
Prefácio



Nos litígios envolvendo relações familiares as questões originadas em ressentimentos afetivos, problemas pessoais e patrimoniais, acabam sufocando as necessidades e interesses dos menores envolvidos, involuntariamente, nas disputas.

Tais necessidades são expostas, muitas vezes, como meros reflexos das questões pessoais e patrimoniais, avaliando os problemas relativos à guarda, visitas e pensão, sem a perspectiva do melhor interesse dos filhos, ainda que nem sempre isto ocorra de maneira consciente.

Diante da longa duração dos litígios, do caráter irreversível de algumas decisões, do absoluto direito dos filhos em manter a máxima e a melhor convivência possível com os genitores e familiares, além da constante necessidade de manter padrões mínimos de convivência entre os genitores, o que se tem é a perda irrecuperável de momentos únicos na vida dos filhos, genitores e familiares, sem que o Direito possa recompor a situação.

Por isso, a edição da Lei nº 13.058/2014, ao estabelecer, como regra geral, a guarda compartilhada, é de grande importância porque, no mínimo, coloca a questão da convivência conjunta com os filhos após o fim da vida em comum ou mesmo quando esta sequer existiu, como ponto de partida da questão, dando-lhe a merecida relevância.

Destaca, para as partes, familiares, seus patronos, promotores de justiça, magistrados, assistentes sociais e psicólogos, que sempre deve ser preservada e valorizada a condição que oferece melhor proteção e formação dos filhos no núcleo

familiar, em face da impossibilidade de manutenção da vida em comum, na configuração familiar geralmente adotada.

Tal percepção, fruto da experiência profissional, da inteligência e sensibilidade do prof. Jamil Miguel, é desenvolvida com grande maestria na presente obra.

Acompanhando aquelas situações ao longo dos anos, como advogado e magistrado, o autor pode desenvolver um trabalho que, com serenidade e clareza, avalia as mais importantes questões surgidas com a nova legislação, mostrando caminhos e soluções.

Ao lado do caráter conceitual, expondo a evolução da matéria e sua configuração atual, o texto enfrenta os problemas que certamente serão colocados cotidianamente perante seus aplicadores e intérpretes, apresentando propostas que melhor se adequam a busca constante pela realização do Direito e da Justiça.

Assim, são apresentadas relevantes considerações quanto aos impactos que a nova configuração da guarda trará em relação à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

Os problemas patrimoniais, sempre presentes, são analisados sob a ótica dos deveres dos genitores e eventuais obrigações entre eles, analisando as tormentosas questões relativas ao abandono afetivo e prestação de contas nas relações familiares.

Embora o tema guarda compartilhada não seja novo, o que mudou é o seu enfoque, agora com força normativa, a justificar todo o trabalho desenvolvido pelo autor quanto às novas situações e aquelas que já tinham merecido ajustes sob a lei anterior, enfrentando os problemas da aplicação imediata da lei e de direito intertemporal.

Além do tratamento integral da matéria, temos aqui sua interpretação madura, experiente e desenvolvida com a vivência real dos problemas nascidos nos litígios familiares.

Com amparo na doutrina e mostrando a jurisprudência aplicável nas diversas situações avaliadas, a obra mostra-se como um guia completo para todos aqueles que militam na área ou desejam obter conhecimento a seu respeito.

De maneira simples e objetiva, porém, com a profundidade que só vem com a reflexão dos grandes conhecedores do Direito Civil e da sua prática, o Prof. Jamil Miguel oferece a todos um pouco do que tem apresentado diariamente aos seus alunos e à comunidade jurídica, por muitas décadas.

É uma grande honra participar deste projeto esperando, ansiosamente, pelos seus novos trabalhos, contribuindo, como sempre, para o aperfeiçoamento do Direito e da Sociedade.

LUIS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de
São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa e
Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo
– USP. É professor de Direito Civil e Direito Administrativo na
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Apresentação



Grande parte de meus primeiros clientes, nos idos de 1975, por obra do acaso ou do destino, já traziam para dentro do meu modesto escritório da Avenida Campos Sales, em Campinas, dramas e demandas vinculadas ao Direito de Família. As consultas, amiúde, se transformavam em confissões e relatos emocionados que se convertiam, não raro, num vale de lágrimas e lamentações. Eram seres humanos em crise, angustiados pela experimentação de um futuro novo e desconhecido, que ali me faziam depositário de confidências, segredos, anseios, frustrações e temores. Muito moço comecei a entender que era preciso paciência para ouvir, conhecer a versão dos dois lados e entender que aquelas pessoas precisavam naquele momento de compreensão e apoio, de palavras de conforto de alguém capaz de lhes transmitir a segurança necessária para enfrentar a dura decisão de separação e, mais do que isso, definirem, para além de suas mazelas, a desejada disciplina das condições em que a relação entre pais e filhos haveria de se desenvolver, doravante.

A disputa pela guarda dos filhos e uma legislação que resolvia essa questão tão delicada com fundamento em supostos direitos de cônjuges inocentes e culpados me convenciam, cada vez mais, de um erro de foco. De um engano terrível que só se prestava a confusões entre a relação conjugal deteriorada e em vias de desmanche, e o vínculo paternal e maternal que deveria continuar forte e efetivo. Restava a tarefa de levar os cônjuges a um desquite amigável, única

forma de permitir que eles deliberassem, de comum acordo, com bom senso e serenidade, acerca da guarda dos filhos menores e do regulamento de um direito de visitas amplo, tanto quanto desejável. Não era fácil. O orgulho, a vaidade, a decepção, o ódio e outros sentimentos menores inundavam de passionalidade o coração dos pais e entorpeciam a razão, de tal sorte que a disputa pela guarda dos filhos desconsiderava o sofrimento de crianças e adolescentes, divididos entre pai e mãe, e agravava as consequências de um lar desfeito. O dever e a consciência me convidavam, cada vez mais, a interferir no desfecho fatalístico desse modelo, que me intrigava e me fazia refletir quanto à necessidade de uma mudança radical nessa visão da sociedade e da lei, no tocante à delicada problemática.

O tempo passou. Da advocacia fui para a Magistratura. Os processos de família me acompanharam também, tanto em Angatuba, quanto em Itatiba, comarcas nas quais respondia por Varas cumulativas, e depois, no retorno, como Juiz Titular de Vara Cível em Campinas, ao tempo em que aqui inexistiam as Varas especializadas de Família de hoje. A serenidade do Magistrado experiente procurava auxiliar os cônjuges, alertá-los e sensibilizá-los para que o sagrado amor aos filhos prevalecesse sobre as feridas mal curadas de uma relação conjugal falida. Ao mesmo tempo em que enfrentava e buscava equacionar, dentro de meu âmbito possível de ação, seja como advogado conciliador, ou Magistrado chamado a intervir, sonhava com novos tempos em que a sociedade evoluísse, os preconceitos desaparecessem e uma visão mais humanística do mundo e do Direito, iluminasse os nossos Magistrados e legisladores. Pois bem, assisti nesse tempo todo, a essa evolução, primeiro quando a regra da guarda unilateral em favor do cônjuge inocente foi subs-

tituída, no antigo Código de Menores, pelo princípio do real interesse do filho. Depois pelos ventos benfazejos de uma Constituição pós-ditadura, que pretendia construir o que chamava de Estado democrático de Direito, dando ênfase a muitos princípios relevantes no campo do Humanismo, inserindo como um dos objetivos desse mesmo Estado¹, a dignidade da pessoa humana, nelas incluídas as crianças, os adolescentes, os idosos e todos aqueles que precisavam de fortalecimento no reconhecimento e defesa de seus direitos.

Quando se falou em guarda compartilhada achei estranho. Depois entendi que a solução era magnífica, mas supunha entendimento e harmonia que muitas vezes eram impossíveis de se obter entre os ex-cônjuges. Os jovens casais me surpreendiam cada vez mais. Frutos da mentalidade de uma nova geração, mais livre e desprovida de preconceitos, demonstravam maior disposição em enfrentar, com realismo, a falência da união matrimonial, abrindo a possibilidade para novos relacionamentos, com o que deixavam de criar dificuldades para a solução legal da separação ou do divórcio, aí se incluindo o tratamento da questão da guarda e dos períodos de convivência, agora mais democraticamente dividido.

A alavanca advinda da própria sociedade, que alterava também o perfil do casamento e da família contemporânea, em compasso com a evolução dos direitos da mulher casada e da inserção da possibilidade da guarda dividida

1 Art. 1º da CF de 88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

na jurisprudência, a Lei nº 11.698/2008, passou a admiti-la, pela primeira vez, como possível, em decorrência de convenção dos pais ou determinação do juiz. Não bastou, porém. Dizia-se que a guarda compartilhada simplesmente não pegaria. Juízes e Tribunais, por razões variadas, em parte analisadas neste pequeno ensaio sobre o assunto, criaram dificuldades para sua implantação ou ao menos para o incremento de esforços, visando a sua disseminação e a sua relevância entre os interessados. Quando, porém, a Lei nº 13.058/2014 no final do ano passado, fixou a guarda compartilhada como regra, decorrente do que chamou de dever de ambos os pais de convivência, carinho e cuidado em relação aos filhos, entendi a grande reviravolta que havia ocorrido. A guarda não era mais um direito de ninguém. Não era mais sanção. Não havia mais culpados e inocentes para as crianças e adolescentes. Havia pai e mãe. Pai e mãe que, rompida a relação conjugal, passavam a ter o dever de organizar as suas vidas de maneira a dividir a responsabilidade e o tempo de convivência com seus filhos. Homens e mulheres não mudaram a sua natureza. Mas a lei agora alertava e lhes retirava o poder de barganha. Os filhos não eram mais de nenhum deles. Deveria ser fruto de amor, carinho e de cuidado contínuo e em prospecção. Já não havia juízes, promotores, advogados, conceitos ou preconceitos interferindo nisso. A guarda compartilhada estava consagrada. A favor, e contra todos. A favor do filho, do pai, da mãe, do amor. Por isso eu quis escrever sobre o assunto. Muita gente está dizendo que nada mudou. Que o juiz, em última análise, é que vai resolver acerca do que entende corresponder ao melhor interesse da criança. Que a guarda compartilhada continua sendo uma opção somente quando superado o litúgio entre os detentores do

poder familiar. Não, não se trata disso. O que ela traz de mais relevante não é a preferência por uma modalidade de guarda. Ela ajusta e se ajusta ao moderno entendimento universal de que a criança e o adolescente devem ser centro de atenção, cuidado e carinho dos pais, enquanto se desenvolvem para a vida adulta. Essa é a regra. E nela não se lê que a guarda compartilhada é um direito de ambos os genitores. Não. Nela se há de entender que a guarda compartilhada é a única forma plena dos pais cumprirem com os deveres que lhes impõe o moderno conceito de poder familiar. Retirá-la de qualquer deles agora, demanda justa causa, que terá que ser muito bem demonstrada e suficientemente fundamentada. Saudemos os novos tempos!

O AUTOR