

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

CURSO DE DIREITO

GUARDA COMPARTILHADA – BUSCA DA ELIMINAÇÃO PARENTAL

BRENO MENDES VIEIRA DA SILVA

São Mateus/ES

2015

BRENO MENDES VIEIRA DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA – BUSCA DA ELIMINAÇÃO PARENTAL

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Professora Lorena Novais Farage.

São Mateus/ES

BRENO MENDES VIEIRA DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA – BUSCA DA ELIMINAÇÃO PARENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em ___ de mês de _____.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. LORENA NOVAIS FARAGE
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADORA**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Agradeço primeiramente a meus pais, pessoas maravilhosas que sempre se mantiveram ao meu lado, mesmo depois de errar tanto, bem como, a Deus por me proteger e iluminar sempre.

Não poderia deixar de mencionar meus queridos irmãos, Kamilla e Heitor, os quais sempre se mantiveram o meu lado, nesses anos todos de muita luta. AMO VOCÊS!!

Agradeço também a minha querida Avó, Maria José, que com suas orações sempre pediu a minha proteção. A minha futura mulher, Priscila Hilário Ribon, A qual me ajudou sempre nesses 05 anos de muito sofrimento e conquistas, mesma stressadinha.

E não podia esquecer a minha turma, que no final todos se transformaram em amigos queridos.

A minha orientadora de monografia, Lorena XXX, pois sem a sua ajuda, não seria possível dar andamento a este trabalho, e graças a Deus, dar fim a esta etapa de estudante.

Dedico aos meus pais, pessoas maravilhosas que mesmo depois de tantos erros estiveram ao meu lado, me apoiando e me desejando o melhor. Ademais, para melhor meu conhecimento sobre um tema tão visto na prática jurídica.

O sonho de cada família é poder viver junta e feliz, num lar tranquilo e pacífico, em que os pais têm oportunidade de criar os filhos da melhor maneira possível, ou de os orientar e ajudar a escolher as suas carreiras, dando-lhes o amor e carinho que desenvolverá neles um sentimento de segurança e de autoconfiança.

Nelson Mandela

RESUMO

Referência: SILVA, Ana Maria Milano. **A LEI SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA**. 2015.

A família ao longo dos anos vem sofrendo diversas transformações, tendo as estruturas e as interações familiares acompanhados tais mudanças. Outro ponto relevante entre essas mudanças estão os grandes números de divórcios (antigamente existindo também o instituto da separação).

Diante das dissoluções conjugais que em sua grande maioria ocorrem de forma conflituosa, os filhos podem ser utilizados como arma de vingança, via de regra, pelo genitor detentor da guarda, ocasionando o início da manifestação da alienação parental

Isso faz que este genitor, através de várias manobras, crie uma intensa relação com o filho(a), assumindo o controle total da situação, promovendo uma “lavagem cerebral” na criança, com o único objetivo de destruir o vínculo deste com o outro genitor.

O presente TCC apresenta a nova visão com o advento da guarda compartilhada, como prevenção e possível solução a alienação parental, assim como uma forma de atenuar os efeitos negativos decorrentes do rompimento da relação conjugal.

Palavras-chave: Poder familiar. Guarda compartilhada. Prevenção. Solução. Alienação parental.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Faculdade Vale do Cricaré – FVC, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

São Mateus/ES, FVC Novembro de 2015.

Breno Mendes Vieira da Silva

Graduando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB ou CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil;

CC – Código Civil;

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente;

CPC – Código de Processo Civil;

Art. ou art. – Artigo TRF Tribunal Regional Federal;

STJ Superior Tribunal de Justiça;

STF Supremo Tribunal Federal;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	13
1.2 – FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO	13
1.3 – FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO	15
1.4 – FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE	17
2 – PÁTRIO PODER (PODER FAMILIAR).....	20
2.1 – CONCEITO DE PÁTRIO PODER (PODER FAMILIAR)	20
2.2 - TITULARIDADE	22
2.3 – SSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	23
3 – A GUARDA E SEUS PRINCÍPIOS.....	26
3.1 – CONCEITO DE GUARDA	26
3.2 – ESPÉCIES DE GUARDA	27
3.2.1 – GUARDA ALTERNADA	27
3.2.2 – GUARDA DIVIDIDA, ÚNICA OU EXCLUSIVA	28
4 – GUARDA COMPARTILHADA	30
4.1 – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS	34
5 – JURISPRUDÊNCIAS	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente TCC - Trabalho de Conclusão de Curso, é o estudo da evolução da Guarda familiar dentro do Direito de Família, desde o seu contexto histórico até a mais nova legislação vigente, que é a Lei da Guarda Compartilhada de nº13058 de 22 de Dezembro de 2014.

No início serão abordados os aspectos históricos do Direito de Família, passando pelo Direito Romano, o Direito Canônico e o Código Civil Napoleônico. Posteriormente iremos para temas mais atuais, passando pelo Poder Familiar, Modelos de Guarda, Alienação Parental e por fim Guarda Compartilhada.

Ademais, para trazer o melhor entendimento para os fatos e matérias decorrentes da guarda, foi realizado um levantamento histórico sobre a guarda, abordando também o pátrio poder, conhecido hoje como poder familiar o qual evolui muito devido as transformações que passou.

É sabido por toda a sociedade que a família é a primeira instituição onde temos o primeiro contato com outras pessoas, nos dando oportunidade de aprendermos a conviver em grupo, aprendendo a respeitar sempre as regras estabelecidas por este conjunto para que exista um clima de harmonia e bem-estar.

Quando existe uma família bem estruturada, isso tudo quase acontece como descrito acima, contudo, na nova realidade moderna isso se torna muito difícil, principalmente quando ocorre o divórcio dos pais.

Deve-se sempre buscar a diminuição dos efeitos decorrentes do divórcio, tendo como prioridade o bem-estar (melhor) da criança, a qual é desprotegida e imatura, diferentemente dos pais.

Todavia, o que se vê na realidade são os pais usando os filhos como objeto de barganha ou chantagens. Isso traz na maioria das vezes a criança traumas, muitas vezes incuráveis. Além disso, existe em grande maioria a desarmonia entre os pais, que faz com que o detentor da guarda busque sempre o distanciamento entre filho e o seu ex-conjuge.

Pensando nessa situação desumana da criança, foi regulamentada a Lei que trata sobre a Guarda Compartilhada, objetivando expressar vigilância, proteção,

segurança, um direito-dever que os pais JUNTOS estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

A guarda compartilhada além de aplicável é prevista atualmente na legislação brasileira, sendo considerada um modelo adequado para certos casos, assim possibilitando o exercício conjunto do poder familiar, objetivando resolver os conflitos de maneira adequada, priorizando o bem-estar da criança.

O que se pode perceber é que a Guarda Compartilhada é uma atitude inteligente na vida familiar, que vem sendo adotada de forma espontânea, entre casais que se separam amigavelmente, preocupados com o desenvolvimento saudável e equilibrado dos filhos.

Atualmente, a lei atribui juridicamente dever comum aos pais para decidirem sobre a vida de seus filhos, tanto antes, durante como depois do divórcio. Aí está o fundamento normativo da guarda compartilhada inserida nos artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil de 2002, com a aprovação da lei da guarda compartilhada.

Além do interesse pessoal pelo assunto o tema aparece corriqueiramente nas discussões de trabalho sobre qual é a melhor guarda, assunto este ,que tem preocupado todos os envolvidos reforçando a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre pais e mães na responsabilização dos filhos.

Vejo que a guarda compartilhada tem como objetivo verificar os possíveis conflitos na guarda dos filhos, igualitar os direito e deveres de ambos os pais, bem como, o melhor (bem-estar) da criança, buscando evitar ao final a alienação parental.

O método utilizado será dedutivo. O estudo será desenvolvido com a utilização, livros, revistas, Internet, Estatuto da Criança e do Adolescente, para demonstrar a evolução para se chegar a atual visão da Guarda Compartilhada, suas conseqüências e vantagens, além de desmistificar os mitos para a sua concessão.

A busca deste trabalho é demonstrar, na medida do possível que o melhor para a criança é a guarda compartilhada, em que os pais com o devido senso de responsabilidade (tratamento psicológico) tentam resolver seus conflitos de maneira mais adequada, priorizando o melhor para seus filhos.

O Tema abordado é muito interessante, pois toda família enfrenta crises em vários momentos. As famílias podem ser calorosas, amorosas e acolhedoras, mas

podem também ser irritantes e cruéis, portanto levando a resposta do objeto do estudo.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Antes de iniciarmos a debater o tema Guarda Compartilhada, veremos uma breve evolução da família, a começar pelo Direito Romano até chegar nos dias atuais.

O estudo aqui ministrado remete a um período anterior ao surgimento do próprio direito. Desde os primeiros registros sobre a ocupação do homem no nosso planeta, verifica-se a existência de um agrupamento de pessoas visando o auxílio mútuo e a perpetuação da espécie.

Conclui-se que como passar dos tempos, a família dentro do conceito jurídico, foi um dos temas que mais sofreu alterações, justamente em virtude da mutabilidade natural do homem.

1.2. FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO

No Direito Romano, a família era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina, muito diferente da contemporaneidade. A família romana era organizada preponderantemente, no poder e na posição do pai.

O pátrio poder tinha caráter unitário exercido pelo pai, reinando o autoritarismo e a falta de direitos aos componentes da família, principalmente no que diz respeito aos filhos e à mulher.

Vejamos, respectivamente, o que falam os doutrinadores Orlando Gomes, e Caio Mário da Silva sobre este assunto:

Orlando Gomes - define a família romana, como sendo um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do pater familias, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”.

Caio Mário da Silva Pereira - O pater, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritari*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem

alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por capitis demintuio pérpetua que se justificava propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O que se percebe ao analisar o até agora mencionado sobre a família Romana, é que o amor, carinho e respeito nunca foram suas características, enquanto que a autoridade do pai (homem) sobre a mulher e os filhos foi seu principal pilar.

A família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional ao mesmo tempo. Os bens no início pertenciam à família, embora administrado pelo pai. Numa fase mais evoluída do Direito Romano, surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pai.

Cabe registrar, que a mulher não tinha direito a possuir bens, não possuía capacidade jurídica, cabendo apenas os afazeres domésticos.

Nesse sentido, também explana Engels:

“o homem possuía muito mais liberdade do que o restante da família, seja ela civil ou moral. Assim, atitudes que para a mulher eram encaradas como crimes e penalizadas severamente, para o homem era algo considerado honroso, ou, quando muito, uma leve mancha moral que carregava com satisfação, como era o caso do adultério.”

Ademais, em virtude deste modelo de família, a paternidade não podia ser questionada, a não ser nos casos em que fosse comprovado não ter havido a coabitação ao tempo da concepção.

Desta forma, conclui-se que a família romana estava distante de ser uma organização democrática alicerçada no amor, carinho e respeito tal qual a moderna, apresenta antes as características fundada no princípio da autoridade.

Para os romanos, era obrigatório ter filhos para se perpetuar os cultos religiosos, mas não bastava apenas ter filhos, era necessário que esses fossem frutos do casamento. Fustel de Coulanges complementa que os filhos que não fossem gerados pela esposa não podiam fazer parte do culto e oferecer refeições fúnebres.

Todavia, a falta de filhos declinava consequências cruéis aos considerados estéreis, de regra, atingindo somente às mulheres por estarem estas ligadas à gestação e não haver na época formas de provar a esterilidade masculina, aplicando como

sanção à anulação do casamento e à exclusão da sociedade.

Em virtude deste fato, surgiu o instituto da adoção, favorecendo os casais que realmente não pudessem ter filhos, vez que, não se tratava de uma opção, em ter filhos e sim uma exigência. Fustel de Coulanges menciona que:

“com o passar dos anos a mulher passou a desempenhar papel importante na família romana. A mulher tem direitos porque tem seu lugar no lar, sendo a encarregada de olhar para que não se extinga o fogo sagrado. É a mulher, sobretudo, que deve estar atenta a que este fogo se conserve puro, invoca-o e oferece-lhe sacrifícios. Tem pois também o seu sacerdócio. Onde a mulher não estiver, o culto doméstico acha-se incompleto e insuficiente. Grande desgraça para os gregos é ter o “lar sem esposa”. Entre os romanos a presença da mulher é de tal modo indispensável ao sacrifício que o sacerdote, ficando viúvo, perde o seu sacerdócio.”

Percebemos que a mulher aos poucos foi conquistando seu espaço no lar e na sociedade, passando a ser responsável pela manutenção do culto, iniciando assim, uma nova fase, e mesmo sem autonomia, começou a cumular funções, através de seu sacerdócio doméstico.

O Direito Romano marcou de forma expressiva o Direito de Família. Os conceitos de família e filiação eram alicerçados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do pater, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar.

1.3. A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

O Direito Canônico, diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo. A partir desse momento só se instituía famílias através de cerimônia religiosa.

Desta forma, o Direito Canônico está intimamente ligado ao ordenamento “jurídico”, já que a denominação ‘canônico’ deriva da palavra grega Kánon (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa a fé ou à ação cristã.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira:

“o casamento sofreu uma grande variação em sua essência, pois o

cristianismo elevou o casamento à sacramento.(...) O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças.”

Para José Russo, o surgimento dessa nova visão/entendimento ocorreu por causa da decadência do Império Romano. Assim ele diz:

“essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos”.

O que se percebe, é que com o crescimento da religiosidade humana e fortalecimento do poder espiritual, a Igreja começou a interferir de forma decisiva nos desígnios familiares.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, foi a partir deste momento a Igreja passou a trabalhar em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar, vejamos:

“O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinatus havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnis e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.”

Nesta época, as mulheres deixaram de ser apêndices, mas por outro lado, a supremacia do casamento fez com que o adultério fosse abominado pela sociedade, sendo praticado de forma discreta, ou seja, os homens mantinham suas concubinas escondidas da família e da sociedade.

É sabido que na Grécia existia um machismo muito exacerbado tendo o catolicismo fortalecido a autoridade do homem, dentro da célula familiar, tornando-o chefe absoluto.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira relata:

“A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo.”

O que percebemos é que nesta época da vida familiar, a mulher estava destinada/condenada aos afazeres domésticos e ao cuidado com os filhos, não podendo se ausentar do lar sem o consentimento do marido. O cristianismo acentuou a autoridade do homem, tornando-o chefe do lar, com poderes sobre a vida e morte de todos.

Todavia, como em tudo na história do homem, com o passar do tempo nasceu um novo conceito de família, ou seja, aquela formada não unicamente pelo sacramento do casamento, mas pelo elo do afeto, surgindo assim, a família da pós-modernidade.

1.4. FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE

Inicialmente é importante diferenciar dois períodos da História: o período da modernidade e da pós-modernidade.

Eliane Goulart Martins Carossi explica que:

a modernidade nasceu pela nova consciência, trazida através da Revolução Francesa em 1789, sendo que a forma da sociedade moderna foi marcada pela Revolução Industrial no final do século XVIII. “Portanto, para ser uma sociedade moderna deveria ser necessariamente, uma sociedade industrial. A partir de então, o mundo vive em processo de crise e renovação permanente”.

A autora conceitua o termo pós-modernidade citando Krishan Kumar: [31]

“O pós-modernismo nasceu da ruptura com a era moderna ou

clássica no último quartel do século XIX. Enquanto, na era moderna, as características principais eram a crença no progresso e na razão; a era pós-moderna é marcada por um caráter romântico e sentimental, tido como irracional e indeterminado, ligado à sociedade de massa e à cultura de massa.”

A partir do século XIX a família começou a voltar-se à afeição, deixando de ser uma instituição voltada a manter os bens e a honra. O modelo de família da atualidade, já não é mais a do autoritarismo, nem a que se forma pelo instituto do casamento, mas sim, àquela que se funde pelos laços de afeto.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka enfatiza:

“Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.”

A família da pós-modernidade é marcada pelo afeto entre seus membros e a constante busca pela felicidade. Segundo Pedro Belmiro Welter, a partir desse momento histórico a família se abre para configurar-se em um mundo cruel, uma forma de abrigo, um pouco de calor humano, um lar onde entre seus membros se pratique a solidariedade, a fraternidade, e acima de tudo, os laços de afeto e amor. Esse é o sentido da família na atualidade.

É importante destacar que o Direito de Família, dentre todos os ramos do Direito, é o que mais avançou nos últimos tempos, visto que seu objeto são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social.

Rodrigo da Cunha Pereira faz menção que:

a evolução da estrutura jurídica familiar desencadeou-se a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e o crescente fenômeno da globalização. Para ele essas profundas mudanças possui suas raízes atreladas a alguns acontecimentos como: à Revolução Industrial, à redivisão do trabalho e à Revolução

Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Para Eliane Goulart Martins Carossi:

a família iniciou sua passagem para a contemporaneidade com o ingresso da mulher no mercado de trabalho por volta de 1950 e com a conquista da igualdade entre os cônjuges. A partir da descoberta da pílula anticoncepcional, em meados de 1967, a família deixou de ser uma entidade econômica e o casamento passou a ser alicerçado no amor e não mais em um contrato econômico.

A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade e segundo Maria Cláudia Crespo Brauner, os métodos contraceptivos trouxeram a possibilidade de se organizar os nascimentos com autonomia, deixando de ser a procriação um dos motivos para a união entre um homem e uma mulher:

O afeto passou a ser um elemento essencial para a união entre pessoas, tornando-as cúmplices do amor e da felicidade, formando assim, entidades familiares diversas, tuteladas ou não pelo Direito. Atualmente, têm-se famílias com filhos, sem filhos, homossexuais, produto de reprodução artificial, entre outras. “Os avanços da ciência e da tecnologia criaram novas expectativas sociais e novas possibilidades para o Direito de Família, que não tem alternativa, senão sensibilizar-se com essas novas formas de organização social”.

A família contemporânea é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade da filiação não ser somente aquela que deriva dos laços de sangue, mas também do amor e da convivência, como é o caso da filiação socioafetiva.

2. PÁTRIO PODER

Os doutrinadores definiram o Pátrio Poder de diversas maneiras, contudo, no final o que se percebe é que o sentido é o mesmo, conforme exposto abaixo, respectivamente, pelos(as) mestres Maria Helena Diniz, Roberto Ruggiero, Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro:

Maria Helena Diniz:

“o Pátrio Poder é o conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.

Roberto Ruggiero, Professor da Universidade Real de Roma, diz:

“uma autoridade que implica direitos e obrigações; é pois, a um tempo, uma ‘potestas’ e um ‘munus’ pois que as faculdades que se tem sobre as pessoas sujeitas não são destituídas de encargos, antes se podendo fazer dizer que elas são atribuídas em vista e com o fim de tais encargos”

Silvio Rodrigues, afirma que:

“o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.”

Washington de Barros Monteiro, assim afirma:

“o pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”

Por estas definições acima mencionadas e a atual visão jurídica brasileira e mundial, é de fundamental importância a proteção e a busca do bem melhor para as crianças como os incapazes.

O Pátrio Poder é um conjunto de direito e obrigações dos pais sobre os filhos, de forma que possuam grau igualitário em tudo o que os envolve.

2.1. CONCEITUAÇÃO DE PODER FAMILIAR (Pátrio Poder):

O que se percebe é que com o advento do Código Civil de 2002, este trouxe a baila a aplicação da igualdade de participação do homem e da mulher na família, direito

este já garantido pela CF/88, que, no entanto, não encontrava tal respaldo legislação civil vigente.

Portanto, o que antes, com o Pátrio Poder (Poder Familiar) era garantido ao marido, ou seja, ao chefe de família passou a ser direito constituído também da esposa, integrante que é da relação.

Para Silvio Rodrigues em seu livro Dreito Civil, argumenta:

“ o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Continuando nesta linha de raciocínio, José Antônio de Paula Santos Neto ensina que:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe fundados no Direito natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio

Fica descrito claramente que o poder familiar não é extensivo a todos os filhos, havendo a limitação no que tange a maioridade deste, ou seja, se for maior não estará sujeito aos preceitos do poder familiar.

Desta forma, cada vez mais percebemos que conforme os doutrinadores já diziam, o poder familiar se resume em um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que diz respeito à pessoa dos filhos menores, no tocante as decisões tomadas em relação a estes.

O dispositivo legal que impõe tal restrição é a do artigo 1.630 do Código Civil Brasileiro informando que:

“os filhos enquanto menores estarão sujeitos ao poder familiar, razão pela qual fez-se a abordagem supra mencionada.”

No novo CC/2002, a Câmara dos Deputados conservou a denominação clássica de Pátrio Poder, contudo o Senado, alterou para a expressão “Poder Familiar” pela Emenda nº 278.

2.2. TITULARIDADE

A titularidade do poder familiar em sua história sempre esteve atrelada a figura “pater” - paterna, desde suas origens na história antiga, tanto que era chamada até recentemente em nosso ordenamento como poder familiar.

Sobre este assunto, ensina João Andrade de Carvalho:

“Embora vinculado etimologicamente à figura paterna, o pátrio poder (patria potestas), na constância do casamento, é exercido, atualmente, por ambos os pais, em igualdade de condições, isso com base em preceito constitucional que equiparou homens e mulheres com direitos iguais.”

No mesmo sentido afirma Orlando Gomes:

“no direito pátrio, o pátrio poder compete aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher”.

Com a promulgação da CF/88, bem como, da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – e da modernização do Código Civil, iniciou-se a afastar a desigualdade entre o pai e a mãe.

Prevalece atualmente a atuação conjunta e igualitária entre os pais, conforme o dispositivo abaixo:

*Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
(...)
§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*

Ainda podemos citar o artigo mais importante na nossa Lei maior, que afirma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...] I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

Numa análise rápida vemos que a CF/88, ECA e a nova visão do CC eliminaram a subordinação da mulher frente ao homem, pois ao final compreende que o Pátrio Poder dos pais independe do casamento.

Vejamos então alguns dispositivos:

Art. 1631 - Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Por fim, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 21.

Art. 21- O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe (...).

Atualmente, como alguns doutrinadores já mencionem, o melhor termo a definir é tudo o discutido até agora é “Autoridade Parental”, excluindo completamente a palavra “poder”.

Buscando sempre essa igualdade, a Lei excluiu toda e qualquer prevalência feminina na atribuição da guarda, bem como, revogou o regime da perda da guarda pela culpa, conforme § Único do artigo 1.584 do CC.

Cabe ainda frisar que o “Autoridade Parental” (pátrio poder) não decorre do casamento, mas da paternidade. Então é irrelevante, por exemplo, se ao contrair casamento anulável, um dos cônjuges estava ou não de boa fé.

Completa ainda a doutrinadora Maria Helena Diniz que:

Durante o casamento compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

2.3. SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A Lei instituiu o poder familiar objetivando a proteção e defesa dos filhos menores no período do divórcio dos pais.

Todavia, existem casos em que os genitores poderão ser suspensos ou destituídos deste poder.

Na visão de Orlando Gomes:

Uma vez que o pátrio poder é um munus que deve ser exercido, fundamentalmente, no interesse do filho, o Estado o controla, estatuidando na lei os casos em que o titular deve ser privado do seu exercício, temporária ou definitivamente. Na primeira hipótese, há suspensão: Na outra hipótese, destituição.

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem uma sanção imposta aos pais por terem cometido alguma infração/transgressão no exercício do poder familiar.

Segundo Maria Helena Diniz⁴⁸:

[...] o Estado controla o poder familiar, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação. Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns.

Os motivos que determinam a suspensão do poder familiar, de acordo com o artigo 1.637 do Código Civil de 2002 são:

- abuso da autoridade (tanto para o pai quanto para a mãe);
- falta dos deveres paternos e dilapidação dos bens do filho.

A destituição do poder familiar dar-se-á nos termos do artigo 1.638 do Código Civil de 2002:

Art. 1638- Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Portanto, a maior penalidade que se pode aplicar aos genitores que maltratam/denigrem de alguma forma seus filhos, é a destituição do poder familiar.

Extingue-se o poder familiar; pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial. É importante ressaltar que mesmo

com a morte de um dos pais, não se extingue o poder familiar, porque o outro exercerá em sua totalidade o mesmo.

Aqui vale uma pequena explanação sobre a adoção, fenômeno diferente dos outros citados no parágrafo acima, isto porque o poder familiar do pai natural se transferirá ao adotante. Mesmo que o pai adotante venha a falecer, o pai natural não terá nenhum direito sob o menor, nomeando-se assim, tutor à criança menor.

3 - A GUARDA E SEUS PRINCIPAIS TIPOS

3.1. CONCEITO DE GUARDA

A concessão da guarda do menor é de extrema importância já que a partir do momento em que ficar definida para uma das partes, a que a obter terá uma maior responsabilidade, pois será responsável pela sua formação, já que conviverá mais com este menor.

Neste sentido leciona Motta

O que muitas vezes se observa no desenrolar das separações conjugais é que normalmente a criança é tratada como um objeto a transferir ou a manter consigo, sem considerações maiores pela sua pessoa, pelo sujeito de Direito. O que assistimos é que, muitas vezes, ela é submetida a sofrimentos enormes com conseqüências dramáticas para seu desenvolvimento psicológico saudável.

No ordenamento jurídico brasileiro, a guarda é definida com base nos elementos que a asseguram, dispostos no ECA, conforme artigos abaixo descritos:

Artigo 21 - O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Atualmente, o Poder familiar é exercido por ambos os responsáveis. Havendo desavença, deverá os genitores recorrerem ao poder judiciário, ao qual examinará a situação real, negando a decidir qualquer proposta que lhe pareça não preservar o interesse do menor

Artigo 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhe ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

As leis brasileiras afirmam que é de competência dos pais a criação e educação dos filhos, buscando sempre a criação de uma consciência fática e do melhor cidadão para o Estado.

Todavia, perderão o poder familiar os pais que deixarem de cumprir o dever legal e moral de criar e educar os filhos e sofrerão as sanções previstas no Código Penal.

A guarda visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor. Caracteriza-se ainda pela exigência de uma residência fixa para a criança.

Ademais, estão estabelecidos no Código Civil determinações sobre a guarda dos filhos nos artigos 1.583 a 1.590, contudo, caso exista acordo entre os genitores, a eles pertence a decisão final sobre a guarda.

Com a Lei 6.350/2008, é estimulado pelo Juiz frente as partes as vantagens da Guarda Compartilhada, destacando que este modelo iguala a participação dos pais na vida dos filhos.

3.2. DAS ESPÉCIES DE GUARDA

Necessário diferenciar os modelos de guardas mais comuns no ordenamento jurídico brasileiro, para evitar frente ao judiciário (juiz) confusão, buscando o mais adequado para cada caso real.

No Brasil, antes da aprovação da lei sobre a Guarda Compartilhada, predominava a guarda única, sendo em muitos casos totalmente contra o melhor (bem-estar) da criança.

3.2.1 Guarda Alternada

A guarda alternada é a que possibilita a ambos os genitores terem direito que seus filhos durante um determinado período de tempo morem em suas residências sem a obrigatoriedade da visitação.

Após a ruptura do casamento, o ex-casal determinará o período em que o menor ficará em cada residência, sendo que esse período poderá ser de uma semana, um mês, um ano.

Cabe registrar, que os direitos-deveres inerentes à guarda ficarão com o detentor do menor o qual ele esta, ou seja, haverá sempre uma alternância na guarda jurídica do menor.

Esta é uma guarda contrária totalmente aos interesse do menor, visto que é inconveniente à consolidação dos hábitos, formação de personalidade, pois as elevadas trocas de residências provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica.

Para Maria Vera Schwertner, e a Guarda Compartilhada:

[...] cada genitor detém a guarda do filho segundo um esquema pré-estabelecido. Os papéis se invertem, de acordo com a inversão da guarda, ficando o menor ora com um ora com outro dos pais, o qual em seu período assume todos os atributos próprios da guarda.

Já para Debora Brandão:

Através da guarda alternada os genitores ficarão por período de tempo pré-estabelecido, geralmente de forma equânime e exclusiva, com a criança ou adolescente, exercendo a totalidade dos poderes – deveres que integram o poder familiar.

A jurisprudência desprestigia esse modelo de guarda, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais, devido ter a visão em que os pais são obrigados a dividir pela metade o tempo passado com os filhos.

Waldir Grisard Filho complementa:

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro se transfere o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterem-se os papéis. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Não há previsão legal da guarda alternada na legislação brasileira.

3.2.2. Guarda dividida, guarda única ou guarda exclusiva

Este é o modelo de guarda mais comum na prática jurídica, onde um dos genitores tem melhor condição e o outro segue o regime de visitação.

Neste caso, a criança vive em um lar fixo e recebe a visita do pai ou da mãe que não tem a guarda, ou fica por um período. Todavia, este tipo de guarda é considerado

como o mais destrutivo, visto que, afasta o filho lentamente daquele que não detém a guarda.

Para Waldir Grisard Filho, temos:

Essa modalidade apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do genitor que não tem a guarda. A sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema, levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

A autoridade parental exercida antigamente pelo pai e pela mãe em igualdade de condições, passa a ser exercida apenas por um deles. É sabido que na grande maioria o divórcio deixa profundas mágoas em um ou ambos os genitores.

O fato de um dos pais ser privilegiado com a convivência maior dos filhos acaba acarretando maiores consequências para o menor, fazendo com que no final tome partido e se afaste do não detentor da guarda. Uma covardia com o bem-estar do menor que se torna refém, onde os pais acabam que descontando essas mágoas nos mesmos.

4 – GUARDA COMPARTILHADA

Este termo, Guarda Compartilhada, surgiu na *Common Law*, no direito inglês na década de sessenta, quando houve a primeira decisão sobre a a mesma.

Devido a evolução da sociedade e as mutações ocorridas na sociedade, esta veio para quebrar tradições, conforme Sérgio Gischkow Pereira:

A sociologia e a história mostram a família como entidade mutável, e nem poderia ser diferente, pois a família não é supracultural ou algo fora da história. A família sempre mudou através dos tempos e continuará a se modificar. Grandes transformações socioeconômicas alteram as estruturas familiares e criam novas formas e modalidades, que precisam ser acatadas pela legislação, de molde a evitar um grave descompasso entre o Direito de família e a realidade familiar da população.

Para Guilherme Gonçalves Strenger, temos:

O Direito de Família é menos persistente e duradouro, exatamente porque esta sempre e necessariamente submetido às flexibilidades sociais que são conduzidas pelas constantes mutações do processo histórico cultural. Como instituição, a família é também um fato. Governada por um direito, ela é conduzida como um fenômeno numa evolução.

Nessa evolução social, surgem críticas ao sistema jurídico, estimulando assim os estudiosos a buscarem soluções antes sequer imaginadas, contribuindo para o aperfeiçoamento do direito e sua adequação aos novos paradigmas de família. A Guarda Compartilhada foi uma dessas buscas pelo aperfeiçoamento / melhor.

A Guarda Compartilha dá uma nova e inédita conotação ao instituto do poder familiar, por ter como finalidade o rompimento da idéia de posse sobre os filhos e alimenta a perspectiva da responsabilidade, do cuidado das crianças e o convívio familiar.

Considera-se então guarda compartilhada, uma nova forma de fixar o regime da guarda dos filhos, devido às grandes mudanças sociais e de valores, como inserção da

mulher no mercado de trabalho, suas novas posturas após a dissolução da sociedade conjugal, formação de novos vínculos afetivos e abandono do exclusivo papel de mãe.

Por outro lado, o homem que agora está mais sensibilizado com os problemas domésticos e dos filhos, está assumindo uma nova postura, qual seja a de colaborador no lar com o sustento da família, bem como o de ajudar na educação e formação moral dos filhos.

Os homens passaram a sentir mais necessidade de participar da vida de seus filhos, principalmente após a separação, conscientizando-se que o desfazimento é do vínculo matrimonial e não do vínculo parental. Desse desejo forte é que surge a guarda compartilhada.

Ela não encontra obstáculo em nosso ordenamento jurídico, vez que é aceita tanto no âmbito constitucional, quer seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que tais diplomas privilegiam os melhores interesses da criança como sujeito de direito e ser em desenvolvimento.

É neste momento que a Guarda Compartilhada traz algo diferente a ser pensado: a possibilidade de uma decisão judicial, das partes em conflito, capaz de unir os pais ou, ao menos, não aumentar as diferenças da família moderna.

Para isso, é de suma importância que os juristas estejam munidos do que há de mais moderno e avançado na doutrina e teoria que estudam a família.

Maria Antonieta Pisano Motta discorre:

[...] a guarda conjunta ou compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. E os filhos, também os veja assim, como protetores.

Ela salienta um ponto fundamental da Guarda Compartilhada, qual seja, manter a igualdade parental mesmo após o término da vida conjugal, com a finalidade primordial de privilegiar a criança.

Para Denise Wilhelm Gonçalves:

A preferência reconhecida à mãe passou a ser contestada, quando os princípios de igualdade de sexos começaram a invadir o Direito de Família. Na medida em que a noção de culpa tende a ser substituída pela do desentendimento, o divórcio tende a abrandar a ruptura, não mais instigando as partes uma contra a outra, mas favorecendo a mediação do acordo.

Para Guilherme Gonçalves Strenger, temos:

A importância da guarda conjunta reside no fato de permitir ao menor um melhor desfrute da convivência subordinada mais consentânea com anterior situação de normalidade conjugal. Esta modalidade favorece certa colaboração parental e a preservação dos sentimentos não excludentes, que decorrem da atribuição de uma guarda unilateral.

Todavia, percebemos que é grande a confusão que se faz sobre este modelo de guarda. Esclarecemos:

1. **Guarda Compartilhada Legal** – ou simplesmente guarda jurídica, corresponde a compartilhar todas as decisões importantes relativas aos filhos;
2. **Guarda Compartilhada Material** – ou simplesmente guarda física corresponde aos acordos de visita e acesso.

Cabe ao juiz a missão de escolher a melhor solução, entre as hipóteses possíveis, aquela que melhor atender aos interesses do menor. Atualmente, graças a Deus, existe em nosso ordenamento jurídico, desde a promulgação da Lei da Guarda Compartilhada em Dezembro de 2014, a indicação por parte dos juízes a tentativa de sempre exigir tal evolução na relação familiar.

A cidade de Ouro Preto sediou o III Congresso Brasileiro de direito de Família, em que um dos temas em debate foi “Pais para Sempre: Guarda Compartilhada”. A conferencista, Dra. Lenice Bodstein, Juíza da cidade de Curitiba, relatou que vem aplicando a Guarda compartilhada, na grande maioria dos casos na 2º Vara da família. Disse ela:

(...) é claro que para toda regra existem exceções, um pai ou uma mãe que, por sua conduta, oferecem risco à criança, ou não querem continuar o relacionamento parental, não podem e não devem ter a guarda

compartilhada. Porém, o que acontece atualmente na Varas de Família é transformar o que deveria ser exceção em regra.

Para a população em geral, e antigamente para alguns autores o conceito de guarda compartilhada aproxima-se do de guarda alternada. Entretanto, diferenciando-as, Pedro Augusto Lemos Carcereri explica que a:

Maior diferença da guarda compartilhada para a guarda alternada é que, naquela, há uma divisão eqüitativa do tempo de convívio com os filhos entre os separados, e nesta, a alternância temporal da posse dos filhos pende para quem conserva o direito de guarda, em detrimento daquele cônjuge ao qual é assegurado o direito de visitas, mais limitado.

A lei define a Guarda Compartilhada como um sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Portanto, com o advento desta nova Lei, se conseguiu igualdade de direitos entre homens e mulheres quanto ao trato dos filhos, nos exercícios de todos os seus direitos e deveres, **ESTÁ GANHA!**

Além disso, para Sérgio Eduardo Nick:

Vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, fortalece a autoestima da criança, dando-lhe o sentimento que suas necessidades não foram negligenciadas após o divórcio.

Como forma de permitir que os pais possam participar efetivamente da vida de seus filhos, colaborando para a formação de adultos sadios e sem possíveis traumas gerados pela ausência de algum genitor em seu crescimento.

Importante ressaltar que na Guarda Compartilhada não existe uma forma pré-estabelecida. A melhor forma é a que possibilita o maior contato do menos com ambos os genitores, o qual deve privilegiar seu bem-estar, educação, saúde e desenvolvimento.

Efetivamente, na guarda única, não existe a participação de ambos os pais nas decisões a respeito dos filhos, já que apenas o genitor guardião define, restando ao outro apenas o direito a visitação.

Nada impede que a guarda única seja revisada para que se defina em guarda compartilhada, como também que essa seja revertida para aquela. A revisão vai depender do consenso dos pais que pensando no bem-estar de seus filhos e na possibilidade de conviverem harmoniosamente.

Há também a possibilidade de, em não havendo o cumprimento fiel dos deveres dos genitores, ou ainda um dos pais contribuindo para o prejuízo de seus filhos, tentando tirá-los da companhia do outro, o genitor poderá requerer a conversão para guarda única.

É por isso, que o juiz deve sempre incentivar o consenso entre os pais, no que concerne a guarda, mesmo que estes estejam em litígio. Sei que é difícil na prática, mas tem que ser dado o primeiro passo para proteger o bem estar do menor.

Existe, porém uma ressalva a ser feita, quanto da decisão de proporcionar a guarda compartilhada, pois há de se levar em conta que ela não é adequada a qualquer família, devendo sempre ser analisado o caso concreto.

Deve o juiz verificar se os pais, requerentes do pedido, estão em situação de atender o interesse do menor.

Sendo proporcionada, é de grande benefício aos pais, por tomarem decisões conjuntas e dividirem as dificuldades assim como as soluções relativas ao futuro de seus filhos.

4.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

Uma importante ressalva é sobre a responsabilidade civil dos pais quanto aos danos causados a terceiros pelos filhos menores. Como estão em fase de crescimento, os filhos necessitam de ambiente saudável, cuidados constantes, proteção contra as más companhias e etc.

Antônio Junqueira Azevedo, comenta: “a responsabilidade civil dos pais, por atos próprios, na criação e educação dos filhos; e, na sequência, a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores”.

Essa responsabilização vem em face da união dos artigos 1.566, IV c/c 1.634, I e II do CC.

Pela junção dos dispositivos anteriormente citados, na constância ou não da relação, os genitores têm o dever de prestar assistência ao filho. Devem, com seus recursos, propiciar um adequado ambiente para o seu desenvolvimento moral.

Sobre danos a terceiros, temos uma grande discussão, todavia, analisando o inciso I do artigo 934 do CC, indica que se o pai não fiscalizou o filho e este causou dano a terceiro, o pai responde pelo fato de haver uma relação jurídica entre ambos, referente ao poder familiar.

Cabe fazer uma ressalva, sobre a emancipação que ocorre antes de se completar 18 anos. O STF já decidiu a respeito: “Ainda que o filho menor púbere seja emancipado, o pai, não obstante, é responsável pela reparação, nos termos dos artigos 1.521 e 1.523 do Código Civil” (de 1916) – RTJ, 62:108.

Fizemos essa pequena explanação para ressaltar que na Guarda Compartilhada essas questões se tornam mais simples, uma vez que pai e mãe serão solidariamente responsáveis, como explana Eduardo Oliveira Leite:

As decisões relativas à educação serão tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre esta presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo o dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores

Portanto, a Guarda Compartilhada é um modelo que extingue o egoísmo e a alienação parental, e que demonstram aos filhos que estes continuam a ser amados, respeitados pelos pais, mesmo após o divórcio.

5. JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA

Passados algum tempo da aprovação da Lei da Guarda Compartilhada, temos muitos julgados favoráveis a esta tese, os quais agora apresentarei dois para elucidar todo o exposto no trabalho.

Vejamos então o primeiro julgado:

Apelação Cível n. 2004.015747-9, da Capital

Relator: Des. Carlos Prudêncio

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA FORMULADO PELA GENITORA. PRETENSA ALTERAÇÃO DA GUARDA DO MENOR PELO GENITOR PARA QUE SEJA DEFERIDA EM SEU FAVOR. INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA PRINCIPAL A DA GENITORA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais." (Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições. (Al n. 2001.012993-0, de Laguna, Des. Rel. Carlos Prudêncio, DJ de 13-6-2003).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.015747-9, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é apelante

E.A.P.S., e apelada S.S.P.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, determinar que a criança fique sob a guarda compartilhada, devendo ter como residência principal a da genitora. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por E.A.P.S. contra a sentença proferida pelo Dr. Fernando Luiz Soares de Carvalho, Juiz de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital que, nos autos das ações de Regulamentação de Guarda n. 023.02.044484-5 e de Modificação de Guarda n. 023.002.045266-0, ajuizadas, respectivamente, por E.A.P.S. e S.S.P., objetivando a guarda do menor P.P.P.S., proferiu decisão única às fls. 123 a 127, julgando improcedente a postulação de E.A.P.S., ora apelante, e procedente o pleito de modificação de guarda formulado pela genitora-apelada, concedendo-lhe a guarda definitiva de seu filho.

Sustenta, em apertada síntese, que: a) a apelada não detém condições de ter consigo o infante, uma vez que demonstra momentos de incerteza e de instabilidade na sua vida, tendo, inclusive, inúmeras vezes residir numa comunidade budista no Rio Grande do Sul, deixando o menor sob os cuidados do apelante; b) detém totais condições de ter o filho sob sua guarda por possuir uma vida regrada, eis que é professor universitário e reside em um confortável apartamento, que conta com o auxílio diário de uma empregada doméstica, além do fato do seu horário de trabalho ser reduzido e flexível.

Pleiteia, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença a fim de que lhe seja deferida a guarda do menor.

A parte apelada apresentou as contra-razões de recurso às fls. 145 a 156.

A colenda primeira Câmara desse tribunal decidiu às fls. 187 e 188, por unanimidade, converter o julgamento em diligência, a fim de que o menor P.P.P.S.

se manifestasse acerca da sua vontade em morar com um dos genitores.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Procurador de Justiça Jobél Braga de Araújo, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 216 a 220).

VOTO

O objeto do presente recurso cinge-se no pedido de reforma da decisão para que seja dado ao apelante a guarda de seu filho menor P.P.P.S.

Destaco, de início, que em se tratando de guarda de menores, deve-se levar em conta os interesses desses, para que os efeitos de uma separação não os atinja de forma a lhes trazer prejuízos ao seu desenvolvimento psico-social e moral.

Sobre o tema, ensina o emérito Guilherme Gonçalves Strenger, em sua obra Guarda de Filhos, São Paulo, LTr, 1998, p.90, que:

Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem, devendo a apreciação do caso ser procedida segundo dados de fato que estejam sob a análise.

Nesse sentido já decidiu esta Primeira Câmara de Direito Civil na Apelação Cível n. 2002.009810-3, de Dionísio Cerqueira, publicada no DJ de 26-8-2002, que:

Os interesses das crianças devem prevalecer quando em confronto com qualquer outro, podendo o julgador verificar a real situação das partes envolvidas, especialmente em questões delicadas como a retirada de filhos de seus pais, o que não afronta ao princípio da imparcialidade. (Des. Rel. Carlos Prudêncio)

E ainda:

Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais (AI n. 2001.020496-7, Rel. Des. José Volpato, publicado no DJ de 17-6-2003)

A par disso e estabelecida a guarda do menor em favor da genitora, somente poderá ser modificada caso conste nos autos elementos comprobatórios a descaracterizar sua conduta, bem como vestígios de que não possui condições psicológicas a ponto de causar dano à seu filho, circunstâncias estas que poderiam legitimar a concessão da guarda pretendida ao apelante.

Contudo, in casu, entendo que não há motivos plausíveis que aconselham uma alteração da guarda para que esta passe a ser exercida

pelo pai do menor.

Assim, como razões de decidir, adoto a sentença proferida pelo Dr. Fernando Luiz Soares de Carvalho, Juiz de Direito da 2ª Vara da Família da comarca da Capital, à fls. 123 a 127, in verbis:

Nos litígios propostos as partes pretendem cada qual para si o direito de manter sob sua guarda o filho fruto da sociedade de fato, em regime de união estável, por ambos mantida e, atualmente, já não mais existente.

Com o rompimento dessa união estável, em princípio o filho do casal permaneceu sob a guarda compartilhada dos pais biológicos.

Enquanto ambos residiam nesta cidade bem administrada foi essa situação, muito embora se obrigasse o pai a constantemente se deslocar para Curitiba onde lecionava, enquanto a mãe, além das atividades do lar, dedicava-se ao exercício de sua profissão de engenharia e professora de nível superior.

Dada a necessidade do pai em passar dias da semana em Curitiba, permanecia o menor residindo com a mãe e o seu atual companheiro, com quem vive em regime de união estável, sem que obstáculo existisse para que ambos compartilhassem de maneira harmoniosa a criação e educação do menor Pedro.

Harmonia que deixou de existir a partir do momento em que o pai do menor foi morar em definitivo em Curitiba e dificuldades passaram a ocorrer a respeito da guarda compartilhada que tacitamente, em princípio, o casal havia ajustado.

Desencontros e desacertos que culminaram com o ajuizamento de inúmeras ações judiciais de um contra o outro, sempre visando a guarda exclusiva do filho.

Mas, na decisão a respeito a qual dos pais, em caso de separação a guarda da prole deverá ser confiada, na ausência de consenso, a prevalecer se ser considerado o superior interesse da prole, sob todos os aspectos, materiais, morais, educacionais, segurança, etc.,.

No caso sub-judice, pelo que se pode concluir do Estudos Sociais realizados, em que entrevistados foram os envolvidos e analisadas as condições de vida de cada qual, restrições não são feitas às condições pessoais dos pais, quer quanto a moral, como a afetiva e econômica.

Reúnem eles amplas condições para assumirem a responsabilidade de ter filho sob seus cuidados, e o fizeram até aqui, um e outro com zelo, dedicação e amor, sempre preocupados com o seu bem estar, e o que é mais importante, assegurando àquele que não detém a guarda o direito de permanente e atuante contato e interferência na sua criação e educação.

Embora separados, ambos os pais sempre se fizeram presentes na vida do filho, com aparente competência e zelo se preocupando com o seu bem estar, em seu mais amplo sentido, pata tanto concorrendo a boa situação econômica financeira que desfrutam, a par da superior formação moral e intelectual.

Já em relação ao filho, os estudos sociais revelam que se mostra indiferente a disputa dos pais em torno de sua guarda dada a convivência harmônica que mantém com um e outro. (fls. 87 a 90, 110 e 111 e 121).

No mesmo diapasão segue a linha de informação prestada pelas diversas testemunhas ouvidas, todas unânimes em atestar a dedicação e preocupação dos pais com a boa criação e formação do filho e do amor filial que este nutre pelos pais, indiferente por residir com um ou com outro. (fls. 84 e segts).

Se existe tanta harmonia nesse relacionamento, independentemente com quem se encontra o filho, porque a pretendida alteração?

Ponderável o argumento apresentado pela requerente mãe do menor de reunir melhores condições de propiciá-lo uma vida familiar mais intensa e salientar que melhor poderá contribuir para sua formação nesta fase da vida quando, prestes a sair da infância próximo está da adolescência.

Pois, segundo demonstrado nos autos, ao contrário do pai, em cuja companhia encontra-se o filho vivendo sozinho da cidade de Curitiba, a os cuidados de uma doméstica, dadas as intensas atividades que exerce no magistério superior, que possibilita apenas um convivência mais próxima de ambos no período noturno, finais de semana e feriados, tendo ela reconstituído sua vida afetiva, vivendo em regime de união estável com pessoa que lhe oferece estabilidade econômica e afetiva e condições de exercer sua atividade profissional, residindo e domiciliada na cidade interiorana de Imbituba, com boa qualidade de vida, mais atenção e cuidados pode dedicar ao filho.

Com sua vida afetiva refeita e aliado ao fato do bom relacionamento existente entre seu companheiro e seu filho, como retratam os fatos e mensagens de fls. 68 e seguintes (autos n. 023.02.044484-5) e os estudos e testemunhas, amplas condições tem de propiciar uma vida familiar e intelectual de boa qualidade ao filho, em um ambiente saudável e ao abrigo dos perigos de uma cidade do porte de Curitiba, sem afastá-lo de um íntimo e intenso convívio paterno, que demonstra querer preservar e incentivar.

Não há como deixar de reconhecer que uma criança em seus tenros oito anos de idade encontrará melhores condições de se

desenvolver, pessoal e intelectualmente no seio de uma família bem resolvida, ao lado da mãe biológica e de seu respectivo companheiro, com quem também mantém bom relacionamento, do que nas condições em que vive atualmente isolado na companhia do pai, em que pese todo o desvelo, atenção, cuidados material e afetivo que recebe, mas sem o calor humano e fraterno existente em um lar, do acompanhamento diuturno materno, que mais disponibilidade de tempo tem para dedicar-lhe.

Assim, por tais argumentos, entendo que o mais certo é determinar que a criança fique sob a guarda compartilhada, devendo ter como residência principal a da genitora.

Sobre a guarda compartilhada, ensina o emérito Waldyr Filho Grisard em sua obra Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, RT, 2002, p. 63 e 64, que:

O objetivo da lei é proteger interesses de uma forma geral e abstrata, convindo a um sem número de casos que cabem na hipótese legal. De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda dos filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais e emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscando em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério da decisão do juiz.

Nesse sentido já decidiu esta Primeira Câmara de Direito Civil no Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0, de Laguna, publicado no DJ de 13-6-2003, que:

Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais." (Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevivem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para

*o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.
(Des. Rel. Carlos Prudêncio)*

Diante do exposto, voto no sentido para negar provimento ao recurso e, de ofício, determinar que a criança fique sob a guarda compartilhada, devendo ter como residência principal a da genitora.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, determinar que a criança fique sob a guarda compartilhada, devendo ter como residência principal a da genitora.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de setembro de 2007, o Exmo. Sr. Desembargador Joel Figueira Júnior e o Exmo. Sr. Desembargador Henry Petry Junior.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2007.

*Des. CARLOS PRUDÊNCIO.
Presidente e Relator*

Ainda na mesma temática, buscando o melhor interesse do menor, trazemos o Recurso Especial nº 1.147.138, que determinou a Guarda compartilhada, corroborando todo o exposto no presente TCC: Vejamos o julgado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.138 - SP (2009/0125640-2) RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR RECORRENTE : G C J E OUTRO ADVOGADO : DOMINGOS ANTONIO DO NASCIMENTO JUNIOR E OUTRO(S) RECORRIDO : H C L C E OUTRO ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ

EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 11 de maio de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR Relator

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 1 de 8

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.138 - SP (2009/0125640-2)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Adoto

o relatório da sentença de primeiro grau, de fls. 57/58:

"GILBERTO CRUCIOL JUNIOR e TEREZA LEITE CRUCIOL ajuizaram a intitulada ação de guarda e responsabilidade em face de HELI CESAR LEITE CRUCIOL e ANA CAROLINA BOTELHO SOUZA, alegando, em síntese, que estão com a guarda fática da menor Lisiane Carolina Souza Cruciol desde os 04 meses de idade, visto que seus genitores são separados e não têm condição de criar a filha. Alegando ainda que necessitam a regularização da guarda da menor em questão, a fim de possam incluí-la como dependente. Ressaltam que os genitores da menor não se opõem ao pedido. Requerem a procedência da ação para regularizar a situação fática e obter a guarda da menor. Juntaram documentos (fls. 10/15).

Manifestação do Ministério Público a fls. 17.

Manifestação dos requerentes a fls. 18.

Manifestação do Ministério Público a fls. 21, pugnando pela concessão da guarda provisória.

Decisão de fls. 22, deferindo a guarda provisória da menor, consoante termo de guarda de fls. 23.

Manifestação dos requerentes a fls. 25/26, com juntada de procuração dos genitores (Fls. 27).

Manifestação do Ministério Público a fls. 28.

Decisão de fls. 29, sobrevivendo o relatório social a fls.

30/33.

Manifestação do Ministério Público Fls. 35/37, opinando pela procedência do pedido.

Manifestação dos requerentes (fls. 39/40).

Decisão a fls. 41, com manifestação dos requerentes a fls. 42/46 e do Ministério Público a fls. 48.

Nova manifestação dos requerentes a fls. 49-verso."

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 2 de 8

Superior Tribunal de Justiça

Entendendo não ser o pedido juridicamente possível, o magistrado

singular julgou extinta a ação de guarda, sem exame do mérito.

Contra a sentença singular, os recorrentes interpuseram o recurso de apelação, à fl. 62.

O acórdão recorrido restou assim ementado (fl. 90):

"GUARDA DE MENOR - Pretensão formulada por avó e tio paternos - Guarda compartilhada - Inadmissibilidade - Extinção do processo sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido - Pedido juridicamente possível, embora inadequado - Recurso desprovido, com observação."

Contra o acórdão recorrido, os recorrentes interpõem o presente recurso especial, pelas alíneas "a" e "c" do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, no qual se apontam violação aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dissídio, sob o fundamento de serem os recorrentes os únicos responsáveis pela manutenção do lar e por todas as necessidades da menor, e que a negativa da guarda compartilhada é o mesmo que negar à criança melhores condições de vida, tanto morais como materiais, inclusive em relação à assistência médica, que pode ser proporcionada pelo tio paterno.

Dizem os recorrentes que o pai da criança encontra-se recolhido em cadeia pública, enquanto a sua mãe está em lugar incerto, pois desempenha o seu trabalho em várias cidades, não sendo possível saber quando, e se, irá visitar a filha; que a menor já convive com os recorrentes desde os quatro meses de idade, ou seja, há doze anos e que se é possível a guarda compartilhada entre marido e mulher, também

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 3 de 8

Superior Tribunal de Justiça

pode ser possível a guarda entre a avó e o tio paterno.

Certidão de fls. 133, em que se afirma não ter sido aberto vista para contra-razões, por não existir advogado constituído aos recorridos.

Opinou o Ministério Público pelo deferimento do pedido, às fls.

78/82, por ter a menor interesse na guarda, bem como a concordância de seus genitores.

Pedem, diante disso, o provimento do recurso.

É o relatório.

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 4 de 8

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147.138 - SP (2009/0125640-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

(Relator): Trata-se de recurso especial, interposto pelas alíneas "a" e "c" do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, no qual se alegam ofensa aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dissídio jurisprudencial.

Entendeu o acórdão recorrido ser o pedido de guarda compartilhada, entre avó e tio, possível, porém inadequado, não havendo portanto interesse processual por parte dos recorrentes. Restou consignado no voto condutor, às fls. 91/93:

"Recurso infundado. Os apelantes querem a guarda compartilhada da menor (com 11 anos de idade - fl. 14) para regularização de situação de fato, bem-estar e benefício pela porque 'possuem planos de saúde e convênios-médico-hospitalares, além de serem sócios de clubes na cidade' e 'pretendem incluir a menor, Lisiane, como sua dependente' (fls. 03/04).

Abstração feita á pertinência dessa finalidade como hábil a produzir a guarda desejada - partindo-se da premissa de que os benefícios devem ser consequência dela, e não causa -, num primeiro momento, pelas peculiaridades do caso, o pedido é juridicamente possível (porque previsto no ordenamento jurídico) - não fosse o inusitado de compartilhamento buscado por tio e avó. O que sucede é que, adstrito ao princípio da razoabilidade e à impossibilidade de dissociação, na análise da matéria, daquilo que também rege aspectos atinentes à adoção e/ou tutela, só se pede atribuir guarda, em caráter alternativo, a uma dada pessoa ou a pessoas que, legalmente, na possam desempenhar em conjunto; por exemplo, casal (lato sensu - marido e mulher ou companheiros).

Assim, podê-la-iam exercitar os avós - desde que consorciados e coabitando; mas, simultaneamente, tio e avó, não. Vê-se que o juiz, decerto atento a isso, deu chance a que se optasse pela guarda - ou a esta ou àquele (vide fl. 41); de balde (vide fls. 42/46). Nesse contexto, está-se em sede de pedido que, conquanto juridicamente possível, é inadequado (ausência, pois, de

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 5 de 8

Superior Tribunal de Justiça

interesse/adequação).

E não se pode argumentar no sentido do MP de 1ª instância, sobre ser possível a concessão pela admissão do instituto da família substituta (vide fl. 48). Isso, porque o art. 165, I e II, do ECA alude, expressamente, à qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; e à indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro. Ou seja, delimita sua constituição a partir do referencial casal, sob ótica jurídica - noutras palavras marido e mulher ou o que se lhe assemelhe. Nesse sentido, basta se cotejem os artigos 32, 33, §§ 1º e 2º, 36 e 165, I e II, do sobredito Estatuto. Daí porque, repita-se, inadequado se postule guarda compartilhada de avó e tio.

E, de fato, a par do aspecto técnico-legal, além de incomum, o pedido indica e implica situação que tende a ser transitória, já que o tio - solteiro - pode a qualquer momento deixar o lar, a par, evidentemente, da sempre presente possibilidade de oportuno dissenso dos 'detentores da guarda'.

Nesse contexto, ressalvada da questão da correção da espécie de condição da ação faltante, correta a sentença, configurada da falta de interesse processual."

A matéria está prequestionada, haja vista ter o acórdão recorrido

discutido amplamente a respeito da ofensa aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entendo que prospera o pedido dos recorrentes que, na verdade,

espera tão-somente consolidar legalmente uma situação que já existe no mundo dos

fatos, ou seja, a menor já vive com sua avó e tio desde quatro meses de idade. Pelo que

consta dos autos, não há outra perspectiva para essa criança do que continuar

recebendo os cuidados daqueles parentes que sempre fizeram o melhor pela sua

pessoa. Além disso, há ainda dois fatores de grande peso para essa situação, ou seja, a

própria criança expressou o seu desejo de permanecer com os recorrentes, bem como

os seus genitores concordam com a guarda pretendida, havendo o reconhecimento de

que o menor recebe bons cuidados dos recorrentes.

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 6 de 8

Superior Tribunal de Justiça

Diante desses fatos, não vejo porque deva prevalecer o entendimento do acórdão recorrido, de ser possível um desentendimento futuro entre a avó e o tio solteiro, pois quanto a essa hipótese todos estão sujeitos, até mesmo tratando-se de marido e mulher. Assim, pelo bem-estar da criança, encampo os fundamentos dos pareceres do Ministério Público do Estado de São Paulo, apresentados nestes autos às fls. 40 e 137, verbis:

"Diante do relatório social acostado a fls. 30/33, a menor Lisiane encontra-se muito bem em companhia dos requerentes, vivendo em lar harmônico e organizado, tendo, inclusive, expressado seu desejo de permanecer com eles. Ademais, os genitores concordaram expressamente com a concessão da guarda da menor."

"Nesse diapasão, peço vênia para acompanhar as bem elaboradas razões recursais dos Recorrentes, bem como, reiterando as judiciosas manifestações ministeriais exaradas a fls. 35/37 e 71/74, aguardo o regular processamento e acolhimento do recurso especial, nos termos e para os fins em que propostos, acrescentando, ainda, que a guarda compartilhada, mais recentemente, foi disciplinada pela Lei Federal nº 11.698, de 13.06.08, roborando, ainda, mais a pretensão deduzida pelos ora Recorrentes em assumir a guarda compartilhada da infante Lisiane, convalidando situação de fato já instalada (vide relatório social de fls. 30/33), inclusive com a expressa anuência dos genitores (fls. 19)."

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para conceder aos recorrentes, Gilberto Cruciol Júnior e Tereza Leite Cruciol, a guarda compartilhada da menor Lisiane Carolina Souza Cruciol.

É como voto.

Documento: 971418 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 27/05/2010 Página 7 de 8

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2009/0125640-2 REsp 1147138 / SP

Números Origem: 17712004 4324614 43246143 4624614300

PAUTA: 11/05/2010 JULGADO: 11/05/2010 SEGREDO DE JUSTIÇA Relator Exmo. Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Presidente da Sessão Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO

Secretária Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : G C J E OUTRO ADVOGADO : DOMINGOS ANTONIO DO NASCIMENTO JUNIOR E OUTRO(S) RECORRIDO : H C L C E OUTRO ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Relações de Parentesco - Guarda

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de maio de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI Secretária

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, Ana Maria Milano. **A LEI SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA**. 2015.

<http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4036.pdf>

www.reidese.com.br

<http://jus.com.br/artigos/39297/alienacao-parental-aspectos-psicologicos-e-a-nova-lei-da-guarda-compartilhada>

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108

<http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/1.pdf>

<http://mesquitaelopesadvocacia.jusbrasil.com.br/noticias/225146564/guarda-conjunta-ou-compartilhada-dos-filhos>

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada – Uma solução possível,

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do

Adolescente. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em:

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro.

CARVALHO, João Andrades. Tutela, Curatela, Guarda, Visita e Pátrio Poder.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada.

SCHWERTNER, Vera Maria. Guarda Compartilhada, [on line]. Disponível em

<http://www.RJ.apase.org.br>> na data de 20/09/2005, p 06.

BRANDÃO, Débora. Guarda compartilhada, [on line]. Disponível em

http://www.mundojurídico.adv.br/html/artigos/documentos/texto_436.htm,

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 e alterações posteriores. Institui a Lei do Divórcio. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 11 abr. 2006.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. Guarda Compartilhada. Artigo Jurídico, da Revista Jurídica 299 de Setembro de 2002.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda dos filhos.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. Guarda compartilhada. www.apase.com.br,

PEREIRA, Ricardo Alcântara. Promotor de Justiça. Guarda Compartilhada. (Sob o prisma técnico-jurídico) - Palestra proferida na OAB-Niterói em 09/07/2001. www.apase.com.br,

Vilela, Sandra Regina. Advogada. Artigo Científico. Internet: www.pailegal.net.com.br,