



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

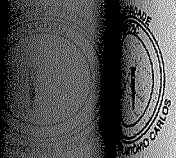
**BACHARELADO EM DIREITO**

**VINÍCIUS CIRIBELI DE PAULA**

**GUARDA COMPARTILHADA**

**JUIZ DE FORA**

**2009**



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**VINÍCIUS CIRIBELI DE PAULA**

**GUARDA COMPARTILHADA**

Monografia de conclusão de curso apresentada  
ao Curso de Direito da Universidade  
Presidente Antônio Carlos/Juiz de Fora, como  
exigência para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Joseane  
Pepino de Oliveira.

**JUIZ DE FORA**

**2009**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Simoneus Caribeli de Paula

Aluno

Guarda Compartilhada

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade  
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

## BANCA EXAMINADORA

Luciana Picini Braga

Joseane Pepino de Oliveira

Laura A. Vieira

Aprovada em 08 / 06 / 2009.

**“Que a família comece e termine sabendo aonde vai. E que o homem carregue nos ombros a graça de um pai. Que a mulher seja um céu de ternura, aconchego e calor. E que os filhos conheçam a força que brota do amor.”**  
**(Padre Zezinho em “Oração pela Família”)**

**Aos meus familiares e amigos por me compreenderem nos momentos de minha ausência. Aos amigos Sérgio e Angelita pelo apoio e orientação nos seus horários de folga e a minha orientadora Professora Jose, pela atenção sempre.**

## RESUMO

As mudanças sociais demandam a construção de novas soluções para as questões relativas à guarda de filhos. A guarda compartilhada, na forma conjunta, é uma das sugestões. Mas, a tarefa não se esgota em simples sugestão. A Lei 11.698/08 trouxe a positivação desse ideal, resta-nos fazer sua aplicabilidade cada vez mais possível no universo jurídico, já que as questões sociais práticas a própria família se encarrega de adaptar, pois são indispensáveis nos processos de elaboração e aplicação dessa modalidade de guarda.

**Palavras-chave:** direito de família; filhos; guarda compartilhada.

## SUMÁRIO

|                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1 INTRODUÇÃO                                                                                | 8  |
| 2 DAS GENERALIDADES DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA                                    | 12 |
| 2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....                                                            | 12 |
| 2.2 CONCEITO.....                                                                           | 13 |
| 2.3 MODELOS DE GUARDA .....                                                                 | 15 |
| 2.3.1 Guarda alternada: .....                                                               | 15 |
| 2.3.2. Aninhamento ou nidação:.....                                                         | 16 |
| 2.3.3. Guarda dividida, guarda única, ou guarda exclusiva: .....                            | 16 |
| 3. POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA ANTES DA LEI Nº 11.698/2008. | 18 |
| 4. A INSTRUÇÃO PROCESSUAL                                                                   | 22 |
| 4.1. A OITIVA DOS FILHOS EM JUÍZO .....                                                     | 22 |
| 4.2. SINDICÂNCIA SOCIAL.....                                                                | 26 |
| 5. A GUARDA COMPARTILHADA E O ADVENTO DA LEI Nº 11.698/2008                                 | 29 |
| 6. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA                                         | 36 |
| 7. CONCLUSÃO                                                                                | 40 |
| 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS                                                               | 42 |

# 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa à reflexão sobre o instituto da guarda compartilhada e a análise de sua aplicabilidade ao longo dos tempos e, atualmente, após o advento da Lei 11.698/08, principalmente em virtude da resistência de alguns operadores do direito em admitir suas vantagens ou mesmo vislumbrar que este instituto seja viável na sociedade brasileira. Também como pela forma traumática que, mormente, se reveste as dissoluções conjugais, fato que inviabilizaria, seguramente, uma discussão mais madura sobre os aspectos positivos e negativos do instituto.

Como realmente aferir se o casal que pleiteia esta modalidade conjunta de guarda, de fato, possui os predicados necessários para assegurar ao menor uma maior integração com ambos os genitores e um ambiente harmônico e seguro em ambos os lares?

Ainda, a guarda compartilhada no Brasil é viável na realidade brasileira ou apenas uma ficção mesmo após sua positivação no Ordenamento Jurídico?

Ao longo do tempo esse tema vem acompanhando a evolução histórica da sociedade, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxeram inúmeros avanços no tocante à proteção dedicada aos menores e a própria estrutura familiar brasileira. Porém, alguns aspectos tardaram a receber o amparo legal necessário para ensejar modificações mais profundas no seio da célula *mater* da sociedade brasileira, dentre os quais, a guarda conjunta ou compartilhada. Conseqüentemente, subsiste ainda, como base de nossa estrutura social, a família tipicamente tradicional, que sofre com as rupturas e tenta adaptar-se aos novos conceitos sociais. Muito embora a família possa ser constituída por apenas um dos pais e sua prole - família monoparental - existe expressivo número de pais que não se contentam em interagir com seus filhos apenas nos momentos de lazer, fins de semana e feriados, e não seria justo que as mães, em sua maioria, fossem obrigadas a permanecer com o encargo durante os dias úteis, cumulando com a estafante jornada de trabalho.

Nos dizeres de Waldyr Grisard Filho<sup>1</sup>:

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.

A família, núcleo por meio do qual os indivíduos são inseridos no convívio social e passam a receber as primeiras noções sobre relacionamento com o semelhante, sofreu muitas modificações ao longo dos tempos, reduzindo-se, transformando-se e, porque não dizer, aperfeiçoando-se. Porém, tais mudanças podem advir, em muitos casos, por razões indesejáveis à luz dos dogmas religiosos, convenções sociais ou do próprio ordenamento jurídico vigente, o qual ainda é bastante protetivo em relação ao instituto do casamento, ou seja, com o fim do relacionamento, por meio da separação ou do divórcio.

Em meio às modificações sociais e jurídicas ocorrem dissoluções de relacionamentos pelos mais diversos motivos e sob as mais impensáveis circunstâncias, deixando um saldo de dores, frustrações e, muitas vezes, um inocente dividido entre os dois pólos de uma guerra de vaidades e interesses que, não raramente, prescindem das reais necessidades da criança ou adolescente em prol de sentimentos mesquinhos como a vingança e o ressentimento do companheiro(a) que rompeu a relação.

Neste contexto, surgiram aqueles que não se contentaram com o modelo de guarda preconizado pela jurisprudência e pela própria sociedade. Diante do anseio de participar mais ativamente das decisões que influenciavam na vida dos filhos, não sendo assim meros visitantes ou fiscais, buscaram então, no ordenamento jurídico de outros países e em experiências brasileiras bem sucedidas, independentemente de sentenças judiciais, formas mais efetivas de manter uma estrutura sólida para o desenvolvimento psicossocial dos menores, mantendo um mínimo de respeito e boa convivência com o ex-companheiro(a), em prol dos interesses da prole e da manutenção do status de guardião legal e responsável pelos próprios filhos. Na verdade, as possibilidades tradicionais e usuais de guarda já não mais atendiam por completo as novas relações familiares surgidas.

<sup>1</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada – Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009: p. 193.

Descontentes com o padrão monoparental predominante, alguns pais viram no instituto da guarda compartilhada a opção que melhor atenderia aos interesses dos "separandos" e seus filhos, pois se vislumbrava uma alternativa que dividia igualmente a responsabilidade pela guarda e permitia que os menores usufruíssem a presença efetiva de ambos os genitores ainda que estes estivessem distantes fisicamente, mas unidos no propósito de manter os laços afetivos e a igualdade na distribuição do tempo de convivência com os filhos, juntamente com as vicissitudes advindas da guarda propriamente dita.

O instituto da guarda compartilhada tardou a estar previsto no ordenamento jurídico brasileiro como uma forma a ser escolhida pelos pais ou mesmo como opção do magistrado. Contudo, agora que lá figura, merece que haja maior difusão de suas vantagens e desvantagens visando facilitar a escolha de uma modalidade mais adequada a cada caso. Não há dúvidas que a aplicabilidade desta forma de guarda requer um relacionamento maduro e um rompimento amistoso entre os pais, em virtude da necessidade de estabilidade em ambas as residências para que o menor sinta-se seguro ao ser recebido em um novo ambiente em períodos alternados.

A nova lei editada leva não só ao Judiciário, mas a sociedade como um todo a pensar e organizar uma nova forma de arranjo de guarda das crianças, desvinculando a figura de um só dos pais, ou aquilo que se denomina como "guarda dividida", na qual o menor vive em um lar fixo e recebe visitas periódicas da mãe ou do pai, não possuidor da guarda. É o já conhecido sistema de visitas.

A literatura especializada em psicologia infantil, assim como alguns operadores de direito, divergem a respeito da aplicabilidade desta forma conjunta de guarda, ressaltando a repercussão desta diversidade de ambientes e autoridades no desenvolvimento dos menores, bem como a dificuldade do magistrado em verificar se o casal possui a maturidade necessária para implementá-la. Em razão desta divergência, do número crescente de disputas pela guarda dos filhos envoltas em separações conturbadas e da falta de informação a respeito do tema, evidencia-se cada vez mais a necessidade de um estudo mais aprofundado a respeito do tema.

Diante do exposto acima, esta pesquisa monográfica se propõe a verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro sem, contudo, pretender esgotar o tema, que é por demais complexo e polêmico.

No capítulo 02 pretende-se abordar as generalidades do instituto da guarda compartilhada, ou seja, seus antecedentes históricos, conceito e modelos. No capítulo 03 será abordada a posição do Direito pátrio antes do advento da Lei 11.698/08. No capítulo 04, sobre a instrução processual. Já no capítulo 05, aborda-se a aplicabilidade do instituto frente à nova

lei, enquanto no capítulo 06 será abordada a questão das vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, culminando com uma breve conclusão trazida no capítulo 07.

## 2 DAS GENERALIDADES DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

A Guarda Compartilhada traz consigo particularidades bem notáveis que ensejam que sejam abordadas. É pertinente que se faça aqui uma breve análise de seus antecedentes históricos, mostrando sua evolução e aplicabilidade ao longo dos tempos, principalmente em nosso Ordenamento Jurídico. Nesse diapasão, se procura também adentrar no conceito do instituto e fazer uma breve explanação sobre suas modalidades e possibilidades.

### 2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Mister se faz, inicialmente, elaborar uma análise do antecedente histórico que ensejou o instituto da guarda compartilhada. Os autores Segismundo Gontijo<sup>2</sup> e Waldyr Grisard Filho<sup>3</sup> fazem uma abordagem bastante elucidativa a respeito do assunto em suas obras, como vemos abaixo.

No início do século XIX, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos. A legislação vigente à época considerava a mulher relativamente incapaz para exercer os atos da vida civil; conseqüentemente ela era inibida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial.

Com a Revolução Industrial e a passagem da família dita extensa para a família nuclear, onde só havia o casal e filhos, o pai passa a trabalhar e a despender a maior parte do

---

<sup>2</sup> GONTIJO, Segismundo. **Guarda de Filho**. Belo Horizonte: Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 22.01.2009.

<sup>3</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada – Quem Melhor para Decidir a Respeito?** Disponível em: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5131.htm>. Acesso em: 24.01.2009.

tempo fora do lar. Tal fato desencadeou o advento da capacidade plena da mulher, passando ela a ser considerada mais apta à guarda dos filhos, em casos de separação, por ter, entendia-se, por natureza, o amor aos filhos, e a nata capacidade de cuidar bem deles. Ficou ao pai a incumbência de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava às prendas do lar.

Contudo, a revolução sexual, a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho e a divisão mais equânime das tarefas de educação dos filhos, levaram a uma mudança na estrutura familiar e no próprio entendimento que confere a primazia à mãe na atribuição daquela guarda. Sejismundo Gontijo<sup>4</sup> traz em sua obra:

(...)voltando um pouco na história do Brasil, encontramos mais precisamente na década de 30 e 40 uma sociedade que privilegiava a figura do homem, no qual no deferimento da guarda após a ruptura conjugal sempre tendenciava para esse grupo, já que este era o único que detinha um poder econômico na sociedade, estando assim, o deferimento da guarda sempre ligado ao interesse financeiro.

A mudança social ocorrida selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre a guarda buscando, sempre, um exercício mais equilibrado onde a manutenção do contato dos filhos com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento. Assim, hoje já se percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança.

Neste contexto, surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Sociologia e do Direito, a teorizar acerca da guarda compartilhada, de modo que em muitos países já é comumente aplicada e concebida como a melhor forma de manter íntegros os laços decorrentes da relação parental.

## 2.2 CONCEITO

O professor Luiz Felipe Lyrio Peres<sup>5</sup> traz em seu trabalho uma definição bem completa quanto ao instituto da guarda compartilhada:

---

<sup>4</sup> Ob. Cit. Pag. 17;

<sup>5</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

A guarda compartilhada, também identificada por guarda conjunta, pode ser entendida como um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto a sua educação e criação. A criança tem uma residência principal, podendo ser a casa do pai ou da mãe, que não influencia ao fato de que ambos os genitores tenham o dever e a responsabilidade de guardar seus filhos.

Tal modelo de guarda é um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família, buscando-se assemelhar as relações pai/filho e mãe/filho que naturalmente tendem a modificar-se, nesta situação às relações mantidas antes da dissolução da convivência, o tanto quanto possível e ponderável. Na verdade, é uma tentativa de apaziguar o sofrimento dos filhos frente a nova realidade familiar trazida pela dissolução do vínculo conjugal entre seus pais.

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho<sup>6</sup>, *in verbis*:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

Pode-se dizer também que tal instituto visa o direito dos pais de desfrutarem da convivência com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural e familiar.

Desta forma, tem o instituo da guarda compartilhada por objetivo tutelar o direito do filho de conviver assiduamente com ambos os pais, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, emocional, moral e social, mas fazendo com que a família ainda que descomposta, permaneça biparental.

Importante frisar que o conceito jurídico da guarda compartilhada está ainda em construção, mesmo já estando positivado na lei, sendo necessário para um maior entendimento apresentar uma distinção entre a guarda compartilhada e outras modalidades, tanto na correta aplicação dos institutos, quanto na sua precisa compreensão.

---

<sup>6</sup> Ob. cit. p. 94.

## 2.3 MODELOS DE GUARDA

As modalidades que ora menciona-se logo abaixo discriminadas, estão previstas no trabalho do professor Luiz Felipe Lyrio Peres<sup>7</sup>, que faz um comparativo como o Direito Americano. Em suas palavras:

Apesar de no nosso sistema jurídico vigente não existir um modelo de guarda que o magistrado deva primeiramente adotar, como em algumas legislações alienígenas, o que acaba sempre e insistentemente acontecendo é no caso de ruptura conjugal o magistrado opta pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges/parceiro será nomeado o guardião, detentor portanto da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. Apesar dessa nomenclatura "guardião e não guardião" **continuarão ambos a exercerem a guarda jurídica**. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem a imediatividade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho.

### 2.3.1 Guarda alternada:

Conhecida no Direito anglo-saxão sob a denominação de *joint physical custody* ou *residential joint custody*, é aquele modo que possibilita aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos.

Caracteriza-se pelo exercício da guarda, alternadamente, segundo um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao término do período, os papéis invertem-se. É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança.

É também prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais.

---

<sup>7</sup> Ob. Cit.

### 2.3.2. Aninhamento ou nidação:

Por este modelo, os filhos passam a residir em uma só casa; no entanto, são os pais quem se mudam, segundo um ritmo periódico.

É a *bird nest theory* do Direito Americano, que por ser pouco prática, bastante exótica, e levar a prejuízos semelhantes aos já descritos no modo anterior, é muito pouco defendida.

### 2.3.3. Guarda dividida, guarda única, ou guarda exclusiva:

É o tradicional sistema em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro, gerando uma nova estrutura, cuja responsabilidade parental se concentra em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário.

É bastante criticada tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique a morte da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e do melhor interesse do menor.

Vale ressaltar que na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham equitativamente sua guarda jurídica. Assim o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decide ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos relacionados ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho. O professor Luiz Filipe Lyrio Peres<sup>8</sup> traz em sua obra boa definição sobre tal modalidade:

A guarda dividida encontra-se como terceiro modelo de guarda, apresentando-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios

---

<sup>8</sup> Ob. Cit.

de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

Tal modelo, em virtude de possibilitar ao menor manter o contato com ambos os genitores, vem a ser de suma importância para seu desenvolvimento regular e sadio, não traz o inconveniente da instabilidade familiar verificada na guarda alternada, bem como no aninhamento, tampouco leva ao rompimento de relações parentais, como no obsoleto modelo da guarda dividida.

### 3. POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA ANTES DA LEI Nº 11.698/2008.

Durante anos não houve norma expressa regulamentando o instituto da guarda compartilhada, também não existia nenhuma norma que o impossibilitava de ser pleiteado nos tribunais pátrios. Portanto, face ao silêncio da legislação, muitas alternativas foram sendo utilizadas no sentido de otimizar a ingerência do citado instituto.

Partindo desse entendimento, ao se pesquisar as possíveis leis que regulam o direito de família pode-se encontrar os respectivos artigos em que implicitamente possibilitavam o deferimento da guarda compartilhada.

O primeiro artigo em que a guarda compartilhada encontrava respaldo é no art. 9º da Lei 6.515/77, a conhecida Lei do Divórcio, ao qual o Código Civil trouxe em seu art. 1583 praticamente a mesma redação, como se percebe a seguir:

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

Art. 1583 – No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mutuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Dessa maneira, os artigos transcritos acima são bem claros ao expor: "observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos"; não restando nenhuma dúvida que tratando-se de uma separação judicial consensual, um divórcio consensual ou uma dissolução de união estável consensual, o magistrado deveria sempre obedecer o que os cônjuges decidissem, porém é importante mencionarmos que esse acordo referente a guarda dos filhos deveria sempre estar em consonância com o interesse do menor, sob pena de não ser ratificado pelo magistrado.

Portanto, essa é a primeira regra que possibilitava aos cônjuges/parceiros optarem pela guarda compartilhada.

Comentando estes artigos, Vicente Barreto<sup>9</sup> afirma que o casal poderia optar por dois modelos de guarda: guarda única e guarda compartilhada, apresentando ainda uma conceituação para cada modalidade:

A primeira é aquela em que temos um casal que consensualmente não quer mais manter o vínculo conjugal, mas um deles não tem um apego com o filho e não se importa de ser nomeado não guardião, ficando apenas com o direito de visita com os finais de semana alternados, mesmo que o guardião lhe de visita livre, o que caracteriza a verdadeira guarda única.

O segundo tipo é aquele casal que também quer se separar, mas que existe um afeto muito grande de ambos os pais com seu filho, mas um deles concorda em se colocar na figura de não guardião, já que o guardião irá lhe conceder direito de visita livre, podendo até a criança ficar alguns dias ou mais com ele, mantendo assim um relacionamento bom com ambos.

Ainda comentando esse assunto, a revista "ISTO É" publicou em 2002 uma matéria especial que traz um exemplo através de uma entrevista, na relação entre a decoradora paulista Luciana Torres Scavassa e o microempresário Tiago Carrera, que relatam a forma como se relacionam como seus filhos e que ilustra a situação apresentada<sup>10</sup>:

O casal criou uma forma diferente de contentar a todos. Fábio, 17 anos (filho do primeiro casamento de Luciana), Juliana, 13, Fernando, 11, e Leonardo, seis, passam uma semana na casa de cada um. Foi o mais racional. Tiago ama os filhos e eles também o amam. Como privá-los disso?, defende Luciana. Eles moram em bairros próximos e a perua escolar acompanha a programação da família. Dessa forma, participo da vida na escola e do dia-a-dia deles", conta o pai. Quanto aos possíveis contratempos de terem duas casas, como, por exemplo, procurar na casa do pai aquele livro que está na casa da mãe, o casal alega tirar isso de letra. Se algo for imprescindível, eu ou a Luciana damos um jeito. No começo, parece difícil, mas é uma questão de boa vontade.

O segundo artigo que trazia a possibilidade do deferimento da guarda compartilhada é o art. 13 da Lei 6.515/77, e o art. 1586 do CC, que são praticamente idênticos com se percebe *in verbis*:

Art. 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 1586 - Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

<sup>9</sup> BARRETO, Vicente. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 1997.

<sup>10</sup> SILVA, Chico. LOBATO, Elaine. MORAES, Rita. *Entre dois Amores*. ISTO É. São Paulo. 06/02/02, n.º: 1688. p. 56.

Esses artigos eram considerados pelos doutrinadores como a "regra das regras" no exercício da guarda. Eles tem o poder de destituir todos os outros artigos referentes a guarda, possibilitando ao magistrado determinar a guarda sempre visando o interesse do menor.

Esses artigos ganham grande importância neste estudo quando se esta em disputa a guarda do filho, ou seja, na existência de um litígio.

O que ocorria nesses casos práticos é que se o casal está em litígio, o deferimento da guarda única acaba sendo muito prejudicial para a criança, pois o guardião como se sente o "ser supremo", acaba sempre dificultando o não guardião a ter um maior contato como seu filho, ocorrendo conseqüentemente um distanciamento entre o não guardião e filho, que normalmente só o vêem quinzenalmente ou nos dias definidos para visita.

Em se tratando de litígios da forma como foi demonstrado, grande parte dos profissionais da área da psicologia defendem a idéia da existência de um órgão mediador existente dentro das Varas de Família, que pudesse orientar os separandos sobre as conseqüências ao filho pela contenda sobre sua guarda.

Noutra maneira, nas separações consensuais, em princípio os pais convencionavam livremente quem permaneceria com os filhos. Assim diz Waldyr Grisard Filho<sup>11</sup>:

(...)considerando a lei serem os pais os melhores juízes para deliberarem sobre o destino dos próprios filhos. Em princípio – pois pode o juiz regular a guarda de forma diversa, tendo em conta o melhor interesse do menor. Pode até mesmo recusar a homologação se apurar que tal convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos. O destino dos filhos menores, nessas hipóteses de separação ou divórcio direto consensuais deve obrigatoriamente constar da petição inicial de seu peculiar procedimento, previsto nos artigos 1.120 a 1.124-A do CPC, em especial no artigo 1.121, que exige das partes a apresentação do acordo relativo à guarda desses filhos. A lei silencia quanto ao divórcio por conversão pela via do consenso, com razão, pois sobre tal assunto a guarda já restou determinada no feito da separação antecedente.

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente traz, por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada, que já eram invocados na defesa do deferimento da guarda compartilhada. Como exemplo, o seu art. 4º, *caput*, transmite o que a *caput* do art. 227 da CF/88 já contém: "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e a convivência familiar e comunitária".

<sup>11</sup> Ob. Cit. P.99-100.

A respeito destes preceitos, é apropriado salientar neste ponto como os artigos deste Estatuto tratam o assunto.

Desta forma, o art. 5º assim se manifesta: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

Por sua vez, salienta o art. 6º: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

O caput do art. 16 traz: "O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...) V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação".

O art. 19, aduz: "Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família".

Por sua vez o art. 27 transmite: "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".

Além desse ferramental, o Conselho de Justiça Federal expediu dois enunciados, explicitando que "sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão 'guarda de filhos', à luz do art. 1.583 (antes da alteração da Lei 11.698/08), pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança" (Enunciado 101) e que "a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar" (Enunciado 335), contribuindo efetivamente para a verdadeira apreensão do instituto.

Seguindo-se estas disposições e, mais, os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, já se vislumbrava um panorama favorável à instituição da guarda compartilhada no Brasil.

## 4. A INSTRUÇÃO PROCESSUAL

### 4.1. A OITIVA DOS FILHOS EM JUÍZO

Os tribunais pacificaram o entendimento de que o interesse do menor deve prevalecer quando da fixação da guarda, como um dos efeitos da teoria da proteção integral da criança.

Assim ensina Washington de Barros Monteiro<sup>12</sup>, “o critério a orientar o juiz, em semelhantes conjunturas, será o do interesse ou conveniência do menor, interesse ou conveniência que há de preponderar sobre os direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais”.

A dificuldade deste entendimento decorre, justamente, em se determinar o interesse do menor, o qual varia de acordo com o caso concreto.

Neste sentido, verifica-se, atualmente, na prática forense, a tendência de se vincular a decisão da guarda à manifestação da criança ou adolescente, proferida numa audiência informal com o juiz e o representante do Ministério Público. No entanto, a doutrina é conflitante.

O jurista Edgard de Moura Bittencourt<sup>13</sup> defende a medida:

É mister, portanto, o expediente de uma observação direta e pessoal, por parte dos juízes, referentemente à vivência do drama, ouvindo as crianças e, eventualmente, aqueles que se propõem a guardá-las. Não para adicionar às peças dos autos mais subsídios formais, que se colecionaram neste processo com exuberância desconcertante, - mas simplesmente para tentarem os julgadores, partilhando embora fugazmente da ambiência real das crianças, discernir, com pontos de referência mais positivos, o que melhor convém aos menores.

Já Yussef Said Cahali<sup>14</sup>, citando precedente do TJSC, entende o contrário:

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: 2003, p. 119.

<sup>13</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Direito Civil – Direito de Família**. 5ª ed. São Paulo: Millenium, 2002: p.

145.

<sup>14</sup> *Ob. cit.* p. 156.

No plano do direito civil, se não há inconvenientes maior na tomada de depoimento de testemunha menor em matéria patrimonial, já no âmbito do direito de família, cuidando-se da separação-sanção de genitores desavindos, mostra-se pelo menos desaconselhável à estabilidade emocional dos filhos menores, compeli-los à prestação de depoimento em desfavor de qualquer dos ascendentes; tanto mais que não são obrigados a depor de fatos que lhes acarretem grave dano ou aos seus genitores (art. 406, I, do CPC).

E prossegue Cahali<sup>15</sup>:

Nesta linha, preciso acórdão do TJSC: A ré interpôs agravo de instrumento visando tornar sem efeito a decisão do juiz, nos autos da separação judicial que lhe move o marido, determinando o comparecimento da filha do casal, com seis anos de idade, para ser ouvida em audiência. A inconveniência e o impedimento da inquirição de menor de 16 anos de idade, estabelecidos tanto no CC como no CPC, foram precisamente salientados no parecer de fls.: "O litígio travado, contudo, não parece esteja a depender desta prova para a ideal solução, e isto porque, pelos instrumentos transladados, se percebe a circunstancial quebra material da fidelidade conjugal, e isto é bem provável, e até mesmo pela tenra idade da testemunha, tenha passado despercebido, além do desconhecimento de certas coisas, poderão resultar em nada, ou, o que pode ser pior, num acontecimento a marcar por muitos e muitos anos o seu caráter e até, quem sabe, por toda a vida. A restrição surge suficientemente catalogada nos CC e CPC, balizando em 16 anos, dez a mais, o impedimento, como consta do art. 142, III, do primeiro, e art. 405, §1º, III, do segundo. Acresce ainda que, por se tratar de menor absolutamente incapaz, os seus interesses despontam protegidos suficientemente em legislação própria específica, o Código de Menores, instituído pela Lei 6.697/79, onde, no art. 5º, está preceituado: 'A proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado'; o que deve, parece também, prevalecer, já que se trata também de interesse da menor, agora de ordem moral. Por último, em se tratando de ação de separação judicial, esta, se decretada, e a criança, em depondo no processo, corre o risco de se pronunciar desfavoravelmente a uma das partes, e se isso ocorrer, difícil será o cumprimento do estatuído no inciso VII do art. 384 do CC, especial no que concerne ao respeito devido.

A literatura especializada defende o afastamento dos menores do universo da separação.

Vale lembrar que o filho, via de regra, não tem interesse em depor, pois, com a medida, é obrigado a relembrar fatos que gostaria de esquecer; a participar de um processo que não deu causa; isto sem falar no sentimento cruel de estar prejudicando um de seus genitores.

Acrescenta-se, ainda, que nos dias que precedem a oitiva do filho pelo juiz, os litigantes podem tentar influenciá-lo mediante artifícios inconsequentes, chegando ao extremo da chantagem.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 160.

Este tipo de barganha pode trazer resultados péssimos, como advertia Maurice Poirot<sup>16</sup>:

As desarmonias que precedem o divórcio nem sempre, infelizmente, deixam a criança fora das querelas, ruidosas ou não, mesquinhas ou sórdidas, as quais, certamente, prejudicam a beleza da imagem dos pais. A pior das traições à missão de pai ou mãe é a que consistem em tomar voluntariamente a criança para testemunha dessas desarmonias e, ainda mais grave, em obrigá-la a julgar, isto é, a escolher. A brincadeira estúpida, inocente em suas intenções, se não em suas conseqüências, que consistem em perguntar-lhe se gosta mais de papai ou mamãe, toma aqui um sentido verdadeiramente trágico, e pode mutilar definitivamente um ser de afetividade ainda frágil, porque mal organizada.

No direito positivo, tanto o Código Civil como o Código de Processo Civil vedam a oitiva de menores em juízo. Tais dispositivos continuam prevalecendo mesmo após a superveniência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê a possibilidade do juiz colher a opinião das crianças ou adolescentes em duas situações:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§1º. Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada".

Art. 161.(.....)

§2º. Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente.

O artigo 28 do ECA regulamenta a colocação da criança ou adolescente que se encontra em situação irregular (órfão ou abandonado) em família substituta. A guarda, neste caso, é conseqüência do deferimento da tutela ou adoção (somente em casos excepcionais será deferida fora destes casos - art. 33, §1º da Lei 8.069/90).

Tratando-se de colocação em família substituta (principalmente no caso de adoção, cuja decisão é irrevogável - art. 48 da Lei 8.069/90), é natural que se proceda a oitiva do menor, para se verificar o grau de afinidade e adaptação do mesmo à nova família, bem como a forma como vem sendo tratado e/ou se deseja permanecer com aquela, caso esteja no estágio de convivência (art. 46 da Lei 8.069/90). O mesmo entendimento aplica-se para o artigo 161, §2º, que versa sobre a alteração da guarda decorrente da perda do poder familiar.

<sup>16</sup> POIROT, Maurice. *A Criança e a Família*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 2002: p. 163.

Tais situações são abstraídas do processo de separação judicial, até mesmo porque não existe disputa pela guarda nem perda do poder familiar, tornando inaplicável, mesmo que por analogia, o disposto nos artigos 28 e 161, §2º, da Lei 8.069/90 para aquele caso.

Todas estas questões são ponderáveis e nada mais fazem do que proteger os menores, inclusive de eventual impulso inconsequente emanado dos próprios pais. E estes é que devem, em princípio, produzir as provas dos fatos que alegam, dentro do sistema processual, o qual, de regra, veda a oitiva de menores em juízo.

Entretanto, sendo estritamente necessário, pode o juiz ouvir o menor, como informante, a fim de que este relate a situação por que está passando, aplicando-se a exceção prevista no §4º do artigo 405 do CPC. Esta exceção é justificada pela dificuldade de, em alguns casos, se produzir prova eficiente dos fatos alegados pelas partes. A dificuldade da prova em direito de família é natural - a maioria dos fatos relevantes acontece no restrito âmbito familiar. Mas, havendo estas provas, a oitiva dos filhos pelo juiz é dispensável.

Vale destacar dois aspectos relevantes:

A - o magistrado deve dificultar ao máximo a utilização desta exceção, sob pena de tornar-se regra: trata-se de uma prova fácil, e, por isso mesmo, atrativa, mas que poder gerar efeitos nocivos ao menor;

B - a idade, o meio social, o ambiente familiar, a formação escolar e outras circunstâncias pessoais do menor devem ser consideradas para se determinar a conveniência da sua oitiva.

Claro que, nestes casos, a sentença não estará vinculada ao desejo eventualmente manifestado pelo menor na referida audiência. Aliás, tomá-lo por fiel da balança, além de cruel, é desnecessário, pois se ele for ainda criança, sua manifestação não considerará circunstâncias que desconhece ou não tem condições de entender, mas que são determinantes na causa; se for adolescente, possuirá discernimento e autodeterminação suficiente para escolher com quem deseja ficar, independentemente da decisão judicial.

Assim é o magistério de Jorge Franklin Alves Felipe<sup>17</sup>, "de que adianta, por exemplo, deferir a guarda de uma criança de 13 ou 14 anos a um dos cônjuges contra a vontade dela? Ela é livre para sair e voltar à sua casa e, certamente, sobrelevará o seu próprio interesse à determinação judicial".

Em conclusão: a oitiva de filhos em juízo é admitida processualmente como exceção, sob pena de priorizar a facilidade da instrução processual em detrimento dos interesses dos

<sup>17</sup> FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Aspectos do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey: 2000: p. 110.

menores; e tanto a doutrina quanto a jurisprudência recomendam o afastamento dos filhos do universo da separação, fundamentando, ainda mais, a precariedade da medida, que deve ser tomada apenas quando indispensável à solução final, diante da anemia probatória.

## 4.2. SINDICÂNCIA SOCIAL

A disputa pela guarda, não raro, mascara sentimentos pouco nobres dos pais: discordância quanto ao pensionamento, rancor, ressentimento, ciúme e vingança. Deve-se sempre ter em mente que utilizar o filho para atingir o ex-cônjuge é inconseqüente, cruel e demonstra incapacidade, de quem assim procede, para o exercício da guarda.

Diante desta realidade, as partes podem se lançar ao litígio proferindo alegações graves, mas sem o correspondente respaldo probatório.

Tratando-se de ação envolvendo interesses de menores, não seria razoável deixar o ônus da prova exclusivamente para as partes, como exige o artigo 333 do Código de Processo Civil, tanto em virtude da reconhecida dificuldade na sua produção (testemunhas pouco presenciam as alterações domésticas), como também devido ao volume de contradições constantes no processo.

Este é o entendimento apontado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>:

Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

Valendo-se do reconhecido trabalho do serviço social forense, os juízes da vara da família passaram a determinar o acompanhamento de ações envolvendo guarda de filhos pelos assistentes sociais.

Edgard de Moura Bittencourt<sup>19</sup>, citando a experiência da Corte de Paris, defende a medida, "a sindicância objetiva apura as condições morais, sociais, econômicas e

<sup>18</sup> STJ: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

<sup>19</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Ob cit.* p. 158.

educacionais dos pais, do menor e do meio em que vive. Com isto, pode o julgador dispor com mais segurança sobre o regime de guarda dos filhos”.

A utilização do apoio de assistentes sociais em causas envolvendo menores não é novidade no direito pátrio.

Em Santa Catarina, o Código de Divisão e Organização Judiciária de 1979 já regulamentava o apoio dos assistentes sociais à justiça da infância e juventude.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os assistentes sociais foram chamados a compor a equipe interprofissional destinada a assessorar os juízes nas ações pertinentes aquele juizado, conforme art. 150.

Em juízo, o assistente social forense pode atuar como auxiliar ou colaborador do Poder Judiciário, dependendo da previsão, ou não, na lei de organização judiciária correspondente (CPC, art. 139). Sua função, contudo, não é investigativa.

Levando-se em consideração sua competência constitucional (CF, art. 203), bem como suas atribuições, regulamentadas pela Lei 8.662/93, o trabalho de apoio ao juízo, feito pelo assistente social forense, deve se limitar à vistoria, de cunho informativo, das condições fáticas vividas pelo menor, e não a investigação dos acontecimentos.

O termo "sindicância social", assim, seria inadequado, pois levaria o assistente social à condução de verdadeiros inquéritos, o que, de fato, não é sua função.

Deve-se ter em conta que o estudo social é produzido sem observância dos princípios judiciais (publicidade, contraditório e ampla defesa), o que ressalta a necessidade da instrução processual para confrontar as observações dos assistentes sociais com as provas produzidas pelas partes.

E mesmo reconhecendo o direito à livre manifestação do ponto de vista técnico, não raro encontram-se estudos sociais contendo análises subjetivas do comportamento dos pais, o que somente teria validade se feito por profissional qualificado.

Também neste sentido, é comum encontrar nas conclusões destes estudos a opinião do assistente social sobre o caso, o que é dispensável, pois, como já visto, o serviço social forense não atua no processo como perito. Por decorrência, eventual discordância do magistrado quanto a opinião do assistente social sequer se dará pela aplicação do disposto no artigo 436 do CPC.

Por estas razões, adverte Bittencourt<sup>20</sup>:

---

<sup>20</sup> *Idem*: p. 160.

Quando o juiz não puder formar sua convicção com os elementos probatórios comuns e com sua observação pessoal e fundamentada, deverá valer-se daquele meio. Mas será cuidadoso na indicação do sindicante, ou dos sindicantes, e na análise das pesquisas e informações, confrontando-as com os demais elementos a seu alcance. Sobretudo, não se apoiará, sem razões sérias de convencimento, nas conclusões e propostas do sindicante, para evitar esse fenômeno, muito comum, do acolhimento apressado de laudos, que caracteriza verdadeira delegação de justiça.

Concluindo, como também leciona Bittencourt<sup>21</sup>:

O estudo social apresenta-se como mais uma opção para o magistrado durante a instrução processual em ações de guarda de filhos; não sendo obrigatório, o indeferimento de pedido de realização de estudo social, feito pela parte, não caracteriza cerceamento de defesa; uma vez determinada sua realização, cabe ao juiz analisar seu conteúdo com atenção, filtrando as informações relevantes e abstraindo influências dispensáveis.

Vale ressaltar, finalmente, que o assistente social forense responde pelos seus atos na esfera civil, criminal e administrativa, nesta podendo o ser em até três circunstâncias:

- A - Por infração ao código de organização judiciária estadual, se houver previsão;
- B - Sindicância administrativa prevista aos servidores públicos em geral;
- C - Punição perante seu órgão de classe (Conselho Regional de Serviço Social), por infração ética (Lei 8.622/93, art. 10, V).

---

<sup>21</sup> Ob. Cit. P.192

## 5. A GUARDA COMPARTILHADA E O ADVENTO DA LEI Nº 11.698/2008

Como já dito anteriormente nesse trabalho, a ruptura de uma união é sempre um momento difícil para toda família e em especial para os filhos, principalmente no tocante a dúvida cruel que paira sobre eles sobre “com quem fico?”.

Atendendo aos anseios da sociedade e de uma treva de desencontros existente na jurisprudência, foi promulgada em 13 de junho de 2008 a Lei nº 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, instituindo e disciplinando o instituto da *guarda compartilhada*.

Como bem lembra Waldyr Grisard Filho<sup>22</sup>:

Com a expressa previsão legal da guarda compartilhada, fica garantido um amplo esquema de convivência, contato e comunicação entre pais e filhos, muito embora um deles não mantenha vida em comum. Cuida-se de um direito dos filhos à responsabilidade de ambos os pais em sua criação e educação, por uma adequada e grande aproximação entre pais e filhos, depois da separação do casal conjugal. Esta é uma realidade mundial. São exemplos, o Código Civil espanhol (arts.156,159,160), o Código Civil português (art.1905º), o Código de Família de Cuba (arts. 57-58), o Código Civil uruguaio (arts.252,257) e o Código Civil francês (art.373-2).

O exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar suas atitudes pessoais a favor do bem estar de seus 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 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 envolvimento dos pais na criação dos filhos garante a eles forte estabilidade psicológica. Os critérios educativos podem ser diferentes ou compartilhados, tanto em uma guarda exclusiva como em uma alternada, unilateral ou compartilhada. Em qualquer modelo de guarda, salvo no da nidação, os filhos terão dois lares por onde circularão livremente. Seu domicílio

---

<sup>22</sup> Ob.Cit. P.192

necessário é o do genitor com quem viva, lugar em que habitualmente exercerá seus direitos e cumprirá suas obrigações.

Cita ainda Grisard<sup>23</sup>:

O mais importante para a nova lei ao instituir e disciplinar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho (na guarda compartilhada é privilegiada a idéia de "estar com"), eliminando a possibilidade de existir "ganhadores" e "perdedores", logrando proclamar um único "vencedor": o filho. Essa principal alternativa de cuidados e atenções aos filhos menores não é uma utopia, mas uma ferramenta eficaz na preservação do bem estar da criança.

O artigo 1.583 do Código Civil, alterado pela Lei nº 11.698/08, tinha a seguinte redação, "no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos".

A Lei 11.698/08, que vigora presentemente, deu-lhe a seguinte redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

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

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

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

§ 4º (VETADO).

A exclusividade da guarda única, e preferentemente à mãe, com reduzidas visitas pelo pai, perde sua majestade. Agora a seu lado e no mesmo patamar normativo, orientada pelos princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança, coloca-se a guarda compartilhada. Embora lícita e possível no direito anterior à Lei 11.698/08, como antes observado, sua aplicação no cotidiano do foro era incipiente, apesar de promover maior, mais próxima e efetiva participação de ambos os pais na rotina dos filhos, o que é fundamental para o equilíbrio emocional da criança. As mudanças experimentadas pela sociedade nesse campo exigiram a edição dessa lei. O novo caput do artigo 1.583 do CC, expressando um sistema

<sup>23</sup> Ob.Cit. P. 193-194.

dual – de cuidados aos filhos depois da ruptura da união de seus pais, sepulta o modelo unilateral como paradigma absoluto, reconhecendo como preferencial o modelo compartilhado (art. 1.584, §2º).

A primeira parte do §1º do art. 1.583, conforme redação dada pela Lei 11.698/08 define a guarda unilateral como aquela que é atribuída a um dos genitores ou a alguém que os substitua (art. 1.584, §5º), terceira que não detenha sobre a criança o poder familiar (avós, tios, madrinha). Na guarda unilateral, enquanto uma pessoa tem a guarda, a outra tem em seu favor regulamentadas visitas. Esse modelo tem o inconveniente de privar o filho da convivência contínua de um dos pais, inconveniente de tal ordem que provocou a presente mudança legislativa. Uma delas é que a expressão “melhores condições” (art. 1.583, §2º), enfatizando a aplicação do melhor interesse do menor, passa a ter interpretação condicionada na própria lei (afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar, saúde e segurança, educação), unindo elementos biológicos, afetivos e sociais. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, ou seja, ao exercício de um poder-dever em favor do filho na concretização dos fatores que a justificaram (art. 1.583, §3º).

Waldyr Grisard Filho<sup>24</sup> comenta o presente artigo, principalmente com relação à utilização das expressões “pai” e “mãe”, não citando a possibilidade de outros parentes:

Ao conceituar a guarda compartilhada, referindo ser a responsabilização conjunta do “pai” e da “mãe”, o legislador parece ter restringido seu exercício unicamente aos genitores, o que também dá a entender o §5º do art. 1.584. E isso porque, ao definir a guarda unilateral, utiliza-se do complemento “ou alguém que o substitua, referência omitida em relação à guarda compartilhada. Uma tal interpretação não deve prevalecer porque o parágrafo deve ser interpretado no sentido ativo do caput. A jurisprudência, antes mesmo da nova lei, já registrava vários casos de concessão de guarda compartilhada a pessoa diversa dos genitores.

Então se percebe que a guarda unilateral pode ser atribuída não só a um dos pais, mas também a terceira pessoa. Portanto, igual possibilidade não se exclui na atribuição da guarda compartilhada, podendo igualmente ser deferida a terceira pessoa sem se perder o referencial do princípio de controle, regulação e fiscalização dos superiores interesses do menor. Na consideração dos princípios da dignidade da pessoa humana, tanto no sentido de sua proteção como no de sua promoção a uma participação ativa em seu destino, e da afetividade nas relações familiares, importa concluir que as expressões “pai” e “mãe” contidas no dispositivo ora em comento, não se limitam aos sujeitos biologicamente vinculados, mas se entendem a todas as pessoas que exercem tais funções.

<sup>24</sup> Ob. Cit. P.197

Já o artigo 1.584 do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/08, tinha a seguinte redação:

Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto a guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

A Lei 11.698/08, que vigora atualmente, deu-lhe a seguinte redação:

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.

Verifica-se que o art. 1.584 do Código foi profundamente alterado pela lei. Em um primeiro momento, afirma-se que a guarda compartilhada (ou unilateral também) pode ser decretada *por requerimento consensual dos pais ou de qualquer deles* (inciso I); ou ainda *judicialmente* (inciso II).

Dessa forma, então, não há que se olvidar que a tarefa de aplicação da guarda compartilhada torna-se muito mais fácil quando há consenso entre os pais a respeito deste instituto. Para tanto, eles devem estar completamente cientes das responsabilidades que irão cumular e, principalmente, dos benefícios que a medida trará aos filhos menores. Atento a

tudo isso, o art. 1.584, § 1º, passa a estatuir que "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".

Waldir Grisard<sup>25</sup> afirma o seguinte sobre o tema:

O ponto mais polêmico da guarda compartilhada, pelo menos para parte da doutrina civilista, diz respeito à aplicação da medida justamente quando não ocorrer o consenso acima mencionado. Nesse caminho, diante da existência prévia de litígio entre os pais dos menores, não seria recomendável a fixação desta espécie de guarda, sob pena não só de frustração da medida, mas, sobretudo, de violação do melhor interesse dos filhos. É com esse fundamento que parcela da doutrina vem criticando o teor do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, que assim dispõe: "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada."

No entender dessa corrente, tal dispositivo, ao estabelecer como regra geral a guarda compartilhada na hipótese de inexistência de acordo entre os pais (por determinação judicial, portanto), implicaria em um franco retrocesso, pois o art. 1.584, no seu *caput*, antes da alteração feita pela lei, determinava que, nesse caso, a guarda dos filhos será "atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la", o que resguardaria com mais eficiência o melhor interesse do menor.

Waldir Grisard Filho<sup>26</sup> ainda aduz:

Em resumo, seria um grave erro impor a guarda compartilhada como regra geral em não havendo acordo dos pais sobre ela, pois seria enorme o risco de frustração dessa medida nessa hipótese, motivo pelo qual deveria ser mantida a regra geral anterior, mais condizente com o princípio do melhor interesse do menor.

Destarte, o problema apontado por essa parcela da doutrina é apenas aparente.

De fato, a redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, é, sem dúvida alguma, a maior inovação trazida pela Lei nº 11.698/08. Em verdade, tal dispositivo pretendeu afastar a guarda unilateral (mesmo aquela exercida por "quem revelar melhores condições", como afirmava o antigo art. 1.584, parágrafo único) como regra geral, substituindo-a pela guarda compartilhada.

Essa mudança da regra geral de estipulação da guarda judicial deve ser intensamente comemorada, pois, como já visto ao longo deste trabalho, a guarda compartilhada, por diversos motivos, é aquela medida que mais se coaduna com o princípio do melhor interesse do menor.

<sup>25</sup> Ob. Cit. P.208

<sup>26</sup> Ob. Cit. P.209

A existência de litígio entre os pais não prejudicará o sucesso da guarda compartilhada. Isso porque, para a aplicação desta medida na referida hipótese, exige-se previamente a realização da mediação interdisciplinar, meio altamente eficaz de resolução de conflitos familiares. Apenas e tão-somente no caso de insucesso da mediação, algo que, na prática, se verifica pouco provável, é que se recorrerá à medida excepcional da guarda unilateral, desde que com os parâmetros definidos no art. 1.584, § 5º (será atribuída a quem revelar compatibilidade com a natureza da medida), tudo em proteção ao melhor interesse do menor.

E prossegue Grisard<sup>27</sup>:

É com esse raciocínio que deve ser lida a expressão "sempre que possível" indicada no art. 1.584, § 2º, ou seja, em caso de inexistência de acordo entre os pais sobre a guarda do filho, valerá a regra geral da guarda compartilhada, sempre que a mediação previamente feita conseguir semear terreno fértil para a sua consecução, conseguir que o conflito existente entre os genitores, se não for solucionado, pelo menos não interfira no cumprimento conjunto do poder familiar; em não acontecendo tal êxito, aí sim a guarda compartilhada não será possível, devendo ser aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, com os ditames estipulados pelo já citado § 5º do art. 1.584.

Nesse sentido, vale a pena noticiar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recentemente, já sob a égide da Lei nº 11.698/08, entendendo não haver harmonia suficiente entre os pais que permitisse o sucesso da guarda compartilhada, prolatou a seguinte decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilha está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70025244955, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008, Publicado em 01/10/2008).

<sup>27</sup> Ob. Cit. P.209

Assim conclui Luiz Felipe Lyrio Peres<sup>28</sup>:

Embora, portanto, a lei em análise deva ser comemorada pela comunidade jurídica nacional, de outro lado, ela comete um grave erro ao determinar que o art. 1.584, § 4º, tenha a seguinte redação: "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". Ora, esse dispositivo fere de morte o princípio do melhor interesse do menor, pois se preocupa muito mais em punir uma conduta irregular dos pais do menor, ignorando que essa punição, na verdade, prejudicará sensivelmente o desenvolvimento do filho, que perderá tempo precioso de convívio com seus genitores.

Concluindo, não obstante suas falhas, as quais devem ser apontadas para aprimoramento da sua aplicação, a Lei nº 11.698/08, deve ser bem recebida pela comunidade jurídica nacional.

Como pode se perceber no transcorrer do trabalho, é fundamental que ambos os pais estejam presentes na vida de seu filho, para ele tenha um desenvolvimento físico, intelectual e espiritual correto. Desde muito cedo a criança percebe a relação que existe entre ela e seus pais. Dessa maneira, esse constante apoio possibilita ao menor desenvolver suas aptidões, uma vez que se sente seguro e confiante. Na verdade, se espera que a aplicação da nova legislação seja de uma forma planejada e bem elaborada, para não prejudique ainda mais a relação paterno/materno e filial.

---

<sup>28</sup> PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

## 6. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Como visto até aqui, a guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no direito de família, pois dela depende diretamente o futuro do menor. A guarda única ou exclusiva, aquela conferida a um só dos genitores, passou a ser insuficiente para atender as necessidades e interesses dos pais e principalmente dos filhos.

De igual forma, viu-se que a guarda pode ser definida como o conjunto de deveres que os pais têm em relação à pessoa e aos bens dos filhos. O direito de guarda é antes de tudo um dever de assistência material e moral, devendo sempre ser levado em consideração o interesse do menor. Portanto, não se recomenda a pessoas inidôneas, imaturas ou portadoras de qualquer deficiência de natureza psíquica ou comportamental, podendo ser modificada a qualquer momento.

Foram a partir dessas mudanças nos ciclos de vida familiares, como o surgimento de famílias monoparentais, que o compartilhamento da guarda passou a ser questionado.

Como bem assevera Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles<sup>29</sup>:

O afã da busca por uma nova forma de relacionamento pessoal entre a prole e o ex-casal é consequência da falência de um modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Com isso, casais separados respeitam-se, aceitam seu papel de genitor com os filhos havidos em comum e esforçam-se ao máximo para que seja mantida uma unidade no que se refere ao cuidado dos filhos. Desta forma, os pais não podem, injustificadamente, privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes.

A guarda compartilhada ou conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental aos pais que desejam continuar a relação com os filhos quando ocorre a fragmentação da família.

<sup>29</sup> SALLES, Karen Ribeiro Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

Continuando com o ensinamento de Karen Nioac<sup>30</sup>:

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a idéia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar. A partir deste novo conceito, é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a idéia de estar com, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e conseqüentemente dos pais.

Sendo assim, a justificativa para a adoção desse sistema está na própria realidade social e jurídica, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos.

A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para seu desenvolvimento emocional de forma saudável.

Esta modalidade, como visto acima, refere-se a um tipo de guarda onde os pais dividem a responsabilidade legal sobre os filhos, ao mesmo tempo em que compartilham suas obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. Desta forma, evita a sobrecarga dos pais e minimiza o conseqüente impacto da ansiedade e do estresse sobre os filhos. Conclui-se que um dos pais pode manter a guarda material ou física do filho, porém ambos possuem os mesmos direitos e deveres para com o menor.

Sendo assim, a guarda compartilhada ou conjunta é vantajosa por privilegiar a continuidade na relação da criança com seus genitores após a separação destes e ao mesmo tempo mantém ambos responsáveis pelos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor.

Tal modalidade de guarda, hoje já prevista legalmente após o advento da Lei 11.698/08 e ainda tem o apoio constitucional, por força do que prevê o art. 226, § 5º e § 7º da CF/88, ao estabelecer que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, além do estabelecido nos princípios da dignidade da pessoa humana.

Sem dúvida alguma não se pode deixar de ressaltar que o modelo de guarda compartilhada não deve ser imposto como solução para todos os casos, havendo situações em que o modelo é inadequado e até mesmo contra-indicado, como no exemplo da tenra idade dos filhos. Na prática da guarda compartilhada, obriga a permanência dos pais na mesma cidade, o diálogo entre o casal, e demais fatores específicos da cada caso.

---

<sup>30</sup> *Iden.* p. 99.

As vantagens da guarda compartilhada são maiores que as desvantagens, basicamente em função de uma melhora na auto-estima do filho, diminuição do sentimento de tristeza, frustração, rejeição e do medo de abandono, já que permite o acesso sem dificuldade a ambos os pais. Também ajuda na inserção da nova vida familiar de cada um dos genitores, além de ter uma convivência igualitária.

Cabe aqui apontar, também o brilhantismo de Waldyr Grisard Filho<sup>31</sup>:

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais. “Os filhos querem estar ligados aos dois genitores e ficam profundamente aflitos quando precisam escolher um ou outro”, ressaltava Edward Teyber. Cooptados à verdade de cada qual dos genitores, repetirão o discurso do pai quando na companhia deste ou da mãe em igual situação, aumentando o conflito. A guarda compartilhada eleva os padrões éticos dos pais, quando reconhecem que, para o filho, o ex-cônjuge tem a mesma importância que eles, evitando que a criança tenha que decidir com qual dos genitores gostaria de ficar. Françoise Dolto já advertia que “a criança deve sempre ser ouvida - o que de modo algum implica que, depois disso, se deva fazer o que ela pede”.

Não são muitas as desvantagens neste tipo de guarda.

Cabe lembrar que, através de informações fornecidas por psicólogos da teoria sistêmica, puderam constatar em seus consultórios no atendimento dos filhos (crianças e adolescentes) que o maior sintoma é a falta dos pais, o medo do abandono, as conseqüências de uma separação, seja consensual ou litigiosa. Este é o entendimento exposto na obra de Karen Ribeiro Nioac de Salles<sup>32</sup>.

Na guarda compartilhada o filho não perde o vínculo com os pais, permanecendo certo tempo com o pai e outro período com a mãe. Um triste exemplo e ao mesmo tempo muito comum de ocorrer é o pai pensar que se não é o guardião, deve manter-se distante da educação do filho, pois considera que a justiça dá plenos poderes a guardiã que detém a guarda.

Alguns desses pais acabam por afastar-se de seus filhos provocando, sem dúvida alguma, sentimentos de angústia desnecessários. São os filhos quem acabam por pagar o maior tributo por tais comportamentos, visto que sofrem por viver em meio ao fogo cruzado de seus pais e podem apresentar sérios sintomas, como dificuldades afetivas, sociais e de aprendizado.

<sup>31</sup> Ob. cit. p. 218.

<sup>32</sup> Ob. Cit.

Neste ponto, salienta-se novamente o ensinamento de Waldyr Grisard Filho<sup>33</sup>:

Nessa perspectiva, o Direito não pode prescindir do conjunto de conhecimentos oferecidos por outras ciências, para bem dispor sobre um equilibrado relacionamento quer entre os ex-cônjuges, quer entre estes e seus filhos. E esses conhecimentos são particularmente relevantes quando se considera a escalada das desuniões e todas as questões relativas à reorganização familiar, dentre elas a guarda de filhos.

Hodiernamente, a possibilidade jurídica da guarda compartilhada como mencionado, leva em consideração as vantagens tanto para os genitores quanto aos filhos, restando aos operadores do direito ter a consciência do melhor interesse do menor.

Complementa Grisard<sup>34</sup>, alegando que:

A guarda compartilhada reflete o maior intercâmbio de papéis entre o homem e a mulher, aumenta a disponibilidade para os filhos, incentiva o adimplemento da pensão alimentícia, aumenta o grau de cooperação, de comunicação e de confiança entre os pais separados na educação dos filhos. Isso lhe permite discutir os detalhes diários da vida dos filhos, como pressuposto do novo modelo.

Os filhos precisam igualmente do pai e da mãe. É necessário que um permita o direito de existência do outro na vida de seus filhos. A separação conjugal não pode se estender à ruptura parental, pois a criança precisa de ambos para ter um bom desenvolvimento cognitivo, psíquico e emocional.

Por tudo isto é que o modelo de guarda compartilhada é o caminho possível para assegurar aos filhos de pais separados a presença contínua em harmonia de ambos os genitores.

---

<sup>33</sup> *Idem*, p. 185.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 188.

## 7. CONCLUSÃO

O objetivo principal deste trabalho foi analisar e avaliar o instituto da guarda compartilhada.

Para tanto se teve, primeiramente, que conhecer os posicionamentos dos juristas e estudiosos, bem como as tendências atuais com relação ao tema Guarda Compartilhada no Brasil e, ainda, sua evolução histórica.

Por intermédio da análise dos dados bibliográficos coletados, tentou-se atingir o ponto de equilíbrio entre as decisões tomadas pelos magistrados e o crescente desejo dos chamados "Novos Pais" de ter o seu direito de convivência com o filho preservado.

Procurou-se, também demonstrar, as mudanças que a estrutura familiar brasileira sofreu, fazendo com que a guarda compartilhada surgisse, neste íterim, como mais uma opção razoável para os novos tempos.

Verificou-se, de igual forma, os parâmetros utilizados pelos magistrados para sentenciar a favor da guarda compartilhada, mesmo quando ainda não se dispunha dispositivo legal próprio e sua aplicabilidade a partir do advento da Lei 11.698/08.

Viu-se, ainda, que são muitas as dificuldades na aplicação da guarda compartilhada, principalmente em separações judiciais litigiosas.

Por outro lado, não se pode olvidar que a tendência doutrinária e jurisprudencial é adotar a modalidade de guarda compartilhada, seja fática ou de direito, seja exigindo a aplicabilidade do novo texto civil trazida pela Lei 11.698/08, buscando sempre como fundamento para tal mister a transformação da vida de famílias que, embora separadas fisicamente, não devem ser destituídas de seus principais vínculos afetivos, uma vez que os pais que se separam, não perdem o Poder Familiar sobre os filhos e, portanto, não necessariamente devem perder a guarda.

Por fim, ressalta-se mais uma vez que este trabalho não pretendeu discutir as questões sócio-econômicas que envolvem as dissoluções conjugais, mas levantar as questões que envolvem a forma como será decidido o futuro do menor, a quem caberá tal responsabilidade,

e encontrar uma possível solução para um lapso que vem sendo cometido nos tribunais pátrios ao não analisar ou expor, ainda que por meio da mediação (extrajudicial), outra possibilidade de defender os interesses do menor e garantir uma maior convivência dos filhos com seus pais, mesmo que estes não mais estejam relacionando-se.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1997.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Direito Civil – Direito de Família**. 6ª ed. São Paulo: Millenium, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARCERIERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&lsTextoId=Acesso> e 22.02.2006.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Aspectos de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho**. Belo Horizonte: Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 22.01.2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada – quem melhor para decidir a respeito?** Disponível em: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5131.htm>. Acesso em: 24.01.2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada – um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda Compartilhada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

POIROT, Maurice. **A criança e a família**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 2001.

QUELUZ, Ana Gracinda; CORDEIRO, Ana Maria. **Tempo de ser criança**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=526&p=2>. Acesso em: 24.03.2009.

SALLES, Karen Ribeiro Nioac de. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SILVA, Chico. LOBATO, Elaine. MORAES, Rita. Entre dois Amores. **ISTO É**. São Paulo. 06/02/02, n.º: 1688. p. 56.

TAPAI, Giselle de Melo Braga. **Novo Código Civil – Lei Nº 10.406/03**. Obra coletiva da Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.