



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

EVERTON LUIS LEMES DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA EM PROCESSOS LITIGIOSOS

MARABÁ

2012



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

EVERTON LUIS LEMES DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA EM PROCESSOS LITIGIOSOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito à banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, área de concentração: Direito.

Orientador: Prof. José Trindade Borges

Marabá

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

SILVA, Everton Luis Lemes da.
Guarda Compartilhada em Processos Litigiosos/ Everton Luis Lemes da Silva;
orientador, José Trindade Borges – 2012.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Universidade Federal do Pará,
Faculdade de Direito, 2012.

Guarda Compartilhada em Processos Litigiosos. I. Título.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

EVERTON LUIS LEMES DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA EM PROCESSOS LITIGIOSOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito à banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, área de concentração: Direito.

Orientador: Prof. José Trindade Borges

O aluno foi aprovado com conceito: _____

Data da Aprovação: _____

_____ Orientador

Prof. José Trindade Borges

Instituição: Universidade Federal do Pará

_____ Examinador (a)

Prof.

Instituição: Universidade Federal do Pará

Marabá

2012

Dedico este trabalho a todos que acreditaram e desejaram a realização deste esperado momento, em especial à minha querida Esposa Lisiane Inchauspe Lemes que me acompanha a mais de 12 anos, a minha amada mãe Cleila Maria Da Silva Figueira que é minha fonte de inspiração e ao meu Filho Pedro Inchauspe Lemes que tem iluminado meus dias a exatamente oito meses, e, finalmente, aos meus demais familiares e amigos pelo apoio e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa Lisiane pelo apoio, compreensão e pelos longos e maravilhosos anos de convivência.

A minha querida Mãe, ser humano ímpar mulher aguerrida e dedicada, um verdadeiro exemplo de abnegação, que pela sua generosidade e sacrifício me serve de inspiração e, é a quem miro quando me acho inclinado a desistir de algum objetivo traçado.

Agradeço também a Deus por ter me confiado à vida de um ser humano, meu filho, o pequeno Pedro que tem iluminado meus dias.

As minhas irmãs, irmão, cunhados e amigos que torceram por minha vitória.

A Universidade Estadual do Oeste do Paraná, pelos primeiros ensinamentos nessa maravilhosa aventura que é o saber jurídico e à Universidade Federal do Pará pela oportunidade de conhecer, entender e aceitar uma nova cultura, um novo jeito de pensar e a ambas as Instituições por terem me proporcionado o acesso ao ensino público, gratuito e de qualidade.

Aos colegas e professores pelas experiências e conhecimento compartilhado.

"Só existem dois dias no ano que nada pode ser feito. Um se chama ontem e o outro se chama amanhã, portanto hoje é o dia certo para amar, acreditar, fazer e principalmente viver." - Dalai Lama.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo discutir o instituto da guarda compartilhada, como se estabeleceu no Brasil, sua origem, a nova leitura que se faz do que seja poder familiar a partir desse instituto, critérios e condições utilizadas para estabelecê-lo, demonstrar que sua aplicação reconhece e põe em prática os princípios constitucionais da isonomia entre homem e mulher e o superior interesse da criança e, sobretudo, apresentá-lo como um método eficiente para resguardar os interesses dos filhos menores e incapazes em caso de separação litigiosa dos genitores e demonstrar sua eficácia para preservar a integridade psíquica e moral dos filhos, pois os mantém em contato com ambos os pais, independentemente dos desentendimentos ocorridos entre o casal, ao passo que, também mantém os genitores com igual dever de guardar os filhos, o que possibilita uma relação estável e ativa entre pais e filhos.

Palavras Chave: Família. Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada. Coparentalidade.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the Office of shared custody, as settled in Brazil, its origin, the new reading is what family power from that Institute, criteria and conditions used to establish it, demonstrate that your application recognizes and puts into practice the constitutional principles of equality between man and woman and the best interests of the child and above all, presenting it as an efficient method to protect the interests of minor children and incapacitated people in case of litigious separation of parents and demonstrate their effectiveness to preserve mental and moral integrity of children, because it keeps them in contact with both parents, regardless of disagreements occurred between the couple, while also keeps parents with equal duty to save the children, which provides a stable and active relationship between parents and children.

Keywords: Family. Family Power. Guard. Shared Custody. Co-parenting.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA

AGRADECIMENTOS

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO	13
1. FAMÍLIA	15
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA	15
1.2. TRANSFORMAÇÃO DO PÁTRIO PODER EM PODER FAMILIAR	18
1.3. TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR PELOS PAIS SEPARADOS	20
1.4. EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	21
1.5. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	21
1.6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS	22
1.7. TUTELA E CURATELA	22
1.8. GUARDA	24
2. ASPECTOS GERAIS DA GUARDA COMPARTILHADA	26
2.1. A GUARDA COMPARTILHADA NO MUNDO	26
2.2. RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA	27
2.3. RELEVÂNCIA DA FIGURA PATERNA	33
2.4. GUARDA COMPARTILHADA E VÍNCULO AFETIVO	34
2.5. DIREITO DE VISITA	36
2.6. GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL	37
3. GUARDA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	44
3.1. MEDIAÇÃO FAMILIAR	49

4. GUARDA COMPARTILHADA EM LITÍGIOS	52
4.1. CONSIDERAÇÕES	54
4.2. CRÍTICAS E VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	58
4.3. VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	58
4.4. CRÍTICAS À GUARDA COMPARTILHADA	60
5. CONCLUSÃO	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

O conceito de entidade familiar mudou. Hoje não se pode apontá-lo como modelo único, estático, ele evoluiu tal qual a sociedade. Podemos identificar, atualmente, várias formas de entidade familiar desde o tradicional casamento, a união estável, as relações homoafetivas e até monoparentais. As constantes modificações ocorridas nas relações sociais, culturais e até econômicas influenciam sobremaneira os laços familiares, de forma a provocar modificações, inclusive, na legislação que tenta se adaptar à época em que se vive.

Um fato claramente perceptível no que diz respeito a essa mudança de comportamento humano é observado no considerável aumento de separações conjugais. Ideia impensável a algum tempo atrás, vivia-se numa sociedade que prezava por demais as aparências, havia exagerada preocupação com o juízo de valor alheio, no que iram pensar e comentar. Atualmente, é consenso que, ninguém é obrigado a permanecer num relacionamento falido, onde imperam as desavenças e, principalmente, onde não há afeto.

Nesse contexto, de mudanças comportamentais, de novos horizontes, onde a separação é encarada com mais naturalidade é que propomos este trabalho. A partir dos desentendimentos conjugais, é necessário, porém, romper com um velho paradigma, a antiga presunção de que os filhos menores só poderiam ficar sob a guarda de apenas um dos genitores, onde imperava a ideia da supremacia do poder matriarcal, no que só cabia à mãe a guarda dos filhos.

Com tamanhas modificações nas relações sociais surge a guarda compartilhada, haja vista que o modelo tradicional, a guarda unilateral, não atende de forma satisfatória os anseios da sociedade moderna. Mesmo não sendo proibida, a guarda compartilhada não encontrava aplicabilidade, somente a doutrina e algumas jurisprudências a adotavam, faltando uma legislação que a estabelecesse de uma vez por todas no ordenamento jurídico pátrio.

Com o advento da Lei nº 11.698/2008, que alterou o texto dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, a guarda compartilhada toma forma e status legal e surge como uma inovação propondo a ambos os genitores o exercício do poder familiar, reconhecendo que este exercício deve ocorrer de forma equilibrada e

conjunta. É a tentativa efetiva de fazer valer os princípios constitucionais de igualdade entre homem e mulher e do melhor interesse do menor.

Neste trabalho tentaremos analisar e esclarecer o instituto da guarda compartilhada, sua importância e sua aplicabilidade. Queremos aqui, pesquisar suas vantagens, apontar suas desvantagens e, por último, propor o diálogo, a discussão, a descoberta desse instituto que, sem dúvida, é uma ferramenta oportuna e atual para restabelecer a paz entre os casais em litígio, afastar os menores da inconveniente situação de ter que apontar com qual dos pais pretende morar e tornar efetivo o direito daqueles ao convívio sadio com ambos os genitores.

1. FAMÍLIA

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Conforme assevera César Fiuza a ideia de família é um tanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço, cada povo, em cada época tem sua ideia de família, dependendo do momento histórico vivenciado¹.

No ocidente, a ideia de família e de tudo que gira em torno dela sofreu grandes modificações até que chegássemos ao entendimento que se tem hoje. É o que se verifica quando retroagimos no tempo em busca de nossas raízes Greco-romanas. Tanto na cultura grega quanto na cultura romana, que lhe deu continuidade, a ideia de família era bem diferente da atual, conforme podemos verificar nas palavras de César Fiuza:

Para nossos antepassados culturais, a família era o corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do Pai, a família era o conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes². As filhas e Netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo. (FIUZA, 2008, p. 927.)

O *pater-familia*³ era, assim, senhor absoluto do *domus*⁴. Era o sacerdote que presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados, era o administrador que comandava os negócios da família. (FIUZA, 2008, p. 927.)

Com o passar dos séculos, o poder desse *pater-familias* deixou de ser tão absoluto, no entanto, a estrutura familiar continuou sendo extremamente

¹ **FIUZA, CÉSAR.** Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.927.

² “A clientela era formada por homens livres, normalmente escravos libertos e estrangeiros, que se submetiam ao poder de um senhor, oferecendo-lhe seus préstimos e seu patrimônio em troca de proteção. A clientela desapareceu em Roma no período Republicano (510 a.C. a 27 a.C.).” - **FIUZA, CÉSAR.** Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³ “Pai de família. Era o pai. Senhor absoluto de sua família.” - **FIUZA, CÉSAR.** Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁴ “*Domus* significa casa, no sentido de célula familiar.” - **FIUZA, CÉSAR.** Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

patriarcal, pelo menos até a Revolução Industrial do século XVIII, quando a mulher se insere no mercado de trabalho e modifica de uma vez por todas a estrutura familiar. Outro fato histórico importante nessa revolução se deu nos idos de 1960, com a chamada Revolução Sexual, nela, a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem.

Para César Fiuza a mesma Revolução Sexual põe em xeque os padrões morais da sociedade ocidental. Os gregos e, principalmente, os romanos, berço de nossa civilização, podem, de um modo geral, denominar-se liberais relativamente aos costumes e à religião. Pois, a cultura antiga praticava o ecumenismo religioso e era muito liberal em termos de costumes, isso se comparada à cultura puritana que prevaleceu desde a Idade Média até à Revolução Sexual dos anos 60 e, além disso, a adoção do catolicismo introduziu dois elementos estranhos: o puritanismo judaico e a ditadura religiosa⁵.

O puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de São Paulo, censurou os costumes e procurou alinhar os homens dentro de estritos limites morais. O resultado foi o império absoluto da hipocrisia, o homem era e é instigado ao sexo, enquanto a mulher era instigada ao puritanismo. A contradição é óbvia. Como poderia o homem praticar o sexo em abundância, como era instigado desde a infância a fazer, se à mulher eram proibidos o prazer e o sexo fora do casamento? Com quem haveria o homem de se deitar? A resposta é evidente: com prostitutas ou com outros homens. Mas tanto a prostituição quanto a homossexualidade eram severamente censurados. (FIUZA, 2008, p. 928.)

Com a eclosão da Revolução Sexual o panorama começa a mudar. A Igreja Católica revê sua doutrina em busca do verdadeiro cristianismo, o do amor ao próximo e da responsabilidade. A única regra moral é a do amor ao próximo, tudo o que não contrariar esta regra é moral. O homem é responsável por seus atos e por seu destino.

CESAR FIUZA destaca essa mudança de postura, vejamos:

Na busca pelo “verdadeiro cristianismo”, dando aos homens a oportunidade do livre-arbítrio e atribuindo-lhes toda a responsabilidade por seu destino, talvez por isso a Igreja Católica venha perdendo adeptos para igrejas de perfil medieval, como as que vemos proliferar a todo o momento, em todo o

⁵ **FIUZA, CÉSAR.** Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.928.

canto. Parece que as pessoas não conseguem viver livres, sem a sombra do pecado, sem os grilhões do demônio.

É notório, a família contemporânea mudou, ainda que, continue patriarcal a sociedade, o homem, hoje, não exerce a liderança absoluta em sua casa, o papel da mulher adquire grande relevância. O sustento do lar é provido por ambos, não existe mais a autoridade absoluta e inquestionável, ora manda o homem, ora manda a mulher, depende do assunto e do momento. A concepção de família, flagrantemente, se modificou. Hoje no Brasil presenciamos casais homossexuais movendo ações de adoção junto ao Poder Judiciário, em alguns casos obtendo êxito. A poucos dias ocorrera no Rio de Janeiro uma cerimônia de casamento coletivo entre indivíduos do mesmo sexo promovida por um grupo de defesa dos direitos humanos, ou seja, a sociedade já discute se a união entre indivíduos do mesmo sexo equivale a uma entidade familiar e se deve receber proteção legal.

No Brasil, muito já se avançou desde que se apartou o Estado da Religião. A própria Constituição considera célula familiar à união estável entre homem e mulher ou entre qualquer um dos pais e descendentes. Portanto o primeiro passo foi dado: desvinculou-se a família do casamento. Com essa nova visão de família, o terreno se tornou fértil para novos avanços, como prova disso podemos destacar o surgimento de leis para proteger a união estável.

César Fiuza aponta um fato extremamente importante: com a promulgação da Constituição de 1988 não existe apenas um modelo de família, como queriam crer o Código Civil de 1916 e a Igreja Católica. A ideia de família plural, que sempre foi uma realidade, passou a integrar a pauta jurídica constitucional e, portanto, todo o sistema. Reconhecem-se hoje não só a família modelar do antigo Código, formada pelos pais e filhos, mas, além dela, a família monoparental, constituída pelos filhos e por um dos pais; a família fraterna, consistente na vida comum de dois ou mais irmãos; até mesmo as famílias simultâneas, dentre outras, são reconhecidas. É óbvio que podem ocorrer ilicitudes, a de homens que mantém dois lares com mulher e filhos em cada um. Em relação aos filhos, não há problemas; em relação às mulheres, entretanto, pode ser o caso

de bigamia, o que levaria ao adultério e ao concubinato, ambos repudiados pelo Direito.

1.2. TRANSFORMAÇÃO DO PÁTRIO PODER EM PODER FAMILIAR

Poder familiar é o antigo pátrio poder ou *pátria potestas*. “É o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições”.⁶

Do conceito de PEREIRA podemos extrair que o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes e configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Por ser exercido por ambos os pais, em regime de igualdade de condições, não seria, atualmente, adequada a expressão pátrio poder, que foi substituída por “poder familiar” pelo Código Civil de 2002. Talvez a melhor denominação fosse “poder parental”, por indicar o conjunto de poderes-deveres dos pais sobre os filhos.

Para Paulo Lôbo a denominação “Poder Familiar” continua inadequada, vejamos:

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o Código Civil. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. (LÔBO, 2011, p. 296).

Conceituando, diz Massimo Bianca: “O poder familiar (*potestà genitoria*) é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu exclusivo interesse. Compreende precisamente os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda, os poderes de representação do filho e de gestão de seus interesses”. (BIANCA apud LÔBO, 2011, p. 297).

Paulo Lôbo lança mão do Direito Francês para melhor identificar o conceito atual de poder familiar, visto que para o estudioso trata-se de um regime de cuidado e proteção dos filhos:

⁶ PEREIRA. Instituições, cit. v. V, p. 240.

Segundo o art. 371-1 do Código Civil francês, com a redação da lei de 4 de março de 2002, o poder familiar é um “conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança” (inclui o adolescente), para proteção de sua segurança, saúde, moralidade, para assegurar sua educação e permitir seu desenvolvimento, em respeito a sua pessoa; os pais devem associar o filho nas decisões que lhe digam respeito. (LÔBO, 2011, p. 297).

Pontes de Miranda, citado por LÔBO (2011, p. 297), em sua obra Tratado de Direito Privado, afirma que as vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do *quantum* despótico, restringindo esses poderes domésticos. A redução do *quantum* despótico do antigo pátrio poder foi uma constante na história do direito tanto que o *patria potestas* dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se.

A evolução gradativa, ao longo dos séculos, promoveu uma transformação no poder familiar, este passou a ser menos poder e mais dever, na verdade, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, é o que entende CARBONNIER, citado por LÔBO (2011, p. 299), em seu livro *Droit et passion du droit*, quando o jurista diz que o poder familiar é um direito-função, suscetível de abuso se ele for desviado de sua finalidade, que é a proteção do filho, para sua segurança, saúde e moralidade. O poder familiar ou autoridade parental assume função educativa onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.

Extrai-se do art. 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, ao poder familiar em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Por seu turno, o art. 229 estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Para Paulo Lôbo tal

conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata do poder familiar em duas passagens: a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, artigos 21 a 24; e b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do pátrio poder, artigos 155 a 163. No Estatuto há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no Código Civil, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (artigos 22 e 24). Portanto, não se pode alegar incompatibilidade (cronológica ou de especialidade) entre os dois textos legais, não há derrogação da lei anterior (ECA), salvo quanto à denominação pátrio poder substituída por poder familiar.

O poder familiar é exercido em conjunto pelos pais, no casamento e na união estável, diz a lei. Essa é situação-padrão prezada pelo artigo 227 da Constituição. No interesse dos filhos, presume-se que haja harmonia no exercício, o que supõe permanente estado de conciliação das decisões dos pais, com concessões recíprocas, equilíbrio, tolerância e temperança. A vontade de um não pode prevalecer sobre a do outro. Não é fácil o exercício da coparentalidade quando esses valores são substituídos pela imposição de um contra o outro ou pela intransigência de um ou de ambos. (LÔBO, 2011, p. 300).

1.3. TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR PELOS PAIS SEPARADOS

É assegurado o poder familiar de pais separados ou que tiveram os filhos fora dessas uniões familiares. Ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a visita ao filho, mas a compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito. A eles também se aplica o recurso ao juiz para solução do desacordo, a exemplo dos critérios a serem observados para a educação do filho. A criança é um sujeito e não objeto do acordo dos pais em litígio. Esse é o marco fundamental que o juiz deve levar em consideração para decidir sobre as modalidades de exercício do poder familiar e de guarda.

É o entendimento de Paulo Lôbo:

⁷ LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 299.

Havendo divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. Determina a lei que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas os ter em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o art. 1.579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. A Lei n. 12.013/2009 impõe à escola o dever de informar ao pai e à mãe, “conviventes ou não com seus filhos”, sobre a frequência e o rendimento do filho aluno; não é só o guardião ou o responsável perante a escola que deva receber tais informações. O direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita. (LÔBO, 2011, p. 302).

1.4. EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. À medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” (art. 22). Para Paulo Lôbo a noção de educação prevista no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na própria Constituição deve ser a mais larga possível. Inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade. A educação ou formação moral envolve a elevação da consciência e a abertura para os valores.

Corroborando com o entendimento de Paulo Lôbo destacamos o art. 205 da Constituição ao enunciar a educação, “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

1.5. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar. As hipóteses legais (art. 1.635 do Código Civil) são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda do poder familiar. A ocorrência real dessas

causas leva à extinção automática. A extinção não se confunde com a suspensão, que impede o exercício do poder familiar durante determinado tempo.

Pontes de Miranda cita alguns exemplos de situações que caracterizam falta dos deveres inerentes ao poder familiar, que podem fundamentar a suspensão:

a) os maus-tratos, que não se enquadrem no castigo imoderado, causador da perda; b) as restrições prejudiciais, ou privações de alimentos, ou de cuidados indispensáveis, que ponham em perigo a saúde do filho; c) exigir do menor serviços excessivos e impróprios, constitutivos do abuso do poder familiar; d) empregar o menor em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saúde, a vida, ou a moralidade; e) não reclamar o filho de quem o detenha ilegalmente; f) o desleixo, abuso ou descuido; g) induzir o menor ao mal, por excitar, favorecer, ou produzir o estado em que se acha, ou possa achar-se o filho, ou de qualquer modo concorrer para sua perversão ou para torná-lo alcoólatra e viciado em drogas; h) deixar o filho em estado habitual de vadiagem, mendicância, libertinagem ou criminalidade. Algumas dessas situações têm sido consideradas suficientes, pelos tribunais brasileiros, para a perda do poder familiar, e não apenas para sua suspensão. (MIRANDA apud LÔBO, 2011, p. 307).

1.6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

O poder familiar não apenas diz respeito às relações entre pais e filhos, tendo em vista que os pais respondem pelos danos causados a terceiros por seus filhos menores, que estejam submetidos a seu poder familiar. É o caso de responsabilidade civil subjetiva, pois a responsabilidade pela reparação é imputável a quem não causou diretamente o dano.

Vale lembrar que o Código Civil em seu art. 932 estabelece que os pais são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob *sua autoridade* e em sua companhia. Autoridade, nessa norma, está no sentido de quem é titular do poder familiar, ainda que não detenha a guarda do filho menor, no caso de pais separados.

Para o STJ a responsabilidade civil dos pais se assenta na presunção relativa de culpa e de culpa pela vigilância, que podem ser afastadas se ficar demonstrado que os pais não agiram de forma negligente no dever de guarda (R Esp. 777327).

1.7. TUTELA E CURATELA

Em última análise os institutos da tutela e da curatela são formas de substituição do poder familiar, para Paulo Lôbo a tutela e a curatela têm por finalidade a representação legal e administração dos bens de uma pessoa por outra,

em virtude da incapacidade da primeira de gestão de sua vida e de seus interesses. A tutela tem como pressuposto a menoridade do protegido. Já a curatela tem como pressuposto a deficiência mental parcial ou total do protegido ou outra circunstância que imponha a representação de alguém⁸.

Paulo Lôbo destaca que a tutela e a curatela tem base comum, apesar de serem figuras jurídicas autônomas e com finalidades específicas distintas:

As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se à curatela, conforme determina o art. 1.781 do Código Civil. Talvez em virtude da base comum, manteve o Código Civil a curatela como capítulo do livro do Direito de Família. A tutela apresenta vínculos estreitos com o direito de família, pois tem por fito suprir a falta de ambos os pais porque ou faleceram, ou são desconhecidos, ou perderam o poder familiar em relação à criança ou o adolescente protegido. Porém, a curatela tem por objetivo a proteção legal da pessoa em si, não necessariamente em razão das relações de família; é direito pessoal exclusivo, que melhor se localizaria na Parte Geral do Código Civil, como ocorreu com a curatela dos ausentes. Até mesmo a curatela do nascituro tem por fito a preservação de seus direitos futuros, de qualquer natureza, quando a mãe estiver interdita e não houver pai. (LÔBO, 2011, p. 413.)

Lôbo afirma em sua obra que o fundamento comum da tutela e da curatela é o dever de solidariedade que se atribui ao Estado, à sociedade e aos parentes. Ao Estado, para que regule às respectivas garantias e assegure a prestação jurisdicional. À sociedade, pois qualquer pessoa que preencha os requisitos legais poderá ser investida pelo Judiciário desse múnus. Aos parentes, porque são os primeiros a serem convocados, salvo se legalmente dispensados⁹.

É importante destacar que “tutela e a curatela são serviços públicos prestados por particulares em caráter compulsório. Têm a natureza de múnus, como acontece com o poder familiar dos pais em relação aos filhos, que se caracteriza como encargo atribuído a alguém que não pode recusar.” (LÔBO, 2011, p. 414).

Da leitura do Código Civil Brasileiro se extrai que tutelado é o menor até 18 anos ou até sua emancipação (entre 16 e 18 anos), sem pais ou com pais sem poder familiar, ao passo que curatelado, em geral, é a pessoa maior com debilidade ou insuficiência mental para realizar os atos da vida civil, dependente de decisão judicial de interdição.

⁸ LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 413.

⁹ LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 413.

Paulo Lôbo destaca que o Código Civil (art. 1.733) admite hipótese de concorrência de curatela com tutela ou com o poder familiar. É quando o testador, ao instituir um menor seu herdeiro ou legatário, nomeia curador especial para cuidar dos bens que lhe destina. Pode o pai testador, por exemplo, nomear uma pessoa para ser tutor geral de seu filho, mas nomear outra pessoa para curatela dos bens que deixou para este.

1.8. GUARDA

A guarda é relação típica de poder familiar. É, em termos grosseiros, a “posse direta” dos pais sobre os filhos. Apesar de grosseiros os termos, a ideia de posse é tão atraente e expressa com tanta clareza em que consiste a guarda, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente a utilizou no art. 33, § 1º, ao dispor que “a guarda destina-se a regularizar a posse de fato”.

A guarda normalmente é exercida em conjunto por pai e mãe, que coabitam com os filhos. No entanto poderá ser concedida a um só dos pais, quando se achem separados, ou quando um se encontre impossibilitado de exercê-la, é a chamada guarda uniparental ou exclusiva¹⁰.

Para César Fiuza a guarda poderá ser ainda alternada, dividida, guarda por aninhamento ou nidção e guarda compartilhada.

Conceituando, César Fiuza diz que a guarda alternada ocorre quando cada um dos pais detiver a guarda do filho, segundo um ritmo temporal, que pode ser organizado de ano em ano, ou até de partes do mesmo dia. O jurista afirma também que será dividida a guarda no sistema de visitas, quando o menor reside com um dos pais e recebe a visita do outro genitor. É, na verdade, uniparental, exercida unicamente por um dos pais.

Por último, a guarda compartilhada, cujo conceito o próprio Código Civil estabelece, uma inovação jurídica que não deve ser confundida com as outras modalidades. Nela a guarda é conjunta, o filho ficará na companhia de um dos

¹⁰ **FIUZA, CÉSAR.** Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.979.

genitores, mas ambos terão legalmente a sua guarda. O fato de o menor possuir residência fixa junto a um dos pais, não impedirá a convivência familiar e o exercício do poder familiar em seus múltiplos aspectos. Quando a guarda é uniparental, embora o que não detenha a guarda continue cotitular do poder familiar, seu exercício pleno ficará comprometido, o que não ocorre na guarda compartilhada.

Para César Fiuza a guarda compartilhada não é algo que se imponha. Parte do pressuposto de que não haja inimizade entre os pais.

2. ASPECTOS GERAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

2.1. A GUARDA COMPARTILHADA NO MUNDO

A guarda compartilhada ou conjunta se originou na Inglaterra, por volta dos anos sessenta, originada no Direito consuetudinário, posteriormente foi introduzida no Direito Civil (OLIVEIRA LEITE, 2003).

A concessão de guarda exclusiva para apenas um dos genitores foi se tornando cada vez mais escassa, quase inexistindo na sociedade inglesa a partir dos anos 80, conforme explanado por Oliveira Leite (2003, p. 265):

Em 1980 a 'Court d' Appel' da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre discurso 'Dipper x Dipper', o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

A guarda na modalidade compartilhada foi colocada em prática no Direito Francês na década de 1970, com relevante importância. O termo guarda foi substituído pela expressão "autoridade parental". Em se tratando da legislação francesa o exercício de guarda compartilhada vem em primeiro lugar, sendo o exercício da guarda unilateral uma opção secundária a ser aplicada. Após o divórcio permanecem os direitos e deveres dos pais com relação à prole, bem como a autoridade parental é conservada a ambos. Mesmo após a separação do casal não é designado um guardião específico, devendo os pais separados decidirem como gerir a vida da prole a partir de então (OLIVEIRA LEITE, 2003).

Ainda nos anos 70 o Direito norte-americano passou a aplicar a tendência da guarda compartilhada, o que se espalhou amplamente. Atualmente o assunto é pesquisado e aplicado intensamente pelos operadores do direito. Diante da importância do tema, uma instituição equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, formou um comitê com a finalidade de desenvolver estudos específicos sobre a temática (GRISARD FILHO, 2009). Em virtude disso, hoje no Estados Unidos, é muito grande o crescimento da guarda compartilhada, em razão de estudos feitos a partir dos filhos, que demonstram o benefício de se ter uma maior integração entre pais e filhos.

Em Portugal, a guarda compartilhada chamada de “guarda conjunta”, também permitiu aos pais optarem pelo exercício comum do poder paternal. Segundo MILANO SILVA (2008, p.89), foi no ano de 1999 que o Código Civil de Portugal recebeu a emenda que privilegiou a guarda compartilhada, elevando-a a categoria de lei, para permitir a consecução dos direitos de pais e filhos à convivência mútua depois do divórcio, separação ou anulação do casamento.

A Argentina, por sua vez, também adota um modelo semelhante ao utilizado no Brasil, prevendo a guarda compartida, exercida pelos pais. Leva em consideração também a proteção aos interesses da criança.

2.2. RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

A relevância do instituto da guarda, somente se faz perceber com o fim da sociedade conjugal, pela separação consensual, judicial ou pelo divórcio. É a partir de um desses atos jurídicos que surge o melindroso problema da guarda dos filhos menores, bem como dos filhos maiores inválidos, sem dúvida um dos temas mais delicados de todo o direito de família.

No caso de separação consensual, deve ser observado o que os cônjuges convencionarem, é o que dispunha o art. 325 do Código Civil de 1916, da mesma forma o art. 9º da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e do mesmo modo estabelece o art. 1.583 do Código Civil de 2002: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direito consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordaram sobre a guarda dos filhos”.

Quando houver concordância a respeito da guarda, nos casos de separação consensual, deve-se acatar a vontade do casal, porque, presumidamente, não há ninguém mais interessado no futuro e bem estar dos filhos do que os próprios pais. Aliás, o Código de Processo Civil, em seu art. 1.121, II exige, como requisito fundamental para o encaminhamento da separação consensual “o acordo relativo à guarda dos filhos menores”.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

... a vontade dos pais deve ser acatada, inclusive no que se refere a guarda compartilhada. Esse tipo de guarda, embora não esteja expressamente

referido no novo Código Civil, pode ser estabelecido no regime atual, já que privilegia os laços de afetividade entre pais e filhos, em atendimento ao princípio da preservação dos interesses do menor. Nessa espécie, ambos os pais mantêm a guarda dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal, participando da convivência, da educação e dos demais deveres inerentes ao poder familiar, em regime de igualdade, mantendo-se dois lares para os filhos¹¹. Essa solução privilegia os menores, e, diante de acordo entre os pais sobre o seu estabelecimento, não cabe ao juiz recusar a fixação da guarda compartilhada.

Se a separação é decretada a pedido de um dos cônjuges (Código Civil de 2002, art. 1.572), cabe ao juiz, na sentença em que a pronuncie prover a cerca dessa mesma guarda. (MONTEIRO. 2007, p. 283 a 284)

Noutras épocas, vigoravam duas regras baseadas no antigo texto do art. 326 e seus parágrafos do Código Civil: a) se a sentença, que decreta o desquite, concluísse pela culpabilidade de um dos cônjuges somente, os filhos menores deveriam ser entregues ao inocente; b) se ambos fossem havidos culpados, a mãe teria direito de conservar as filhas em sua companhia, enquanto menores, e os filhos varões até a idade de seis anos. Depois disso, passariam esses últimos para a guarda do pai.

No primeiro caso, praticamente, não houve alteração, mesmo como a entrada em vigor da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962: sendo judicial o desquite, ficariam os filhos menores com o cônjuge inocente. Porém, no segundo, a modificação mostrou-se importante, se ambos os cônjuges fossem considerados culpados, ficariam com a mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificasse que, tal decisão, acarretasse para eles prejuízo de ordem moral.

Quis o legislador fortalecer a posição da mãe, atribuindo-lhe o direito de ter consigo todos os filhos, ainda que igualmente culpada pelo fim da sociedade conjugal. A Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, manteve semelhante orientação, previa o seu art. 10 que “na separação judicial, fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”. Acrescentava, ainda, o § 1º que “se pela separação forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficaram em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral pra eles”.

¹¹ V. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Famílias Monoparentais*, 261/289; WALDYR GRISARD FILHO. *Guarda Compartilhada: um Novo Modelo de Responsabilidade Parental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

Perceba que o magistrado somente poderia se afastar dessas regras diante de motivos graves (Lei do Divórcio, art. 13). Ou seja, por razões muito significativas ou considerações morais relevantes, só assim, o julgador estaria autorizado a retirar os filhos da guarda da mãe para dá-los ao pai, ou de ambos para confiá-los a terceira pessoa.

É o entendimento de Washington de Barros Monteiro:

Na primeira determinação, presumia a lei que não podia ser bom pai, ou boa mãe, quem não se mostrou, em tempo oportuno, bom marido ou boa esposa. No que concerne à segunda regra, advinda da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, presumia-se que na companhia da mãe estariam os filhos mais bem assistidos do que na do pai. Em suma, a legislação anterior mantinha o anacrônico regime da perda da guarda do filho pela culpa na separação e da prevalência feminina na fixação da guarda em caso de culpa recíproca. (MONTEIRO, 2007, p. 285)

Pelo novo Código Civil, finalmente, foi estabelecida regra que preserve o elevado interesse do menor, no art. 1.584, pelo qual “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

No projeto de lei, daquele antigo dispositivo, mantinha-se o regime distorcido da Lei do Divórcio, que não preserva os interesses dos menores, contrariando o disposto no art. 227, caput, da Constituição Federal. Por ter sido considerada norma inconstitucional, na fase final de aprovação do Código Civil, algumas das sugestões de atualização foram acolhidas. O princípio que deve nortear o juiz na fixação da guarda é a prevalência do interesse dos filhos, desatrelada da culpa na dissolução da sociedade conjugal e sem qualquer prevalência feminina¹².

A culpa na separação civil não mais teve relevância para determinação da perda da guarda, pois, esta deve ser estabelecida sob o princípio da proteção ao bem estar das crianças e dos adolescentes, ou seja, não há que se procurar um culpado, há que se ter a garantia de que o cônjuge escolhido para permanecer com a guarda do menor preserve os interesses do infante, princípio que resta bem

¹² REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, Novo Código Civil Comentado, 2ª Ed., coord. RICARDO FIUZA, São Paulo, Saraiva, 2004, 1437/1439.

expresso e detalhado no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

O saudoso Washington de Barros Monteiro ia mais além, segundo o autor:

A preferência à mãe na fixação da guarda também feria os princípios constantes nos artigos. 5º, I, e 226, § 5º, da Constituição Federal, pelos quais há absoluta igualdade entre homens e mulheres, inclusive no casamento. Na hipótese de culpa recíproca, a outorga da guarda à mãe era regra que se aplicava e adequava ao direito do início do século passado e não aos tempos de hoje, fundada em costumes ultrapassados, pelos quais a mulher, que via de regra era senhora do lar e não exercia profissão, dedicava-se, com exclusividade, aos filhos e ao lar, razão pela qual era tida como a mais bem indicada para deles cuidar. Atualmente, grande parte das mulheres trabalha fora do lar; alteraram-se os costumes: ambos os cônjuges exercem profissão e dividem tarefas e os cuidados para com os filhos, de modo que devem ser tidos, a princípio, em iguais condições de guardá-los, cabendo ao juiz, em cada caso concreto, avaliar qual deles está mais habilitado ao exercício da guarda, sem qualquer prevalência feminina. (MONTEIRO. 2007, p. 286)

É interessante verificar que a expressão “condições” utilizada nesse dispositivo deve ter entendimento amplo, e, também, devem-se levar em conta aspectos morais, educacionais e ambientais, dentre outros que atendam o melhor interesses da prole, sem que se restrinja, apenas, à situação econômica ou financeira de seus genitores. Na interpretação que se deve ter em relação ao caput desse artigo, assim como nos demais do novo Código, deve-se privilegiar a importância da relação de afinidade e de afetividade na atribuição da guarda, constante de seu parágrafo único, até porque, quando o genitor que detiver a guarda não possuir suficientes recursos para mantê-lo, caberá ao outro genitor fornecê-las, por meio do pagamento de pensão (art. 1.694).

Ficou estabelecido no Art. 10, § 2º da Lei n. 6.515 que: “verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges”.

A norma advinha do Estatuto da Mulher Casada, que editara, no art. 326, § 2º, do Código Civil de 1916: “verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto será assegurado o direito de visita”.

O Estatuto da Mulher Casada ampliou o que anteriormente o legislador havia editado por intermédio do Decreto-Lei n. 9.701, de 3 de setembro de 1946, assim redigido: “no desquite judicial a guarda dos filhos menores, não entregue aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita aos filhos”. Pondo fim a preferência em favor da família do cônjuge inocente, a guarda passou ser deferida, a pessoa da família de qualquer dos cônjuges, desde que notoriamente idônea.

No art. 1.584, § único, do CC/2002, foi mantido tal princípio, é o que e observa: “Verificando que os filhos não podem permanecer sob a guarda do pai e da mãe, o juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”, ou seja, dá-se grande importância aos laços de afinidade na fixação da guarda.

Em contra partida, na Lei do Divórcio, se a separação judicial ocorresse devido ao previsto no § 1º do art. 5º, os filhos ficariam em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum (Lei n. 6.515, art. 11). Mas, quando a separação for baseada no § 2º do art. 5º, o juiz deferiria a entrega dos filhos ao cônjuge que estivesse em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (art. 12). Cabe frisar que esses diplomas continuam em vigor, mesmo após a nova redação do art. 1.584 do novo Código Civil, que privilegia o bem estar do menor na fixação da guarda.

É importante acrescentar que é dever do cônjuge guardião preservar o relacionamento do filho com o outro genitor. Caso se verifique danos ao menor em virtude dessa privação, pode-se aplicar os princípios da responsabilidade civil, com a condenação do guardião na reparação cabível. Esses princípios constam do art. 186 do Código Civil de 2002, que se aplicam a todos os livros deste diploma legal, dentre os quais está o de Direito de Família. A proteção à dignidade da pessoa humana (Const. Federal, art. 1º, n. III, e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 15) e a prevalência dos interesses dos filhos na fixação e no exercício da guarda também fundamentam essa aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil diante da prática do referido ato ilícito.

Relativo ao direito de visita dispõe o art. 1.589 do CC de 2002 que “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, além da prerrogativa de fiscalizar sua manutenção e educação”.

Quando se tratar de separação consensual o Poder Judiciário deve considerar o que foi convencionado pelo casal, é o que se verifica no Código de Processo Civil, em seu art. 1.121, que estabelece como requisito indispensável à petição da separação consensual o acordo entre os cônjuges relativo ao regime de visita dos filhos menores. Segundo esse dispositivo “entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos na companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição de férias escolares e dias festivos”. Na interpretação desse diploma legal, introduzido no Código de Processo Civil no ano de 2005, estima-se que se leve em consideração as regras de visitação predispostas pelos pais, de acordo com o interesse dos filhos, sendo que não cabe a uma das partes exigir divisão igualitária das férias escolares e dos dias festivos.

Quando a separação for litigiosa e os cônjuges não concordarem quanto à regulamentação das visitas, cabe ao juiz fixá-las, estabelecendo dia, hora e local para sua realização, levando em conta o desejo, comodidade e possibilidade dos interessados, que são principalmente os filhos. O direito de visita não pode ser recusado pelo magistrado por maiores que sejam a culpa do genitor na separação litigiosa, além de que dificuldades financeiras ou econômicas do genitor não constituem motivo para impedi-lo de visitar o filho; mesmo que não esteja pagando em dia a pensão alimentícia a que está obrigado, isso não pode refletir no direito de visita.

Deve ficar claro que o direito de visita, como qualquer outro direito não é absoluto, cabendo, inclusive, sua supressão quando restar comprovado que o genitor exerce influencia nociva aos filhos em razão de seus atos ou de sua conduta. Nesse caso, assiste ao juiz o direito de reduzir ao mínimo o número de visitas e até suprimi-las, se julgar imprescindível essa providência.

Para melhor decidir, sempre buscando o melhor interesse para os menores, deve o juiz ordenar pesquisa por órgãos idôneos, como os setores de

psicologia e assistência social que existem nos foros. É importante frisar que na investigação promovida pelos profissionais do judiciário deve-se atentar, quanto à convivência familiar, se o ambiente está livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Outro problema embaraçoso decorre da mudança para outra cidade, outro estado ou para o exterior do genitor a que se tenha atribuído o direito de guarda. Como dela pode advir, mesmo que temporariamente, restrição, suspensão ou mesmo supressão das visitas, torna-se indispensável anuência do outro genitor, ressalvado ao juiz o direito de conceder autorização, desde que ocorram motivos especiais. Veja-se o dispositivo no art. 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3. A RELEVÂNCIA DA FIGURA PATERNA

A figura paterna não é mais um “estranho” na vida dos filhos, foi-se o tempo em que era tido como pessoa distante e autoritária, hoje representa a eles um amigo e companheiro, demonstra mais carinho e é mais participativo, fazendo com que a prática da convivência torne-se uma experiência gratificante e única.

O pai não atua mais como mero expectador dos cuidados da mãe para com os filhos, atualmente é visto como agente influente na educação dos menores. A participação do pai no crescimento da prole faz com que ambos possam desfrutar e se beneficiar, já que a convivência do pai com o filho proporciona aprendizado para ambos e do ponto de vista da criança, percebe-se que ela cresce mais feliz e sentindo-se completa, com a presença dos genitores em sua vida. A ausência da figura paterna na criação e desenvolvimento de uma criança, tanto se tratando de família unida, quanto após uma dissolução da sociedade conjugal, indiscutivelmente trás prejuízo ao seu desenvolvimento.

É comum observar a ocorrência de alienação das famílias, principalmente pelas divergências existentes entre os genitores, quando não tem sucesso na tentativa de estabelecer comunicação entre si após o rompimento dos laços conjugais. A falta de comunicação entre os cônjuges não se inicia após a dissolução do matrimônio, o que ocorre é uma espécie de afastamento lento e progressivo, envolvendo todos os integrantes da família.

Rodrigo da Cunha Pereira, citado por SILVA (2008, p.143) expõe breve observação acerca da transformação enfrentada pela figura paterna e sobre consequências que a ausência representa para os filhos:

Podemos falar hoje de uma crise de paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica (do pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado, que só é pai nos fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai, que não paga, ou boicota a pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isto; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquicas dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais (... O mais grave é o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

O esclarecimento feito procura demonstrar a importância da presença paterna no âmbito familiar, não de forma a ser visto como provedor do sustento familiar, como nos tempos antigos, mas sim como atuante juntamente com a figura materna, na criação e educação dos filhos em comum, relevância que não pode ser ignorada se houver o fim do vínculo conjugal.

2.4. GUARDA COMPARTILHADA E O VÍNCULO AFETIVO

O entendimento de que o exercício da guarda compartilhada é benéfico tanto para os pais como para os filhos, é predominante no meio jurídico, haja vista privilegiar a continuidade da relação entre os membros da família após a ruptura conjugal, o que mantém a continuidade da responsabilidade de ambos os genitores na criação e educação dos filhos. A presença de ambos no exercício da guarda compartilhada mantém o vínculo afetivo entre os filhos e seus pais.

O exercício da guarda compartilhada, mantém a vida cotidiana de pais e filhos, intacta, após o divórcio, dando prosseguimento ao convívio de forma a manter o relacionamento próximo e afetivo sem haver a necessidade do menor optar pela exclusividade de um dos pais (Grisard Filho, 2009).

A essência da guarda compartilhada é a busca por um sistema jurídico capaz de unir os genitores e reduzir a discórdia entre eles. É direito dos filhos a

convivência com ambos os pais, sendo inaceitável privá-los de tal direito devido ao fim da relação conjugal e a falta de maturidade do ex-casal.

É o entendimento de Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas:

Guarda compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade a relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2009, p. 28).

A guarda na forma compartilhada proporciona aos genitores a guarda jurídica dos filhos menores, requer amplo entendimento e colaboração entre aqueles, uma vez que as decisões a partir de então passam a ser tomadas em conjunto, de forma diversa ao que ocorre na guarda alternada, onde cada um dos pais decide exclusivamente acerca das questões que envolvem o menor no período em que cabe à sua responsabilidade.

O exercício da guarda compartilhada eleva a autoestima tanto dos pais como dos filhos, os menores não tem de escolher com qual dos genitores querem permanecer, como na guarda exclusiva. Essa solução faz com que todos se sintam importantes para o filho. A vida diária da prole de pais divorciados pouco se altera com o exercício da guarda compartilhada, uma vez que o relacionamento amoroso e próximo entre pais e filhos permanece.

A guarda compartilhada estimula a continuidade da harmonia entre os pais de forma que o ato de civilidade entre eles demonstra à prole o amor e respeito que possuem. É considerável ainda que, havendo a possibilidade na divisão de tarefas que dizem respeito aos filhos, ambos os genitores passam a ter mais tempo para direcionar-se aos seus objetivos de vida em particular.

Nesse instituto, a responsabilidade civil relacionada aos atos praticados pelos filhos é direcionada a ambos os genitores, da mesma forma como era antes do rompimento conjugal.

Participa dessa opinião Eduardo Leite, citado por Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, ao afirmar que, na guarda compartilhada, as decisões relativas à guarda seriam tomadas em comum, ambos os genitores desenvolveriam papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a

presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recairia sobre ambos os genitores. (LEITE apud QUINTAS, 2009).

Na guarda conjunta, a tendência é a diminuição de disputas judiciais, já que os pais não se sentem excluídos como ocorre na guarda exclusiva. O interesse dos genitores passa a ser exclusivamente o bem estar dos filhos, o que proporciona um desenvolvimento de uma nova forma de solidificar as bases familiares para o desenvolvimento saudável dos menores. Desta forma é evidente que a guarda compartilhada, visa assegurar o interesse do menor acima de tudo, com o principal objetivo de proteger, permitir o desenvolvimento e estabilidade emocional do menor, fazendo com que esteja apto a desenvolver a formação equilibrada da personalidade.

2.5. DIREITO DE VISITA

Washington de Barros Monteiro em importante análise salienta que o direito de visita é um poder-dever, conforme estabelece o art. 1.634, II do Código Civil de 2002: “Art. 1634 Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: II - tê-los em sua companhia;”. Para ele, os filhos tem o direito de ter a companhia do genitor, cuja violação, se reiterada e injustificada, ao causar danos, pode gerar a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, com fundamento no art. 186 do Código Civil de 2002. O fundamento dessa aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil não é a falta de afeto, já que amar não é dever e receber afeto não é direito. O fundamento legal reside, no descumprimento do dever jurídico do pai de ter o filho em sua companhia, que acarreta violação ao direito do filho de ser visitado pelo pai¹³.

É o entendimento de Washington de Barros Monteiro:

Com o devido cuidado na apreciação do cabimento da medida e dos benefícios que dela podem advir ao menor, é possível a aplicação da pena de multa pelo descumprimento do dever do genitor de ter os filhos em sua companhia, ou mesmo pela violação a certa e determinada cláusula estipulada no regime de visitas, nos termos do art. 213, §§ 2º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Outras disposições – De conformidade com o art. 1.590 do Código Civil de 2002, “As disposições

¹³ **MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS.** Curso de Direito Civil, v. 2: Direito de Família. 38ª Ed. ver. E atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 289.

relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes”. (MONTEIRO. 2007, p. 291)

Finalmente, apesar de não expresso nas leis que regulam as relações de família, não se pode negar o direito dos avós de conviverem com os netos em visita. Doutrinadores e a própria jurisprudência confirmam esse entendimento, fundado na solidariedade familiar e nas obrigações oriundas do parentesco. Trata-se da efetivação do direito outorgado à criança e ao adolescente de gozarem da convivência familiar, formada por aquela comunidade constituída de um dos pais e seus descendentes, que esta inserido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.6. GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

O equivocado entendimento jurisprudencial de outrora em que predominava a premissa de que a figura do pai era dispensável e a figura da mãe imprescindível, hoje, pelos preceitos constitucionais que estabelecem a igualdade entre marido e mulher, entre pai e mãe na direção dos filhos, a busca de direitos iguais no que se refere à guarda é totalmente justificável.

O instituto da guarda teve início com o que preceituava o código civil de 1916, em seus artigos 325 a 329, atualizado pela lei 4.121/68, o chamado “Estatuto da Mulher Casada”. Eis os dispositivos de lei:

Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. (Redação da Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação da Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro, a que, entretanto, será assegurado o direito de visita. (Redação da Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Art. 327. *Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.*

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só cônjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.

Art. 328. *No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.*

Art. 329. *A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente (arts. 248, I, e 393).
(Redação do Decreto Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)*

Posteriormente, a lei 6.515/77, Lei do Divórcio, alterou a redação do código civil, estabelecendo novos preceitos em relação à guarda dos filhos. Tratou a lei em seus artigos 9º ao 16, assim preceituando:

Art 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art 11 - Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Art 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira

diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art 14 - No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13.

Parágrafo único - Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.

Art 15 - Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art 16 - As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos.

Com a Constituição Federal de 1988, normatizando a igualdade entre o homem e a mulher na direção da família, o código civil de 2002 tratou de conceder a guarda a quem revelasse melhores condições, porém, sem absorver explicitamente a questão da guarda compartilhada. E esta omissão do código de 2002 foi suprida pela lei 11.698/2008, que assim dispôs:

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

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

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

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

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

II – saúde e segurança;

III – educação.

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

§ 4º (VETADO).” (NR)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme se vê, no código de 1916, o cônjuge considerado culpado pelo rompimento conjugal certamente perderia o direito de guarda sobre o filho menor em favor do cônjuge “inocente”. Pontua o Código Civil de 2002 que: “quando não houver acordo entre os pais, os filhos ficarão com aquele que tiver melhores condições para assumi-los”. O Código não mais releva a questão de quem efetivamente teve culpa pelo rompimento conjugal, porém não é perfeitamente clara a ideia de decidir acerca de “melhores condições”, tendo em vista que não se trata somente de observar condições econômicas.

Diante do crescente número de rompimentos de vínculo conjugal, surgiram novos arranjos familiares, afetando o Direito em geral, principalmente o Direito Civil, ocasionando mudanças também no Direito de Família. Assim, houve a necessidade em rever os parâmetros legais vigentes, uma vez que não atendem as necessidades sociais, bem como não condizem com a realidade enfrentada, onde se busca a igualdade entre homens e mulheres. Neste sentido, Waldir Grisard Filho:

A família é uma realidade sociológica, que precede 'ao surgimento do Estado' e é 'anterior ao próprio direito' (...) e, como tal, é compelida a trilhar novos e revolucionários caminhos, projetados pelos fenômenos sociais verificados. Não escapou a essas transformações o modelo de relacionamento familiar codificado, engessado por estruturas perenes e acabadas, moldado à exclusão de elementos estranhos ao seu objeto.

O modelo de guarda compartilhada ou conjunta ao ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro aprimorou o relacionamento entre pais e filhos após a ruptura do matrimônio. As vantagens que a aplicação deste modelo de guarda apresenta nos casos concretos é notável, direitos e deveres de ambos os pais para com seus filhos são equiparados, eles têm as mesmas responsabilidades quanto à educação, cotidiano e criação dos filhos, além de que é direito dos filhos a presença de ambos os genitores para que se mantenha a ligação emocional entre pais e filhos.

A guarda compartilhada é caracterizada pela corresponsabilidade parental e o instituto veio para preencher lacunas, deficiências que outros modelos de guarda eventualmente possuem. Como a modalidade foi impetrada recentemente no País tem se deparado com inúmeras dificuldades para sua aplicação. Ela visa manter o melhor interesse dos menores, buscando a melhor solução para promover o bom relacionamento entre pais separados e filhos, na tentativa de uma reorganização da família.

Doutrinas atualizadas informam que o modelo está em consonância com os princípios constitucionais vigentes, e ainda, é compatível com o atual estágio da sociedade. A guarda compartilhada confere aos genitores, mesmo separados, a possibilidade de darem prosseguimento a estreita relação mantida antes da dissolução da união conjugal, possibilitando assim que eles tenham autoridade equivalentes para que tomem decisões relevantes na vida dos menores.

A relação entre pais e filhos anterior à dissolução do vínculo conjugal sofre pouca alteração com a guarda compartilhada, porque esta visa dar continuidade ao exercício comum da autoridade de ambos os genitores. O modelo exposto demonstra a possibilidade dos pais decidirem acerca de aspectos físicos e psíquicos relacionados ao menor, isso não significa que o menor passará a residir alternadamente com cada genitor, mas que a responsabilidade relacionada a direitos e deveres do menor pertence aos dois.

Segundo especialistas, a guarda na forma compartilhada ou conjunta desmotiva a ideia em aplicar a guarda exclusiva, principalmente no que se refere à desproporção do exercício de direitos e deveres parentais, assim em se tratando de corresponsabilidade verifica-se que teve início em sociedades onde os direitos civis já alcançaram considerável grau de reconhecimento. Como afirma Oliveira Leite (2003, p. 262):

A noção de guarda conjunta surgiu de duas considerações bem nítidas: o desequilíbrio dos direitos parentais, que se tornou uma medida anacrônica, e de uma cultura que desloca o centro do seu interesse sobre a criança em sociedade de tendência igualitária. Quanto ao desequilíbrio apontado, a nítida proeminência dos direitos da mãe sobre seu filho, há muito vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade entre homem e mulher. A preferência reconhecida à mãe, que encontra suas raízes mais próximas em toda literatura médico-social do século XIX, passou a ser contestada na segunda metade do século XX, quando os princípios de igualdade de sexos começaram a invadir o terreno estritamente privado do direito de família. O acesso da mulher ao mercado de trabalho e a redistribuição dos papéis familiares, certamente, não só redimensionam a figura paterna no meio familiar, mas também revalorizaram o papel da paternidade numa estrutura que o desejava secundário.

A separação provoca alterações e incertezas, para os filhos ela extingue a dita família completa, o referencial, e como os filhos podem se distanciar de um dos pais. Através da aplicação da guarda conjunta, ambos os pais têm obrigações com seus filhos, o que pode ser chamado de responsabilidade bilateral. Este instituto ameniza a impressão negativa que a separação representa. Como expressa Grisard Filho (2009, p.85):

A separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados, quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges.

Podemos observar que na guarda compartilhada, os pais decidem juntos questões como educação, lazer e saúde mesmo estando separados, evitando

que um fique sobrecarregado como ocorre quando se aplica a guarda exclusiva. Portanto, poderão assumir não só a guarda jurídica como também exercer o poder familiar na mesma proporção é o que pontua Grisard Filho (2009, p.126):

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

O sistema da guarda compartilhada estimula o exercício das funções parentais em conjunto mesmo após a separação. O fato de a criança continuar a receber atenção do casal fará com que se aperceba que não há qualquer culpa na separação dos pais, uma vez que eles é que devem decidir por permanecerem juntos, ao mesmo tempo a criança se sente valorizada por ambos e que sua família de certa forma ainda persiste (BRITO 2009).

A guarda compartilhada não é a solução para todos os problemas, mas não deixa de ser uma opção adequada, quando se trata de casais separados e com filhos menores, visto que existe a separação conjugal, porém o parentesco persistirá inalterável, conforme Oliveira Leite (2003, p.284):

O que se pretende, através da nova fórmula, é consagrar o direito da criança a seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual, nem que para tanto, seja necessário “forçar” um dos genitores assumir sua postura frente à criança.

Em virtude das modificações realizadas no Direito de Família, resta claro que para assegurar a igualdade de condições entre os genitores, em se tratando de direitos e deveres sobre os filhos, a guarda na modalidade compartilhada é a mais indicada.

3. A GUARDA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Após cuidar do divórcio o CC/2002 consagra regras referentes à “Proteção da Pessoa dos Filhos”. De início localizam-se os artigos 1.583 e 1.584, dispositivos que foram alterados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, conhecido como Lei da Guarda Compartilhada.

No sistema original do CC/2002, previa o art. 1.583 que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos, no caso de separação ou divórcio consensual. Na realidade, a regra completava a norma de proteção integral da criança e do adolescente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Isso porque, quanto aos efeitos da guarda existente na vigência do poder familiar e que visam à proteção dos filhos, determina o art. 33, *caput*, daquele diploma que “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”¹⁴.

Não havendo acordo entre os cônjuges, nos termos da redação original do CC/2002, a guarda seria atribuída a quem revelasse as melhores condições para exercê-la (art. 1.584 CC). O parágrafo único deste comando legal enunciava que a guarda poderia ser atribuída à terceiro, se o pai ou a mãe não pudesse exercê-la, de preferência respeitada a ordem de parentesco e a relação de afetividade com a criança ou adolescente (nesse sentido, ver: STJ, REsp. 686.709/ PI, Rel. Min. Humberto Gomes Barros, j. 28.06.2006)¹⁵.

Nas palavras de Flavio Tartuce,

Os enunciados aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, evento realizado em outubro de 2006, acompanhavam a tendência civil-constitucional de se pensar sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentido, o Enunciado nº 333 do CJP/STJ determinava que: “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”. (TARTUCE. 2011, p. 1082.)

¹⁴ TARTUCE, FLÁVIO. Manual de Direito Civil: Volume Único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 1081.

¹⁵ TARTUCE, FLÁVIO. Manual de Direito Civil: Volume Único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 1081.

O sistema anterior de guarda foi modificado pelo Código Civil de 2002, em sua redação original, pois, a culpa não tinha mais influência na determinação de quem ficaria com a guarda dos filhos menores e incapazes, ao contrário do que constava no art. 10 da Lei do Divórcio, norma revogada.

Buscando interpretar os arts. 1.583 e 1.584 do CC, de acordo com sua redação original, foram aprovados outros enunciados nas *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

Enunciado nº 102 do CFJ/STJ: “A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Enunciado nº 336 do CFJ/STJ: “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”, o que inclui a parentalidade socioafetiva.

Enunciado nº 334 do CFJ/STJ: “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”. (TARTUCE. 2011, p. 1082.)

O que se aduz dos enunciados foi a tentativa de esclarecer a cláusula geral “melhores condições”, do art. 1.584 do CC de forma que se atenda o melhor interesse do menor, analisando-se as circunstâncias do caso concreto. O modelo já aconselhava uma revisão da sistemática anterior de que a mãe teria a guarda e o pai, mera regularização de visitas.

Através da edição da Lei 11.698/2008, o sistema mudou substancialmente. Para esclarecer a mudança, necessário se faz uma explicação quanto às formas de guarda preconizadas pela doutrina e admitidas pela jurisprudência, conforme brilhante exposição do renomado FLÁVIO TARTUCE.

Guarda Unilateral: uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação das visitas. Essa era a forma mais comum de guarda, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores, o que motivou a alteração legislativa. Um dos resultados dessa mudança é que a expressão melhores condições, na hipótese de guarda unilateral, passa a ter a interpretação direcionada pelo texto da lei, uma vez que o novo art. 1.583, § 2º, do CC, indica certos critérios para aferição dessas condições: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação. O dispositivo alterado afasta qualquer interpretação no sentido que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. Por outro lado, sendo a guarda

unilateral, permanece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha de supervisionar os interesses dos filhos (art. 1.583, § 3º, do CC).

Guarda alternada: o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas para a criança. Alguns a denominam guarda do mochileiro, pois o filho deve sempre arrumar a sua malinha ou mochila para ir à outra casa. A criança perde seu referencial, recebendo tratamento diferente quando na casa paterna e na materna.

Guarda Compartilhada ou Conjunta: hipótese em que pai e mãe dividem atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. O filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais. Essa forma de guarda é mais recomendável, e, exatamente por isso, quanto ao art. 1.583 do CC em sua redação original, que tratava da determinação da guarda por acordo entre os cônjuges, previa o Enunciado nº 101 do CFJ/STJ que essa guarda poderia ser tanto unilateral quanto a compartilhada, desde que atendido o melhor interesse da criança. (TARTUCE. 2011, p. 1083.)

Como a guarda compartilhada não era regulamentada por lei, dificilmente ocorria na prática. A respeito do assunto, é esclarecedor, o Enunciado nº 335 do CFJ/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual esta “deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”. A mediação e a orientação psicológica são importantes para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para as crianças e adolescentes. Estabelece o § 3º do art. 1.584, do CC, em sua atual redação que: “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 MP, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”¹⁶.

Apesar dos esforços interdisciplinares contidos no enunciado doutrinário e no entendimento jurisprudencial, FLÁVIO TARTUCE entende que a guarda compartilhada pressupõe um mínimo de convivência entre os genitores, pois caso contrário seria totalmente inviável. Na mesma linha de pensamento encontramos as seguintes Acórdãos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A

¹⁶ TARTUCE, FLÁVIO. Manual de Direito Civil: Volume Único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 1084.

guarda compartilhada está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70025244955, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008)¹⁷.

Ementa: AGRAVO INTERNO. GUARDA COMPARTILHADA. Descabido impor a guarda compartilhada, que só obtém sucesso quando existe harmonia e convivência pacífica entre os genitores, quando esta não é a realidade das partes. Agravo interno desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo Nº 70010991990, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 02/03/2005)¹⁸.

Ementa: GUARDA CONJUNTA. SO E RECOMENDADA A ADOCAO DE GUARDA CONJUNTA QUANDO OS PAIS CONVIVEM EM PERFEITO HARMONIA E LIVRE E A MOVIMENTACAO DO FILHO ENTRE AS DUAS RESIDENCIAS. O ESTADO DE BELIGERANCIA ENTRE OS GENITORES NAO PERMITE A IMPOSICAO JUDICIAL DE QUE SEJA ADOTADA A GUARDA COMPARTILHADA. APELO DO AUTOR IMPROVIDO E ACOLHIDOS O RECURSO DA RE. (8 FLS.) (Apelação Cível Nº 70001021534, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/06/2000)¹⁹.

É oportuno salientar que em sede de medida cautelar de separação de corpos, são aplicadas regras fundamentais acima expostas, conforme determina o art. 1.585 do CC. Nos casos excepcionais, havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, visando também esse melhor interesse, regular de maneira diferente as regras outrora analisadas (art. 1.586 do CC).

Não cabe argumentar que perdem o direito a guarda dos filhos o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, só poderá retirar-lhes a guarda o mandado judicial, se provado que não são tratados convenientemente, conforme se verifica exposto no art. 1.588 do CC. Deve-se sempre procurar o melhor interesse do menor,

¹⁷ TJ RS – Agravo de Instrumento nº 70025244955 - Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70025244955>>. Acesso em: 20 Nov. 2012.

¹⁸ TJ RS – Agravo Interno nº 70010991990 - Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 02/03/2005. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70010991990>>. Acesso em: 20 Nov. 2012.

¹⁹ TJ RS – Apelação nº 70001021534 - Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/06/2000. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001021534>>. Acesso em: 20 Nov. 2012.

nos termos do Enunciado nº 337 do CFJ/STJ, da *IV Jornada*: “O fato do pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes”.

Garante o art. 1.589 do CC/02 o direito de visita ao pai ou a mãe que não detenham a guarda dos filhos, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como, o direito de fiscalizar sua manutenção e educação.

Como novidade a Lei 12.398/2011 introduziu expressamente no art. 1.589 do CC o direito de visitas a favor dos avós, observado o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, como ilustração observa-se que a jurisprudência já admitia tal direito:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA INTENTADA PELOS AVÓS. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DE VISITAS. INDEFERIMENTO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA MENOR. Por construção pretoriana, é reconhecido o direito de visitas dos avós aos netos, com vista ao fortalecimento das relações familiares e saudável desenvolvimento da criança. Por ora, os vínculos afetivos entre a neta e os avós estão preservados com as visitas quinzenais. A alteração da situação fática, considerando-se que a menor está amplamente adaptada ao convívio materno, mostra-se contrária ao melhor interesse e conveniência da criança, sendo que a possibilidade de ampliação das visitas, no momento, devem aguardar a instrução do feito, ante a animosidade havida entre as partes, visando encontrar a solução que melhor atenda aos interesses da menor. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70035611953, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/08/2010)²⁰.

Da *IV Jornada de Direito Civil*, estabelece o Enunciado nº 338 do CFJ/STJ que “A cláusula de não tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos que integrem, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares”. De acordo com o teor do enunciado doutrinário, qualquer pessoa que detenha a guarda do menor, seja ela pai, mãe, avó, parente consanguíneo ou socioafetivo, poderá perdê-la ao não dar tratamento conveniente ao incapaz. O

²⁰ TJ RS – Agravado de Instrumento Nº 70035611953, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/08/2010. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 20 Nov. 2012.

enunciado estende a toda e qualquer pessoa os deveres de exercício da guarda de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente²¹.

Por derradeiro, as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estende-se aos maiores incapazes, conforme determina o art. 1.590 do CC.

3.1. MEDIAÇÃO FAMILIAR

Além dos problemas jurídicos os conflitos familiares gerados na separação judicial, extrajudicial ou no divórcio trazem questões de ordem psíquica, tendo em vista envolverem relações entre pais e filhos. Para o Magistrado as peculiaridades das controvérsias familiares impõem certa dificuldade, porque sua decisão não atenderá satisfatoriamente os interesses das partes. Sabemos que seria ideal respeitar o exercício da autoridade parental conjunta, e que cada um dos pais reconheça o lugar do outro.

Segundo Maria Helena Diniz, as controvérsias familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por objetivo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à intercompreensão, partindo de explicações, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediandos, para que cada um possa compreender o que o outro diz ou quer. A mediação, com intervenção de terceiro neutro (mediador), procura a conciliação das partes com interesses opostos, promovendo um acordo. Daí o papel do mediador, profissional qualificado que busca o diálogo entre os envolvidos, para que eles, após uma reflexão, venham a firmar acordos que atendam às necessidades de todos e conduzam à corresponsabilidade parental, levando o filho menor a ter igual relacionamento com ambos os pais, que deverão exercer igualmente o poder parental; com isso consagrado estará o direito da criança e do adolescente de conservar o convívio com seus dois genitores, que assegurarão em conjunto sua educação, apesar de não mais serem um casal conjugal, pois passarão a ser um casal parental, com responsabilidade por seus papéis de pai e mãe. (DINIZ. 2007, p. 353)

É consenso entre os estudiosos e ordenadores jurídicos que a mediação favorece o diálogo, por clarificar o que pertence a cada um dos envolvidos na situação conflituosa, levando-os a falar e a ouvir para que haja responsabilização

²¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciados Aprovados nºs. 272 a 396. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados- aprovados>>. Acesso em: 27 Nov. 2012.

da decisão tomada e da opção da alternativa solucionadora do impasse, possibilitando uma convivência paterno-materno-filial. Nessa relação, o mediador é um terceiro imparcial, que não detém qualquer poder, pois o acordo é feito pelas partes, mediante diálogo.

Para Daniele Ganácia, citada por Maria Helena Diniz, mediação é “um procedimento estruturado de gestão de conflitos pelo qual a intervenção confidencial e imparcial de um profissional qualificado, o mediador, visa restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes. Seu papel é o de levá-los a elaborar, por eles próprios, acordos duráveis que levem em conta as necessidades de cada um e em particular das crianças em um espírito de corresponsabilidade parental”.

Os genitores devem perceber que é imprescindível a relação pai-mãe e filho, mesmo com o término da conjugalidade, devem entender que a separação judicial e o divórcio não dissolvem a família, uma vez que a reorganizam, mostrando não só os novos papéis desempenhados pelo pai e pela mãe, voltados ao melhor interesse e ao bem estar da criança e do adolescente, como também a importância da guarda compartilhada e da conversão do direito de visita em direito de convivência²².

Na mediação os protagonistas repensam sua posição de homem, mulher, pai e mãe. Através dela, com maturidade, existe a possibilidade de solução do conflito, desde que os interessados revejam seus papéis na conjugalidade e na parentalidade, o que propicia o fim da violência nas disputas pela guarda de filhos menores e pelas visitas. Com isso, protege-se a prole de comprometimentos psicológicos, tão frequentes no período pós-separação ou pós-divórcio de seus pais. É também a opinião de Maria Helena Diniz:

Imprescindível será a utilização da técnica da mediação em litígios judiciais na seara familiar, por ser uma espécie de gênero da conciliação. Na conciliação, o terceiro (conciliador) atua ativamente e chega a apresentar sugestões, ao passo que na mediação o mediador, como foi visto, apenas presta assistência técnica às partes, sem nada sugerir, pois procura abrir espaço, mediante orientação imparcial e diligente, para a comunicação conducente a um “acordo” que satisfaça a todos os envolvidos por ser, na verdade, uma autocomposição do conflito. O mediador não soluciona nada,

²² **DINIZ, MARIA HELENA.** Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º Vol: direito de família – 23ª Ed. rev. Atual. E ampl. De acordo com a reforma no CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354.

procura induzir os interessados a resolver o conflito pelo consenso. (DINIZ. 2007, p. 355)

O instituto da conciliação, previsto no art. 331 do CPC, privilegia o acordo, procurando fazer com que cada litigante ceda um pouco para terminar o conflito; nela não se busca desvendar a causa que deu origem ao impasse, busca-se apenas o acordo. Ao passo que, na mediação, não se busca o acordo, mas a comunicação e a escuta dos conflitantes, levando-os a descobrir o motivo da demanda e a sua solução, baseada na corresponsabilidade parental.

São inegáveis os benefícios trazidos pela mediação, louvável seria a implantação desse instituto como técnica de solução alternativa e consensual de conflitos. Seria um novo caminho, apontado por terceira pessoa (mediador), aceita pelas partes, para ouvi-las e orientá-las, de maneira que, consensualmente, venham a prevenir ou a solucionar o conflito familiar e resguardar o bem estar de todos os envolvidos, principalmente, o melhor interesse da prole e respeito a dignidade humana.

Havendo separação judicial, divórcio ou até mesmo ruptura da união estável, todos (juiz, advogado, promotor, auxiliares do juízo, como psicólogos e assistentes sociais) deveriam buscar a conciliação, principalmente, pelo melhor interesse do menor, com a diminuição do sofrimento e do desgaste ocasionado por uma “guerra judicial”.

4. GUARDA COMPARTILHADA EM LITÍGIOS

O enfoque para constituir a decisão a quem caberá a guarda de um menor, decorre a partir da separação de um casal. Ou seja, inicialmente tem-se a família por completo, após considera-se a dissolução da família, onde os pais separam-se e passam a residir em lares diversos um do outro, oportunidade em que compete decidir a quem caberá a guarda do menor, ou seja, quem será o responsável pela criança, bem como pelos atos, educação e manutenção do mesmo, dentre outras responsabilidades.

Evidentemente, quando existir litígio no processo de separação é muito mais difícil estabelecer as questões de guarda. As constantes desavenças entre os pais levam à dúvida quanto a aplicabilidade da guarda compartilhada, e se ela seria benéfica aos filhos, pois, o que se pretende no estabelecimento da guarda é justamente preservar o melhor interesse da criança.

Existem diferentes posicionamentos sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada em caso de litígio entre os genitores. Primeiramente, faremos a abordagem sobre o posicionamento daqueles que entendem contraindicado o deferimento de guarda compartilhada a casais que vivem em constante conflito.

Doutrina e jurisprudência majoritária afirmam não caber o deferimento da guarda compartilhada à casais que não cooperam entre si, ou seja, quando não há possibilidade de diálogo entre os genitores, nos casos em que um dos genitores age espontaneamente em face das atitudes do outro, colocando-se contrário a qualquer opinião que o outro venha a ter com relação ao menor.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas considera o bom relacionamento entre o ex-casal um pressuposto para aplicação da guarda compartilhada, vejamos:

O segundo pressuposto é que haja um bom relacionamento entre os pais. O fim de uma relação a dois, muitas vezes associada a um sentimento de mágoa, de raiva e de sofrimento, apresenta dificuldades de comunicação e tais dificuldades interferem na possibilidade de se chegar a um acordo, tornando-se prejudicial às crianças, que sofrem sendo o centro da discórdia dos pais. (QUINTAS, 2009, p. 72).

A falta de sintonia dos pais é motivo relevante para o indeferimento da guarda compartilhada, visto que deve ser preservado o melhor interesse do menor. A guarda unilateral é a solução mais conveniente, pois, evitará que assuntos relativos aos filhos sejam motivos de discórdia e desavenças. Evitar-se-ia um maior contato entre os pais, pois, sendo litigioso este contato, não traria benefícios aos filhos, pelo contrário, poderia gerar nos filhos um sentimento de culpa pelas constantes brigas dos pais, pois, estariam brigando por assuntos relativos a eles (filhos), é o entendimento de Washington de Barros Monteiro, Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, Flávio Tartuce, César Fiuza, Waldyr Grisard Filho e Ana Carolina Silveira Akel.

Em contrário senso, estão os pais que não se encontram na guarda física dos filhos, estes defendem a aplicação da guarda compartilhada mesmo em processos litigiosos, argumentam que existem inúmeros aspectos positivos em relação à criança e aos próprios pais. Sustentam que é direito de toda criança conviver com ambos os genitores e que esse direito está explicitado em ajustes nacionais e internacionais relacionados às crianças e adolescentes, é o entendimento de Euclides de Souza.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas, apesar de ser contrária a aplicação da guarda compartilhada em processos litigiosos admite que ela pode ser aplicada coercitivamente, vejamos:

A guarda compartilhada como uma presunção legal afirma a capacidade dos pais, assegura a igualdade entre os genitores e não permite que os pais, ao romperem sua união, esqueçam suas responsabilidades para com seus filhos. É o arranjo mais coeso, já que o art. 1.632 do Código Civil assegura que a separação, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram a relação entre pais e filhos e o art. 1.579 que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos.

Os arts. 1.579 e 1632, atrelados aos arts. 229 da Constituição Federal e 19 do Estatuto da criança e do Adolescente preconizam que, com o fim da vida em comum entre os pais, o relacionamento entre eles e seus filhos continuará o mesmo, ensejando uma interpretação de que a guarda compartilhada seria uma presunção legal. (QUINTAS, 2009, p. 147 a 148).

Se fizermos uma interpretação literal do §2º do art. 1.584 do Código Civil restará claro que a aplicação da guarda compartilhada é regra e não exceção como fazem parecer doutrina e jurisprudência, vejamos: “*Art. 1.584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada,*

sempre que possível, a guarda compartilhada”. (grifo nosso). Além de ignorar o disposto na norma transcrita é gritante o desrespeito ao princípio da isonomia, visto que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, portanto, ambos devem por igual ser responsabilizados pelos menores, e que a convivência com ambos os genitores é fundamental para a formação da identidade social e subjetiva dos menores, é necessário o reconhecimento do direito dos menores ao convívio com seus genitores, e também que a convivência entre os menores e cada genitor se dê independente de qualquer conflito existente.

Entretanto, é primordial que se verifique se há animosidade na relação que se desfez – pois em caso de consenso entre as partes, automaticamente, tornar-se-á mais facilitado a instituição da guarda na forma compartilhada. Isso não significa que em caso de desacordo deverá ser aplicada guarda unilateral, ao contrário, em caso de haver litígio entre o casal, poderá ser interposta coercitivamente a aplicação da guarda compartilhada.

Não é aceitável repudiar de imediato a guarda compartilhada nas hipóteses de litígio entre os genitores, pois cabe a interposição coercitiva, não se deve encarar a litigância como fator impeditivo para a decretação da guarda compartilhada. É o que faz ver Euclides de Souza (2006, p.01), presidente da ONG APASE/PR:

No Brasil, felizmente, observa-se que muitos juízes já aplicam o correto entendimento de que a guarda compartilhada deva ser coercitiva quando impedida pelo cônjuge guardião, procedimento este que por não ser majoritário em nossos tribunais, faz com que o litígio existente entre os genitores seja banalmente utilizado como desculpa para que a guarda compartilhada dos filhos não seja aceita pelos nossos operadores do direito, causando aberrações, como até mesmo o aconselhamento ao pai para desistir de lutar pela guarda, seja ela qual for, porque possivelmente terá a mínima chance em obtê-la. Por causa desse entendimento preconceituoso, as mães são consagradas com a guarda de seus filhos em 91% dos casos (fonte: IBGE 2002), baseado no “mito” de que só ela tem o dom natural de criar os filhos, o que fere plenamente o preceito constitucional da isonomia entre o homem e a mulher, tornando o ato consequentemente ilegal.

4.1. CONSIDERAÇÕES

Podemos verificar que é mais relevante o deferimento da guarda compartilhada a casais que litigam do que àqueles que dispõem de um bom relacionamento, quando há consenso entre os pais naturalmente existe a guarda

compartilhada no caso concreto, mesmo que o regime estabelecido no tribunal se denomine unilateral, de fato se tem a guarda compartilhada.

Doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam que o que prevalece para o deferimento ou não da guarda compartilhada nos tribunais brasileiros é a exigência de um bom relacionamento entre os genitores. Subtrai-se dessa afirmação que o ideal em matéria de guarda conjunta continua sendo o consenso, a boa vontade ou entendimento entre o casal, sem dúvida, é fator fundamental no aperfeiçoamento do modelo de guarda referido.

Resta claro que o principal objetivo da guarda compartilhada, qual seja: garantir e assegurar a presença do genitor não guardião na vida do menor, terá maior efetividade nas hipóteses em que os genitores optarem pelo exercício da guarda conjunta. Ao passo que, em quanto estiverem se digladiando em juízo o convívio do menor em clima de normalidade se tornará quase impossível, tendo em vista que não será bem sucedida qualquer modalidade de guarda neste caso.

Devemos desmistificar a ideia de que só é admissível a guarda conjunta quando os pais concordam em relação a tudo que diz respeito à educação da criança, ou quando representam uma só voz. O presente modelo de guarda deverá ser estimulado tanto no consenso quanto no litígio, é o que se extrai da leitura do §1 do art. 1.584 do Código Civil atual.

A aplicação da guarda compartilhada nos casos em que está presente o litígio entre o casal não deve ser descartada, uma vez que a aplicação do presente modelo, tão somente nos casos em que houver consenso nada mais é do que colocar em prática o que já vinha sendo aplicado, portanto, mais complexo seria aplicar o modelo nos casos em que não há compreensão entre o casal, a fim de oportunizar a responsabilização de ambos igualmente, o que acarretaria, nesses casos, uma nova proximidade entre os pais separados, tendo em vista a organização das obrigações devidamente divididas entre os genitores.

Ao contrário dos demais modelos de guarda, a guarda compartilhada permite a continuidade do relacionamento familiar e evita abalos no desenvolvimento moral do menor, o que na maioria das vezes é ocasionado pela ausência de um dos pais.

Este instituto, aos poucos garante seu espaço junto a renomados doutrinadores pátrios, eles observam que através de sua aplicação é possível minimizar os impactos negativos da separação conjugal e garantir que pai e mãe

mantenham contato permanente, equilibrado, corresponsável e assíduo com seus filhos. Estimula, também, a cooperação entre os genitores e possibilita a convivência igualitária com ambos, evitando que o pai figure como mero provedor da pensão alimentícia, fato comum noutros tipos de guarda.

Não se pode afirmar que o modelo de guarda compartilhada deva ser aplicado a todos os casos, porém deve ser divulgado para que se torne conhecido e possa ser utilizado com maior frequência nos casos de separação.

A guarda compartilhada nada mais é do que afirmar que cada genitor ficará obrigado igualmente para com as necessidades do menor, tal modelo poderá ser optado pelos próprios pais, onde entram em acordo entre si e levam à homologação judicial, ou ainda poderá ser por determinação judicial.

Apesar das divergências acerca da aplicação da guarda compartilhada não se pode afirmar que o litígio entre o casal leva ao indeferimento do instituto porque a guarda compartilhada não deve ficar a mercê de os genitores entrarem em acordo ou não. O resultado da polêmica sobre caber ou não a aplicação do instituto em caso de litígio, merece reflexões, apenas a menor parcela dos casais que decide por dissolver a união conjugal resolve suas pendências amigavelmente, logo, se não houvesse flexibilidade acerca do deferimento de guarda compartilhada aos casos de litígio restaria tão somente à opção de guarda unilateral.

Como ilustração, observemos dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de forma a demonstrar como tendencioso está o ordenamento jurídico brasileiro, criou-se uma espécie de pré-conceito, onde, basicamente, encara-se o litígio como fator impeditivo para a aplicação da guarda conjunta:

APELAÇÃO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FIXAÇÃO JUDICIAL DE GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Embora não exista previsão legal, é possível às partes estabelecer a guarda compartilhada. É um modelo ideal, que pressupõe a harmonia e o consenso entre os pais da criança. Não há possibilidade de impô-la por via judicial. Ela não se coaduna com o litígio. O pedido de fixação judicial de guarda compartilhada é juridicamente impossível. Negaram provimento. (Apelação Cível nº 70007455926, de 18 de dezembro de 2003)²³.

GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há

²³ TJ RS – Apelação Cível nº 70007455926, Julgado em 18 de dezembro de 2003. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 17 Jul. 2012.

profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. (Apelação Cível nº 70007133382 de 29 de outubro de 2003) ²⁴.

Os doutrinadores nacionais, em sua maioria, compartilha o entendimento jurisprudencial, qual seja supervalorizar a falta de consenso entre os genitores e tomá-la como impeditivo para aplicação da guarda conjunta, mesmo que esse pensar em nada modifique a estrutura jurídica atual, visto que a aplicação da guarda compartilhada apenas consensualmente nada mais é do que perpetuar juízo de valor incompatível com a sociedade contemporânea e alimentar desarmonias inconciliáveis, que tornam o lento processo de separação uma verdadeira patologia social.

Não se deseja que o Poder Judiciário imponha aos litigantes a guarda compartilhada, que obrigue pessoas com ânimos acirrados a conviver, apenas se espera que o instituto seja discutido, apresentado ao ex-casal, para que tomem conhecimento do mesmo e entendam suas benesses. Devemos quebrar o paradigma que prega a inviabilidade da aplicação da guarda compartilhada nos procedimentos em que é verificado litígio entre os pais, porque isso promove a exasperação dos ânimos e perpetuação dos conflitos, repercutindo de modo negativo à prole.

Finalmente, após o estudo de inúmeras doutrinas e jurisprudências pátrias, chegamos a conclusão de que a maioria dos estudiosos e aplicadores do direito creem que a guarda compartilhada é a decisão mais benéfica aos menores, ela mantém e dá continuidade à relação do menor com seus genitores, mesmo após a dissolução da união conjugal, faz com que ambos os pais sejam responsáveis pelo zelo relativo à criação e educação do filho, sustentando, por conseguinte, relações pessoais e contato direto de forma regular e necessária, o que está diretamente ligado ao bom desenvolvimento social da prole. Sendo assim, julgamos que esse modelo de guarda deve estar presente como sugestão para ser discutida e quiçá aplicada nos processo de separação.

²⁴ TJ RS – Apelação Cível nº 70007133382, Julgado em 29 de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 17 Jul. 2012.

4.2. CRÍTICAS E VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Não se pode apontar, atualmente, um modelo único de família, o conceito varia de acordo com a época, com o tempo, com sociedade e com os valores morais adotados por essa coletividade, sofre, também, influências políticas, econômicas e religiosas. Apesar da evolução, ainda se faz necessário à intervenção estatal para decidir a questão da guarda dos filhos menores. Após a separação conjugal compete ao Estado, em última análise, a garantia da continuidade nas relações parentais entre o genitor não detentor da guarda e sua prole, esse é o objeto do instituto da guarda conjunta.

Ensina Grisard Filho (2009) que a guarda compartilhada encontra-se na mão inversa às guardas única, alternada e dividida, nas quais um dos pais (o que não detém a guarda) começa a ser evadido da paternidade.

Essa nova ótica jurídica a cerca da disputa pela “posse” dos filhos, comprovadamente benéfica à continuidade dos laços de afetividade, apresenta também viés desvantajosos, a seguir veremos algumas críticas e vantagens à guarda compartilhada.

4.3. VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

São inegáveis seus benefícios em relação a outros modelos de guarda, com ênfase à convivência dos filhos com ambos os genitores, tende a preservar e fortalecer as relações de afeto e evita o distanciamento do menor em relação ao genitor não detentor da guarda. Na visão de Grisard Filho, para que se estabeleça o instituto é mister que haja entendimento entre os genitores:

Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes. (GRISARD FILHO, 2009, p. 217).

O sistema de guarda compartilhada tira do menor a desconfortável necessidade de apontar com qual genitor deseja permanecer, ele mantém o seu convívio com ambos os pais, diminui alterações no seu cotidiano e reconhece que os dois genitores têm importância para sua formação pessoal. Akel aborda em seu

trabalho a conduta desastrosa de alguns magistrados ao solicitarem aos menores que escolham com quem desejam permanecer:

A escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido. [...] Não há dúvida de que, através desse sistema, os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião, pela ausência de cuidados em relação aos filhos são diminuídos de forma significativa. (AKEL, 2009, p. 107).

Esse pedido para que o menor tome partido gera inúmeros conflitos de ordem psicológica na criança, além de ser situação extremamente desconfortável para o pai que for preterido. Elas ficam receosas, acreditam que a escolha reflita na relação afetiva com o pai que fora preterido, e, para o genitor que não recebe a guarda resta o sentimento de incapacidade. Isso é que se pretende evitar com a adoção da guarda compartilhada. O instituto privilegia a igualdade entre os genitores e gera respeito mútuo entre todos os atores sociais envolvidos na lide.

Outra vantagem do sistema de guarda compartilhada é a responsabilidade solidária, já que ambos detêm a guarda, respondem de forma igualitária perante alguma infração que os filhos cometam. Diferente do que ocorre noutro tipo de guarda, em que a pena é imputada ao guardião. Como ensina Grisard Filho, todos são beneficiados com o instituto da guarda compartilhada:

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimizando o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. (GRISARD FILHO, 2009, p. 222).

Reforça o entendimento, de Grisard Filho, as palavras de Maria Berenice Dias ao afirmar que a escolha pelo sistema de guarda compartilhada com certeza torna efetivo o princípio constitucional do melhor interesse do menor, vejamos:

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (DIAS, 2006, p. 101).

4.4. CRÍTICAS AO SISTEMA DE GUARDA COMPARTILHADA

A maioria dos estudiosos não consegue diferenciar a guarda compartilhada da alternada, semelhanças realmente existem, porém, são institutos jurídicos diferentes, veja o que pensa Akel:

Há que se distinguir, definitivamente, o exercício alternado da guarda do exercício compartilhado, no qual é estabelecida, desde logo, pelos genitores, a residência habitual da prole, que será o ponto de referência para os menores cumprirem suas obrigações e receberem que lhes é de direito. (AKEL, 2009, p. 111).

O principal complicador do sistema de guarda compartilhada é a desavença entre os cônjuges nos casos de separação litigiosa porque se um dos genitores não aceita a separação, também não aceitará o compartilhamento do guarda.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas também entende que a dificuldade de relacionamento entre os pais é um complicador na aplicação da guarda compartilhada:

Argumentos contrários à guarda compartilhada asseguram ser irreal a possibilidade de pais que nunca conviveram, oi pior, que romperam uma relação, compartilhar decisões a respeito da educação e criação dos filhos.

Para ser exercida adequadamente, a guarda compartilhada exige uma capacidade de entendimento entre os genitores, o que por si só não é uma desvantagem, ao contrário, é o que se almeja. No entanto, se os pais não conseguirem manter um bom relacionamento, a guarda compartilhada não funcionará, o que a colocaria em desvantagem frente a outras possibilidades de estabelecimento de guarda. Se os pais não conseguem decidir em conjunto o futuro dos filhos, o impasse poderá gerar maiores conflitos. Para um casal que guarda mágoas e rancores com os quais se torna insuportável qualquer espécie de relacionamento, a guarda compartilhada pode ser a continuidade da vida a dois que se apresentava prejudicial aos filhos. (QUINTAS, 2009, p. 92).

Uma das desvantagens apontada pela maioria dos juristas e doutrinadores em relação à guarda conjunta é a que diz respeito a referencia do que seja lar, para eles o fato do menor ora estar na casa do pai ora estar na casa da mãe, altera consideravelmente seu cotidiano, até por que recebe tratamento “X” na casa do pai e tratamento “Y” na casa da mãe, com orientações distintas em cada residência, o que proporciona confusão e transtornos de personalidade.

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas compartilha do mesmo entendimento:

De todos os argumentos contrários a guarda compartilhada, o que predomina é o que considera uma desvantagem a alternância de residências. A maioria do entendimento contrário à guarda compartilhada tem como fundamento a instabilidade que a mudança de residência acarreta aos filhos. (QUINTAS, 2009, p. 96).

Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas aponta, ainda, uma terceira desvantagem na aplicação da guarda compartilhada, qual seja: a mudança no ponto de vista dos pais, para a estudiosa, divergências do ponto de vista dos pais, como mudança de religião, crenças sobre o que seria melhor para criança e etc., podem causar alguns problemas para a execução da guarda compartilhada, já que a criança mantém constante contato com os pais. A autora aponta como solução para o conflito a via judicial:

Quando os pais mudam de opinião ou tem opiniões diferentes, a solução deve ser a mesma adotada enquanto estavam juntos. Nesses casos, devem recorrer à justiça, conforme manda o parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil: "Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo." (QUINTAS, 2009, p. 75).

Concluindo, é notável a importância e aplicação do instituto jurídico denominado guarda compartilhada, visto que os modelos tradicionais de guarda não atendem a família moderna, sobretudo o massificado modelo unilateral, no qual um dos pais detém a guarda exclusiva do menor e, não raras vezes, se utiliza desse expediente para prejudicar a relação afetiva dos filhos com genitor que não detém a guarda (alienação parental). É justamente o que se procura evitar com a guarda compartilhada, sistema que diante do processo de dissolução familiar, privilegia, sempre, o melhor interesse do menor, elo mais frágil na relação parental e de fato é a parte que mais sofre com o fim dessa convivência.

Independentemente do modelo adotado, esperamos que prevaleça o papel essencial da família, local de apoio, orientação e consolo de qualquer ser humano. Para tanto, é fundamental a participação de equipes multidisciplinares em momentos delicados como a dissolução da sociedade conjugal.

Inúmeras são as opiniões, sabemos que não se trata de regra absoluta, é indispensável, porém, que se faça uma análise de cada caso concreto em sua individualidade e que se estabeleçam as reais vantagens e desvantagens da aplicação do instituto da guarda compartilhada, sempre com o objetivo de preservar o melhor interesse dos menores, pois são estes os reais destinatários da proteção do Estado e necessitam da convivência contínua com ambos os genitores para seu desenvolvimento intelectual e psicológico pleno.

5. CONCLUSÃO

O termo guarda expressa genericamente a ideia de proteção, segurança, vigilância, um direito-dever do qual estão incumbidos os pais de exercer em favor de seus filhos, a referida expressão é instituto profundamente ligado ao pátrio poder remetendo-nos uma ideia de “posse” do menor. A guarda, segundo a doutrina, pode ser física ou jurídica, a primeira caracteriza-se pela ideia de custódia, ou seja, de posse; já a segunda diz respeito ao caráter pessoal e surge do poder familiar, como por exemplo, sustento, honra e respeito.

Nos dias atuais o divórcio tornou-se fato comum, reflexo da adoção de novos valores, novos pontos de vista, da própria evolução da sociedade que passou a entender que as relações pessoais podem findar, mas que a relação parental permanece, em decorrência disso houve a necessidade de escolher e decidir qual dos cônjuges permanecera com a responsabilidade inerente a prole, dando espaço assim ao surgimento da guarda.

No Brasil predominou por muito tempo a aplicação da guarda unilateral, onde apenas um dos genitores é responsável pelo menor, enquanto o outro genitor é o responsável pelo sustento, pelos alimentos. Depois de muitos pais contestarem esse paradigma, surge a guarda compartilhada, que mantém algumas características da unilateral como o fato do menor residir com um dos genitores, mas ainda assim ambos estão obrigados entre si a sanar as necessidades inerentes aos filhos, o que lhe empresta sensível diferença aos demais modelos, porque equipara direitos e deveres dos genitores para com seus filhos.

Por tratar-se de instituto recente, a guarda compartilhada, como toda inovação, gera desconfiança, insegurança e resistência na sua aplicação, mas aos poucos ganha espaço. Agora surge nova discussão: ela deve ou não ser aplicada quando há litígio entre os casais separados. Constatamos que no Brasil há uma presunção de que o litígio é fato impeditivo para a aplicação da guarda conjunta, é necessário relativizar tal presunção, de forma que ao menos se discuta, se proponha a guarda conjunta e não a afaste de imediato justificando que o descenso é incompatível com o instituto, até porque o ordenamento pátrio permite sua aplicação coercitiva.

Finalmente, deve restar claro que o instituto da guarda compartilhado é uma realidade, encontra previsão legal e pode ser aplicado, está em perfeita harmonia com os princípios constitucionais vigentes e é condizente com o estágio atual da sociedade. Devemos oportunizá-lo, esclarecê-lo, dar-lhe mais espaço e, sobretudo, aplicá-lo com mais frequência tanto em processos consensuais quanto em processos litigiosos, é o que preconiza o princípio do melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: Um Avanço para Família. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO, Bruniell; **CABRAL** Lemes Rodrigues; **SILMARA** Simone Strazzi. Guarda compartilhada no Brasil. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/805>>. Acesso em: 27 Nov. 2012.

BRASIL, Código Civil. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jun. 2008.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda Compartilhada: todo canto. **DIAS**, Maria Berenice (Org.) Direitos das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPELLARI, Adrielli Mozara Prunzel; **LUANA** da Silva Kanieski; **MARTA** Botti. Guarda compartilhada: uma perspectiva jurídica. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/823>>. Acesso em 27/11/2012.

Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 20 Nov. 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º Vol: direito de família – 23ª Ed. rev. Atual. E ampl. De acordo com a reforma no CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo – 11ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental. 4ª. Ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2009.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda Compartilhada: A Difícil Passagem da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_publicações/emagis_guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teorias_a_pratica.pdf>. Acesso em: 10 Maio 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Novos Horizontes no Direito de Família. 1ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v. 2: Direito de Família. 38ª Ed. ver. E atual. Por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RABELO, Sofia Miranda. Texto disponível pelo grupo de discussão: <SMTP:direitodeconvivencial-owner@yahoogrupos.com.br>. Acesso em: 10 Jul. 2012.

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

SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES DA, Novo Código Civil Comentado, 2ª Ed., coord. RICARDO FIUZA, São Paulo, Saraiva, 2004, 1437/1439.

SOUZA, Euclides de. Litígio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 20 Nov. 2012.

VELLY, Ana Maria Frota. Guarda compartilhada: uma nova realidade para pais e filhos. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/736>>. Acesso em: 27 Nov. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: Direito de Família. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, v. VI, 2008.