



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

RITA DE CÁSSIA VIEIRA MELO

GUARDA COMPARTILHADA

JUIZ DE FORA

2008

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

RITA DE CÁSSIA VIEIRA MELO

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.

Orientador: Prof. Mestre Fábio O.
Vargas

JUIZ DE FORA
2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

RITA DE CÁSSIA VIEIRA MELO

Aluno

GUARDA COMPARTILHADA

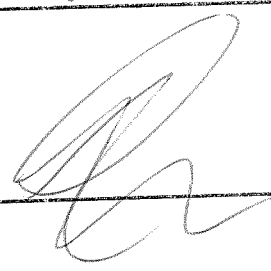
Tema

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

FÁBIO DE OLIVEIRA VARGAS 

LAURA A. VIEIRA 

ALOYSIO L. DE PAULA JUNIOR 

Aprovada em 08/12 2008.

Dedico este trabalho em especial a minha família,
pelo carinho e incentivo.

Nossos especiais agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me provido saúde e sabedoria. A minha família, pelo incentivo contínuo e aos mestres pelo aprendizado.

RESUMO

Guarda compartilhada ou conjunta, é a situação jurídica onde os pais separados judicialmente ou de fato, detêm o direito compartilhado à guarda da criança e do adolescente. O exercício da autoridade parental, para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos, fragmenta a família, e o novo modelo é um chamamento aos pais que vivem separados para partilhar esta responsabilidade de forma mais harmônica protegendo assim o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade. A mudança como resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois genitores registra grande confusão para as famílias, bem como para os operadores do direito, que certamente precisarão de tempo e acompanhamento para sanar as dúvidas quanto a sua eficácia e os benefícios do argumento legal. Como momento novo na rotina da sociedade, esse estudo tratará basicamente das justificativas que levaram o legislador à adoção da guarda compartilhada para os dias futuros das famílias desfeitas e as controvérsias e opiniões já manifestadas.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Autoridade Parental, Eficácia.

SUMÁRIO

01. INTRODUÇÃO.....	07
02. MUDANÇA DE PARADIGMA DA ESTRUTURA FAMILIAR	08
03. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	10
04. LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008	12
05. ESPÉCIES DE GUARDA	14
06. A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA	16
07. INSTRUÇÃO PROCESSUAL.....	18
7.1 A oitiva dos filhos em juízo	18
08. SINDICÂNCIA SOCIAL	23
09. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	26
CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS	29

1 INTRODUÇÃO

Inúmeras são as influências do ambiente social para a formação da personalidade humana. Inegavelmente, a família é a mais importante de todas. É ela que proporciona as recompensas e punições, por cujo intermédio são adquiridas as principais respostas para os primeiros obstáculos da vida. É instituto no qual a pessoa humana encontra amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade.

Atualmente, cada vez mais o paradigma da estrutura familiar é alterado. Surgindo assim, com a sociedade contemporânea, novas concepções de família.

Com a constância das relações não conjugais, sejam elas por ruptura ou por de fato nunca terem existido, surge a preocupação com guarda dos frutos desta relação, trazendo a tona um novo tipo de guarda, a Guarda Compartilhada, as possibilidades tradicionais e usuais de guarda já não mais atendiam por completo essas novas relações familiares.

Assim, em 13 de junho de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.698, alterando os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, objetivando pacificar e atender as novas necessidades familiares e principalmente as necessidades específicas do filho, reconhecendo o direito da criança de conviver com ambos os genitores, questionando a primazia materna tradicional.

Esta nova lei leva não só o judiciário, mas a sociedade como um todo a pensar e organizar uma nova forma de arranjo guarda das crianças, desvinculando a figura de um só genitor, ou do que se denomina “guarda dividida”, na qual o menor vive em um lar fixo e recebe visitas periódicas do pai ou da mãe, não possuidor da guarda. É o conhecido sistema de visitas.

Com este novo tipo, guarda compartilhada ou conjunta (ressalvando que é apenas mais um tipo, e não o único), surgem novos questionamentos e possíveis soluções, passando pelas vantagens e desvantagens, condições e avaliações para a concessão, indicações e contra-indicações, com relação à família, abrangendo outros graus de parentesco e ainda da criança ou adolescente com aqueles. Possibilidades estas imaturas tanto no cunho jurídico, quanto social.

Assim, o presente estudo, busca aprofundar de forma objetiva estes questionamentos, abordando, os pontos positivos e negativos e ainda a transição teórica da guarda compartilhada para a prática, real acolhimento.

2 MUDANÇA DE PARADIGMA DA ESTRUTURA FAMILIAR

O conceito de família vem sofrendo grandes mudanças nas últimas décadas, acompanhando as tendências de desenvolvimento nos âmbitos econômico, tecnológico, político e cultural. No Brasil, principalmente após a entrada da mulher no mercado de trabalho, observa-se grandes transformações nos papéis familiares, relações de poder, valores individuais e coletivos, estrutura e capacidade de decisões referentes à família.

Ao tratar desta mudança de paradigma é preciso interdisciplinar, apoiando-se muitas vezes na psicologia, psicanálise e sociologia, cada vez mais necessárias para o Direito, principalmente quando o objeto de estudo envolve o direito de família, como em questão.

Na época presente, emergem novas representações sociais da família, fruto, entre outros aspectos, da reconfiguração profissional da mulher, como já dito e das modificações ocorridas na tradicional divisão sexual do trabalho. A distinção dos papéis de pai e mãe tornou-se menos clara na medida em que ambos provêm para a subsistência da família e dividem os cuidados com os filhos.

Quando se pensa de modo geral em ruptura conjugal, ou até mesmo na possibilidade desta nunca ter existido, parece que tanto o judiciário quanto os pais, ainda tomam como referência aquele modelo de família estático, no qual o pai é o provedor financeiro (pagamento da pensão alimentícia), e a função da mãe é cuidar dos filhos, direcionando assim para a guarda exclusiva. Esse modelo habitual pode trazer conseqüências não satisfatórias para a criança, já que não procuram obter ou compartilhar a guarda dos filhos em ambos aspectos, independente do sexo dos genitores.

Logo, é supra a importância da análise da estrutura familiar de cada caso específico, pois não é mais tão generalizado como antigamente. Há várias possibilidades de organização familiar, logo vários tipos guardas, buscando sempre adequar o tipo a que melhor se ajusta primeiramente a realidade da criança e posteriormente a dos genitores.

Com a Lei nº 11.698¹, fica nítida a visualização desta mudança organizacional da família, uma vez que o legislativo preocupou-se em regular uma nova situação familiar, corrente na sociedade, e que até então ficava por conta do “bom senso” dos pais e juízes.

Assim sendo, conclui-se que a relação pais e filhos, a forma de organizar a família, antecedem a determinação do tipo de guarda. Pois, além da capacidade e disposição, devem-

¹ Altera os arts. 1.583 e 1.854 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil., para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, Brasília, 13 de junho de 2008; LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.

se verificar os vínculos existentes, devido à singularidade que lhe é peculiar, cabendo até mesmo a perícia psicológica.

3 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mesmo anteriormente a regulamentação da guarda compartilhada, o direito positivo nacional já assegurava prioritariamente o bem estar do menor.

Tal assertiva se faz presente tanto nos dispositivos da lei do divórcio quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e com fundamento no artigo 277, *caput*, da Constituição Federal (CF/88).

Desta forma, sempre foi preocupação promover “com absoluta prioridade” (art. 277, CF), o bem estar da criança, assegurando-lhes os direitos fundamentais constitucionais.

Não há discussão no que tange a igualdade entre os cônjuges, tipificado no artigo 226, parágrafo 5º da CF/88, e a prioridade nos direitos da criança, observa-se que a norma infraconstitucional prévia a Lei 11.698, já tendia pela viabilidade da guarda compartilhada.

Dizem os artigos 3º e 7º do ECA, *in verbis*:

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

“Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

Na separação consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, mas o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação se não estiverem preservados os interesses dos filhos menores e dos maiores inválidos (Código Civil, arts. 1.574, parágrafo único, e 1.590).

A Lei nº 6.515/77, em seu artigo 9º, dispõe:

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

Diante do exposto, fica explícita a prioridade da proteção do bem estar da pessoa do filho, com a aplicabilidade legal mesmo que subjetiva.

Para concluir este capítulo, vale mencionar que o pátrio poder é compartilhado pelo pai e pela mãe. Quando há ruptura conjugal, se inexistir causa de ruptura do pátrio poder, este continua na figura do pai e da mãe. Porque os cônjuges podem separar-se, mas não deixam de

ser pai e de ser mãe. Não se confunde a instituição do pátrio poder com a guarda, mas era um fundamento analógico.

Assim, a Lei da Guarda Compartilhada, veio a ratificar e esclarecer pontos obscuros presentes na nossa legislação, objetivando o cada vez mais se aproximar da realidade social e desta forma, conquistar o bem estar não só quanto a subsistência, mas também psíquico-afetivo da criança e do adolescente.

4 LEI Nº. 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.

A Lei 11.698 que criou a guarda compartilhada dos filhos de pais separados entrou em vigor alterando e determinando este novo tipo de tutela como opcional e que poderá ser fixada por escolha dos genitores ou por determinação judicial.

Com a guarda compartilhada, o pai e a mãe passam a dividir direitos e deveres relativos aos filhos, às decisões sobre a rotina da criança ou adolescente, a definição da escola, de viagens, ou seja, todas as decisões passam a ser em conjunto.

Na avaliação do advogado Paulo Lins e Silva², a guarda compartilhada deve ser vista como uma forma de dividir os deveres e direitos sobre a criação da criança. Afirma ele, que esse tipo de guarda deve priorizar o entendimento, acordo entre os pais, evitando que se chegue à determinação judicial. Segundo ele, não se pode esquecer que o compartilhamento pressupõe entendimento entre as partes, e esse tipo de guarda não significa necessariamente que a criança terá que viver alternadamente com o pai e a mãe, pois não se trata de guarda alternativa.

A justificativa do legislador para a mudança na norma há de mostrar à sociedade que ambos têm os mesmos direitos e deveres sobre os seus filhos, visitas, orientação, deveres de decisões e sustentá-los, assim, a pensão alimentícia também deverá ser dividida entre pai e mãe.

A nova lei traz alternativas mais harmônicas e possibilita aos pais que se afastaram do lar ou que nunca conviveram, maior convívio e proximidade com seus filhos, trouxe também, como já mencionado algumas questões que exigirão a partilha das responsabilidades na educação e no dia a dia por parte dos pais. Sendo importante enfatizar a questão da divisão financeira – pensão alimentícia – uma significativa mudança, em concordância com a igualdade no que tange o poder familiar, do pátrio poder.

Diniz³ nos ensina que:

“O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor e não emancipado, e exercido em igualdade de condições, por igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a nora jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.”

² Especialista em Direito de Família

³ DINIZ, Maria Helena. 2005, p.512

É fato que o novo sempre precisa de algum tempo para a aplicabilidade plena. Com a Lei da Guarda Compartilhada não será diferente. Essa tarefa é incómun não só para os operadores do direito, mas sim para toda sociedade, buscando a adequação e compreensão desta nova ferramenta presente no Direito de Família, para que o objetivo principal que é o bem estar da criança ou adolescente, provenientes de uma relação de pais separados, seja alcançado com êxito

5 ESPÉCIES DE GUARDA

A nova lei trouxe uma grande expectativa não para os operadores do direito, bem como para a sociedade em geral.

Habitualmente, os litígios que envolvem a guarda de menores, precedem a sentença, determinando a guarda provisória para um dos cônjuges, como uma situação momentânea, até ocorrer o julgamento de mérito. A definição da guarda atendia a uma das cinco possibilidades oferecidas pela legislação, a conhecer:

Guarda única ou exclusiva, concedida a um dos pais, durante o processo de dissolução da união conjugal, e geralmente por tradição e conservadorismo concedida à mãe. Na grande totalidade das separações ou divórcios, a mãe passa a detentora da guarda física ou material, enquanto o pai ficará como o não-guardião, fornecedor de alimentos indispensáveis ao desenvolvimento dos filhos.

A guarda alternada significa a custódia junto à residência, permite a possibilidade de cada um dos cônjuges detêm a guarda dos filhos durante um período de tempo determinado (dia, semana, mês ou mesmo ano), invertendo-se automaticamente após o período previamente combinado.

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.

O penúltimo modelo de guarda existente é a nidação, também conhecida como aninhamento, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada.

O último tipo de modelo de guarda é o objeto deste estudo, a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada surge num momento em que são expostas as deficiências e desequilíbrios de outros modelos de guarda, que só privilegiam a mãe em muitos aspectos e em outros, penalizando-a com total responsabilidade de educar e formar o caráter das crianças, em detrimento da relação com os pais.

Comprovadamente, o modelo habitual, guarda exclusiva, enfraquece os laços parentais daquele que não a possui, com a falta de contato mais íntimo e duradouro, a nova determinação, mostra a preocupação do legislador na busca de reorganizar as relações entre

pais e filhos, reestruturando a relação familiar e não mais alimentando a desunião do modelo dos doutrinamentos anteriores. Agora, tentando reduzir muitos dos traumas da separação e do distanciamento de um dos pais.

6 A GUARDA COMPARTILHADA NA PRÁTICA

Em conformidade com a nova lei que entrou em vigor em 13 de junho de 2008, alterando os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, referente à guarda de menores, agora, toda vez que se discutir a guarda de menores em processo consensual ou litigioso, o juiz observará em primeiro lugar o que os pais desejam; se pretendem atribuir a guarda a um deles (unilateral), ou se querem a guarda conjunta (ou compartilhada). A nova prescrição faculta aos pais, caso resolvam de comum acordo conceder a guarda a um terceiro, situação em que eles próprios reconheçam não possuir condições de exercer a guarda, nem unilateral, nem compartilhada.

A observância do magistrado deverá conter atenção para que em consenso para qualquer das suas modalidades e desde que não implique contra os interesses dos filhos, o juiz simplesmente homologa o acordo. E em não havendo acordo no tocante à guarda e ainda que haja esse acordo entre os pais, mas não atenda aos interesses dos menores, aplicar-se-á prioritariamente a guarda compartilhada, sempre que possível e tomando por base o atual § 2º do art. 1.1584 do Código Civil, examinadas previamente as condições de viabilidade reais para todos os envolvidos. Não há dúvida de que a tentativa de convencer os pais quanto aos mesmos deveres em relação ao filho que ambos têm, e de a importância da medida e as sanções que poderão lhes advir em caso de descumprimento, § 1º do art. 1.584, também do Código Civil, será menos fácil do que tão somente julgar e determinar sobre a questão.

O desembargador Calandra⁴, diz ser contrário à guarda conjunta para crianças pequenas, considerando que a mudança constante de ambiente e o fato de ter duas pessoas ditando regras não é saudável. Ainda na opinião do juiz, a lei será bem-vinda se os pais aceitarem compartilhar obrigações e não só direitos.

Lofuto⁵, contribui com seu alerta quanto à guarda compartilhada, somente ser válida quando existem diferenças quanto o que é bom para os filhos; quando ambos os genitores possuem as mesmas expectativas em relação a eles, os mesmos valores, são diligentes, afetivos e reconheçam que seus filhos, submetidos a essa modalidade de guarda, estariam na melhor das situações, dada impraticabilidade de manter-se a união conjugal. Para a mestra a

⁴ LOPES, Eugênia em Brasília e colaboradores Bruno Tavares, Bruno Paes manso e Valéria França do jornal O Estado de São Paulo, Publicado Quarta-Feira 24 outubro de 2007., entre outros, onde mais se pesquisou informações referentes ao tópico. Pode ser visto em <HTTP://www.estado.com.br/2007/10/24/cid-1.93.3.20071024.1.1.xml>

⁵ LOFUTO, Maria Alice Zaratin é advogada civilista e mestra em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Pode ser visto em <http://WWW.direito2.com.br/tjba/2003/out/7/especialistas>

partilha de guarda na implica, obrigatoriamente, em duplicidade de domicílios; podendo ser realizada mesmo em domicílio único, sendo esta, talvez a melhor forma.

O ideal para a estrutura emocional infantil é que haja essa cooperação. Também é importante salientar que a guarda compartilhada não cabe nas separações litigiosas, onde permanece o conflito entre os cônjuges. Para se aplicar esse modelo, é necessária uma maturidade parental. O diálogo deve continuar entre os pais, pelo menos no que se refere à educação das crianças, como afirma Trevisoli⁶.

Segundo informações do Ministério da Justiça, tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada podem ser temporárias e por período determinado, requeridas por consenso dos pais ou por qualquer um deles, tanto quanto podem ser decretadas pelo juiz, dadas às necessidades específicas do filho ou, ainda, em razão da distribuição do tempo de convívio necessário com o pai ou com a mãe. A nova lei determina ainda que se no caso ocorrer descumprimento do acordo firmado, o detentor da guarda poderá ter reduzidas as suas prerrogativas, inclusive quanto ao tempo de convivência com o filho.

O juiz Araújo⁷ vê a nova lei como algo dispensável na prática, afirma que quase nada mudou.

No relato, o magistrado afirma que é como se a lei nem existisse, ou que não é necessária, e o que ela trás sempre existiu, a guarda uniparental. A guarda compartilhada já vinha sendo usada na prática – e no bom senso – pelos juízes, o pai já decidia conjuntamente sobre o plano de saúde, escola, por exemplo, mesmo sem estar com a guarda. O que aconteceu foi tão somente a regulamentação do que já existia de fato.

Conclui-se desta forma, após longa análise que a passagem da teoria para prática só será efetiva após vários estudos sobre o comportamento humano, sempre em cotejo com a norma constitucional protetiva do menor e ao caso concreto.

Inobstante as dificuldades que sempre são enfrentadas consciente e madura da guarda do menor, só a formação firme, apoio profissional, aporte de condições humanas e materiais poderão fazer com que o juiz de família tenha condições de passando da teoria à prática utilizar-se desse novo instituto.

⁶ Advogada especialista em direito de família; <[HTTP://www.trevisoli.com.br/curr-marcia.htm](http://www.trevisoli.com.br/curr-marcia.htm)>

⁷ ARAÚJO, Luiz Gustavo Mendonça de., 2008

7 INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

7.1 - 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 MONTEIRO ⁸:

"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.

A doutrina é conflitante. BITTENCOURT⁹ 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". (ob. cit. p. 162).

Já CAHALI ¹⁰, citando precedente do TJSC¹¹, entende o contrário:

"No plano do direito civil, se não há inconvenientes maior na tomada de depoimento de testemunha menor em matéria patrimonial, já no

⁸ "Curso de Direito Civil". Vol. II, Saraiva, 20ª ed. p. 226.

⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura.

¹⁰ A escassez de pesquisas decorre da dificuldade para a sua implementação: poucos casais optam pela guarda compartilhada; o acompanhamento do processo é demorado; e, por fim, não há garantias de que o resultado seja conclusivo, pois, ao optarem pela guarda conjunta, os pais refletem interesses convergentes quanto ao futuro dos filhos, e, em casos tais, os efeitos benéficos da medida poderão ser mascarados.

¹¹ JC 48/303

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:

"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".

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 inconseqüentes, chegando ao extremo da chantagem. Este tipo de barganha pode trazer resultados péssimos, como advertia POIROT¹²:

"...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⁽³⁹⁾ (art. 142) como o Código de Processo Civil (art. 405, §1º, III, e §2º) 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". Grifamos.

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

¹² "A Criança e a Família". Editora Fundo de Cultura. Rio de Janeiro. Obra da coleção "A Criança e Nós", da mesma editora.

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 pátrio poder.

Tais situações são abstraídas do processo de separação judicial, até mesmo porque não existe disputa pela guarda nem perda do pátrio poder, 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 inconseqüente emanado dos próprios pais. E estes é que devem, em princípio, produzir as provas dos fatos que alegam, dentro do nosso sistema processual⁽⁴⁰⁾, 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 acontecem 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 FELIPE¹³:

"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".

¹³ "Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato na Prática Forense". Forense, 1986.

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 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.

8 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 altercações domésticas), como também devido ao volume de contradições constantes no processo. Este é o entendimento apontado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"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 (CPC, art. 332 e 335). BITTENCOURT, citando a experiência da Corte de Paris, defende a medida:

"A sindicância objetiva apurar as condições morais, sociais, econômicas e educacionais dos pais, do menor e do meio em que vivem. Com isto, pode o julgador dispor com mais segurança sobre o regime de guarda dos filhos". (ob. sup. cit. p. 158).

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 (art. 173). 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 (ECA, 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 a 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 encontramos 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:

"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". (ob. sup. cit. p. 160).

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).

Em resumo, 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.

9 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

As principais vantagens são permitir um maior contato dos filhos com ambos os pais após a separação ou divórcio, e as crianças se beneficiam de um relacionamento mais íntimo com eles. A guarda compartilhada favorece o envolvimento do genitor não guardador no cuidado aos filhos. As mães, com quem regularmente ficam os filhos, são menos expostas às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que as libera para buscar outros objetivos.

Como desvantagens são apontadas as tentativas de centrar a guarda compartilhada na praticidade de tais arranjos quando há conflito continuado entre os pais, na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como meio para negociar menor valor da pensão alimentícia, e na sua viabilidade para famílias de classe socio-econômica mais baixa.

As críticas que são feitas contra o modelo, como a privação da necessária estabilidade e segurança emocional do menor, são veementemente rebatidas, enquanto confundem estadia alternada com exercício alternado da autoridade parental.

A criança pode e deve privar da presença dos dois genitores. Pode passar um período com a mãe e, igualmente com o pai, sem que, portanto, se estabeleçam rigidamente períodos alternados com um ou com outro genitor. A residência continua sendo única, o que não impede o deslocamento da criança.

Neste ponto, as críticas da instabilidade levantadas à guarda alternada não encontram sustentação. A mudança regular de residência, com todos os efeitos que daí decorrem, inexiste na guarda conjunta. Ambos os pais exercem direitos iguais, independentemente da necessidade da fixação de uma residência única. Esta funciona como ponto de referência a partir do qual se irradiam os direitos e deveres de ambos os genitores.

A guarda compartilhada encontra, em nossa direito ampla admissibilidade, seja à vista pela nova Lei da Guarda, pelo Texto Constitucional, com amparo na Lei do Divórcio, seja enfim, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que esses diplomas privilegiam, fazendo eco com as normativas internacionais, os melhores interesses da criança como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento.

CONCLUSÃO

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.

Com o término da relação conjugal, a estrutura do lar fica abalada, e a parte mais frágil na relação; ou seja, o filho, se não for tratado com os devidos cuidados que merece, terá a sua formação prejudicada.

Objetivando dirimir essas possíveis conseqüências, surge a modalidade da guarda compartilhada, pois um menor com uma má formação pode ser um futuro problema para a sociedade.

A partir desse momento, já podemos afirmar que quando a família está intacta, a guarda dos filhos é natural e ambos os cônjuges exercem plenamente todos os direitos inerentes do pátrio poder.

Porém, com a ruptura conjugal, a situação da guarda dos filhos se altera; os tribunais tendem a adotar exclusivamente o modelo da guarda única, modelo este que atribui a um dos pais (guardião) a guarda física e jurídica, enquanto ao outro cônjuge (não guardião) será atribuído apenas a guarda física, com a restrição da imediatidade, concedendo-lhe o poder de fiscalização e o direito de visitas.

Porém, começou-se a perceber que esse modelo não priorizava o interesse do menor, uma vez que já está ratificado que com o tempo o não guardião acaba sempre se afastando do menor, em virtude de não conseguir participar de sua vida, seja por causa do guardião dificultar o acesso com seu filho ou pelo pouco tempo que tem de contato com ele; normalmente finais de semana alternados, se tornando assim um mero pagador de pensão alimentícia.

Portanto, constata-se que a reivindicação pela mudança surgiu principalmente em casais que tiveram o término conjugal na forma litigiosa, porque em casais que se separaram consensualmente o guardião normalmente não impede o não detentor da guarda de ver seu filho, de participar de sua vida; ao contrário, até estimula.

A praticidade da guarda compartilhada dependerá de tempo, para que a sociedade e os operadores do direito se habituem a esta nova situação.

Dessa forma, concluímos que é importante a introdução efetiva da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, contudo é necessário que na prática essa introdução ocorra de uma forma planejada e bem elaborada, para não prejudique ainda mais a relação paterno/materno e filial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVES, Wellington Lopes. Guarda compartilhada dos filhos. Site web pailegal.net, publicado em 30 de outubro de 2008 e pode ser visto em WWW.pailegal.net> Acesso em: 15/11/2008

DINIZ, Maria helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 512.

MONTEIRO. Washinton de Barros. *Direito de Família*. Vol. 2. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. *Guarda Compartilhada*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=526&p=2>> Acesso em: 18/11/2008

WIKIPÉDIA, a Enciclopédia Livre.
http://pt.wikipedia.org/wiki/p%C3%A1gina_principal> 20/11/2008

