A GUARDA COMPARTILHADA CONCEDIDA AOS PAIS, APÓS A EDIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E DA LEI Nº 11.698/2008

Luciana Mieiro Gomes Silva

Resumo

Pesquisas realizadas em diversos TRIBUNAIS DE JUSTIÇA do País, entre 2008 e 2009, com o intuito de verificar como os magistrados estão se posicionando quando analisam pleitos sobre guarda compartilhada de menores.

Palavras-chave: decisões jurisprudenciais, guarda compartilhada

Abstract

Surveys conducted in various courts of justice in the country between 2008 and 2009 to determine how judges are positioning themselves when considering pleas about shared custody of children.

Keywords: court decisions, shared custody.

Sumário

INTRODUÇÃO

1. A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA INSTITUÍDA NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A LEI Nº 11.698/2008

2. CONCLUSÃO

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como intuito apresentar resultados de pesquisas, pela Internet, nas quais se buscou avaliar como a jurisprudência vem considerando as solicitações dos pais, que envolvem a guarda compartilhada de crianças e de adolescentes, após a vigência do atual Código Civil, com redação dada pela Lei nº 11.698/2008.

Visando acompanhar o desfecho dessas ações, optou-se por transcrever Acórdãos e Ementas proferidos por magistrados que analisaram casos concretos de pedidos de guarda compartilhada, quando da separação e/ou divórcio de casais com filhos.

Foram consultadas, aproximadamente, 100 (cem) decisões de vários Tribunais de Justiça do País, proferidas entre 2008 e 2009. A intenção foi observar as justificativas dadas pelos magistrado, ao decidir sobre a concessão (ou não) da guarda compartilhada de menores, em favor de seus genitores.

Verificou-se que, por vezes, os juízes optaram pela fixação da guarda compartilhada aos pais; em outros casos, os magistrados entenderam ser

desfavorável à criança ou adolescente a sua concessão, explicando seu posicionamento.

Com a utilização da *Internet*, foi possível consultar *sites* dos E. Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

Foram realizadas pesquisas de decisões jurisprudenciais proferidas entre 2008 a 2009.

1. A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA INSTITUÍDA NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.698/2008.

Analisando Ementas e Acórdãos dos E. Tribunais de Justiça de vários Estados da Federação, proferidos entre os anos de 2008 e 2009, referentes às ações que envolvem o tema “guarda compartilhada”, verifica-se que o critério norteador para sua fixação é “*o melhor interesse da criança e/ou adolescente*”, já que a medida é aplicada sempre em benefício do menor.

O instituto da guarda compartilhada, que pode ser solicitada pelos pais, ou imposta, de ofício, pelo juiz, quando esse entender necessário - inserido no Código Civil em vigor, e regulamentado pela Lei nº 11.698/2008 - apenas corroborou com o que já dispunha a Constituição Federal de 1988, como o direito recíproco de convivência entre pais e filhos, com a companhia e o contato permanente de uns com os outros, resguardando, assim, o princípio a solidariedade social e familiar.

Ambos os pais têm a mesma prerrogativa e devem participar da mesma forma no processo de desenvolvimento dos filhos, dividindo as responsabilidades e as obrigações, e mantendo os mesmos laços afetivos.

Lendo as decisões neste trabalho transcritas, observa-se uma sincera preocupação dos magistrados em preservar a integridade física, mental e social das crianças. Nota-se que todos os argumentos e justificativas dos juízes, ao apreciarem pleitos relativos à guarda compartilhada de menores, são fundamentados em estudos desenvolvidos pelas ciências humanas e sociais que sugerem que o cuidado dos filhos deve ser atribuição conjunta dos pais, mesmo quando não exista harmonia entre eles.

Defendem que se o poder familiar for exercido em conjunto, pelos pais, inibe que um deles utilize a criança contra o outro, como “moeda de troca”, ou como mero instrumento de chantagem ou vingança.

Sustentam que o vínculo afetivo entre pais e filhos não se extingue com a separação do casal, pois a ruptura da relação conjugal em nada modifica a relação parental.

Deixam bem claro, em suas decisões, que a relação conjugal pode ter sido quebrada, porém, a relação entre pais e filhos jamais será alterada e deve ser sempre assegurada de forma responsável e contínua, por ambos os progenitores, até a idade adulta de seus descendentes.

Defendem, ainda, que ambos os pais possuem a responsabilidade solidária dos direitos-deveres para com a criança, o que lhes garante a convivência íntima entre si, bem como com os demais parentes, sejam eles paternos ou maternos, de forma igualitária.

Insistem que, apesar dos pais passarem a residir em casas separadas e, por vezes, até constituir uma nova família, a criança deve se sentir segura em ambas as casas; sentir que estão em seu lar. Tal entendimento tem prevalecido, mesmo quando os pais residem em cidades diferentes.

A criança precisa ter a certeza de que o amor dos pais para com ela jamais será mudado, apesar do rompimento do casamento de seus ascendentes; que continua intacta a garantia da convivência familiar com seus genitores e todos com os demais parentes.

Todos os argumentos utilizados pelos magistrados, na defesa, ou não, da guarda compartilhada de menores, estão em consonância com a legislação atual

sobre a matéria e todas essas decisões levaram em consideração, em primeiro lugar, o bem estar da criança e/ou adolescente.

A autora Aurélia L. Barros Czapski elogia a alteração do parágrafo 2º do artigo 1584 do Código Civil, trazida pela Lei nº 11.698/2008, ao afirmar que:

A nova redação diz que quando não houver acordo entre a mãe e o pai sobre a guarda dos filhos menores ou incapazes deverá ser aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. O curioso é que, antes, os aplicadores do direito entendiam que o compartilhamento poderia ser interessante, desde que houvesse consenso entre os pais e, portanto, não houvesse litígio quanto a atribuição da guarda. Hoje, tal argumento foi afastado pela nova lei, que prevê exatamente o contrário: se não houver consenso, o juiz deve optar pela guarda compartilhada. A imposição do afastamento do filho em relação a um dos genitores e sua família era um prejuízo que não precisava ser vivenciado e que foi superado pela nova redação do presente artigo¹.

A autora Maria Helena Diniz também defende o instituto da guarda compartilhada ao explicar que:

(...) os filhos têm uma residência principal, mas os pais têm responsabilidade conjunta na tomada de decisões sobre seus estudos, sua educação, suas férias, suas viagens, seu lazer, suas práticas desportivas etc., e igual responsabilidade legal sobre eles. O poder familiar é exercido por ambos (...). “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe interdisciplinar” (Enunciado nº 335 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil).²

¹ CZAPSKI, Aurélia L. Barros e Outros. Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Comentário ao parágrafo 2º do artigo 1584 do Código Civil. 2ª Edição. Ed. Manoele. 2009. p. 1270.

² DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. Nota ao artigo 1584. 14ª Edição. Ed. Saraiva. 2009. pp 1116/1117;

Verifica-se, entretanto, que muitos magistrados ainda resistem em adotar o instituto da guarda compartilhada de menores por entender que é imprescindível a existência de uma relação harmônica entre os pais, após o rompimento da relação conjugal, para que tal medida possa ser aplicada com sucesso.

É cediço que é difícil manter a “harmonia” numa dissolução de casamento, até porque, na maioria das vezes, a parte preterida quase sempre sai machucada e fragilizada de uma relação matrimonial fracassada e, freqüentemente, os filhos acabam se tornando “uma moeda de troca” utilizada pelos pais, no curso do processo judicial.

Os juízes que são contrários à fixação da guarda compartilhada de menores, sustentam seu posicionamento, principalmente, alegando desarmonia entre o casal separado. Entre outros motivos, defendem, por exemplo, que a alteração do cotidiano da criança seria prejudicial a sua saúde psicológica; que a sua tenra idade não deixa precisar se a imposição da guarda compartilhada seria benéfica (ou não) a ela; que a decisão de alteração de guarda (de unilateral, para compartilhada), em sede de medida liminar, sem um acompanhamento psicológico amplo, poderia vir a prejudicar o desenvolvimento intelectual da criança ou do adolescente, quando há divergência dos pais, por exemplo, quanto à escola em que matriculada o menor; que a quebra repentina do cotidiano da criança poderia prejudicá-la, psicologicamente, entre outros argumentos.

Os julgados abaixo mencionados demonstram os motivos pelos quais alguns magistrados concederam, e porque outros juízes negaram a imposição da guarda compartilhada de menores, sob vários aspectos.

Seguem transcritos abaixo:

“Apelação Cível. Ação de Regulamentação de guarda e ação de modificação de guarda. Sentença que julgou procedente o pleito de modificação de guarda formulado pela genitora. Pretensa alteração de guarda do menor pelo genitor para que seja deferida em seu favor. Interesse do menor. Condições de ambos os genitores. Preservação dos laços paternos e maternos. Guarda compartilhada. Residência principal a da genitora. Recurso não provido.

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

(TJSC, Apelação Cível nº 20040157479, Relator Desembargador CARLOS PRUDÊNCIO, julgado em 28.03.2008).

“Modificação de guarda – pretendida modificação em sede liminar cautelar – momento processual inadequado e precoce para autorização de tal medida - manutenção do statu quo de guarda compartilhada – Solução que, por ora, melhor atende ao interesse e bem estar dos menores – Agravo improvido.

“(…). Pelo que se depreende de todo o processado, quando da separação do casal, ficou acordado que os filhos ficariam sob guarda compartilhada. Contudo, por vontade própria, os filhos passaram a residir com o genitor, sendo que as visitas maternas estavam ocorrendo de maneira aleatória. (...). A liminar foi deferida em parte para regularização da situação existente na forma definida quando da separação do casal, ou seja, guarda compartilhada. (...). No caso em tela, o digno Magistrado singular agiu de maneira esmerada, prudente e adequada, ao deferir em parte o pedido liminar, porque nesta fase processual, qualquer alteração de guarda seria precipitada, por ausência total de elementos, senão concretos, ao menos

suficientes para tanto. (...) De mais a mais, pelo que consta, a guarda compartilhada, tal como fixada quando da separação do ex-casal, vinha sendo exercida de maneira amigável, possibilitando aos menores a convivência diária com ambos os genitores. A pretensão do agravante, de concessão da guarda dos menores exclusivamente para si, não poderia mesmo ser acolhida em sede liminar, haja vista que tal medida demanda de vasta instrução probatória. Frise-se, mais uma vez, a necessidade de sempre prevalecer o interesse e o bem-estar dos menores. Bem por isso, em se cuidando de decisão liminar, sujeita à alteração posterior, cuja instabilidade é inolvidável, impõe-se a manutenção do status quo”.

(TJSP, Agravo de Instrumento nº 5217434400, Relator Desembargador SEBASTIÃO CARLOS GARCIA, julgado de 13.03.2008)

“Apelação Cível – ação de guarda – direito de família – estudos social e psicológico que sinalizam a importância da guarda não ficar exclusivamente a cargo do pai – sentença julgando o pedido improcedente – menor que se mostra satisfeito com a atual situação de guarda compartilhada – prioridade do interesse da criança – decisão prolatada nos estritos limites da legalidade e da razoabilidade. Desprovemento do recurso. Sentença mantida”.

(TJRJ, Apelação Cível nº 200800144595, Relator Desembargador Binato de Castro, julgado em 02.12.2008).

Nos casos acima relatados, nota-se, com toda clareza, que a maior preocupação dos magistrados, ao proferir suas decisões, é com a preservação do bem-estar do menor e/ou adolescente. Os juízes entenderam que a melhor solução a era aplicada em prol da criança, naquele momento processual, seria a manutenção da guarda compartilhada, pois assim permaneceriam intactos os laços familiares, tanto maternos quanto paternos.

Já na Ementa abaixo transcrita, verifica-se um fato curioso. Apesar da nítida hostilidade existente entre o casal separado - pois sequer se falam - o juiz também entendeu por bem conceder a guarda compartilhada aos pais, a fim de melhor resguardar os direitos da criança. É que contou com a preciosa colaboração da avó paterna, que fiscalizando e organizando os horários de permanência das

crianças, ora com o pai, ora com a mãe, vem agindo como uma verdadeira “auxiliar do juízo de família”.

“Apelação Cível – Ação de regulamentação de guarda e visitas – procedência da ação e improcedência da reconvenção – Inconformismo – Cabimento – julgador que não se acha adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existente nos autos – quanto à guarda dos filhos, o critério legal do artigo 1584 de conceder a guarda à pessoa que demonstre melhores condições de criar e educar o menor tem aplicação diferenciada quando a disputa se dá entre os genitores e quando se dá entre um deles e terceiros – o interesse do menor é critério único para a fixação da guarda com um genitor em desfavor de outro – artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição que estabelece igualdade dos cônjuges em direitos e deveres na relação conjugal – (...) existência de fato de uma guarda compartilhada entre as partes – crianças que permanecem parte do tempo com um e parte com o outro – tais acordos são possíveis com a intervenção da avó paterna das crianças, uma vez que não há diálogo entre as partes – No caso, ante a situação consolidada de guarda compartilhada, é de se manter tal guarda, como vem ocorrendo – recurso provido para, nos termos da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, seja mantida a guarda compartilhada, com as condições que serão fixadas em primeira instância, sendo fato preponderante a intervenção da avó paterna, que servirá como auxiliar do juízo da família, na difícil e delicada atribuição de fixar os horários e de entrega das crianças, com um e com a outra – sucumbência recíproca (Voto 1661).”

(TJSP, Apelação nº 426-004-4/0, Relator Desembargador RIBEIRO DA SILVA, julgado em 29.07.2009).

No exemplo a seguir, o entendimento foi no sentido de que a melhor solução ao caso concreto seria a permanência das crianças sob a guarda do pai, que comprovou possuir melhores condições para tanto em razão de possuir maior tempo disponível para cuidar dos filhos, ficando resguardado à mãe o direito de visitas.

“Agravo interno. Decisão liminar do juiz a quo conferiu a guarda compartilhada aos genitores. Ampla dilação probatória inclusive com a oitiva das partes e do menor. Decisão mantida pelo relator. Verbete de Súmula nº 59 deste Tribunal. Agravo inominado a que se nega provimento. (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 200900215411, Relatora Desembargara KATYA MONNERAT, julgado em 10.09.2009) Família – modificação de guarda – filhos – interesse dos menores – guarda paterna – comprovação de maiores condições – decisão mantida. A guarda de filho menor deve ser definida sempre no interesse e no sentido do bem estar do menor. Confirmada através de estudos sociais que o pai, na atualidade, tem maiores condições de criar os filhos deve a guarda ser mantida a ele. (...).Dispõe o art. 1583 do Código Civil de 2002 que: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” Conforme trazido por Maria Helena Diniz, in Código Civil Anotado, Ed. Saraiva, 9ª ed., p. 1078, “a guarda é um dever de assistência educacional, material e moral (ECA, art. 33) a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor e do maior incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico. É um poder-dever exercido no interesse da prole. Assim, ressalvada a hipótese de guarda compartilhada, havendo ruptura do casamento, somente a um dos pais caberá a guarda do filho, mantendo o outro o direito de visita. Até a manifestação do Poder Judiciário, homologando acordo ou definindo litigiosamente a questão, a guarda é questão indefinida. A mera guarda de fato não representa necessariamente a guarda de direito e por isso não afasta o interesse em obtê-la. No presente caso, o pai, autor da ação, tem a guarda de fato de dois dos filhos, sendo que fora comprovado pelos estudos sociais que o pai é quem tem maiores condições de criar os filhos, pois se encontra aposentado, viabilizando um melhor acompanhamento dos filhos. O que se vê, no presente caso, é um pai e uma mãe brigando pela guarda dos filhos como forma de disputa, propriamente dita, como medição de forças, o que é um arraso para os menores. A criança não pode ser usada como troféu ou material de disputa dos pais, pois o que está em jogo é o sentimento de cada criança, que vai crescer com a sensação de que foi usada. Portanto, nestes casos, é muito difícil apurar quem tem a melhor condição de criar os próprios filhos. Mas, como as provas são positivas ao autor, ora apelado, não merece reforma a sentença. Ademais, muito importante considerar que os menores foram ouvidos nos autos, de forma informal, pelo julgador, o qual pôde apurar a vontade dos mesmos. Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida”.

(TJMG, Apelação Cível nº 1031704038808-2/001(1), Relator Desembargador MAURO SOARES DE FREITAS, julgado de 28.08.2008 e publicado em 05.09.2008).

Na decisão que segue, verifica-se que o pai tentou induzir o juiz a erro, a fim de alterar o regime da guarda compartilhada que já estava estipulada. Mais uma vez o magistrado decidiu pela manutenção desse tipo de guarda, justificando que tal medida melhor atendia ao interesse da criança, devendo imperar o “bom senso” entre as partes.

“GUARDA - PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA- APELO - INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM A MODIFICAÇÃO DA GUARDA DEFERIDA - GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR- MANUTENÇÃO DA SENTENÇA HOSTILIZADA. (...)O art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que compete à família "assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária" (grifos nossos). A sentença deferiu a GUARDA COMPARTILHADA, consignando que "deverá imperar o bom senso dos pais, levando-se em conta os interesses da própria criança" (v. fls. 370). Esclareceu o MM. Juiz sentenciante que "cada um dos pais deverá ter a criança, DE FORMA ALTERNADA aos sábados, domingos e feriados. Nos dias da semana o pai poderá ficar com a criança por quatro dias na primeira semana e a mãe por três, TAMBÉM DE FORMA ALTERNADA, quando a mãe, na próxima semana ficará com a criança por quatro e o pai por 3, e assim sucessivamente". Aliás, o próprio apelante não se opunha à GUARDA COMPARTILHADA antes da prolação da sentença (v. fls. 192/193). O convívio materno não deve ser afastado, mas apenas limitado aos finais de semana alternados, porque inexistente qualquer imputação de má conduta materna, e ainda, porque há possibilidade de se garantir ao MENOR o maior convívio materno o que, certamente, atenderá a seu melhor interesse. O estudo social realizado constatou que tanto o pai quanto a mãe têm condições de bem exercer a GUARDA do MENOR opinando, inclusive, pela GUARDA COMPARTILHADA. Saliente-se que, em questão que envolve interesse de MENOR, o interesse deste deve prevalecer e ser preservado.

Neste sentido é a lição de Guilherme Gonçalves Strenger, *in verbis*: "O interesse do MENOR é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do MENOR, pode-se dizer sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do MENOR é princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do MENOR e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que estejam sob análise." (in GUARDA de Filhos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 64). No caso sob exame, preservar o interesse do MENOR R.R.J. significa manter a sentença hostilizada que julgou parcialmente procedente o pedido de GUARDA formulado pelo apelante. Chama-se especial atenção ao ensinamento extraído de precioso julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colacionado por Valter Kenji Ishida, ao comentar o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vazado nos seguintes termos: "Crianças e adolescentes não são objetos de recreação ou de uso, disponíveis para andar de mão em mão, segundo a conveniência de adultos que as detenham sob sua GUARDA, ou por decorrência do exercício do pátrio poder. Do rol das atribuições legais que competem aos pais, no exercício do pátrio poder, no art. 384 do Código Civil, não consta a livre disposição desses para se desfazerem da GUARDA dos filhos, como e se lhes aprouver." (TJRS - Apelação Cível 593151350, 8ª Câmara Cível, Tupanciretá, Apelante: Ministério Público, Apelados: ECB e ITAB, Rel. João Andrades Carvalho)." (in Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência, 3ª ed. Atualizada - São Paulo: Atlas, 2001, p. 72). O MM. Juiz deferiu liminar de modificação da GUARDA da MENOR, às fls. 02, com base única e exclusiva nas alegações constantes da inicial e nos documentos juntados. Porém, a instrução processual não comprovou as assertivas do apelante. A apelada não tinha o interesse de levar definitivamente o filho para o Estado do Rio de Janeiro. Ela apenas pretendia comparecer às festividades de formatura de sua irmã, na companhia de seu único filho. Para tanto fora até mesmo alugado um terno infantil. Aliás, o próprio apelante informou à assistente social que havia concordância quanto à viagem do filho à cidade do Rio de Janeiro. Consta expressamente do relatório social que "Sr. R. relata que conviveu com a Sra. A. M. P. J. S., mais de dez anos e conta sua história: Dizendo que estava tudo combinado para o MENOR viajar com a mãe e família materna para a formatura da irmã de Sra. A. na cidade de Teresópolis - RJ" (sic. fls. 270). Verifica-se, nos presentes autos que o apelante obteve liminarmente

a GUARDA do MENOR, em 25/08/06, aproveitando-se de uma ausência temporária da apelada que havia viajado para participar da formatura de sua irmã, na cidade de Teresópolis, no Rio de Janeiro, que ocorrera nos dias 25 e 26/08/06 após desentendimento entre ambos sobre a ida do MENOR em companhia da mãe. Desde então o apelante tem mantido a GUARDA do MENOR, por força da liminar deferida, sem que qualquer fato desabonador da conduta materna houvesse sido relatado. Aliás, a viagem que originou a controvérsia entre os litigantes era breve e não com caráter definitivo, como se fez crer ao MENOR, então com apenas 07 (sete) anos de idade. A apelada residia e trabalhava na cidade de Lambari, da mesma forma que o apelante. Aliás, tal situação ainda se mantém. O MENOR, nascido em 23/06/99, conta atualmente 09 (nove) anos de idade. A liminar foi deferida quando este contava apenas 07 (sete) anos de idade. Ora, uma criança de tão tenra idade é facilmente influenciada para que escolha uma ou outra situação. Nos presentes autos, infelizmente, não se colheram testemunhos das relações familiares antes do deferimento liminar. Porém, no relatório social de fls. 270/271, a assistente relata que, "conversando com o MENOR, o mesmo respondeu que gosta mais do pai do que da mãe, perguntei para ele se ele gostava de ir para casa da mãe, respondeu que na casa de sua mãe não tem Vídeo Game" (sic.). Como se vê, o vídeo game dado pelo pai ao MENOR influenciou sobremaneira sua opção de permanecer na casa paterna. Aliás, apesar de ser conveniente a oitiva dos menores em ações que envolvem disputa da GUARDA deles, impõe-se considerar que nem sempre os menores têm discernimento suficiente para entender qual situação atende a seu melhor interesse. Certamente a restrição do contato materno não atende aos interesses do MENOR. Por fim, impõe-se considerar que a GUARDA de MENOR não é inflexível, pois pode ser alterada a qualquer momento, desde que sejam comprovadas modificações das circunstâncias que haviam justificado a anterior regulamentação dela. O único norte a ser observado para regulamentação ou modificação de GUARDA de menores é o interesse do MENOR em questão, que será observado independentemente das conveniências ou desejos dos maiores envolvidos. Dessa forma, correta a sentença hostilizada que deve ser mantida, preservando-se o interesse maior do MENOR envolvido".

(TJMG, Apelação Cível nº 1037806021351-9/001, Relat or Desembargador BRANDÃO TEIXEIRA, julgado de 10.02.2009, publicado em 01.04.2009).

No caso exposto abaixo, mesmo com todos os problemas de doença relatados, o juiz optou pela manutenção da guarda à mãe, pois, comprovadamente, ela mantinha um contato mais estreito com a criança, desde o seu nascimento.

“Agravo no Agravo de Instrumento. Direito de família. Guarda. Alegação, pelo pai da criança, de que a conduta imprópria da mãe causaria prejuízos à criação do menor. Acusação de consumo de substâncias entorpecentes dentro da residência. Comprovação mediante exame toxicológico feito a partir de mecha de cabelo dada ao pai por um empregado da casa. Contestação de tal exame pela mãe, que argumenta que não há provas de ser seu o tufo de cabelo analisado. Apresentação, por ela, de contra-prova, consubstanciada em exame elaborado por respeitada instituição, mediante a coleta de seu cabelo na presença de representantes do laboratório. Acórdão que determinou a modificação da guarda da criança, conferindo-a ao pai. Recurso especial da mãe não admitido. Agravo provido para determinar a subida do recurso, com deferimento de antecipação de tutela recursal. Guarda garantida à mãe até o julgamento do recurso. No direito de família, notadamente quando se trata do interesse de menores, a responsabilidade do julgador é redobrada: é a vida da criança que está para ser decidida e para a criança, muitas vezes, um simples gesto implica causar-lhe um trauma tão profundo, que se refletirá por toda a sua vida adulta. Por esse motivo, toda a mudança brusca deve ser, na medida do possível, evitada. Nos processos envolvendo a guarda de menores, a verossimilhança deve ser analisada com maior rigor. Tirar a criança do convívio com sua mãe, com quem esteve, sempre, desde o nascimento, é medida que só pode ser adotada em casos extremos. - Não há reexame de provas nas situações em que, mediante a leitura do próprio acórdão recorrido, é possível extrair informações suficientes para que se promova seu controle de mérito. - É inverossímil a versão exposta na petição inicial da ação de guarda, que imputa uma série de comportamentos inaceitáveis à mãe da criança, se poucos meses antes do ajuizamento dessa ação os pais vinham, em conjunto, negociando acordo para a guarda compartilhada do menor. Determinar a modificação da guarda da criança, retirando-a da mãe, diante de um panorama incerto como esse, é medida que deve ser evitada. É fundamental antecipar a tutela recursal para, nesse processo, manter a criança com a mãe até o julgamento do recurso especial. Agravo provido, determinando a subida do recurso especial. Deferida a antecipação da tutela recursal”.

(STJ, AgRg no Ag 1121907/ SP, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2008/0257915-9, Relator Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 05.05.2009 e publicado no DJE, em 03.06.2009).

Já nos casos a seguir utilizados como exemplos, os juízes negaram os pedidos de guarda compartilhada ao fundamento de que para o sucesso de tal medida seria imprescindível a harmonia entre o casal separado, o que não vinha ocorrendo.

“Agravo de Instrumento. Dissolução de união estável litigiosa. Pedido de guarda compartilhada. Descabimento. Ausência de condições para a decretação. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO”. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70025244955, Relator Desembargador ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, julgado em 24.09.2008 e publicado em 01.10.2008)

“(…) separação litigiosa – guarda de menor – compartilhamento pretendido pelo genitor – método de educação adotado pelos litigantes que não recomenda a guarda compartilhada da pré-adolescente – inconveniência da alteração – apelo desprovido.(…) A diferença de sistemas de educação adotados pelos litigantes não permite vislumbrar otimismo na forma compartilhada de guarda da filha, ainda pré-adolescente a qual, em um ou dois anos atingirá efetivamente a adolescência e deverá ter um pouco mais de maturidade para discernir o que realmente é bom para si própria, com menos vulnerabilidade e influências negativas decorrentes das mágoas que ainda afetam os pais em razão da separação em tanto traumática. Dessa forma, mostra-se, por enquanto, melhor solução a guarda materna com a

visitação paterna estabelecida, na espécie, com grande amplitude, em respeito às necessidades afetivas da jovem...”.

TJSP, Processo nº 6552704800, Relator Desembargador DIMAS CARNEIRO, julgado de 30.09.2009)

“Apelação Cível. Guarda compartilhada. Regulamentação de visitas. (...) Resta evidenciado nos autos que as partes não nutrem uma relação harmoniosa a ensejar o acolhimento da guarda compartilhada que, deferida, poderia ensejar um prejuízo ao interesse do menor, que deve prevalecer sobre o dos pais. Precedentes do TJ/RJ.5. Conhece-se do recurso e nega-se seguimento”.

(TJRJ, Apelação Cível nº 200900144522, Relator Desembargador JOSE CARLOS PAES, julgado em 12.08.2009).

Todos os julgados acima transcritos demonstram que, independentemente do posicionamento adotado pelos juízes, ao analisar pleitos de concessão de guarda compartilhada de menores, há um sincero empenho em preservar o bem estar da criança e/ou adolescente, resguardando suas características e origens, mantendo, sempre que possível, sua rotina, com a preservação do direito de continuar a conviver com seus genitores e demais parentes, da forma mais ampla, interativa e harmoniosa possível.

2. CONCLUSÃO

De acordo com as pesquisas realizadas junto aos *sites* dos E. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DE MINAS GERAIS, RIO DE JANEIRO, RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA e SÃO PAULO, pode-se concluir que o interesse prioritário dos magistrados, ao decidir sobre a guarda de menores, é a preservação da integridade física, mental e intelectual da criança e/ou adolescente e a continuidade da sua convivência com seus genitores e demais parentes, apesar da separação de seus pais.

Óbvio que há divergências nas interpretações de conceitos e de conhecimentos fundamentados pelos juízes, referentes às necessidades e ao bem-estar emocional de crianças, como se lê nas decisões transcritas.

Verifica-se que há magistrados que são contra a fixação da guarda compartilhada por entender que a sua imposição deixaria a criança vulnerável, podendo transformá-la em um adulto inseguro.

Também há restrições em conceder aos pais a guarda compartilhada de seus filhos, quando está configurada uma clara e hostil desarmonia entre os ex-cônjuges.

Por outro lado, verifica-se que há juízes que vêem na separação dos cônjuges uma solução, quando a convivência entre eles, num mesmo teto, se torna insuportável, e que esse fato não impede que a criança continue a conviver, ampla e pacificamente, com ambos os pais e demais parentes.

Esses juízes defendem que o fato de os pais pensarem e agirem de formas distintas não são motivos impeditivos para a concessão da guarda compartilhada, pois eles são sujeitos autônomos, iguais em seus direitos, justamente porque são reconhecidos como diferentes.

A diferença na rotina da casa de cada um dos pais separados pode ser perfeitamente compreendida pelos filhos, como consequência da individualidade de cada genitor.

O fato é que as crianças se adaptam muito rápido a nova situação dos pais separados, quando eles se esforçam em deixá-las o mais confortável possível e demonstram seu amor incondicional, dando-lhes a certeza de que nenhum acontecimento futuro poderá modificar essa cumplicidade afetiva tão necessária entre eles.

Em suma, permitir às crianças e/ou adolescentes o convívio com ambos os pais e demais familiares, sem quaisquer restrições, mesmo nos casos de separação conjugal de seus ascendentes, deixa-as seguras, sem espaço para o medo do abandono.

3. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flávio Monteiro de. Guarda compartilhada. Artigo extraído do *site* www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico, consultado em outubro de 2009;

BRITO, Leila Maria Torraca de. Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada. Revista dos Tribunais, ano 98, volume 886, agosto de 2009 pp.69/85;

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. Nota ao artigo 1584. 14ª Edição. Ed. Saraiva. 2009. pp 1116/1117;

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador) e CZAPSKI, Aurélia L. Barros e Outros. Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Comentário ao parágrafo 2º do artigo 1584 do Código Civil. 2ª Edição. Ed. Manoele. 2009. p. 1270;

SALVIANO, Maurício de Carvalho. Do salário-família e a guarda compartilhada. Revista de Previdência Social, RPS 326, janeiro de 2008, pp. 16 a 19;

Site www.apase.org.br/ psicológicos: guarda compartilhada, consultado em novembro de 2009;

Site www.pailegal.net, consultado em outubro e novembro de 2009;

Site do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: www.tjmg.jus.br/ jurisprudência, consultado em novembro de 2009;

Site do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: www.tjrj.jus.br/ jurisprudência, consultando em novembro de 2009;

Site do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: www.tjrs.jus.br/ jurisprudência, consultado em novembro de 2009;

Site do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: www.tjsc.jus.br/ jurisprudência, consultado em novembro de 2009;

Site do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: www.tjsp.jus.br/ jurisprudência, consultado em novembro de 2009.

2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para os devidos fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera- Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no artigo científico.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2010.