

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JULIAN CAROLIN DE PAULA BALBINOTI

GUARDA COMPARTILHADA SOB O VIÉS DA LEI 11698/2008

**CURITIBA
2009**

JULIAN CAROLIN DE PAULA BALBINOTI

GUARDA COMPARTILHADA SOB O VIÉS DA LEI 11.698/2008

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientadora: Prof. Joeci Camargo Machado.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIAN CAROLIN DE PAULA BALBINOTI

GUARDA COMPARTILHA SOB O VIÉS DA LEI 11.698/2008

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de outubro de 2009.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. EXPRESSÃO GUARDA.....	8
3. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	11
3.1. A GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	11
3.2 A GUARDA NA LEI 6515/1977 – LEI DO DIVÓRCIO	16
3.3 A GUARDA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	20
3.4. A GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	28
3.5. A GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	34
4. DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	37
4.1. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA	37
4.2. POSSIBILIDADE JURÍDICA A PARTIR DA LEI Nº 11.698/2008	39
4.2.1. Consequências.....	45
4.2.2. Vantagens e Desvantagens	49
5. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	57
6. CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a Lei nº 11.698/2008 que instituiu a guarda compartilhada no direito brasileiro, discorrendo sobre a sua evolução histórica, com todas as regulamentações legislativas que deram suporte para a criação da Lei em comento. Pretende ainda, discorrer acerca das conseqüências da aplicação do modelo da guarda compartilhada, dando destaque à diferença existente com a guarda alternada. Também, tem como intuito descrever as vantagens e desvantagens da guarda conjunta, que permite os genitores exercer sua autoridade parental em conjunto, atendendo os princípios constitucionais que devem fundamentar a guarda das crianças, quais sejam: o melhor interesse do menor e a isonomia parental. Por fim, demonstra o entendimento de diversos tribunais acerca do assunto abordado. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com verificação de textos, artigos e obras condizentes ao tema pesquisado, sendo utilizados também dispositivos legais, em específico, ainda, fez-se contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: Lei 11.698/2008; guarda compartilhada; viabilidade; vantagens; desvantagens.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema central abordar os aspectos da guarda compartilhada sob o prisma da Lei nº 11.698/2008, que a tornou válida e eficaz no plano jurídico, já que anteriormente a sua criação era tímida na doutrina e na jurisprudência. Isso porque esse modelo de guarda não tinha quaisquer diretrizes como norte para sua conceituação e disposições de regras suficientes para que o operador do direito pudesse aplicá-la, quem dera as partes envolvidas no dilema da guarda do seu filho saberiam do que realmente se tratava esse modelo pouco comum.

Até o Código Civil Brasileiro de 2002, a guarda dos filhos era sempre única, não havendo possibilidade de um modelo que não fosse uniparental. Em 1916, por exemplo, a legislação brasileira, sob forte influência do Direito Romano, dava ao pai o privilégio de obter a guarda dos filhos, considerando-se que o genitor, detentor do poder patriarcal, tinha o papel de chefiar a família. Com a Revolução Industrial, os pais começaram a trabalhar fora de casa e então os filhos ficavam exclusivamente aos cuidados da mãe, sendo papel dela a educação e criação dos menores. Desse modo, passou-se a entender que, no caso de separação, os filhos deveriam permanecer com a genitora.

Entretanto, as exigências da sociedade atual, após o movimento feminista, inserção da mulher no mercado de trabalho e a facilitação do divórcio, levaram a buscar o estabelecimento de uma forma de guarda, que

equilibrasse os papéis de pai e mãe no núcleo familiar e ao mesmo tempo atendesse o interesse da prole.

Aos poucos então surge a Lei nº 11.698/2008, ora objeto deste estudo, a qual regulamenta juridicamente a guarda compartilhada. O seu estabelecimento permite que ambos os genitores conjuntamente decidam sobre todas as questões que envolvem a prole, exercendo igualmente o exercício do seu poder parental, além de participar ativamente do cotidiano dos seus filhos.

O intuito da Lei nº 11.698/2008 foi o de garantir os princípios constitucionais basilares que dão sustentação no momento de decisão sobre a guarda dos filhos, sobretudo, o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, tão buscado por todos.

Pretende-se demonstrar no presente trabalho, todas as conseqüências advindas da Lei que instituiu a guarda compartilhada, acompanhada de suas regras de aplicação, disciplinadas atualmente nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002.

Além disso, ficarão explicitadas todas as vantagens e desvantagens decorrentes da aplicação da guarda compartilhada por meio da opinião de diversos doutrinadores e profissionais atuantes na área do direito de família, bem como o entendimento jurisprudencial a respeito do tema tratado.

A metodologia empregada para alcance do objetivo do estudo foi a pesquisa bibliográfica, uma vez que, baseou-se na doutrina e legislação disponíveis sobre o assunto.

2. EXPRESSÃO GUARDA

A guarda pode ser entendida como a responsabilização dos pais pelos filhos, de forma que aqueles têm o direito de manter os menores em sua companhia, para que cumpram o dever de proteger e cuidar da prole. Neste sentido é o posicionamento de Waldyr Grisard Filho:

É inquestionável que a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta. Na guarda está o dever de vigilância que, lenta e constantemente, atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor e na sua formação integral.¹

Assim, o guardião possui direitos e deveres que decorrem da sua função na criação da criança ou adolescente. Por isso, existem questões que devem ser consideradas quando da atribuição da guarda, quais sejam: quem permitirá mais facilmente a visitação do outro cônjuge aos filhos, para que não se perca o vínculo familiar; quem possui melhores condições financeiras para arcar com a educação e desenvolvimento da criança; quem possui melhor relação afetiva com o filho, sendo capaz de dedicar-lhe o tempo e a atenção merecida.

O critério econômico, no entanto, não deve ser o fator decisivo, porque o Direito de família entende que o mais importante é a afetividade² e, ainda, o

¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. Editora RT. São Paulo, 2009. p. 67.

² “Há que se distinguir entre o interesse moral e o interesse material para a determinação da guarda. Evidentemente, aquele prevalece sobre este, referido por uma completa e eficiente formação sociológica, ambiental, afetiva, espiritual, psicológica e educacional.” GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. Editora RT. São Paulo, 2009. p. 77.

genitor que tiver mais recursos, poderá transferi-los na forma de alimentos aos filhos.

Observe-se que todos estes pontos têm direta ligação com o interesse efetivo da criança ou adolescente. A guarda compreende, portanto, a convivência dos pais com o menor, sob a mesma residência, para que os genitores forneçam os elementos materiais e morais necessários ao crescimento saudável do infante, já que o interesse dos filhos é o principal critério a ser lembrado no momento da atribuição da guarda.

No mais, se verificado que os filhos não devem permanecer sob a guarda dos pais, quando nenhum apresentar as características indispensáveis ao cuidado das crianças, ela pode ser concedida a quem revele compatibilidade e interesse na medida.

Enquanto os pais convivem juntos, tem-se a que a guarda é de ambos. Quando da separação das partes, o guardião será aquele outorgado judicialmente ou convencionalmente. As formas de guarda seriam a jurídica, material.

A guarda jurídica é a que compreende “tudo o que concerne à educação intelectual e moral do menor”, sendo “exercida a distância pelo genitor não-guardador”³, enquanto a material traz um conceito mais físico, em que o guardião tem a presença constante dos filhos, exercendo com maior extensão o poder familiar. Porém, isto não significa que o genitor não-guardião perde este poder.

³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. Editora RT. São Paulo, 2009. p. 90.

Além disso, a guarda pode ser provisória, alternada, única ou compartilhada. A guarda provisória é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, e será vista em capítulo próprio.

Para Waldyr Grisard Filho, a guarda alternada é uma divisão do tempo que os filhos passam com cada genitor, e deve-se ter cuidado no momento de atribuição, para que a criança não perca o referencial de família, já que passa por diversas mudanças em seu cotidiano:

Refere-se esse modelo a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade.⁴

A guarda única, ou unilateral, pode ser concedida de forma provisória, quando o processo de separação ou divórcio ainda não chegou ao fim, ou, ainda, por decisão definitiva, nos casos em que o filho fica com apenas um dos pais, que o tem sob sua guarda. Neste caso, fica garantido ao genitor não guardião os direitos de visitas ao filho, e também o de fiscalização, já que ambos os pais tem o direito de participar nas decisões relativas à vida da criança ou adolescente.

Com a instituição da Lei 11698/2008, foi possível juridicamente a aplicação da modalidade de guarda compartilhada, a qual será objeto de análise em capítulo próprio.

⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. Editora RT. São Paulo, 2009. p. 126.

3. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. A GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Primeiramente, cabe, neste tópico, uma referência ao Direito Romano. Isso porque a família brasileira, até a metade do século XX, encontrava-se em uma realidade prioritariamente rural, com passado feudal. De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, a família “pré e pós-codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada”⁵, ou seja, mesmo após o Código Civil, a família tinha feições herdadas da sociedade romana.

No Direito Romano, uma das principais características familiar era a autoridade do chefe de família, o qual possuía a função de mantenedor da casa em todos os sentidos, fazendo com que os outros membros ficassem subordinados a ele. O pai detinha o poder de decisão dentro da família e não podia ser contestado por ninguém, nem mesmo pelo Estado, assim, os seus dependentes praticamente não tinham direitos, devido ao fato de estarem ligados diretamente à vontade paterna. Outra característica importante é

⁵TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 20.

relacionada ao patrimônio, o qual era colocado em primeiro lugar, tendo em vista que os interesses econômicos influenciavam as uniões matrimoniais, porque elas eram tidas como uma forma de se garantir a futura transmissão de bens aos herdeiros.⁶

O Código Civil de 1916, no tocante às disposições familiares, era organizado com base em um modelo no qual o matrimônio era, também, a instituição mais importante, sendo considerado como a única forma legítima de se constituir uma família. As disposições da legislação buscavam assegurar a indissolubilidade do vínculo criado com o matrimônio, enquanto as relações fora do casamento, como o concubinato, eram tratadas no âmbito do Direito Obrigacional, não recebendo, assim, qualquer regulamentação na área de família. Ressalte-se que, em tal momento, ainda não era possível o divórcio ou separação, sendo a única maneira de desfazimento do matrimônio a sua anulação, ou o desquite⁷, o qual era previsto em casos específicos.

Os papéis de cada membro da família, em 1916, eram como se previamente estabelecidos, sendo o pai o chefe de família, do qual os outros eram dependentes, e a mãe sua auxiliar.⁸ Esta estruturação também pode ser considerada como decorrente da influência do Direito Romano. Mesmo que o pai não tivesse mais direitos sobre vida e morte dos pertencentes à família, como ocorria anteriormente, o pátrio poder continuou presente. No que diz

⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 13.

⁷O desquite era a forma do rompimento do casal na vigência do Código Civil de 1916, antes da edição da Lei 6515/1977. Conforme Maria Berenice Dias: “Antes o casamento era indissolúvel e o desquite rompia, porém não dissolvia o casamento. Sabe-se lá o significado dessa distinção, mas o fato é que os desquitados não podiam voltar a casar. Depois de uma luta de um quarto de século, foi aprovado o divórcio, mas com inúmeras restrições. O desquite foi transformado em separação e com igual efeito: não punha fim ao casamento.” Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>>. Acesso em: 04 set. 2009.

⁸CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 102.

respeito aos filhos, somente os legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos ou adotivos estavam sujeitos ao pátrio poder. Os ilegítimos, ao contrário, poderiam ficar com a genitora, sem serem reconhecidos pelo pai.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, o motivo desta forte influência deve-se ao fato de que as legislações portuguesas foram as primeiras a vigorar no Brasil, mesmo após a independência do país, e elas tiveram sua origem basicamente romana: “As ordenações Filipinas previam a perpetuidade do pátrio poder, até que o filho, legítimo ou legitimado, se tornasse independente do pai, não importando em qual idade tal fato ocorresse”.⁹

No aspecto patrimonial, Teixeira também entende que a influência estava presente, e que isto refletiu nas relações familiares, já que os filhos legítimos eram os únicos possuidores de direitos no momento da sucessão, quando da morte do pai:

A preocupação com o aspecto econômico da família levou o Código Civil de 1916 a uma opção patrimonialista elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos preponderantes.¹⁰

No mesmo sentido é a percepção de Paulo Luiz Netto Lôbo, o qual afirma que a mulher não ganhou liberdade e nem igualdade com a codificação no Direito de Família em 1916, e o filho resultante da união de um casal era protegido apenas com relação aos seus interesses patrimoniais, e não pessoais.¹¹

⁹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 19.

¹⁰TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 27.

¹¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A constitucionalização do direito civil**. In: FUIZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 204.

A guarda dos filhos, no Código Civil de 1916, era tida como um dever de ambos os cônjuges e, diante do fim da sociedade conjugal, surgia a necessidade de se determinar a qual deles caberia a companhia dos filhos nascidos na constância do casamento. Eram três os critérios para determinação da guarda, os quais eram disciplinados nos artigos 325 a 328 da lei.¹² Lembre-se que o Código não tinha, inicialmente, disposições referentes aos direitos de visitação, elas foram incluídas após a edição das leis 9701/1946 e 4121/1962.

O primeiro critério observado no momento de atribuição da guarda era a culpa. Como o objetivo do Código Civil de 1916 era garantir o casamento, a culpa e a inocência eram consideradas no momento de separação, e a guarda era atribuída ao cônjuge inocente, como forma de punir aquele que não apresentou um bom comportamento durante o relacionamento matrimonial.

No caso de ambos os cônjuges serem considerados culpados, a guarda dos filhos seria atribuída à mãe. No entanto, este ponto também considerava a idade e o sexo dos filhos. As filhas mulheres poderiam permanecer com a mãe, não importando sua idade. Os meninos, contudo, ficariam com a genitora somente até completarem seis anos de idade, quando deveriam passar a viver com o pai. Também, considerava-se a situação de fato, ou seja, se os filhos

¹²“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. §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. §2º Verificando que não devam os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer um dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visitas (artigo e parágrafos com a redação da Lei 4121/1962). 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”

homens já estivessem com o pai no momento do desquite, com ele permaneceriam.¹³

Com a edição da lei 4121/1962, a nova redação pôs fim a este critério da idade dos filhos, assim, sempre que a culpa fosse recíproca, a guarda dos filhos seria atribuída à mãe. Para Silvio Rodrigues, a alteração foi benéfica em muitos sentidos, já que a idade da criança não era uma justificativa plausível para retirar a guarda da mãe: “era gritante o inconveniente de se arrancar os meninos da companhia da mãe, onde estavam bem, para entregá-los ao pai, apenas por haverem completado seis anos”.¹⁴

Esta mesma lei, o Estatuto da Mulher Casada, teve grande importância nas relações entre mãe e filhos, porque também alterou a redação do artigo 393 do Código¹⁵, no sentido de garantir que a mulher viúva pudesse casar novamente sem perder o poder de decisão sobre a prole, não se rompendo, assim, o vínculo familiar.

Por último, a legislação do Código Civil de 1916 conferia ao juiz um espaço para decisões de guarda que não precisariam ser fundamentadas unicamente no comportamento dos pais, embora pudessem ter tal justificativa como base. O juiz, ao identificar um motivo grave, poderia atribuir a guarda de acordo com o melhor para a família. A atribuição da guarda poderia se justificar por motivos que não os trazidos em lei, ou seja, de forma diversa do que estabeleciam os artigos que determinavam a atribuição de acordo com a culpa dos cônjuges.

¹³CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 103.

¹⁴RODRIGUES, Silvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 109.

¹⁵Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido (redação determinada pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4121/62).

Em dezembro de 1977, foi aprovada a Emenda Constitucional que determinava a possibilidade de se colocar fim à sociedade conjugal e também ao vínculo, o que não era possível anteriormente. Assim, a lei 6515/1977, do divórcio, derogou o Código Civil de 1916¹⁶, do artigo 315 ao 328, trazendo algumas alterações também no que diz respeito à atribuição da guarda das crianças e adolescentes, conforme será visto no item abaixo.

3.2 A GUARDA NA LEI 6515/1977 – LEI DO DIVÓRCIO

Antes da aprovação da lei 6515 em 1977, o vínculo matrimonial era um dos sustentáculos do modelo de família da época. Após a edição da lei, alteraram-se os artigos do Código Civil de 1916, e, com isso, algumas modificações ocorreram, dentre as principais delas estava a possibilidade da separação judicial e do divórcio. Pela a separação punha-se fim à sociedade conjugal, enquanto o divórcio acabava com o vínculo matrimonial, tal como se verifica na legislação contemporânea¹⁷.

Da mesma forma em que no Código Civil de 1916, a separação judicial apresentava a idéia de se atribuir culpa a um dos cônjuges, sendo a determinação de culpa um critério relevante para a determinação da guarda, do dever de prestar alimentos e do uso do nome de casada pela mulher separada.

¹⁶CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 105.

¹⁷Sobre a disciplina contemporânea, tangente à atribuição de guarda quando da dissolução do vínculo conjugal, será tratada em capítulo próprio.

Silvana Maria Carbonera divide a separação, na lei do divórcio, em três tipos principais, quais sejam: separação-sanção, separação-falência e separação-remédio.¹⁸ A separação-sanção tinha visível semelhança com o modelo do Código Civil de 1916, em que o fundamento era a culpa/inocência de um dos cônjuges, sendo atribuída a guarda àquele que fosse considerado inocente, por não ter violado um dever matrimonial, mostrando, assim, um melhor comportamento em relação à outra parte.¹⁹

Do mesmo modo, em caso de culpa recíproca, a preferência da guarda dos filhos era da mãe, já que esta, por passar mais tempo em casa, era tida como mais capaz de educar e criar as crianças.

Ana Carolina Brochado Teixeira compartilha deste entendimento, contudo, faz uma crítica à justificativa utilizada, por entender que a disposição da lei se encaixava no contexto de uma sociedade em que ainda não havia sido reconhecida a capacidade da mulher, de forma a tratar com igualdade ambos os cônjuges:

Não se podia ignorar, entretanto, a preferência materna para cuidar dos filhos, em obediência à divisão sexual do trabalho imposta na sociedade machista, e às supostas leis naturais, que propagavam a existência do “instinto materno”.²⁰

Outra modalidade de separação era a separação-falência, a qual era baseada no princípio da ruptura, de natureza objetiva, ou seja, o que se

¹⁸CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 106, 107, 108, 109.

¹⁹“Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela 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 situação 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.” – Lei 6515/77

²⁰TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 25.

considerava era apenas a separação do casal, que se dava no momento em que os cônjuges encerram a vida em comunhão. Nesta forma de separação, não era mais levada em conta a culpa das partes no fim do relacionamento, de forma que se perdeu o caráter punitivo quando da determinação da guarda. Os filhos permaneciam, neste caso, com o genitor que possuísse a guarda de fato das crianças na ocasião da ruptura, por entender-se que qualquer alteração nos fatos poderia causar mais prejuízos aos filhos, além dos causados pela própria separação dos pais. Ademais, para Áurea Pimentel Pereira, “inexiste razão para alterar-se aquela situação para deferir-se a guarda ao cônjuge que já se encontra desligado da família todo esse tempo, sem laços, portanto, mais estreitos de convivência com os filhos”.²¹

A nova lei manteve o aspecto patrimonial, no entanto, no que diz respeito à guarda de filhos, havia maior consideração do interesse das crianças, que é o principal critério a ser observado atualmente, no momento da atribuição. Ainda na separação-falência, se não houvesse estabilidade com um dos pais, tendo os filhos permanecido em certo momento com a mãe e em outro com pai, de forma a ser alternada a guarda de fato durante o período de separação do casal, a atribuição deveria corresponder ao melhor interesse das crianças, não importando a situação fática presente.

O terceiro tipo era a separação-remédio, que também tinha seu fundamento na ruptura, contudo, o fim da união do casal ocorria pelo surgimento, após o casamento, de grave doença mental a um dos cônjuges. No caso, de acordo com a lei, a guarda era atribuída ao genitor que pudesse

²¹PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. Comentários à lei 6515/1977 à luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7841 e 8408-92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9 ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 68-69.

dar continuidade à criação dos filhos, por apresentar melhores condições de saúde.²²

Apesar destes três tipos de separação, o juiz poderia, ainda, homologar separação consensual após dois anos de casamento, cabendo, nesta hipótese, aos pais decidirem sobre a guarda dos filhos. Também, quando entendesse que o acordo entre os cônjuges não preservava o interesse das crianças e adolescentes o juiz tinha liberdade de não decretar a separação ou o divórcio.

Em se tratando do divórcio, este poderia, da mesma maneira que ocorre atualmente, ser decretado de duas formas, direta ou indireta. Na forma indireta, fazia-se necessário o lapso temporal de um ano da separação judicial e, neste caso, poderia ser mantida a decisão que atribuiu a guarda a um dos cônjuges, proferida nos autos de separação judicial. O divórcio direto exigia apenas a comprovação da separação de fato do casal por dois anos, assim, a lei do divórcio determinava que o guardião dos filhos fosse aquele que conviveu com eles durante a separação fática.

Conforme será visto a seguir, em capítulo próprio, os requisitos para a decretação do divórcio, no tocante ao lapso temporal, permanecem os mesmos na legislação atual. Porém, para que seja escolhido o guardião dos filhos, sempre é levado em conta o interesse do infante, por ser considerado superior aos interesses dos cônjuges no momento da ruptura conjugal.

Após a Revolução Industrial e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, entre outros fatores²³, exigiu-se uma adaptação da legislação à nova

²²“Art. 5º. §2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. (...) 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” – Lei 6515/1977.

realidade social, já que, após o divórcio, outras causas tinham que ser mais bem regulamentadas, para que pudesse se efetivar a subsunção das normas aos fatos e relações sociais ocorrentes no Brasil.

Muitas mudanças podem ser observadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, além de contribuir para a despatrimonialização do Direito Civil brasileiro como um todo, conta ainda com princípios que regem o Direito de Família na sociedade atual.

3.3 A GUARDA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após a edição da lei do divórcio, as transformações na sociedade continuaram a ocorrer, de forma que a Constituição Federal da época também não se adaptava mais às situações presentes na realidade brasileira e nem era compatível com as outras leis vigentes. Assim, no âmbito do Direito de Família, a Constituição Federal de 1988 surgiu com uma “nova e mais extensa concepção social e jurídica de família.”²⁴

Ao contrário das Constituições anteriores do Brasil, que não tutelavam, ou traziam poucas disposições relativas à família, a Constituição de 1988 pode ser chamada de revolucionária, tendo em vista que gerou intensa modificação no ordenamento jurídico brasileiro.

²³“A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 10 out.2009.

²⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais.** Editora RT. São Paulo, 1997. p. 19.

Para que se entenda a relevante mudança trazida pela nova Carta Magna, cabe uma comparação com as Constituições do Brasil, anteriores à de 1988, considerando-se que cada qual reproduzia a fase histórica em que se encontrava o país.

A Constituição de 1824 não trazia disposição alguma no tocante à proteção da família. Isso porque ela fornecia poderes absolutos ao imperador²⁵, de forma que o Estado poderia intervir até nas relações interpessoais. Assim, pode-se entender que as decisões a serem tomadas dentro de cada família cabiam ao seu chefe, o pai, ou seja, estava presente o poder patriarcal. Também, o casamento era totalmente regulado pela Igreja Católica, a qual atuava, inclusive, como “sistema de registros públicos, controlando os dados dos indivíduos do nascimento até a morte”.²⁶

A Constituição de 1891 contava com apenas um artigo que reconhecia o casamento civil²⁷, pelo qual ficava evidenciado que o objetivo do constituinte era manter a autonomia adquirida no que dizia respeito à vida privada²⁸. Mesmo com a separação, após esta lei, dos assuntos pertinentes ao Estado e à Igreja, lembre-se que a família continuava patriarcal, sendo esta estrutura mantida também no Código Civil de 1916.

²⁵“Finalmente, em 1824, finalizou-se o texto da Constituição, influenciada por uma mescla de ideais franceses e ingleses. Caracterizava-se por estabelecer uma rígida centralização do poder, um governo monárquico e hereditário, o catolicismo como religião oficial, o poder do Estado sobre a Igreja, o voto censitário e a descoberto (não-secreto) e eleições indiretas”. COSTA, Luís Cesar Amad. MELLO, Leonel Itassu A. **História do Brasil**. Editora Scipione, 2007. p. 159.

²⁶GAMA, Ricardo Rodrigues. **Teoria Geral do Direito Familiar**. Russell editores. São Paulo, 2007. p.128.

²⁷“Art. 72, §4º. A república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

²⁸“Em fevereiro de 1891, promulgou-se a segunda Constituição brasileira. Grandes proprietários rurais venceram: o Brasil tornou-se uma federação, isto é, os estados teriam ampla autonomia econômica e administrativa” COSTA, Luís Cesar Amad. MELLO, Leonel Itassu A. **História do Brasil**. Editora Scipione, 2007. p. 244.

Em 1934, a Constituição trouxe significativas alterações. O voto feminino e a proibição da diferença salarial por discriminação de sexo foram algumas, além do mandado de segurança. Esta lei trazia, ainda, um capítulo inteiro destinado à família, passando esta a ser objeto de proteção do Estado.

A Constituição de 1934 “ampliou a gratuidade da celebração do casamento para a sua habilitação, deixando explícito o interesse do estado na realização do casamento como base da família”²⁹. Passou a ser reconhecido, portanto, o casamento religioso com efeitos civis. Ressalte-se, que o casamento era, ainda, indissolúvel. No mais, garantiu-se o reconhecimento de filhos naturais, sem a necessidade de tributação para que se realizasse tal feito.

Com a Constituição de 1937 surgiu o dever dos pais de educação dos filhos e, no caso de abandono por aqueles, o Estado passou a assumir a tutela das crianças.³⁰ A Carta Magna de 1946 acrescentou o direito à assistência da criança, adolescente e gestantes.³¹

Por fim, as demais Constituições, de 1967 e 1969, de uma forma geral, mantiveram as características já citadas:

A família segue sendo constituída pelo casamento indissolúvel e protegida pelo Estado brasileiro. Dedicava-se mais ao casamento civil, atribuindo gratuidade a sua celebração e equiparando o casamento religioso ao civil, devendo a habilitação ser feita no registro civil.³²

²⁹GAMA, Ricardo Rodrigues. **Teoria Geral do Direito Familiar**. Russell editores. São Paulo, 2007. p. 131.

³⁰“[...] quando se tratava do desenvolvimento das faculdades físicas, morais e intelectuais das crianças e adolescentes, o estado projetou logo sua prioridade em cuidar e garantir de forma especial, considerando a omissão falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação.” GAMA, Ricardo Rodrigues. **Teoria Geral do Direito Familiar**. Russell editores. São Paulo, 2007. p. 133.

³¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 10 out.2009.

³²GAMA, Ricardo Rodrigues. **Teoria Geral do Direito Familiar**. Russell editores. São Paulo, 2007. p. 138.

Conforme já mencionado anteriormente, as transformações da sociedade fizeram surgir a necessidade de alteração das normas, para tanto, foi editada a lei do divórcio em 1977, a qual permitia a dissolução do vínculo matrimonial.

Isto posto, resta claro que havia necessidade de uma Constituição compatível com a realidade social e legislação vigente. Assim, devem ser analisadas as conseqüências geradas no ordenamento jurídico após a promulgação da Carta Magna de 1988, que alterou as disposições anteriores do Direito familiar, tutelando a família com base, principalmente, nos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, observa-se a proteção às instituições familiares presentes na sociedade que não resultam, necessariamente, do matrimônio. Por exemplo, o artigo 226 reconhece a união estável, a qual deriva de um relacionamento informal, e, ainda, há a possibilidade de se constituir uma família monoparental³³, ou seja, “grupos informais chefiados por um homem ou uma mulher sem cônjuge ou companheiro”.³⁴

Segundo Rolf Madaleno, este reconhecimento dado pela nova Constituição é uma forma de se preservar a dignidade humana, a qual é um dos princípios que serve de matriz para todo o ordenamento jurídico:

[...] a Constituição altera o objeto da tutela jurídica e deixa de enaltecer, como sempre fizera em nome da paz doméstica, apenas a

³³CF, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: Direito de Família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. Editora Saraiva. São Paulo, 1989. p. 79.

família conjugal e passa a dar proteção a qualquer das entidades familiares constitucionalmente credenciadas, independentemente da formalidade ou informalidade de sua origem e até quando constituída por apenas um dos pais, devendo qualquer comunidade ser preservada apenas como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.³⁵

Compartilha deste entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo, o qual afirma estar incluída, também nos preceitos da dignidade, a não intervenção do Estado nas famílias, de forma que o cidadão tem total liberdade para constituir o tipo de entidade familiar que melhor corresponda às suas necessidades.³⁶

Vale ressaltar que a Constituição não determina, no caput do artigo 226, nenhum tipo específico de família a ser protegida. Entende-se, desta forma, que, mesmo quando não prevista em lei, podem-se atribuir conseqüências jurídicas a qualquer entidade familiar, já que a redação do artigo permite uma interpretação extensiva do conceito de família. Neste sentido é o posicionamento de Lôbo, que vê como possível a proteção de modelos familiares não previstos em lei, argumentando que este tipo de entidade, “como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”.³⁷

Outra modificação significativa trazida em 1988 para o Direito de família foi o advento da igualdade de direitos entre o homem e a mulher tanto durante a sociedade conjugal, como também no momento da sua dissolução.³⁸ A

³⁵MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Editora Ajuris. Porto Alegre, 2000. p.17.

³⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=128>>. Acesso em: 10 out. 2009.

³⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=128>>. Acesso em: 10 out. 2009.

³⁸CF/88, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e

mulher passa a ter o mesmo direito de tomar decisões e também pode contribuir financeiramente, dentro da família, da mesma forma que o homem.³⁹ Desse modo, ambos os genitores são capazes de obter a guarda dos filhos, competindo com igualdade para obtê-la. Por outro lado, a culpa de uma das partes já não tem tanta relevância no desfazimento da união.

Lembre-se que, como outras entidades familiares foram reconhecidas, a igualdade entre os cônjuges pode ser, por analogia, estendida a estas outras formas de família, sendo os conviventes, por exemplo, também considerados iguais.⁴⁰ Para se atribuir a guarda a um dos genitores, o critério passou a ser a afetividade, e, mais que isso, analisa-se também quem possui melhores condições morais e materiais para prover o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Determina-se, ainda, a igualdade entre todos os filhos,⁴¹ não importando se foram concebidos dentro ou fora do casamento,⁴² ou se foram adotados, conforme leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

pela mulher. §6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

³⁹“Cumpre ressaltar, no entanto, que o conceito de igualdade, repisado com ênfase na Constituição, há de ser interpretado em consonância com as naturais diferenças existentes entre homem e mulher, sem que se possa levar ao extremo a idéia de tratamento jurídico uno, quando haja necessidade de acertamento individual das situações de cada qual” OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. Coord. Antônio Carlos Mathias Coltro. Celso Bastos Editor. São Paulo, 2000. p. 42.

⁴⁰ N.A.

⁴¹CF/88, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴²Cairam por terra, assim, as odiosas discriminações às uniões fora do casamento, contidas no ordenamento civil, com destaque para o vexatório tratamento dispensado aos filhos tidos como ilegítimos. **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. Coord. Antônio Carlos Mathias Coltro. Celso Bastos Editor. São Paulo, 2000. p. 44.

De modo especial, no que tange à igualdade dos direitos dos filhos, o § 6º do art. 227 da CF/88 implica numa única resposta à pergunta sobre a categoria dos filhos, hoje. Assim, a lei reconhece apenas duas categorias, ao sabor da análise do assunto filiação, isto é, aqueles que são filhos, e aqueles que não o são. De tal sorte que, em face da proibição constitucional no que concerne às designações discriminatórias, perde completamente o sentido, sob o prisma do Direito, os adjetivos legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, naturais, espúrios e adotivos.⁴³

Entende-se que estas alterações causaram uma relevante mudança no Direito civil brasileiro, e a esta transformação muitos autores chamam de “constitucionalização do Direito civil”. Isso porque se observou uma valorização da pessoa, da afetividade e, principalmente, uma despatrimonialização de forma geral do Direito, considerando-se que o patrimônio deixou de ser o bem mais importante a ser tutelado.

A afetividade pode ser definida, de acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, como “construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue”.⁴⁴ O princípio da afetividade passou a reger as relações familiares⁴⁵, assim, a família deixou de ser somente a biológica e passou a ser aquela constituída através do afeto, construído no dia-a-dia. Pode-se dizer que este tipo de família é o natural, ou seja, antecede ao direito positivo, uma vez que existe no meio social sem ter, necessariamente, uma regulamentação.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “a valorização da afetividade no interior da família a despatrimonializou, pois fez com que ela deixasse de ser,

⁴³HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Dos filhos havidos fora do casamento**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=17>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁴⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=128>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁴⁵“De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.” VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. UFMG. Belo Horizonte, 1980. p. 11.

essencialmente, um núcleo econômico”.⁴⁶ A função econômica da família perdeu sentido na medida em que não há mais necessidade produtiva como forma de se assegurarem boas condições na velhice. Concorda com este entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo, o qual afirma que há uma repersonalização do Direito no momento em que o Estado passa a tutelar a pessoa ao invés do patrimônio:

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar.⁴⁷

Constata-se, portanto, que a família constitucionalizada perdeu o caráter de instituição patrimonialista⁴⁸, já que seus membros passaram a buscar também o desenvolvimento pessoal⁴⁹ e não apenas o resultado econômico da família como um único núcleo. Ao Estado, cabe, neste momento, garantir as condições fundamentais para o desenvolvimento familiar no país, mas não há mais intervenção estatal nas escolhas dos indivíduos, de forma que a família

⁴⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 28.

⁴⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 10 out.2009.

⁴⁸“A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos. Por outro ângulo, o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado e o das relações de produção existentes.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 10 out.2009.

⁴⁹“Organizada a família nesse modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, fica fácil constatar que cada membro precisava alcançar sua realização pessoal com responsável execução das tarefas conjugais tradicionalmente destinadas a cada esposo. MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre, 2000. p. 17.

ficou mais democrática, e o cidadão pode optar por constituir sua família da maneira que for mais conveniente para ele.

Por fim, os interesses da criança e do adolescente passaram a ser valorizados dentro da família⁵⁰, já que a guarda deve ser atribuída a quem pode melhor proporcionar o bem-estar dos filhos. No entanto, de acordo com Josiane Rose Petry Veronese, “Apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes na Constituição Federal, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária”.⁵¹ Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu com o intuito de assegurar estes direitos.

3.4. A GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme já observado, a legislação brasileira atravessou diversas modificações até que se considerasse, efetivamente, o interesse da criança e do adolescente no âmbito do Direito de família. Contudo, algumas leis, anteriormente à Constituição e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, já procuravam tutelar a assistência aos infantes.

Em 1927, foi aprovado e convertido em lei o projeto do primeiro Código de Menores, conhecido como Mello Matos, o qual, segundo Josiane Rose Petry

⁵⁰“A Constituição Federal, em seu artigo 227, determinou que o melhor interesse da criança prevalecerá sobre qualquer outro envolvido, o mesmo em relação ao adolescente. Assim, fica estabelecida uma hierarquia, em que o direito da criança e do adolescente aparece em primeiro lugar”. FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Dias e COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e Prática do Direito de Família**. Editora Best Book. São Paulo, 2003. p. 125.

⁵¹VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. Editora LTR. São Paulo, 1999. p. 47.

Vicente Veronese, “conseguiu sintetizar, de maneira ampla e aperfeiçoada, leis e decretos que, desde 1902, propunham-se a aprovar um mecanismo legal que desse uma especial atenção à criança e ao adolescente”⁵².

O Código de Menores dispunha que o Estado tinha o dever de dar assistência aos menores carentes, ou abandonados, que vivessem sem condições de se desenvolver⁵³. O objetivo da lei era amparar as crianças de famílias desajustadas e as sem família, considerando que a culpa da situação de dependência do menor era sempre das próprias famílias privadas. Assim, o caráter da legislação era corretivo, ou seja, o que se pretendia era educar e disciplinar os infantes abandonados, levando-os aos locais determinados para internação, onde receberiam a devida educação.

Dessa forma, a criança e o adolescente que não tivessem família eram tidos quase como delinqüentes, e, por este motivo, tem-se que o Código de Menores de 1927 não trazia medidas efetivamente protetivas ao menor, na medida em que se considerava o fato de abandono da criança pela sua conseqüência incômoda, e o problema não era resolvido. Neste sentido, leciona Josiane Rose Petry Vicente Veronese: “Presumia-se que aqueles seriam mais bem protegidos se fossem isolados em relação ao seu ambiente

⁵²VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. Editora LTR. São Paulo, 1999. p. 26.

⁵³É no artigo 26 do Código de Menores e na Lei n.º 5.258, alterada pela Lei n.º 5.439 onde se encontram definidos os destinatários do Código de Menores. Nesses artigos e respectivos incisos, o legislador estabelece o objeto do Código: não qualquer criança entre 0 e 18 anos, mas, aquelas denominadas de “expostos” (as menores de 7 anos), ‘abandonados’ (as menores de 18 anos), ‘vadios’ (os atuais meninos de rua), ‘mendigos’ (os que pedem esmolas ou vendem coisas nas ruas) e ‘libertinos’ (que freqüentam prostíbulos).” [...] Não qualquer criança seria objeto de intervenção da Justiça de Menores, mas os filhos das pessoas que moravam em cortiços e subúrbios, crianças mal alimentadas e privadas de escolaridade, vivendo em situações de carências culturais, psíquicas, sociais e econômicas que as impeliam a ganhar a vida nas ruas em contato com a criminalidade tornando-se em pouco tempo delinqüentes”. SEGUNDO, Rinaldo. **Notas sobre o Direito da Criança**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>>. Acesso em 12 out. 2009.

de origem que os predisponha a uma situação de delinquência e marginalidade”⁵⁴.

No ano de 1979, Ano Internacional da Criança, promulgou-se um novo Código de Menores, o qual trazia o termo “situação irregular”⁵⁵ para os menores de 18 anos que tivessem sido abandonados materialmente, ou se encontrassem em situação de perigo. Porém, mesmo com a modificação do termo utilizado, constatava-se que, da mesma forma, o tratamento à criança e ao adolescente não era protetivo. Ademais, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou ainda mais claro que deveriam ser assegurados os direitos à liberdade e dignidade dos infantes. Nesta seara é o entendimento de Josiane Rose Petry Vicente Veronese:

Há que se ressaltar que as situações de desrespeito à condição de ser da criança, de ser adolescente, anteriormente analisadas e criticadas, foram tornando-se cada dia mais flagrantes, e desencadearam um processo de mobilização nacional, na tentativa de alterar o Código de Menores, e de suscitar uma nova legislação nesta área.⁵⁶

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu como uma lei mais compatível com a realidade social brasileira e com a nova Constituição. O Estatuto dispõe, ao contrário da anterior “situação irregular”, sobre a proteção

⁵⁴VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. Editora LTR. São Paulo, 1999. p. 32.

⁵⁵O artigo 2º do Código de Menores revelava o que seria tido como situação irregular. “Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I) privado de condições essenciais à sua saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II) vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III) em perigo moral, devido encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV) privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V) com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI) autor de infração penal.”

⁵⁶VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. Editora LTR. São Paulo, 1999. p. 42.

integral à criança e ao adolescente ⁵⁷. Assim, eles passam a ser sujeitos que receberão proteção sempre que seus direitos tiverem sido ameaçados ou violados, nos termos do artigo 98 da lei ⁵⁸.

O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a realocação do infante em uma família substituta quando há necessidade de amparo, em razão de o indivíduo ter sido abandonado pelos pais, ou ser órfão. Assim, a regra é que o filho sempre permaneça em sua família natural ⁵⁹, a não ser que esta se desintegre, causando um risco à sua situação.

Há que se ressaltar que a simples falta de recursos de uma família não constitui motivo suficiente para a realocação do infante em família substituta ⁶⁰. Isso porque é dever do Estado assistir não somente à criança e ao adolescente, mas também às famílias, as quais podem ser incluídas em programas de auxílio, para que tenham os elementos necessários ao desenvolvimento na sociedade.

O Estatuto determina três possibilidades para colocação em família substituta, quais sejam: guarda, tutela e adoção. No tocante à guarda, ela está regulamentada nos artigos 33 a 35 ⁶¹. Vale lembrar que não necessariamente a

⁵⁷“Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

⁵⁸“Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I) por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II) por falta, omissão, ou abuso dos pais ou responsável; III) em razão de sua conduta.

⁵⁹O Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma que a Constituição Federal, reconhece a família natural, abrangendo as formas legítima e ilegítima de sua constituição. “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”

⁶⁰“Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder. Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

⁶¹Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender

guarda será processada na Vara de Infância, quando um direito for violado, mas também poderá, nos casos em que não houver violação alguma, ser processada perante a Vara de Família, para, por exemplo, regularização de uma situação de fato.

São colocadas, de uma forma geral, quatro modalidades de guarda ⁶²: provisória, permanente, peculiar e definitiva. A guarda provisória pode ser concedida liminarmente em processos de adoção, tutela, ou ainda em separações e divórcios, quando não está resolvida por completo a situação processual. Ressalte-se que os processos de adoção sempre serão concernentes à Vara de Infância, enquanto os de tutela e guarda podem ser na Vara de Família. Porém, os casos de divórcio e separação serão sempre julgados pelo juiz de família, e não pelo de menores.

A guarda permanente é a instituída em situações peculiares, simplesmente por atender melhor aos interesses da criança. A guarda peculiar é aquela que visa um suprimento da eventual falta dos pais, para que o guardião possa representar o infante nos casos em que houver necessidade. A guarda definitiva é a que põe um fim ao processo, ou seja, ou consolida a liminar concedida anteriormente, ou, ainda, decide de acordo com os elementos presentes na ação.

Vale lembrar que o guardião só detém a guarda de uma criança até que ela complete dezoito anos, e, ainda, mesmo a definitiva pode ser alterada a

a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Art. 34. O poder público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

⁶²OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2002.

qualquer tempo, quando se verificar a necessidade da mudança, em razão dos interesses do infante. O Estatuto da Criança e do Adolescente manteve a idéia constitucional de sempre, em todas as hipóteses, levar em conta o superior interesse das crianças. Observe-se que, por este motivo, um infante não pode ser retirado de ambiente sadio com os guardiões para ser levado novamente à situação familiar dos genitores, quando esta não é a melhor para seu crescimento.

Quanto aos seus efeitos, a atribuição da guarda na Vara de Infância gera a obrigação do guardião de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente⁶³. Contudo, os pais mantêm, mesmo não sendo detentores da guarda, o dever de prestar alimentos, de acordo com a necessidade e possibilidade de eles contribuírem. Isso porque o Código Civil de 2002, sobre o qual será tratado em capítulo próprio, dispõe que os parentes podem exigir alimentos um do outro quando estes forem necessários para sua subsistência.

Pode-se concluir, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe significativas mudanças, protegendo os infantes na família natural e também na substituta, sempre visando atender a seus superiores interesses e mantendo, dessa forma, o ideal da Constituição de 1988.

Impõe-se, portanto, registrar que os princípios que regem a guarda no ordenamento jurídico como um todo também orientam o Direito Civil brasileiro, de forma que, no Código Civil, as conotações não podem ser distintas no que se refere à família.

⁶³Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

3.5. A GUARDA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme pesquisa realizada por Francisco Amaral ⁶⁴, os princípios trazidos na Constituição Federal de 1988 seriam responsáveis pela derrogação de mais da metade das disposições do Código de 1916, por conta de sua inconstitucionalidade. Assim, mostrou-se necessária a reconstrução do Código Civil, o qual se encontrava defasado.

O novo Código de 2002, por sua vez, abrangeu o trazido pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito ao âmbito familiar, confirmando a igualdade entre cônjuges, com responsabilidade de ambos na educação e criação dos filhos e, ainda, reconheceu as diversas estruturas familiares, constituídas por outros meios, que não o casamento civil.

De uma forma geral, ele também manteve os conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, incorporando, assim, todas as modificações ocorridas no desenvolvimento da legislação familiar durante a evolução histórica do Brasil, de tal forma que a culpa na separação, presente ainda na Lei do Divórcio, deixou totalmente de ser um critério no momento de atribuição da guarda.

O novo Código regula a guarda de filhos em seus artigos 1583 a 1590, sempre visando o interesse e bem-estar do menor. Quando não houver acordo entre as partes, o juiz atribuirá a guarda a quem apresentar melhores condições de cuidar e zelar pelo desenvolvimento da criança ou adolescente,

⁶⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Constitucional**: A eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso de Direito de Família, IBDFAM, Del Rey, Belo Horizonte, 1998. p. 323.

nos termos do artigo 1584, o qual foi posteriormente alterado por conta da lei 11.698/2008, que será analisada nos próximos itens.

Neste sentido é o entendimento de Waldyr Grisard Filho ⁶⁵, o qual afirma que o juiz defere a guarda considerando também o princípio da afetividade, ou seja, mesmo que não seja pai ou mãe da criança, o guardião deve demonstrar relação de afinidade com ela:

Na vigência do atual Código Civil, enfatiza-se o resguardo dos superiores interesses do menor. Verificando o juiz que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, tendo em conta, de preferência, o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, na dicção do parágrafo único do artigo 1584 do Código Civil, ampliando-se, desta forma, o leque de pessoas capazes de assumir essa obrigação.

Observe-se que, mesmo quando um terceiro obtiver a guarda, gera-se obrigação de prestar assistência material e moral ao infante, da mesma forma que dispunha o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio do interesse da criança e do adolescente passou a ser o principal critério para atribuição da guarda, no entanto, deve ser sempre considerado o caso concreto, já que o conceito de interesse é relativo, e a eficácia de sua aplicação só é adquirida quando analisada a situação de fato.

Para Silvana Maria Carbonera ⁶⁶, o interesse do infante é um “conceito juridicamente indeterminado”, porque não é possível uma definição que possa se adequar a todas as situações. Assim, entende-se que o que se busca é

⁶⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** Editora RT. São Paulo, 2009. p. 88.

⁶⁶CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 127.

garantir aos filhos os direitos fundamentais, para que eles possam se desenvolver de maneira salutar em meio à sociedade.

Anteriormente, em 1916, o artigo 1584 do Código Civil dispunha que a guarda seria atribuída à parte capaz de fornecer à criança e ao adolescente as melhores condições. Desse modo, a guarda seria sempre única de um dos cônjuges. A redação do artigo foi alterada em 2008, com a edição da lei 11.698/2008, e, agora, o artigo dispõe que a guarda será unilateral ou compartilhada ⁶⁷.

Entende-se por guarda unilateral a situação em que “um genitor detém a guarda (entendido isso como sendo o local onde a prole irá residir), tocando ao outro genitor o encargo de contribuir financeiramente para o sustento (ou seja, a pagar pensão alimentícia) e o direito de visitas (exercício do direito de convívio)” ⁶⁸.

A guarda compartilhada, bem como as demais alterações no Código Civil de 2002 trazidas pela Lei 11698/2008 e sua aplicação no direito brasileiro, serão objeto de análise nos itens próprios.

⁶⁷ [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.”

⁶⁸ CHAVES, Adalgisa Wiedemam. **A Guarda dos Filhos na Separação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=455>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

4. DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

A forma do estabelecimento da guarda judicial vem passando por várias evoluções no direito brasileiro. As primeiras decisões judiciais acerca da guarda dos filhos davam primazia ao pai, já que, dado ao momento histórico, os filhos eram considerados propriedade paterna, pois somente o homem tinha privilegiada situação econômica capaz de prover o sustento das crianças. Com a Revolução Industrial, a responsabilidade pela criação e educação dos filhos passou a ser própria das mães, o que acabou por priorizar as mulheres como detentoras da guarda judicial.

Hoje, após o reingresso da mulher no mercado de trabalho, ambos os pais têm o desejo de serem mais ativos na participação da vida dos filhos, assumindo responsabilidades, assim, é que os tribunais vêm se pronunciando no sentido de que o melhor para a criança e/ou adolescente é estabelecer a sua guarda de forma compartilhada.⁶⁹

Esse quadro atual da guarda judicial no direito brasileiro, em que se passa a dar maior atenção a guarda compartilhada à guarda unilateral, é que será melhor abordado nos itens posteriores.

4.1. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

⁶⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 129-130.

Waldyr Grisard Filho conceitua guarda compartilhada ou conjunta fundamentada na isonomia da autoridade parental, nas suas palavras ele afirma ser:

(...) um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.⁷⁰

Assevera que a idéia central da guarda compartilhada é entusiasmar os pais a diferenciar o seu conflito amoroso do seu exercício parental em prol do melhor para a família.⁷¹

Leila Maria Torraca de Brito enfatiza a diferença da guarda compartilhada para a alternada afirmando que:

(...) a guarda compartilhada não significa uma divisão estrita das horas que a criança passa com cada genitor – disposição denominado guarda alternada (...) no modelo de guarda conjunta ou compartilhada, apesar de a criança residir com um dos cônjuges, deve-se garantir uma convivência ampliada com ambos os genitores, responsáveis pela educação das crianças (...) busca-se (...) uma divisão mais equilibrada do tempo que cada pai passa com o filho, garantindo-se também a participação dos dois genitores na educação da prole.⁷²

A doutrinadora acredita que a aplicação da guarda compartilhada tem sido atualmente a melhor opção, considerando que há um menor desgaste no relacionamento entre pais e filhos do que a guarda monoparental.

⁷⁰GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p.130-131.

⁷¹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/organizado pela associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 86.

⁷²BRITO, Leila Maria Torraca. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/organizado pela associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 53.

Eduardo de Oliveira Leite salienta que apesar da ruptura dos pais, o estabelecimento da guarda compartilhada, ou seja, o exercício em comum da autoridade parental, reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.⁷³

Poussin e Lamy reforçam a idéia dizendo que:

(...) escolher a guarda compartilhada significa reconhecer que cada progenitor tem os mesmos direitos e os mesmos deveres perante seu filho. É, também, uma boa forma de recordar aos pais negligentes quais são suas responsabilidades, e aos pais excluídos (e a seus ex-companheiros), quais são seus direitos.⁷⁴

Tais conceitos de guarda compartilhada dividem a responsabilidade dos genitores no processo educacional dos filhos, deixando-os decidir em conjunto a respeito do destino da prole, o que revaloriza o papel da paternidade. Além de também permitirem às crianças manterem permanentes e sólidos vínculos com os seus pais, evitando que sofram com a perda de convívio com um dos genitores.

4.2. POSSIBILIDADE JURÍDICA A PARTIR DA LEI Nº 11.698/2008

A guarda compartilhada surgiu para atender os interesses do menor, já que o sistema da guarda única deixava às vezes efeitos patológicos nas crianças quando aplicada, a exemplo da alienação parental, pois priva o filho da convivência contínua de um dos pais. Além disso, as mudanças sociais e

⁷³LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 261.

⁷⁴POUSSIN, Gerard; LAMY, Anne. **Custodia Compartida**. Espanha: Espasa, 2005. p. 18.

econômicas acabaram alterando os padrões familiares e exigindo a regulamentação de um modelo de guarda que atendesse a estas exigências.⁷⁵

Muitos pais não admitiam mais terem papel secundário na educação dos filhos, e procuraram reivindicar o estabelecimento de uma guarda que lhes possibilitasse ter uma participação mais efetiva no destino de seus filhos.⁷⁶

Diante desse quadro, o Deputado Tilden Santiago (PT-MG) apresentou ao Congresso Nacional um texto para alteração dos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com o fim de instituir a guarda compartilhada. Aprovado o projeto na Câmara dos Deputados e no Senado da República, foi então sancionado pelo Presidente da República no dia 13 de junho de 2008 e o seu texto publicado no dia 16 de junho de 2008, convertendo-se na Lei 11.698/2008 com a seguinte redação: “Altera os arts. 1583 e 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada”.⁷⁷

Anteriormente à edição da Lei 11.698/2008 o modelo do compartilhamento da guarda muitas vezes era confundido com o da guarda alternada, e pouco comum na doutrina e jurisprudência.⁷⁸ Com a proposta da nova Lei, de assegurar aos filhos um equilibrado desenvolvimento emocional, psíquico e social por meio da co-responsabilidade dos pais na sua educação⁷⁹, deixou claro que os genitores participam ativamente e em conjunto das

⁷⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 189.

⁷⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 260.

⁷⁷Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46748> acesso em: 30 set. 2009.

⁷⁸GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 189-190.

⁷⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 193.

decisões importantes que dizem respeito à criança e explicitou a importância da sua aplicação.

Da antiga leitura do art. 1583 do Código Civil se extraía que nos casos de ruptura da união dos pais deveria ser observado o acordo entre eles sobre a guarda dos filhos.⁸⁰ Após a Lei 11.698/2008, alterou-se a redação para elencar duas possíveis modalidades de guarda: unilateral ou compartilhada, acrescentando o §1º que conceitua cada um dos modelos e os §§ 2º e 3º que dispõem sobre os casos em que se aplica a guarda unilateral.⁸¹

Desta forma, a Lei igualando os papéis dos genitores no que concerne ao seu exercício da autoridade parental, não limita mais o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando estiver sob a guarda de outrem, pois com o estabelecimento da guarda compartilhada ambos os pais estão imbuídos de arcar com todos os ônus decorrentes do poder familiar⁸², sujeitos, inclusive, à pena de multa se agirem de forma dolosa ou culposa (ECA, art. 249).⁸³

Ressalta Grisard que quando a Lei conceituou a guarda compartilhada, tratando-a como a co-responsabilidade dos pais no exercício do poder familiar,

⁸⁰A redação do art. 1583, caput, do Código Civil dado pela Lei 10.406/2002 era: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.”

⁸¹O art. 1583 do Código Civil alterado pela Lei 11.698/2008, descreve hoje: “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. 1584 §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- (...) II- (...) III- (...) §3º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

⁸²DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true>. Acesso em: 30 set. 2009.

⁸³Dispõe o art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”

os genitores possuidores de igual autoridade tornaram-se responsáveis solidariamente pelos danos causados por seus filhos a terceiros, respondendo de forma objetiva.⁸⁴

O artigo 1584 do Código Civil antes de ser alterado pela lei em comento determinava que quando não houvesse acordo entre as partes quanto à guarda dos filhos, ela seria atribuída a quem tivesse melhores condições de exercê-la.⁸⁵ Após sua alteração, afóra mencionar dois possíveis modelos de guarda (unilateral ou compartilhada), expôs que existindo litígio entre os genitores, o juiz deve dar prioridade para a aplicação da guarda compartilhada e explicar a sua importância e significado na audiência para ambos os pais (CC, art. 1584, §1º e §2º).⁸⁶

Waldyr Grisard Filho interpretando o art. 1584, §2º do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/2008, afirma que a intenção da Lei é estabelecer a aplicação da guarda compartilhada como regra e a exceção a guarda exclusiva, o que considera viável. Diferindo de parte da doutrina ele argumenta que:

O exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar suas atitudes pessoais a favor do bem estar dos filhos, afirmando a co-parentalidade e o direito de serem criados e educados por ambos os pais em condições de plena igualdade e com eles manter relações pessoais e estreito contato direto. Para os filhos, a estabilidade mais importante é a emocional, na medida em que percebem que ambos os pais continuam por eles responsáveis. O

⁸⁴GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 200-201.

⁸⁵A redação do art. 1584, caput, do Código Civil dado pela Lei 10.406/2002 tinha o seguinte teor: “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 condições para exercê-la.”

⁸⁶A nova redação do art. 1584 do Código Civil alterado pela Lei 11.698/2008 traz em sua composição: “A guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso (...) II – decretada pelo juiz (...) §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(...)”.

envolvimento dos dois pais na criação dos filhos garante a eles forte estabilidade psicológica.⁸⁷

Maria Berenice Dias, desembargadora aposentada do TJRS, declara a respeito da guarda compartilhada que: “caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.⁸⁸ Isso porque, a guarda compartilhada foi adotada como preferencial pelo sistema jurídico pátrio, “devendo ser estabelecida mesmo quando persistem as desavenças e não exista consenso entre os genitores.”⁸⁹

Em posição contrária, Karen Nioac de Salles acredita que é importante a cooperação dos pais para o desate da guarda compartilhada, “não existindo espaço para aquelas situações de completa dissensão dos genitores, sendo imperiosa a existência de uma relação pacificada dos pais” e o desejo de ambos em contribuir para a educação dos seus filhos, os quais já sofrem psicologicamente com a ruptura da união dos genitores.⁹⁰

No mesmo sentido Rolf Hanssen Madaleno entende que não cabe estabelecer a guarda compartilhada judicialmente “apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador” na ausência de vontade dos pais, pois apenas acirraria os conflitos existentes entre as partes, o que repercutiria

⁸⁷GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 193.

⁸⁸DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true>. Acesso em: 30 set. 2009.

⁸⁹DIAS, Maria Berenice. **Filho da Mãe**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true>. Acesso em: 07 ago. 2009.

⁹⁰SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 97.

negativamente na saúde psicológica da criança, comprometendo sua estrutura emocional.⁹¹

A recomendação do Enunciado 335, do Conselho de Justiça Federal é de que “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.” Ressalte-se, entretanto, que o juiz na hora de proferir qualquer decisão a respeito de guarda deve se orientar pelo princípio do melhor interesse da criança, norteador das causas dessa natureza, em conformidade com o artigo 227 da Constituição Federal⁹² e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁹³

No caso de a guarda ser determinada judicialmente cabe ao juiz estabelecer atribuições e definir os períodos de convivência, valendo-se da orientação técnico-profissional ou equipe interdisciplinar, conforme prevê o artigo 1584, §3º do Código Civil.⁹⁴

Cabe acrescentar, ainda, que a Lei 11.698/2008 possibilitou o deferimento judicial da guarda compartilhada para terceira pessoa, quando o juiz verificar que o filho não deve permanecer com o pai ou com a mãe. Neste caso, o juiz a atribuirá de preferência à pessoa que tiver grau de parentesco e

⁹¹MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2004. p. 358.

⁹²O princípio do melhor interesse da criança é explanado no artigo 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁹³O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente traduz também o princípio do melhor interesse da criança como sendo o “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

⁹⁴Prevê o artigo 1584, §3º do Código Civil, após a edição da Lei 11.698/2008: “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”.

relações de afinidade e afetividade com o menor (CC, art. 1584, §5º).⁹⁵ O intuito deste parágrafo do artigo 1584 do Código Civil é ampliar a proteção do interesse dos filhos, guardando semelhança com o antigo parágrafo único do artigo 1584 do Código Civil.

Desta feita, a Lei 11.698/2008 não só possibilitou juridicamente o estabelecimento da guarda compartilhada, como garantiu aos filhos menores uma melhor estrutura emocional e sólida, sendo educados por ambos os genitores mesmo após a ruptura da união, sem nunca perder os seus vínculos familiares. Isso em razão de que a Lei em comento se fundamentou em princípios constitucionais basilares da família, procurando atender as exigências atuais.

4.2.1. Consequências

Com o advento da Lei nº 11.698/2008, conforme exposto no item anterior, tornou-se possível juridicamente o estabelecimento da guarda compartilhada, a qual surge para apaziguar os efeitos dos conflitos entre os pais sobre os filhos, logo após a ruptura da sua união.

Entende-se que o dissenso existente entre os genitores não deve atingir a prole, propondo o modelo da guarda compartilhada conservar os laços afetivos existentes entre pais e filhos. O primeiro passo para tanto, é o

⁹⁵O artigo 1584, §4º do Código Civil dispõe: “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”.

estabelecimento de uma residência fixa para a criança, consequência necessária do modelo de guarda conjunta.⁹⁶

Destaca-se o fato de que um dos genitores será sempre o detentor da guarda física, ou seja, o menor terá uma residência fixa, e não alternada, pois se assim fosse não garantiria a ele a estabilidade e segurança necessárias. Grisard justifica este requisito afirmando que são “condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais, não de mudanças e rupturas desnecessárias”.⁹⁷

Para a determinação da residência fixa da criança é levado em consideração a situação dos pais, àquele que apresenta melhores condições para o desenvolvimento do filho é que será o detentor da guarda física, porém salienta-se que ambos terão a guarda jurídica. Além disso, cabe ressaltar que a residência fixa escolhida poderá ser a de terceiro, afora pai e mãe, caso nenhum deles reúna as condições necessárias para atender os interesses dos filhos.⁹⁸

Grisard acredita que a escolha de uma residência fixa possibilita a definição de um espaço para que os pais exerçam as suas obrigações e ao não-guardião de realizar regularmente seu dever de visitas.⁹⁹ Eduardo de Oliveira Leite acrescenta que a “visita e a estadia (na casa do genitor não-guardião) são muito importantes porque atuam como recurso equilibrador de um contato mais próximo entre este e seu filho”.¹⁰⁰

⁹⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 270.

⁹⁷GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 173.

⁹⁸LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 271.

⁹⁹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 173.

¹⁰⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 273.

Vale dizer, que na modalidade de guarda compartilhada não significa dizer que o filho passará metade de seu tempo com o pai e a outra com a mãe, pois isso se visualiza na guarda alternada, o que ocorre é que o filho deve passar um período de tempo com cada um dos genitores, sem que isso seja previamente fixado e, mesmo assim, a residência continua sendo uma só.¹⁰¹

Outra conseqüência advinda da guarda compartilhada é a permissão de que ambos os genitores decidam em conjunto sobre a educação da sua prole, “não há nenhuma divisão no poder de decisão, que se exerce conjuntamente”.¹⁰² A educação compreende o dever de assistência tanto no aspecto material como moral.¹⁰³

O aspecto material se reflete no dever dos pais de prestar alimentos aos filhos, derivados do artigo 1696 do Código Civil¹⁰⁴ e do artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁵, bem como do art. 229 da Constituição Federal.¹⁰⁶

Silvio de Salvo Venozza conceitua que:

Alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.¹⁰⁷

¹⁰¹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 174.

¹⁰²LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 269.

¹⁰³GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 175.

¹⁰⁴O art. 1696 do CC dispõe: “O direito à prestação alimentar é recíproco entre pais e filhos, e extensivos a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

¹⁰⁵O art. 22 do ECA dispõe: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

¹⁰⁶O art. 229 da CF trata do dever de assistência: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

¹⁰⁷VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. 6. p. 348.

O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁸ trata que tal obrigação alimentar não é afastada nem mesmo quando os filhos são entregues a terceiros, e o que a fundamenta é o dever de solidariedade existente entre os pais e a prole.

O aspecto moral do dever de assistência não deve ser confundido com o material, pois o fato de um pai participar pecuniariamente com o sustento de uma criança, não significa que ele o eduque. Os genitores devem participar do cotidiano da prole, do seu lazer, manter diálogo permanente com os menores, estar interado do seu dia-a-dia, observando sempre o melhor interesse do filho, tudo isso é que compreende a educação moral, que nunca deve ser ausente.¹⁰⁹

Conseqüência importante do estabelecimento da guarda compartilhada é a questão da responsabilidade civil por danos causados pelos filhos menores. Enquanto que na guarda única, o responsável é aquele que exerce a guarda exclusiva, salvo na hipótese de o evento danoso ter sido causado aos cuidados de outro genitor, na guarda compartilhada pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que, como já dito anteriormente, ambos decidem em conjunto acerca da educação das crianças, participando diariamente da sua vida.¹¹⁰ O que fundamenta tal responsabilidade é o artigo 932, inciso I do Código Civil, que assim dispõe: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.”

¹⁰⁸ Art. 33 do ECA: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 272.

¹¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 182-184.

Assim, na guarda compartilhada a responsabilidade é solidária, pois preenche as duas condições previstas em Lei: a guarda e a coabitação exercidas de forma conjunta.

Por fim, destaca-se o caráter provisório da guarda compartilhada que pode ser revisada a qualquer tempo e alterada pelo juiz quando verificar a existência de fatos graves que prejudicam o interesse da criança por modificação da situação fática.¹¹¹

A seguir serão apresentadas as vantagens e desvantagens expostas pelos diversos doutrinadores acerca do modelo tratado, de guarda compartilhada.

4.2.2. Vantagens e Desvantagens

Como todo modelo de guarda, a guarda compartilhada tem suas vantagens e desvantagens, o que será exposto de acordo com as diversas opiniões dos doutrinadores e profissionais que tratam desta área do direito.

Maria Berenice Dias afirma que a Lei deixou de priorizar a guarda individual dando primazia ao compartilhamento, porque esta forma conjunta de exercer a guarda garante maior participação dos pais no crescimento e desenvolvimento da prole.¹¹²

¹¹¹LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 276-277.

¹¹²DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true>. Acesso em: 30 set. 2009.

Para Grisard Filho a guarda compartilhada atende ao princípio constitucional do melhor interesse do menor, já que proporciona aos filhos manterem uma relação ativa e permanente com cada um de seus genitores, além de reequilibrar as relações entre pais e filhos atendendo o princípio da isonomia conjugal. Diz o doutrinador que a Lei 11.698/2008 “reafirma a igualdade parental desejada pela Constituição Federal”.¹¹³

Argumenta ser importante que a criança mantenha a ligação emocional com os seus genitores, seus vínculos parentais, porque isso lhe proporciona um bem-estar psicológico, o que é propiciado pelo modelo da guarda conjunta.¹¹⁴

Ainda, acrescenta o doutrinador, que a guarda compartilhada evita expor as crianças e/ou adolescentes aos conflitos parentais, uma vez que por atribuir a ambos os genitores a guarda jurídica pressupõe ampla colaboração entre eles quando tomam em conjunto as decisões referentes aos filhos.¹¹⁵ Este argumento é reforçado por Eduardo de Oliveira Leite ao afirmar que a guarda conjunta é conciliadora e tem caráter de cooperação, já que mantém o exercício em comum da autoridade parental.¹¹⁶

Eliana Riberti Nazareth entende que a guarda compartilhada foi um passo importante, tendo em vista que oferece condições de felicidade e equilíbrio tanto aos pais como aos filhos. Sendo este modelo bem aplicado

¹¹³GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 223.

¹¹⁴GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 215-217.

¹¹⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 217.

¹¹⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 280.

contribui para o desenvolvimento “de algo que poderia ser chamado, quem sabe no futuro, de DIP, ou ‘Disposição de Inclusão Parental’”.¹¹⁷

Outra vantagem é o fato de a guarda conjunta promover a satisfação de pais e filhos, não colocando as crianças em situação de angústia por ter de optar entre ficar com um genitor ou outro, nem mesmo fazendo-as sentir a perda do genitor não escolhido pela falta de maiores contatos, como ocorre na guarda unilateral.¹¹⁸ Edward Teyber explica que “os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro”.¹¹⁹

Eduardo de Oliveira Leite ressalta a importância da guarda conjunta quando promove a relação de continuidade entre os filhos e os seus pais, citando um estudo científico realizado por Wallerstein e Kelly revela o resultado:

(...) 2/3 (dois terços) das crianças entrevistadas, oriundas de famílias monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não-guardião (pai, no caso); que existe numa correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência de contato com o pai não-guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos.¹²⁰

Essa foi uma das principais questões que levou a regulamentação legislativa do modelo da guarda compartilhada, considerando que as simples visitas não satisfaziam mais as crianças, passou a ser um recurso insuficiente, ineficiente no atendimento do melhor interesse do menor.

¹¹⁷NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 95..

¹¹⁸GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 218.

¹¹⁹TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995. p. 147.

¹²⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 279.

Jorge Augusto Pais de Amaral assevera que é possível que o modelo da guarda única se transforme em uma guarda conjunta, se ambos os genitores participarem ativamente do cotidiano dos filhos, com contatos freqüentes, além de decidirem conjuntamente em relação às questões referentes à criança. Ressalta a possibilidade, no caso de haver este acordo entre os pais, de existir a guarda conjunta de fato, sem ser necessária a intervenção judicial, o que deve ser estimulado para que a criança tenha um desenvolvimento saudável.¹²¹

Grisard Filho expõe que a guarda compartilhada por manter intacto o cotidiano dos filhos, faz diminuir a probabilidade deles terem problemas emocionais, sociais e escolares, além de não ficarem vulneráveis quando privados do convívio paterno ou materno.¹²²

Eduardo de Oliveira Leite levanta que são inquestionáveis as vantagens do modelo da guarda compartilhada, citando o fato de que ela evita, sobretudo, o descumprimento do dever do pagamento de pensão alimentícia aos menores. Isso porque estreita os laços entre pais e filhos, motivando o genitor a pagar os alimentos, considerando que “quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão; quanto mais intenso é o relacionamento, mais natural lhe parece assumir as obrigações decorrentes da paternidade”.¹²³

Eliana Riberti Nazareth acredita que a guarda monoparental favorece que os conflitos existentes entre os cônjuges atinjam a parentalidade. Considera o fato de atribuir a somente um dos genitores a guarda é penalizar o

¹²¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997. p. 168-169.

¹²² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 219-220.

¹²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 281.

não detentor dela, pois o priva da intimidade com o seu filho. Defende que a guarda exclusiva deve ser exceção e a compartilhada a regra, “reservando-se a primeira para os casos em que haja litígio em relação à guarda entre os pais, com desqualificações unilaterais e/ou bilaterais, presença de doença mental ou outro fator que impeça o exercício livre da parentalidade”.¹²⁴

Leila Maria Torraca de Brito descreve os resultados da pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no ano de 2002, a qual demonstra os prejuízos do estabelecimento da guarda monoparental:

(...) aproximadamente 70% dos pais e mães entrevistados reconheceram que, após a separação, o genitor que não detém a guarda dos filhos participa bem menos das decisões pertinentes à educação das crianças, interpretando que quem possui a guarda leva vantagem junto aos filhos. Alegaram os pais que a guarda monoparental reduz a frequência e a intensidade das relações afetivas mantidas com os filhos, pois aquele que não dispõe da guarda passa a ter seu contato com a prole – anteriormente diário-reduzido a visitas esporádicas.¹²⁵

O resultado da pesquisa reforça a grande vantagem da guarda compartilhada: ela mantém o vínculo constante entre pais e filhos, sem nunca distanciá-los, apesar do insucesso da união entre os seus genitores. Entretanto, como dito anteriormente, a guarda conjunta também possui as suas desvantagens, as quais serão expostas a seguir.

Denise Damo Comel, Juíza da 1º Vara da Família e Anexos da Comarca de Ponta Grossa/PR, argumenta que a guarda compartilhada não é solução para os casos em que há conflito intransponível entre o casal, pois pressupõe

¹²⁴NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 93-94.

¹²⁵BRITO, Leila Maria Torraca. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 56-57.

para sua viabilidade um bom relacionamento dos pais. Afirma que não é possível “conceber a guarda compartilhada em ambiente de hostilidade e de intolerância”, pois se assim fosse não atenderia o superior interesse do menor, mas sim dos seus pais, que diante da falta de consenso entre eles optam por esse modelo para que não se sintam derrotados por não terem sido escolhidos como guardião. Na opinião da juíza é “verdadeira solução salomônica: dividir o filho entre si, um pouco para cada um, para que ninguém perca, ninguém ganhe.”¹²⁶

Da mesma opinião compartilha o doutrinador Rolf Hanssen Madaleno, o qual assevera só ser possível a aplicação da guarda conjunta por acordo dos genitores, pois deve partir deles essa consciência. Se determinada quando os pais estão em conflito, atenta contra a saúde psíquica-emocional dos filhos, os quais perdem seus valores e suas referências, sofrem com problemas de adaptação, diante da disputa incessante dos pais e de “crise da dupla autoridade”. Nestes casos, os pais “só terão olhos para construir uma relação de amor unilateral compensando com a atenção exagerada dos filhos a dor sofrida pela ausência daquele amante, co-genitor, que não mais habita em seu lamurioso coração.”¹²⁷

Edward Teyber complementa que o compartilhamento da guarda fracassa com casais em conflito, não cooperativos, sem diálogo, fatos estes extremamente lesivos aos filhos, que não devem ser expostos a lutas pelo poder. Assim, ressalta o autor: “o que funciona bem para uma família pode causar problemas em outra”, por isso a guarda compartilhada não deve servir

¹²⁶ COMEL, Denise Damo. **Guarda Compartilhada não é solução salomônica**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-633518656>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

¹²⁷MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do direito de Família**. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2004. p. 358.

como regra, pois necessita ser ajustada de acordo com a realidade fática apresentada.¹²⁸

Mais longe ainda vão as advogadas Rejane Brasil Filippi e Marlise Beatriz Kraemer Vieira, quando afirmam que para o sucesso da guarda compartilhada “não basta que os ex-cônjuges estejam de acordo, mas que também demonstrem um para com o outro respeito, compreensão e confiança”.¹²⁹

Maria Luiza Póvoa Cruz, presidente do IBDFAM-GOIÁS e Juíza de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Goiânia, avalia a Lei 11.698/2008 a luz dos princípios constitucionais que asseguram: a igualdade entre homem e mulher, o melhor interesse do menor e o planejamento familiar feito pelo casal, sem intervenção do estado. Em sua interpretação a nova redação dada ao artigo 1584 do Código Civil, diz que o legislador alcançou sua intenção, porém não a efetividade necessária, considerando, inclusive a Lei 11698/2008 inconstitucional. Argumenta que ela fere a dignidade do casal, relega o melhor interesse do menor e não cumpre com o princípio do planejamento familiar ser feito exclusivamente pelo casal, uma vez que há intervenção estatal com a imposição coercitiva no estabelecimento da guarda compartilhada quando não há vontade dos genitores.¹³⁰

Alguns doutrinadores e militantes da área de família criticam a guarda compartilhada sob a justificativa de que esta priva os filhos da necessária

¹²⁸TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995. p. 119-120.

¹²⁹FILIPPI, Rejane Brasil; e VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. **Filhos e Guarda Compartilhada**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=269>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

¹³⁰CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda Compartilhada ou Conjunta: Fere a autonomia dos pais e relega o interesse do menor**. Disponível em: < www.marialuizapovoa.com.br/.../Guarda_Compartilhada_ou_Conjunta.doc>. Acesso em: 21 set. 2009.

estabilidade, pois perdem seu referencial de lar, se sentem desorganizados na vida escolar. Grisard Filho contesta este tipo de argumento afirmando que se trata de mero engano, pois a guarda compartilhada tem como regra imperativa a determinação pelo juiz de uma residência fixa, não se confunde com a guarda alternada que não tem um ponto de referência, um centro de apoio.¹³¹

Apesar de todas essas considerações que tentam derrubar o estabelecimento da guarda compartilhada, Raquel Alcântara de Alencar assevera que este modelo de guarda instituído pela Lei 11698/2008 tem mais vantagens do que desvantagens. Assegura a advogada que a guarda conjunta proporciona aos filhos uma melhora na sua auto-estima, no seu rendimento escolar, além de diminuir os sentimentos de tristeza, rejeição, frustração e do medo de abandono dos menores, pois eles têm livre acesso aos pais sem dificuldade.¹³²

Expostas assim as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada na visão de diversos doutrinadores e operadores da área de família, passa-se a exposição dos entendimentos de diversos tribunais a respeito do tema esboçado em jurisprudência.

¹³¹GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 225-227.

¹³² ALENCAR, Raquel Alcântara de. **Aspectos destacados na guarda compartilhada**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=107>>. Acesso em: 10 out. 2009.

5. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

As jurisprudências colhidas a seguir, como tantas outras, levam em consideração o relacionamento entre os pais no momento da decisão sobre a guarda dos filhos, fator importante para que se mantenha o interesse do menor:

(...) GUARDA MODIFICAÇÃO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE RAZÕES. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE QUANDO NÃO HÁ CONSENSO (...) 2. Demonstrada que a genitora possui plena aptidão para o exercício da guarda, deve ser negado o pedido de sua modificação em favor do pai, principalmente quando este, em depoimento pessoal, confirma tal condição. 3. O pedido de guarda compartilhada deve ser rejeitado, pois, além do **quadro desfavorável vivido entre o casal, capaz de comprometer o bem estar dos menores (grifei)**, este só foi formulado em sede recursal (...).¹³³

PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO MENOR. SITUAÇÃO FINANCEIRA DO PAI. RECURSO IMPROVIDO. 1- **Não há que se manter a guarda compartilhada quando os pais não têm uma convivência harmônica, chegando, inclusive a agressões físicas (grifei)**. Tal instituto existe em benefício do menor, resguardando-o dos traumas advindos de uma separação brusca do casal. Contudo, verificando que os genitores não conseguem manter um nível de civilidade suficiente, não é possível que a criança seja prejudicada emocionalmente pela relação tormentosa dos seus genitores. 2- O instituto da guarda deve atender para o interesse do menor, não sendo possível conferir este direito a um dos pais, quando esta pretensão se baseia em fins meramente financeiros.¹³⁴

Esses entendimentos dos tribunais acabam por fundamentar os argumentos da maioria dos doutrinadores que colocam como desvantagem da guarda compartilhada o fato de não poder ser utilizada nos casos em que não há consenso e compreensão dos genitores. Isso porque deve sempre ser

¹³³Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4º Turma Cível, apelação cível: APC 20070310076865, relatora Maria Beatriz Parrilha, julgado em 30/06/2008. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 1º out. 2009.

¹³⁴Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3º Turma Cível, apelação cível: APC 20030310172570, relator José de Aquino Perpétuo, julgado em 20/03/2006. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 1º out. 2009.

atendido o melhor interesse da criança, que não terá um bom desenvolvimento psicológico e emocional num ambiente de conflitos e diversidades de opiniões quanto a sua educação.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal em acórdão já proclamou: “O que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe.”¹³⁵

Afora isso, e apesar da Lei 11.698/2008 dispor que na falta de acordo entre os genitores quanto à guarda será aplicada “sempre que possível” a guarda compartilhada, a maioria dos precedentes dos tribunais demonstram a dificuldade em estabelecer a guarda compartilhada quando ausente o consenso entre as partes, a exemplo das colacionadas abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. PLEITO DO PAI DE MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA QUE VINHA SENDO EXERCIDA PELAS PARTES. LIMINAR INDEFERIDA. SURGIMENTO DE DESENTENDIMENTOS ENTRE OS GENITORES. AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE, NESTE MOMENTO, DE DEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. DIREITO DE VISITAS BEM OBSERVADO. DECISÃO ESCORREITA. RECURSO DESPROVIDO. (...) Primeiramente, deve se destacar que é extremamente salutar o interesse de ambos os pais em manter o filho sob seus cuidados. Entretanto, sabe-se que o que deve prevalecer, no presente caso, é o interesse da criança e sua conseqüente proteção integral, sob a ótica do ECA, sobre qualquer interesse de seus pais, ainda mais considerando sua tenra idade (cinco anos). Percebe-se que, não obstante estivessem exercendo a guarda compartilhada da criança, surgiram, com o passar do tempo, animosidades e desentendimentos entre as partes. Consta, inclusive, do Estudo realizado pelo Serviço Social, juntado às fls. 39/41 TJ/PR, que, atualmente, não ocorre diálogo entre os genitores. Desta maneira, tendo-se em vista a idade do menor (cinco anos) e que não existe qualquer indício nos autos de impedimento no exercício da guarda pela mãe, é mais prudente, de fato, permanecer tal encargo somente com a genitora, ao menos por ora. **A guarda compartilhada é uma maneira de minorar as conseqüências negativas da ruptura conjugal. Entretanto, esta modalidade deve ser admitida somente quando existe um relacionamento harmonioso e equilibrado entre os pais, em**

¹³⁵RT, v. 724, p. 416. No mesmo sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça do Paraná (RT, v. 724, p. 401) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT, v. 708, p. 153; v. 713, p. 195).

proveito da formação da criança (grifei), o que, no presente caso, não está ocorrendo, como antes mencionado (...).¹³⁶

(...) SUPOSTO ACORDO VERBAL DE GUARDA COMPARTILHADA. ALEGAÇÃO INVEROSSÍMIL EM FACE DA GRANDE ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES. EFEITO SUSPENSIVO AO EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 739-A, DO CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. 1. (...) 2. O instituto da guarda compartilhada somente é aplicável em restritas hipóteses, ou seja, quando quem há de exercê-la conviva em plena harmonia, sendo de todo desaconselhável quando há litígio. 3. (...) 4. Recurso conhecido e não provido.¹³⁷

Ainda, é possível notar que em alguns casos o entendimento dos tribunais é no sentido de se determinar a guarda compartilhada para terceira pessoa, vejamos a seguinte jurisprudência colhida do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Guarda e responsabilidade de menor postulada pela avó materna. Concordância dos genitores que detêm o poder familiar. Posse de fato dos pais. Guarda compartilhada da avó que passa alguns períodos com a neta.¹³⁸

Em consonância com o texto do artigo 1584, §5º do Código Civil alterado pela Lei 11.698/2008, os tribunais vêm entendendo no sentido de a criança poder ter a sua guarda compartilhada com terceira pessoa, pois para que tenha um desenvolvimento saudável é importante também o convívio com os seus ancestrais, ou em casos diversos, até de outras pessoas, cujos laços o menor necessita que seja mantido por razões de afinidade e afetividade, por este motivo deve ser analisada cada situação para melhor atender o interesse do menor.

¹³⁶Tribunal de Justiça do Paraná, 11º Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0497444-5, Relator Desembargador Eraclés Messias, julgado em 10/09/2008. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 1º out. 2009.

¹³⁷Tribunal de Justiça do Paraná, 11º Câmara Cível, Apelação Cível nº 430.912-2, Relator Desembargador Fernando Wolff Bodziak, julgado em 25/07/2008. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 1º out. 2009.

¹³⁸Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2005.001.20632, 17º Câmara Cível, julgado em 08.09.2005, Relator Desembargador Raul Celso Lins e Silva. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 10 out. 2009.

Ressalta a melhor jurisprudência que não obsta o exercício isonômico da autoridade parental o fato de se estabelecer para o exercício da guarda compartilhada uma residência fixa, segue trecho do acórdão extraído do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferido em agravo de instrumento:

(...) 5) O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe ou os pais residirem em bairros distintos e distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos serem criados por seus dois pais.¹³⁹

Prestigia a jurisprudência a aplicação correta da guarda compartilhada, que, como já exposto neste trabalho monográfico, muitas vezes é confundida com a guarda alternada. Assim, mesmo que os pais da criança residam distantes um do outro, isso não deve servir de empecilho ao exercício igualitário do pátrio poder e nem ilidir que tome os genitores em conjunto as decisões relativas à prole.

Ademais, trata a jurisprudência sobre a responsabilidade civil dos pais no exercício da guarda compartilhada nos casos de dano causados por seus filhos:

Responsabilidade Civil. Acidente de Trânsito. Veículo dirigido por menor. A terceira Turma decidiu que, ocorrendo acidente de trânsito com veículo dirigido por menor, prevalece a responsabilidade presumida, no caso de pais separados, daquele que detenha a guarda do filho, de acordo com o art. 1521, I, do CC/1916.¹⁴⁰

¹³⁹Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 2007/002.02406, 9º Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Maurício Pereira, julgado em 08.05.2007. Disponível em: <<http://www.familianotadez.com.br/content/noticias.asp?id=41529>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

¹⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 540.459/RS, julgado em 18.12.2003, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 02 out. 2009. Importante descrever a antiga disposição do artigo 1521 do Código Civil de 1916: "São também responsáveis pela reparação civil: I- os pais, pelos filhos menores que estiverem em seu poder e em sua companhia; (...)".

Daí decorre que a guarda sendo ela compartilhada a responsabilidade também o será dos seus possuidores, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que ambos os pais são detentores da guarda e por esta razão presume-se que ambos respondem pelos danos cometidos por seus filhos.

Posto isso, é de se verificar que a Lei 11698/2008 ainda está em fase de testes quanto a sua efetividade, e ainda não convenceu a todos da sua validade como regra geral para os casos em que se discute a guarda de filhos, porém seus parâmetros de aplicação estão muito bem delimitados, com várias regras agora já definidas.

6. CONCLUSÃO

Com a Lei nº 11.698/2008 tornou-se possível no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada, fundada no princípio constitucional do melhor interesse da criança, permite que ambos os genitores, mesmo após a ruptura da sua união, participem ativamente do cotidiano da prole, tomando em conjunto as decisões que dizem respeito aos seus filhos.

Ficou esclarecido que uma das conseqüências importantes da aplicação da guarda compartilhada é a questão de a criança manter uma residência fixa com um dos genitores, posto que um sempre terá a guarda física, apesar dos dois serem detentores da guarda jurídica. Tal requisito mostrou-se necessário para o atendimento do melhor interesse da criança, já que lhe permite ter uma maior estabilidade, um referencial, além de lhe proporcionar um bem-estar psicológico e social.

Demonstrou-se que o entendimento jurisprudencial é no sentido de que é primordial o estabelecimento de uma residência fixa na guarda compartilhada, e que este fator não distancia ou inibe o não detentor da guarda física de exercer sua autoridade parental e manter contato freqüente com a criança.

Ainda, ficou claro que a guarda compartilhada não deve ser confundida com a guarda alternada, pois na primeira o filho passa um período de tempo com cada um dos genitores sem ser necessário que haja pré-definição de dias e horários, além de ter uma residência fixa.

Conseqüência também da guarda compartilhada é a responsabilidade civil solidária dos pais nos casos de dano causados por seus filhos, já que o Código Civil e a jurisprudência entendem da mesma forma, que o detentor da guarda é o que será o responsável pelos danos provocados pelos filhos, como a guarda neste caso é exercida de forma conjunta.

Destacou-se que o texto da Lei 11.698/2008 deu primazia a aplicação da guarda compartilhada, tornando exceção o estabelecimento da guarda unilateral. Determina que o juiz nos casos em que não haja acordo entre as partes deve explicar os benefícios da guarda compartilhada e aplica-la sempre que possível.

Ocorre que, há grande discussão doutrinária acerca da viabilidade de se definir a guarda compartilhada para pais que estão em litígio, uma vez que este modelo exige, sobretudo, muito diálogo entre os genitores, os quais devem decidir conjuntamente sobre a educação da prole. A questão mais difícil é conseguir visualizar um casal em conflito que consiga deixar de lado as suas diferenças para exercer a autoridade parental com equilíbrio, sem deixar que isso reflita de forma negativa no desenvolvimento emocional do infante.

A jurisprudência da mesma forma demonstra forte dificuldade em estabelecer o modelo instituído pela Lei 11.698/2008 nos casos em que as partes não entram em consenso, pois compreende não ser o juiz, agindo de forma a impor o compartilhamento da guarda entre os pais, que irá assegurar o seu cumprimento com todos os seus requisitos e conseqüências.

Ademais, ressalto com fundamento nos casos concretos existentes nas Varas de Família de Curitiba, que quando as partes optam por estabelecer a guarda compartilhada e há no futuro o seu descumprimento, a sua execução

judicial se torna inepta. Isso em razão de que não é possível obrigar que os litigantes cumpram compartilhar a guarda de seu filho se entre eles não há diálogo e esforço no sentido de decidir em conjunto o melhor para a educação da criança ou participar do cotidiano do menor de forma saudável sem que haja determinação judicial de dias e horários fixos.

Salientou-se que na guarda compartilhada ambos os pais devem participar ativamente na educação dos seus filhos, o que significa dar à criança assistência material e moral. A primeira compreende o fato de ambos terem de colaborar no sustento da criança, lhe proporcionando lazer, escola, subsistência, saúde, moradia adequada, e a assistência moral é manter o diálogo permanente com o filho, sempre procurando atender os superiores interesse do menor por meio da participação contínua no seu desenvolvimento.

Como ponto forte da guarda conjunta denotou-se que a relação de continuidade na relação dos filhos com os pais mesmo após a ruptura da união, faz com que os menores não sofram e não sintam que perderam um dos pais. Ainda, evita que os filhos sofram da doença que hoje atormenta a muitos: a alienação parental.

Diante de todos esses fatores, é que concluo que a guarda compartilhada apesar de ser válida e eficaz no plano jurídico, não é dotada de todo de plena efetividade, talvez por ainda ser muito recente, ainda não traz soluções efetivas aos problemas que surgem quando da sua aplicação de forma impositiva pelo judiciário, já que ineficaz a sua execução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Raquel Alcântara de. **Aspectos destacados na guarda compartilhada.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=107>>. Acesso em: 10 out. 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Constitucional:** A eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso de Direito de Família, IBDFAM, Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos, 1997.

BRITO, Leila Maria Torraca. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/organizado pela associação de pais e mães separados.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CHAVES, Adalgisa Wiedemam. **A Guarda dos Filhos na Separação.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=455>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

COMEL, Denise Damo. **Guarda Compartilhada não é solução salomônica.** Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-633518656>>. Acesso em: 05 jun 2009.

COSTA, Luís Cesar Amad. MELLO, Leonel Itassu A. **História do Brasil.** Editora Scipione, 2007.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Guarda Compartilhada ou Conjunta: Fere a autonomia dos pais e relega o interesse do menor.** Disponível em: <www.marialuizapovoa.com.br/.../Guarda_Compartilhada_ou_Conjunta.doc>. Acesso em: 21 set. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Filho da Mãe.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true>. Acesso em: 07 ago. 2009

_____. **Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1405&isPopUp=true>. Acesso em: 30 set. 2009.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Dias e COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e Prática do Direito de Família.** Editora Best Book. São Paulo, 2003.

FILIPPI, Rejane Brasil; e VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. **Filhos e Guarda Compartilhada**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=269>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Teoria Geral do Direito Familiar**. Russell editores. São Paulo, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/organizado pela associação de pais e mães separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

_____. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009.

HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes Hironaka. **Dos filhos havidos fora do casamento**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=17>>. Acesso em: 10 out. 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Ed. RT, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A constitucionalização do direito civil**. In: FUIZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 10 out.2009.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=128>>. Acesso em: 10 out. 2009.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do direito de Família**. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2004.

_____. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Editora Ajuris. Porto Alegre, 2000.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Guarda Compartilhada Aspectos Psicológicos e Jurídicos/Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988**. Coord. Antônio Carlos Mathias Coltro. Celso Bastos Editor. São Paulo, 2000.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. Comentários à lei 6515/1977 à luz da Constituição de 1988, com as alterações das leis 7841 e 8408-92: doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9 ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

POUSSIN, Gerard; LAMY, Anne. **Custódia Compartida**. Espanha: Espasa, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SEGUNDO, Rinaldo. **Notas sobre o Direito da Criança**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>>. Acesso em 12 out. 2009.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. Editora LTR. São Paulo, 1999.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. UFMG. Belo Horizonte, 1980.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46748>
acesso em: 30 set. 2009.

Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>>. Acesso em: 04 set. 2009.

Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.
Acesso em: 08 set. 2009.

Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 1º out. 2009.

Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 13 out. 2009.

Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 1º out. 2009.

Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 10 out. 2009.

Disponível em: <<http://tj.rs.gov.br/index.php>>. Acesso em: 13 out. 2009.