhos, preservando as relações de afeto existentes anteriormente. (GRISARD FILHO, 2009, p. 170)

Contudo, ressalte-se, que o Código Civil em momento algum faz referência expressa a alguma modalidade de guarda conjunta dos filhos menores, seja por consenso entre os pais e terceiros ou por determinação judicial, assim como, não chega a proibir sua utilização, tudo que se possuía na época era a extensa expansão dos preceitos da guarda compartilhada e a necessidade de sua regularização e consequente tutela jurídica, que sobreveio com a lei objeto do próximo tópico.

5.2 A Guarda Compartilhada disciplinada na Lei 11.696/2008

Através da Lei 11.696/2008, sancionada em 13 de junho de 2008, foi normatizado o instituto da Guarda Compartilhada, conferindo aos pais que não vivam sob o mesmo teto a responsabilização conjunta e de forma igualitária dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar (art. 1583, § 1º, da Lei 11.696/2008). Desse artigo, extrai-se que a norma não limitou a hipótese de aplicação da guarda compartilhada somente para casos de divórcio ou dissolução de união estável, atingindo também pais que não tiveram um relacionamento familiar, mas que acabaram por ser tornar pais e desejam participar ativamente da vida de seu filho.

A Guarda Compartilhada, consoante art. 1584, inciso I, da referida lei, pode ser requerida de comum acordo pelos pais, ou por qualquer deles em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Na sequência, o inciso II também indica como se determinar a guarda, pois seu texto dispõe que esta pode ser decretada pelo juiz, sempre atendendo as necessidades específicas do menor, ou em função da distribuição de tempo necessário ao convívio da criança com a mãe e com o pai.

Nesse aspecto, esse novo modelo de guarda apresenta-se como um instrumento de suma importância, pois termina por instituir o convívio da criança com ambos os genitores, já que, embora tenha ocorrido à dissolução do vínculo comum da autoridade parental, compete ao pai e mãe o direito de estar presente e opinar nas decisões importantes e cotidianas na vida da criança. Conforme Maria Berenice Dias, trata-se de uma maneira de assegurar efetivamente a corresponsabilidade parental, a continuidade do vínculo dos pais na formação e educação do menor, que o simples estabelecimento de visitas não proporciona. "O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar." (DIAS, 2013, p. 454). Ressalte-se que, situação inversa ocorre na guarda unilateral, que conforme art. 1583, § 2º, é exercida com exclusividade por aquele revele melhor condições para exercê-la.

Antes de a nova Lei entrar em vigor a guarda compartilhada já era aplicada, porém, em maior escala através de acordo entre pai e mãe, e esporadicamente por determinação judicial. Contudo, com o novo dispositivo legal, a guarda compartilhada passou a ser a modalidade aplicada preferencialmente pelo juiz quando não houver acordo entre os pais: "Art. 1584: § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada." (BRASIL, 2002). Na mesma linha de raciocínio, o Enunciado 335 do Conselho de Justiça Federal: "A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar". Deve ainda o juiz ao instruir a audiência de conciliação, informar aos genitores o que significa a guarda compartilhada, bem como a sua importância, os direitos e deveres pertencentes aos pais, e as sanções pelo não cumprimento de suas obrigações (art. 1584, § 1, da Lei 11.698/2008). Com isso, a guarda compartilhada tornou-se a regra, e a guarda unilateral a exceção.

A Guarda Compartilhada acaba por reequilibrar e valorizar os papéis de ambos os genitores, pois confere o exercício pleno de todos os atributos do poder familiar, sem que haja um esvaziamento das funções paterna e materna, nem a eliminação dos referenciais

masculino e feminino, possibilitando ao menor um desenvolvimento equilibrado emocional, psíquico e social. Nesse sentido:

Na guarda compartilhada os pais têm responsabilidade conjunta na tomada de decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos. Ambos têm a guarda jurídica, apesar de um deles ter a guarda material. Há presença física da criança no lar de um dos genitores, tendo o outro o direito de visitá-la periodicamente, mas a responsabilidade do filho e pela sua educação deve ser bilateral, ou seja, do pai e da mãe. O poder familiar é exercido por ambos, que tomarão conjuntamente as decisões do dia a dia. (PELUSO. 2013, p. 1731) [grifo nosso].

Nessa ótica, ainda que a lei não tenha expressado, a guarda compartilhada garante à criança ou adolescente uma residência habitual, um ponto de referência, determinado pelo juiz ou de comum acordo entre as partes, buscando-se sempre o melhor interesse do menor. Importante lembrar que essa fixação de um lar habitual não deve desvirtuar o instituto, tornando o genitor dono do lar como um genitor detentor da guarda exclusiva, devendo haver a regulamentação das visitas do genitor não guardião, para que a convivência entre este e o menor não sofra nenhuma impacto ou influência daquele.

Outro ponto importante é que a lei em questão não faz cessar o dever de sustento de filhos menores em comum. Em regra, na guarda compartilhada inexistente pensão alimentícia, pois compete a ambos os genitores os encargos decorrentes da criação, sustento e educação do filho. Contudo, ressalta Maria Berenice Dias, que nem sempre ambos os pais possuem condições econômicas equiparadas, e como na maioria dos casos não há alternância da guarda física do filho, pode acabar gerando despesas maiores ao genitor guardião e, como estas devem ser rateadas para ambos os genitores, surge à possibilidade de exigir a fixação de alimentos por meio judicial.

No tocante à visitação, tem-se que é um mais direito do filho ao invés do genitor não guardião, podendo inclusive ser estendida a outros membros da família, de acordo com o Enunciado 333 do CJF: "O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse".

É certo que, como já desenvolvido em momento anterior, essa modalidade de guarda confere aos pais a participação comum nas decisões concernentes à vida do menor, seja em relação ao colégio, à educação, ao esporte, entre outros. E quando há um conflito entre os pais? Quando eles divergem em suas opiniões a respeito do que é mais adequado ao

filho? A solução desses litígios deve ser buscada por qualquer dos pais perante o juiz. Inclusive, o pai e a mãe, a qualquer tempo, pode requer também ao judiciário o estabelecimento da guarda compartilhada como modelo de exercício do seu poder patriarcal, ou a revogação da mesma. Há de se relembrar que terceiros também podem postular a guarda compartilhada do menor, a exemplo de um avô materno e um genitor viúvo.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a importância da lei no que tange à responsabilidade dos atos ilícitos praticados pelo filho menor, pois, quando a guarda estabelecida é a unilateral, o responsável pela reparação dos atos do filho é aquele que estiver exercendo sua autoridade e na companhia no menor. Entretanto, segundo Waldyr Grisard Filho, em se tratando da guarda compartilhada, ao ter sido estabelecido uma coparticipação dos pais no exercício do poder familiar, ambos possuem autoridade igual e detêm a igual companhia dos filhos, motivo pelo qual são conjuntamente, objetivamente e solidariamente responsáveis pelos danos causados por seus filhos a terceiros.

Nessa esteira, com as considerações supracitadas sobre a guarda compartilhada, o presente artigo irá abordar um importante projeto sobre essa modalidade de guarda, bem como tecer considerações a respeito do princípio do melhor interesse da criança.

6 O PROJETO DE LEI Nº 1.009/2011: UM ENFOQUE ACERCA O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E A GUARDA COMPARTILHADA

Inicialmente, destaca-se a importância de uma abordagem acerca do Princípio do Melhor Interesse do Menor, pois, é através dele que o magistrado deve pautar-se no momento de aplicar a guarda compartilhada a ambos os pais ou a guarda unilateral a ser exercida exclusivamente a um dos genitores.

É certo que não existe uma concepção preconcebida e exata do que seja o melhor interesse para a criança, já que, cada relação existente entre pais e filhos é dotada de subjetividade oriunda da própria estrutura familiar e das mudanças vivenciadas na sociedade constantemente, motivo pelo qual, cada caso deve ser analisado com os contornos que o envolvem. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

O que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais “gerais” – isto é, os mesmos a que os adultos fazem jus -, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhe são especialmente dirigidos. Garantir tais direitos significa atender ao interesse dos menores. (PEREIRA, 2012, p. 151).

Seguindo esse raciocínio, é da Constituição Federal em seu art. 227 (transcrito abaixo), que fica evidente a intenção do legislador pátrio em garantir à criança e ao adolescente o melhor interesse, tornando esse princípio como um vetor determinante para a efetivação das garantias fundamentais do menor. Na mesma diretriz, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinou normas protetivas ao menor em seu art. 3º e art. 4º, *in verbis*:

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.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse diapasão, é certo que uma das circunstâncias que há uma larga utilização do princípio do melhor interesse da criança é em disputas de guarda e fixação do direito de visitas para os pais ou terceiros. É nesse momento em que se deve buscar conservar o melhor interesse dos filhos, pois são eles que mais se encontram em situação de fragilidade, por estar em uma fase de constante amadurecimento e definição de personalidade.

Como já afirmado, o melhor interesse possui como função direcionar o magistrado no momento de resolver conflitos referentes à guarda, se acrescentando que através desse princípio também se almeja encontrar meios eficazes e reais para a aplicação da solução que foi dada ao conflito. Os textos legislativos que abordam sobre guarda dos filhos permitem que haja uma flexibilidade de sua aplicação, para que as disposições legais possam se amoldar caso a caso, prevalecendo sempre o melhor interesse do menor e diminuindo possíveis frustrações decorrentes da dissolução familiar. Não se pode esquecer em nenhum

momento que o bem estar do menor é sempre o critério que irá definir a guarda da criança ou do adolescente.

Dai que surge a pertinência da guarda compartilhada, em especial ao projeto de lei que a torna como modalidade a ser instituída em caso de não haver acordo entre os pais, já que, o melhor interesse da criança que sempre deve estar presente nessas situações vem proporcionar a efetivação do direito que toda criança e adolescente tem em não se divorciar dos pais, preservando a figura de ambos como direito constitucional que lhe cabe, e por consequência, um dever fundamental dos genitores. Conforme Rodrigo da Cunha Pereira: “A maternidade e a paternidade são sempre irreversíveis e irrenunciáveis na estrutura do romance infantil”. (PEREIRA, 2012, p. 157).

Nessa ótica, recentemente o Projeto de Lei nº 1.009/2011 trouxe à tona um questionamento oportuno e de extrema importância para o instituto da guarda compartilhada e a busca da efetivação do princípio do melhor interesse da criança, pois, veio disciplinar com maior clareza o verdadeiro objetivo que se buscou alcançar através da criação da lei da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico pátrio.

O projeto atualmente tramita em caráter conclusivo no Senado Federal, e tem como objetivo a alteração do art. 1584, § 2º e art. 1585, ambos do Código Civil, para o seguinte texto:

Art. 1.º O § 2º do artigo 1584 do Código Civil Brasileiro passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores declare ao magistrado não desejar a guarda do menor, caso em que se aplicará a guarda exclusiva ao outro genitor.

§ 2º ‘ Independentemente de qual dos genitores detenha a guarda dos filhos, fica desde já proibido, sob pena de multa de um salário mínimo ao dia, a qualquer estabelecimento privado ou público, a negar-se a prestar informações sobre a criança, a quaisquer de seus genitores. Considerar-se co-responsável os representantes do estabelecimento.

Art. 2.º O artigo 1585 do Código Civil Brasileiro passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos não se decidirá guarda, mesmo que provisória, de filhos, devendo esta, somente após ouvir-se o contraditório, ser decidida aplicando-se as disposições do artigo antecedente. [realces acrescentados].

Dessa forma, vê-se que a guarda compartilhada se tornaria a modalidade obrigatória a ser instituída pelo magistrado caso não houvesse acordo entre os genitores, estabelecendo claramente duas ressalvas: ambos os pais devem estar aptos para exercer o poder familiar e devem desejar deter a guarda de seu filho, caso contrário, a guarda será deferida a um dos genitores exclusivamente.

O projeto ainda trata da guarda dos filhos em caso de separação de corpos, instituindo que quando um dos cônjuges vier a se distanciar temporariamente da residência do casal, não poderá haver nenhuma decisão referente à guarda do menor, somente após o contraditório se perfazer. Além disso, fica expressamente proibido qualquer estabelecimento público ou privado se negar a fornecer informações sobre a criança a qualquer de seus genitores, sob pena de incorrer em multa.

A nova proposta possui respaldo em justificativas decorrentes da própria aplicação da guarda compartilhada equivocadamente pelos operadores do direito, pois, a atual redação do art. 1584, § 2º contém: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. (BRASIL, 2002). Essa expressão “sempre que possível” findou ocasionando controvérsia na verdadeira motivação da criação da guarda compartilhada, já que, muitos magistrados só passaram a deferir esta modalidade de guarda quando houvesse um bom relacionamento entre os pais, situação esta que para ser aplicada não necessitaria ser regida por uma lei específica, tendo em vista que o Código Civil em vigor a época anterior à promulgação da lei 11.698/2011 permitia aos genitores que realizasse um acordo no momento de aplicação da guarda de seus filhos menores, podendo acordar pela guarda compartilhada sem qualquer entrave no judiciário.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. Os elementos de prova constante dos autos demonstram a inexistência de um perfeito entendimento entre os genitores, o que é de rigor para o compartilhamento de guarda postulado, de modo que seu deferimento não atenderá ao melhor interesse do menor. Manutenção da sentença que concedeu a guarda ao genitor. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70057520611, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/03/2014). [Grifo nosso]. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113792203/apelacao-civel-ac-70057520611-rs>. Acesso em 20 outubro 2014.

Assim, o cerne da questão está no fato de que a jurisprudência tem caminhado erroneamente na determinação da guarda conjunta, fixando-a somente em casos que há diálogo, bom senso, civilidade e harmonia entre os genitores. Contudo, com a promulgação do novo projeto de lei, a guarda compartilhada deverá ser fixada, sobretudo, quando as dissoluções terminem de maneira litigiosa, não podendo ficar a escolha do modelo de guarda à mera conveniência de um dos pais, sob pena de tornar a guarda compartilhada um instituto sem efetividade e letra morta no sistema jurídico vigente. Independente do litígio ou um bom relacionamento entre os pais se almeja com a lei a responsabilização e o exercício conjunto de direitos e deveres de ambos os genitores pertencentes ao poder familiar.

Além disso, consoante justificativa do projeto de lei, a aplicação da guarda compartilhada somente nos casos em que haja bom relacionamento entre os genitores, justifica-se porque pode acarretar que um dos genitores beligerante, até mesmo um alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, objetivando unicamente impedir a aplicação da guarda compartilhada, perfazendo assim, seu próprio interesse, em detrimento da efetivação do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, destaca-se que na maioria das vezes a dissolução de um vínculo familiar acaba sendo traumática para um ou para ambos os cônjuges, com mágoas, ressentimentos, sentimento de vingança, que por si já geram a possibilidade de disputa pelo menor apenas com o intuito de se titular como o genitor vencedor e detentor da guarda do menor, atingindo o outro. Conforme Rodrigo da Cunha Pereira: “As pessoas investidas deste ódio e de uma relação malresolvida não conseguem dissociar o fim da família conjugal da família parental, e utilizam os filhos como moeda de troca”. (PEREIRA, 2012, p. 155). Por isso, sempre deve ser lembrado que o melhor interesse da criança é o que se almeja *a priori* em um processo de divórcio ou dissolução de união estável, o menor sempre terá como direito fundamental a presença de ambos os pais como referência, mesmo que estes tenham opiniões divergentes de mundo.

Outro ponto importante do projeto reside no fato de conferir o estado de pai e mãe aos genitores e olvidar o de marido e mulher, tendo em vista que independente da relação afetiva que existia entre os ex cônjuges ou ex companheiros, sempre deve ser preservado o vínculo paterno e materno, buscando-se manter os laços necessários para o desenvolvimento de seus filhos comuns, pois o estado de filiação de pai e mãe não se esgota com o término da relação conjugal ou de companheirismo, é *ad eternum*, salvo nas hipóteses de extinção, suspensão ou perda do poder familiar.

Importante sempre destacar as ressalvas contidas no projeto em apreço que o torna ainda mais eficaz, pois é certo que não há como o juiz fixar a guarda para um genitor que não possua nenhuma aptidão em exercer o poder familiar ou que declare desinteresse em ser detentor da guarda do menor.

Outrossim, há de se ressaltar possibilidades que jurisprudencialmente tem demonstrado situações onde um dos genitores, ou ambos, não possuem condições em exercer o poder familiar, como em casos de alienação parental, instabilidade emocional ou psicológica, abuso sexual, assim como circunstâncias que evidenciam risco ao menor ou em que os genitores residam em países distintos ou comarcas distantes.

Ora, são evidentes que a aprovação do projeto acarretaria um avanço substancial na aplicabilidade da guarda compartilhada em prol da efetivação do melhor interesse da criança, pois, é certo que toda modalidade de guarda que é instituída busca atingir o melhor interesse da criança, entretanto, a guarda compartilhada acaba sendo a mais eficaz nesse sentido, já que, mantém o vínculo afetivo da criança com ambos os pais, impedindo que o menor se distancie do genitor não guardião e que este não se torne apenas mero coadjuvante na educação, criação e desenvolvimento de seu filho.

Ademais, com a aprovação do novo projeto de lei, deve ser extirpado da sociedade a concepção de que a guarda compartilhada se desenvolve sobre os interesses e sentimentos dos adultos em detrimento aos das crianças e do adolescente. Ressalta Rodrigo da Cunha Pereira que preservar o interesse do menor é zelar pela sua boa formação moral, social e psíquica. É procurar a saúde mental, a estabilidade emocional e preservação do convívio social.

7 CONCLUSÃO

Com isso, se demonstra inicialmente do presente artigo, a importância que deve ser dada aos princípios constitucionais da família, já que, cada vez mais eles vêm sendo aplicados em casos concretos para que se atinja a real pretensão almejada pelas partes, proporcionando ao interprete da lei a análise de caso a caso individualmente, conforme as relações familiares tão subjetivas exigem. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais tornaram-se vetores determinantes no ordenamento jurídico brasileiro, preenchendo lacunas deixadas pela lei que necessitam de respostas pelo direito. No Direito Civil não foi diferente, no que tange ao direito de família, os princípios ocasionaram um tratamento mais harmônico as relações familiares, tanto no relacionamento entre o homem e a mulher, quanto no existente entre pais e filhos.

Em relação ao poder familiar que é conferido a ambos os genitores perante a pessoa dos filhos menores, se vê que a Constituição Federal de 1988 ao instituir a igualdade entre homens e mulheres, proporcionou a mudança na conceituação desse instituto, pois, o tornou uma atribuição de ambos os pais e, não um poder somente atribuído ao chefe da família. Constatou-se que o poder familiar acima de tudo é um instituto protetivo, tendo em vista que o Estado estabelece limites para o exercício desse poder, assegurando proteção a criança e ao adolescente. Do mesmo modo, deve ser exercido por ambos os genitores em comum, independente do divórcio ou da dissolução da união estável, pois o poder familiar decorre da filiação e não do vínculo matrimonial ou de companheirismo.

No que tange a evolução da guarda compartilhada, historicamente há a sua aplicação em países distintos, se observando, assim, que não é recente a utilização desse instituto para que se possa conferir a criança e ao adolescente o direito de manter o vínculo com a figura materna e paterna, independente da relação matrimonial ter se desfeito, tendo em vista que a guarda conjunta é a melhor maneira de se efetivar o melhor interesse do menor e a responsabilização e participação igualitária de ambos os genitores na vida dos filhos.

Já no direito brasileiro, se conclui que com o advento do Código Civil de 2002, se tornou ultrapassada a concepção de culpa no momento da dissolução do vínculo conjugal e a ideia de que a guarda seria atribuída preferencialmente à mãe, passando-se a atribuir a guarda ao genitor, ou mesmo a terceiro, que melhor demonstrasse condições de exercê-la. Competia aos pais, de comum acordo decidir acerca da guarda do filho menor, caso contrário, caberia ao magistrado decidir sobre a questão, almejando sempre o melhor interesse do menor. A constituição federal ao instituir a igualdade parental e a coresponsabilidade parental, permitiu a expansão do compartilhamento da guarda a ambos os pais, podendo se acordar para a sua fixação sem maiores entraves. Nessa senda, a Lei 11.696/2008 inseriu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando aos pais o exercício conjunto de direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Foi observado que essa modalidade permite a real efetivação dos poderes concernentes aos pais perante os filhos, tanto no convívio que será estabelecido entre esses, na participação em decisões importantes e cotidianas da vida dos filhos, na diminuição da possibilidade de esvaziamento da figura materna ou paterna, quanto na responsabilização perante os atos praticados pelo menor e na manutenção do dever de sustento perante o filho.

Por fim, foi elucidada uma questão ocasionada pelo uso equivocado da guarda compartilhada, pois, essa modalidade passou a ser utilizada somente em casos onde os pais possuísem um bom relacionamento, ocasionando o desvirtuamento do presente instituto,

motivo pelo qual, sobreveio o projeto de Lei 1.009/2011, atualmente tramitando no Senado Federal. Através desse projeto, se objetiva tornar a guarda compartilhada como modalidade a ser instituída necessariamente em casos onde ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar, ressalvando situações em que um dos pais declare não desejar deter a guarda do menor. Outrossim, se verificou que casos onde um dos pais residam em países distintos e comarcas distantes, bem como em situações de risco ao menor, de alienação parental, abuso sexual, instabilidade emocional ou psicológica de um dos pais, a jurisprudência tem entendido que não há aptidão para o exercício da guarda.

Assim, conclui-se na relevância do projeto de Lei 1.009/2011 como um meio a garantir o verdadeiro conteúdo da guarda compartilhada, já que, traz a noção de desnecessidade do bom relacionamento dos pais para que seja aplicada essa forma de guarda, demonstrando o que primordialmente importa em um processo de dissolução familiar, que é a continuação da relação entre a criança ou adolescente com a figura materna e paterna, independente da relação que exista entre estes como casal. Deve se entender que muitas vezes pais divorciados ou que desfizeram a união estável não enxergam a necessidade de preservar o melhor interesse do seu filho em detrimento de possíveis sentimentos que ficaram entre eles, motivo pelo qual o projeto de lei torna claro que o melhor interesse da criança ou do adolescente é o principal fator para se determinar a guarda. Nessa ótica, a lei da guarda compartilhada ao ser alterada pelo projeto supracitado, representaria a verdadeira possibilidade dos pais serem vistos como tal para o filho, evitando o distanciamento do menor com o genitor não guardião e a diminuição de seu referencial para o desenvolvimento do seu filho, garantindo ainda, o exercício comum e igualitário de ambos os pais do poder familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso**. 7ª ed. ver. e atual., Barueri, São Paulo: Manole, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed., Livraria do Advogado, 2012.

TARTUCE Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. v. 5. 8ª ed. ver. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. Lei nº 11.698 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. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 junho 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1. Acesso em: 28 outubro 2014.

_____. Projeto de Lei nº 1.009 de 2011. Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498084>. Acesso em: 15 outubro 2014.

_____. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 03 outubro 2014.

_____. Apelação Cível Nº 70057520611, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014. TJ-RS. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 10/03/2014. Disponível em <http://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113792203/apelacao-civel-ac-70057520611-rs. Acesso em 20 outubro 2014.

_____. Apelação Cível Nº 20000110948395, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do DF, Relator: VALTER XAVIER, Data de Julgamento: 02/09/2002. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 13/11/2002. Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3091156/apelacao-civel-ac-20000110948395>. Acesso em 29 outubro 2014.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70005788963, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, **Diário da Justiça** Julgado em 31/01/2003. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14340331/agravo-de-instrumento-ag-70005788963-rs>. Acesso em 29 outubro 2014.

_____. Apelação Cível Nº 70039372883, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 27/01/2011. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 03/02/2011. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22905439/apelacao-civel-ac-70039372883-rs-tjrs>. Acesso em 29 outubro 2014.

_____. Apelação Cível Nº 20100111864163, Primeira Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 18/09/2013. **Diário oficial da Justiça** do dia 24/09/2013. Pág.: 102). Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115985920/apelacao-civel-apc-20100111864163-df-0060075-8420108070001>. Acesso em: 29 outubro 2014.

ANEXO

EMENTA: CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. GENITOR RESIDENTE DE OUTRO PAÍS. INTERESSES DO MENOR. 1. INVIABILIZADA A GUARDA COMPARTILHADA NA HIPÓTESE DE O GENITOR RESIDIR EM OUTRO PAÍS, EIS QUE NÃO OCORRERIA A EFETIVA E CONTÍNUA PARTICIPAÇÃO DE AMBOS OS PAIS NO INTEGRAL ACOMPANHAMENTO DO FILHO. 2. ENCONTRANDO-SE O MENOR PERFEITAMENTE AJUSTADO EM SEU MODO DE VIDA, MANTENDO BOM RELACIONAMENTO COM A GENITORA E RECEBENDO EDUCAÇÃO ADEQUADA, INCABÍVEL A TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PARA O OUTRO GENITOR. (TJ-DF - AC: 20000110948395 DF , Relator: VALTER XAVIER, Data de Julgamento: 02/09/2002, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 13/11/2002 Pág. : 98 DJU 13/11/2002). Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3091156/apelacao-civel-ac-20000110948395>. Acesso em 29 outubro 2014.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA DE APREENSÃO DE MENOR, INTENTADA PELA MÃE CONTRA O GENITOR. PLEITO ALTERNATIVO DE GUARDA COMPARTILHADA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR, NA ORIGEM. NOTÍCIA DE ABUSO SEXUAL PERPETRADO PELO AVÔ MATERNO. ATUAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR. NECESSIDADE DA FEITURA DE ESTUDO SOCIAL E DE LAUDOS PSICOLÓGICOS, AMBOS JÁ DETERMINADOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE DIREITO DE VISITA NÃO FORMULADO EM PRIMEIRO GRAU. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. VEDAÇÃO DA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO COLEGIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA. Improvido, de plano, na parte em que conhecido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70005788963, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 31/01/2003). Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14340331/agravo-de-instrumento-ag-70005788963-rs>. Acesso em 29 outubro 2014.

EMENTA: FAMÍLIA. ALTERAÇÃO DE GUARDA. FILHOS MENORES SOB OS CUIDADOS DA MÃE. DISPUTA ENTRE OS GENITORES. ALEGAÇÃO DE MAUS TRATOS. SITUAÇÃO DE RISCO NÃO COMPROVADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES E O DOMICÍLIO EM CIDADES DISTANTES SÃO FATORES QUE INVIABILIZAM A GUARDA COMPARTILHADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70039372883, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 27/01/2011. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/02/2011). Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22905439/apelacao-civel-ac-70039372883-rs-tjrs>. Acesso em 29 outubro 2014.

EMENTA: APELAÇÃO. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA C/C ALIENAÇÃO PARENTAL. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. ENCARGOS. ÔNUS DO VENCIDO. 1. O JULGADOR NÃO SE ENCONTRA VINCULADO À TESE DAS PARTES; O FATO DE A FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO NÃO COINCIDIR COM OS INTERESSES DEFENDIDOS PELOS LITIGANTES NÃO IMPLICA OMISSÃO. 2. OS CONSECUTÓRIOS INERENTES À PRODUÇÃO DA PROVA TÉCNICA REQUERIDA, TAL COMO O PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS, DEVEM SER SUPOSTOS PELA PARTE VENCIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 20, DO CPC. 3.

SOMENTE SE ATRIBUI AO ESTADO O ÔNUS DE ARCAR COM A PERÍCIA SE O LITIGANTE FOR BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 4. O PARECER ELABORADO PELA EQUIPE DA SECRETARIA PSICOSSOCIAL JUDICIÁRIA MOSTRA-SE DETALHADO, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, CLARO E COESO, NÃO HAVENDO NENHUMA EVIDÊNCIA QUE DESABONE AS CONCLUSÕES A QUE CHEGARAM OS SERVIDORES ATUANTES, PREPARADOS PARA LIDAR COM SITUAÇÕES FAMILIARES CONFLITUOSAS. 5. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO. (TJ-DF - APC: 20100111864163 DF 0060075-84.2010.8.07.0001, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 18/09/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/09/2013 . Pág.: 102). Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115985920/apelacao-civel-apc-20100111864163-df-0060075-8420108070001>. Acesso em: 29 outubro 2014.