



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de Direito

ANDRESSA JULIANI

**PODER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA: GARANTIA
CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE.**

Brasília

2012

ANDRESSA JULIANI

**PODER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA: GARANTIA
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.**

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do UNICEUB como exigência para obtenção da avaliação do décimo semestre, sob a orientação: Professor Doutor José Rossini Campos do Couto Corrêa.

Brasília - DF

2012

ANDRESSA JULIANI

**PODER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA: GARANTIA
CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE.**

**Monografia apresentada como um dos
requisitos para conclusão do curso de
graduação em direito do UniCEUB –
Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Professor Doutor José
Rossini Campos do Couto Corrêa.**

Brasília, _____ de _____ de 2012.

Banca examinadora:

Professor Doutor: José Rossini Campos do Couto Corrêa.

Orientador

Examinador(a)

Examinador(a)

Primeiramente dedico este trabalho aos meus pais, por todo incentivo dado e pela força dada para cumprir essa meta, e ao meu namorado Nolar, mestre em educação, pela colaboração em todos os momentos que precisei e pelo apoio na busca desse conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por oferecer todas as condições para a realização de mais uma etapa de grande valor em minha vida.

Aos familiares pelo apoio e compreensão dado na realização deste trabalho, em especial aos meus pais, pelo incentivo e amparo nas horas mais difíceis.

Ao meu professor orientador, José Rossini Correa, pela presteza e eficiência na orientação, que tornou possível a conclusão desta monografia.

Agradeço a todos os meus colegas do curso de Direito, em especial a minha amiga Nicole Marques Cançado pelos incentivos e apoio constantes no decorrer do curso.

“O domínio de uma profissão não exclui o seu aperfeiçoamento. Ao contrário, será mestre quem continuar aprendendo”.
(Pierre Furter).

RESUMO

A guarda compartilhada busca atender sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, permitindo que os genitores participem da vida de seus filhos de maneira ativa e frequente, mesmo após a dissolução do vínculo conjugal. Durante o casamento e a união estável, o poder familiar é exercido por ambos os cônjuges, que tomam as decisões sobre a vida dos filhos em conjunto. Após a ruptura, evidencia-se a problemática da guarda. Uma solução que vem, apesar de tímida, ganhando espaço nos tribunais é a adoção do instituto da guarda compartilhada, que apresenta diversas vantagens em relação à guarda única ou monoparental. O presente trabalho aborda a questão das dissoluções da sociedade conjugal, buscando a solução que mais traz benefícios às crianças e aos adolescentes envolvidas no processo e aos pais separados. A pesquisa tem bases doutrinárias fundadas na literatura publicada em livros, internet e leis sobre a matéria. São feitas considerações gerais a respeito dos modelos de guarda existente e uma abordagem minuciosa com relação à guarda compartilhada. A guarda compartilhada é a que demonstra mais resultados satisfatórios, atendendo aos princípios elencados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito de guarda; Dissolução conjugal; Guarda compartilhada; Criança; Adolescente.

ABSTRACT

The custody suit seeks always the best interests of the child, allowing parents to participate in the lives of their children actively and frequently, even after the dissolution of the marriage. During the marriage and stable family is the power exercised by both spouses, who make decisions about their children's lives together. After the break, highlights the issue of custody. A solution that comes, though shy, gaining ground in the courts is the adoption of the Institute of custody, which has several advantages to in connection to the custody or one parent only. This paper addresses the issue of dissolution of the conjugal society, seeking the solution that brings more benefits to children and adolescents involved in the process and separated parents. The poll has a doctrinal basis based on published literature in books, internet and laws on the matter. General considerations are made about the models of existing stores and a thorough approach in relation to custody. The custody is the one that shows more satisfactory results, taking into account the principles listed in Federal Constitution.

Keywords: Custody rights, marriage dissolution, custody, Child, Adolescent.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA	13
2.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.....	13
2.2 O DIREITO DE FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	14
2.3 PODER FAMILIAR: CONCEITO E EVOLUÇÃO	15
2.3.1 Atribuições do poder familiar	18
2.3.2 Suspensão e extinção do poder familiar.....	19
2.4 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	21
3. GUARDA: ANÁLISE DO SEU SIGNIFICADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	24
3.1 DEFINIÇÃO DO INSTITUTO.....	24
3.2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DA GUARDA.....	26
3.3 O INSTITUTO DA GUARDA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).....	30
3.3.1 A importância do ECA na fixação da proteção integral dos menores...30	30
3.3.2 A guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente	32
3.4 MODALIDADES DE GUARDA	34
3.4.1 Guarda comum.....	34
3.4.2 Guarda Judicial	34
3.4.2.1 Guarda única	35
3.4.2.2 Guarda de terceiros	35
3.4.2.3 Guarda Alternada.....	36
3.4.2.4 Aninhamento ou Nidação.....	37
3.4.2.5 Guarda Compartilhada.....	37

4. A GUARDA COMPARTILHADA.....	38
4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	38
4.2 APLICAÇÃO E EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO	41
4.2.1 A experiência estrangeira na aplicação da Guarda Compartilhada.....	42
4.2.1.1 No sistema da Common Law - Inglaterra.....	43
4.2.1.2 No direito norte-americano.....	46
4.2.1.3 No direito lusitano	47
4.2.2 A Guarda de Menores no Brasil.....	49
5. A GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL	57
5.1 A GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL	57
5.2 MEIOS DE EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	65
5.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS.....	77
6. CONCLUSÃO.....	82
7. REFERÊNCIAS	86

1. INTRODUÇÃO

Um dos aspectos contemplados pelo Código Civil e que ainda está sendo implementado na sociedade brasileira é o da guarda compartilhada dos filhos, após a separação ou divórcio dos pais, a guarda é o meio de efetivação do poder familiar, por tanto deve ser bem escolhida da melhor maneira.

Diante da constante transformação das relações familiares e da evolução do Direito de Família, verifica-se a necessidade de funcionalizar o instituto da guarda, para que atenda aos fins que legitimam a sua existência, e por consequência ocorra o que seja o melhor para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, agindo como instrumento capaz de preservar o bem-estar dos menores após o rompimento afetivo de seus pais.

A modernização das relações de família torna cada vez mais imperiosa a aplicação de uma modalidade de guarda que preserve ao máximo os laços entre pais e filhos, após a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável. Ao se acrescentar a guarda compartilhada ao rol das modalidades de guarda hoje existentes, os filhos de pais separados poderão se beneficiar do acompanhamento de ambos os genitores em sua formação pessoal, bem como poderão possuir maior contato com estes.

O Direito de Família passa atualmente por uma fase jurídica de rica influência constitucional, com especial atenção à preservação da convivência familiar e ao respeito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ambos os princípios extraídos do artigo 227, caput, da Constituição Federal.

Com o advento da Carta Maior, a família é reconhecida como base da sociedade, o que lhe confere pleno amparo constitucional, igualmente alcançado pela criança e pelo adolescente. Ao mesmo tempo, a dinâmica e a constante evolução que marcam as relações familiares demandam a adequação dos institutos do Direito de Família, de maneira a tornar eficaz a proteção que lhe é conferida constitucionalmente.

Trata-se a guarda compartilhada um tema de relevante importância na atualidade, uma vez que, diante do crescente isolamento emocional e psicológico a que os indivíduos de todas as idades vêm sendo submetidos na chamada pós-

modernidade, este instituto pode oferecer, propondo uma via de fortalecimento de laços familiares sólidos, vitais para o desenvolvimento e a felicidade humana.

Juridicamente, o tema ganha força com base na estreita ligação, a qual se pretende deixar patente, entre os efeitos da guarda compartilhada sobre a vida dos filhos e o direito da personalidade destes à integridade psíquica, sem perder de vista a dignidade dos menores como seres humanos.

Justificada, portanto, a importância do tema, saliente-se que o objetivo do trabalho ora apresentado não é, de modo algum, o de esgotar assunto tão vasto quanto à guarda compartilhada e as relações familiares em que se insere, mas, tão somente, levantar as primeiras linhas de um incentivo a que o tema continue a ser estudado, e novas contribuições possam surgir para o aprofundamento desse campo do Direito Civil.

Deste modo, a escolha pelo presente tema deveu-se à necessidade de investigar até que ponto a Guarda Compartilhada é o melhor modelo a ser adotado, já que como exigência do cumprimento dos deveres dos pais em relação aos filhos numa evolução necessária e benéfica a todas as partes envolvidas, pais, mães e filhos.

Diante disso que foi abordado é de nítida percepção que o modelo de guarda compartilhada, como meio de manter os laços familiares mais unidos, estimula os pais a uma boa convivência enquanto estão solidariamente responsáveis pelos seus filhos. A questão da guarda dos filhos sempre foi de bastante preocupação, pois ela é um estágio da vida familiar precedida de várias mudanças, que podem marcar a vidas de todos os envolvidos.

Desta forma, o presente estudo buscou responder à seguinte indagação: Em meio a tantas mudanças ocorridas no formato das famílias ao longo da história, pergunta-se: dentro do ordenamento jurídico brasileiro quais critérios devem ser observados na fixação da Guarda Compartilhada?

Seu objetivo principal foi analisar importância da guarda compartilhada, como meio de preservação do vínculo do(s) filho(s), com seus dois genitores e sua aplicabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro. Já os objetivos secundários, consistiram em: investigar a evolução da guarda dos filhos na legislação brasileira; definir o instituto de filiação considerando as transformações sociais da família dentro do ordenamento jurídico brasileiro; identificar conceitualmente o instituto da guarda compartilhada, suas características principais e implicações, dentre outros

aspectos e analisar a guarda compartilhada à luz da lei que a instituiu no Direito Brasileiro e sua aplicabilidade no que diz respeito à observância dos direitos dos menores envolvidos.

A metodologia a ser utilizada no presente estudo foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, onde se realizou um levantamento sobre os pareceres dos autores e após aplicando o método de observação realizar a interpretação teleológica do tema.

A pesquisa será explicativa, exploratória, bibliográfica, jurisprudencial e documental na área dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, Direitos e garantias fundamentais, Direitos humanos, Direito Constitucional, Direito Civil e Processual Civil.

O presente estudo será desenvolvido mediante uma pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, destacando-se as opiniões de vários autores que tratam a respeito do tema, mediante uma abordagem qualitativa.

A metodologia da pesquisa é objetiva, pois tem como características descrever significados que são considerados como inerentes aos objetos e atos, permitindo uma abordagem focalizada, pontual e estruturada, utilizando de dados quantitativos, que se realiza através da obtenção de respostas estruturadas a partir de técnicas de análise dedutiva.

Assim, serão consideradas as opiniões de diferentes autores, sendo ressaltadas suas diferenciações e o que pode ser considerado adequado, com base no ordenamento jurídico brasileiro. Esperando-se que os resultados dessa análise possam comprovar a hipótese levantada, além de servir como fonte de informações aos profissionais da área, visto que incorporará diferentes visões elencadas a partir da revisão de literatura sobre o tema, utilizando-se material bibliográfico diversificado, tais como: Código Civil, doutrinas, jurisprudências, livros, revistas indexadas, artigos, dissertações e periódicos especializados.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família brasileira, como se encontra hoje estruturada, sofreu diversas influências, como por exemplo, da Roma antiga.

A família romana era formada pelo conjunto de pessoas que eram lideradas pelo ascendente comum vivo mais velho, conhecido como *pater famílias*. O conceito romano de família independia, portanto, da consanguinidade e consistia em uma unidade religiosa, política e econômica administrada pelo *pater*. “Dele era o *jus puniendi* com relação aos integrantes da família” afirma Sílvio de Salvo Venosa¹.

Como bem explica Arnaldo Wald:

“Existiam em Roma duas espécies de parentesco: a *agnação* e a *cognação*. A *agnação* vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consangüíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A *cognação* era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra².”

Ao longo do tempo, a família romana foi evoluindo e o *pater* foi perdendo gradativamente seu poder, enquanto que a mulher foi alcançando progressivamente sua emancipação. Durante o Império Romano, a mulher finalmente goza de completa autonomia, participando, inclusive, da vida política. Ocorre que, com essa emancipação e a conseqüente participação da mulher na vida social, a dissolução da família romana começa a acontecer.

Outra influência bastante relevante foi a do direito canônico, que negava a possibilidade de dissolver o vínculo conjugal. Uma vez celebrado o matrimônio, este deveria perdurar para sempre, ressalvados apenas os casos de adultério, a heresia, as tentativas de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro. Somente após o século XIV é que se admite a dissolução no caso de acordo entre os cônjuges.

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. Vol.6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

² WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10.

Com o passar do tempo, foram surgindo conflitos entre os tribunais civis e religiosos em relação à competência em matéria de direito de família. A doutrina foi, então, destacando os aspectos civis e religiosos e determinando suas competências. Hoje predomina a concepção leiga do casamento, onde apenas o casamento civil é válido, porém, sem deixar de reconhecer o casamento religioso. O artigo 1515 do Código Civil de 2002 estabelece a validade do casamento religioso que atender as exigências da lei para a validade do casamento civil, equiparando-se a este, desde que registrado, produzindo efeitos a partir da data que tiver sido celebrado. Essa é uma ressalva e não é adotada com frequência, sendo predominante o casamento civil como meio de validade. O direito brasileiro conserva até hoje, vale ressaltar, os principais conceitos elaborados pelo direito canônico.

A família não permaneceu estática ao longo dos séculos. Transformações sociais, econômicas e jurídicas aconteceram com o processo de urbanização e industrialização, com reflexos até hoje. Apesar de ter sofrido profundas transformações, Silvio de Salvo Venosa³ afirma que “A família é entidade sociológica que independe do tempo e do espaço.”

2.2 O DIREITO DE FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, considerando como entidade familiar a família monoparental, ou seja, a família formada por um dos genitores e seus descendentes e reconhecendo, também, a união estável entre homem e mulher. O casamento deixa de ser a única forma de estabelecimento da família.

O advento da Carta Magna provocou uma enorme modificação no novo Código Civil, na parte do Direito de Família, considerando, segundo Silvio Rodrigues, a família como base da sociedade:

“Dentro dos quadros de nossa civilização, a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. Vol.6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais. Daí a interferência, por vezes até exagerada, do Estado nas relações familiares⁴.”

A família é considerada, portanto, a instituição que nasce e se desenvolve da relação entre homem e mulher, constitui a base da sociedade, merecendo assim, a mais deliberada proteção do Estado.

Com a atual Constituição, tornou-se necessária a modificação do Código Civil de 1916 que em muitos aspectos encontrava-se ultrapassado.

O Código Civil de 2002, na parte destinada ao direito de família, dentre outras alterações, enfatiza, desde logo, a igualdade dos cônjuges, a não interferência das pessoas jurídicas de direito público no casamento, o regime de bens e os efeitos do casamento.

Apresenta-se, portanto, como aduz Silvio Rodrigues um “aglutinador das significativas inovações legislativas e conceituais [...] que, a partir da Constituição Federal, [...] tem-se mostrado extremamente dinâmico”⁵.

2.3 PODER FAMILIAR: CONCEITO E EVOLUÇÃO

O conceito de poder familiar vem evoluindo ao longo do tempo. Anteriormente chamado de pátrio poder, o instituto representava para os romanos um poder absoluto, praticamente ilimitado, inclusive de vida e morte sobre os filhos. Tinha o objetivo de reforçar a autoridade paterna, consolidando assim, a família romana, considerada como a base da sociedade. Como ressalta, com propriedade, Fernanda Otoni de Barros:

“Incontestável o poder paterno. Sua soberania era absoluta. A dependência em que viviam os filhos para com o pai colocava-os em estado de incapacidade para os atos da vida civil. Excetuavam-se os atos que diziam respeito aos bens adquiridos pelo trabalho do filho, seja em sua própria profissão, seja como resultado do serviço militar, e aqueles em que, expressamente, em termo escrito, o pai ficasse excluído da administração e usufruto de alguma doação,

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

herança, na época de seu legado. Fora a administração dos proventos recolhidos de seu suor, tudo o mais passaria pelo crivo paterno⁶.”

Gradativamente, esse poder foi diminuindo, de forma que hoje, constitui um poder jurídico, ou seja, um poder familiar-dever, exercido pelo pai e/ou pela mãe, tendo como objetivo a proteção dos filhos, não mais exercido apenas pela figura paterna. Por isso, muitos doutrinadores consideram-no não como direito, mas como dever. Seu caráter é eminentemente protetivo.

De acordo com o Código Civil de 1916, cabia ao pai, “chefe do lar”, exercer o então chamado pátrio poder, incumbindo-o à mãe apenas nos casos de ausência ou impedimento do marido. Com o advento do Código Civil de 1916, o poder paterno sofreu uma diminuição considerável, uma vez que teria que dividi-lo com a mãe e se extinguiria com a maioria dos filhos. Esse instituto, porém, ainda era ligado à ideia de poder marital.

Esse entendimento perdurou até o advento da Lei nº 4.121/62, que delegou o pátrio poder a ambos os cônjuges, exercendo-o o marido, com a colaboração da mulher. Apenas nos casos de falta ou impedimento de um deles, o outro o exerceria com exclusividade, modificando também a antiga situação de que a mulher, quando discordava da decisão do marido, deveria recorrer ao Judiciário. Dessa forma, com essas alterações consideráveis, conferindo o exercício do pátrio poder a ambos os cônjuges, de modo que o exerceriam de maneira simultânea, a possibilidade ao acesso à Justiça, era um meio de solucionar conflitos, quando os pais discordavam em algum ponto da educação. Como bem afirma Silvio Rodrigues:

“A reforma legislativa provocou, neste campo, veemente reação, pois rebelaram-se os críticos contra a permissão conferida à mulher de recorrer ao Judiciário para dirimir as pendências domésticas. Pareceu altamente inconveniente, aos objetantes, invocar a interferência de um estranho, ainda que se tratasse de um juiz, para decidir questões que não deviam transpirar das paredes do lar; e viram nessa solução judicial um meio de enfraquecer os liames conjugais e a estabilidade da família⁷.”

⁶ BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. Vol.2. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 54.

⁷ Apud CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 106.

A partir da Constituição Federal de 1988, não mais prevalece a vontade paterna no caso de divergência, pois o exercício do pátrio poder compete a ambos os cônjuges, igualmente.

O Código Civil de 2002, na mesma linha de raciocínio, estatui, no artigo 1631 que o poder familiar compete aos pais e apenas na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

A evolução do instituto é gritante, como assevera Silvio Rodrigues:

“Comparando o pátrio poder na forma como se apresentava na Roma antiga com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste com a nomenclatura de poder familiar, nota-se tão profunda a modificação em sua estrutura que não se pode acreditar se trate da mesma instituição. Com efeito, a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conceito que afetou a própria natureza do poder paternal⁸.”

Atentos à evolução desse instituto, alguns autores conceituam-no de uma maneira mais adequada para os dias de hoje, situação em que o antigo pátrio poder é exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, o que não se via possível antigamente.

Para Sílvio Rodrigues, poder familiar é “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁹. Já para Carlos Roberto Gonçalves¹⁰, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.” Waldyr Grisard Filho enuncia o instituto como “o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”¹¹. Afirma, ainda, que para conseguir exercer referido poder com excelência é imposto aos pais o dever de “satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de condutas pautado no artigo 1.634 do CC o é em caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade”.

O poder familiar tem, assim, o caráter de *munus* público, portanto irrenunciável, exatamente por se tratar mais precisamente de um dever e não de

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 353.

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 356.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 357.

¹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-34.

um direito. O Estado, no intuito de garantir a proteção integral das crianças e dos adolescentes, dever da família, da sociedade e do próprio Estado, segundo a Constituição Federal de 1988, torna impossível a renúncia ao exercício do poder familiar.

2.3.1 Atribuições do poder familiar

O poder familiar engloba o conjunto de direitos e deveres que os pais têm em relação à pessoa e aos bens dos filhos.

O principal dever inerente aos pais é o de criar e dar educação aos seus filhos. Trata-se, nesse caso, de zelo moral e material de que os filhos necessitam para sobreviver. O não cumprimento desse dever caracteriza o delito de abandono material (Art. 244, Código Penal) e/ou intelectual (Art. 246, Código Penal).

Cabe também aos pais ter os filhos em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes permissão para casarem em algumas hipóteses enumeradas no Código Civil de 2002; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Quanto aos bens dos filhos, cabe aos pais exercerem o poder familiar no sentido de cuidar do usufruto e da administração dos bens até que lhes sobrevenha idade para tanto. Vale ressaltar que dentre os poderes de administração não estão incluídos os de alienar ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, exceto se tiver autorização judicial para tanto e o fizer em nome de necessidade ou utilidade da prole. Como ressalta Silvio Rodrigues:

“Na administração os pais devem zelar pela preservação do patrimônio de que cuidam, não podendo praticar atos que impliquem alienação direta ou indireta de bens, ou dos quais possa resultar uma diminuição patrimonial. A essa restrição se impõe uma ressalva. Podem os pais exorbitar dos atos de

administração em caso de necessidade evidente ou utilidade da prole, mediante autorização do juiz (CC, Art. 1.691, parte final)^{12.}”

2.3.2 Suspensão e extinção do poder familiar

O poder familiar é concedido aos pais para que eles protejam seus filhos e solidifiquem a família, considerada a base da sociedade, razão pela qual o Estado protege esta instituição.

A fiscalização é uma das maneiras que o Estado tem de proteger a família, verificando se os pais, detentores do poder familiar, exercitam-no sempre de maneira benéfica aos filhos.

Se os pais não fizerem jus a esse poder e, de alguma forma, o exercício possa ser nocivo aos filhos, prejudicando-os de um modo ou de outro, ocorrerá a suspensão ou a destituição, sanções aplicadas conforme o grau da infração cometida.

A suspensão representa medida menos grave, subsistindo enquanto perdurar a razão que a causou. Uma vez cessada a causa, o juiz poderá restituir o poder familiar aos pais. E ainda, não se trata de medida obrigatória, pois se os pais se comprometerem a não repetir o erro, é facultado ao juiz não suspender o poder, representando, portanto, uma medida discricionária.

As causas da suspensão, segundo o Art. 1.637, do Código Civil de 2002, ocorrem no caso de abuso de poder familiar, gestão ruínosa dos bens da prole, a falta de cumprimento dos deveres inerentes aos pais e, ainda, quando o pai ou a mãe forem condenados em sentença irrecorrível em crime cuja pena seja superior a dois anos.

A extinção do poder familiar representa a sanção mais grave e corresponde a uma infração de teor mais relevante. Trata-se de uma medida imperativa e não mais facultativa, como a suspensão.

Os casos em que o pai ou a mãe castigarem o filho imoderadamente, deixá-lo em abandono ou praticarem atos contra a moral e aos bons costumes,

¹² RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 364.

representam motivo para a destituição ou a perda do poder familiar. Conforme Roberto João Elias:

“A destituição, ao contrário, é medida definitiva. As hipóteses constantes do art. 395 do Código Civil referem-se ao castigo imoderado em relação ao filho, em primeiro lugar. Embora, por força do pátrio poder, se admita que os pais possam castigar os filhos, isso deve ser feito de forma moderada. A lei não expressa a forma de castigar. Entendemos que dever-se-ia evitar quaisquer agressões físicas ou psíquicas restringindo-se o castigo apenas a proibições de certos privilégios, especialmente relacionados ao lazer. O objetivo do exercício do pátrio poder deve ser sempre de propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade do menor e isso não se consegue com brutalidade¹³.”

Vale ressaltar ainda, que o poder familiar se extingue *ipso iure*, conforme o Art. 1.635 do Código Civil, pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção.

Roberto João Elias observa também que “a suspensão pode atingir apenas um ou mais filhos, sem que atinja toda a prole, quando baseada na falta de cumprimento dos deveres ou no caso de arruinar os bens dos filhos”¹⁴. Dessa forma, se o pai não administrou corretamente os bens de um dos filhos ou praticou algum ato contra a moral do mesmo, ele será destituído do poder deste, podendo continuar a exercê-lo sobre os outros.

Tanto a suspensão como a extinção do poder familiar dependem de sentença judicial, em processo onde esteja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Segundo bem afirma Sílvio de Salvo Venosa:

“Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o novo Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas. Atualmente, não é afastada a possibilidade de guarda compartilhada [...]. É certo que o cônjuge que não detém a guarda tem, na prática, os poderes do pátrio familiar enfraquecidos. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer ao Judiciário quando entender que o exercício direto do pátrio poder pelo guardião não está sendo conveniente¹⁵.”

¹³ ELIAS, João Roberto. **Pátrio Poder guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

¹⁴ ELIAS, João Roberto. **Pátrio Poder guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. Vol.6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 357.

Dessa forma, a ruptura do vínculo conjugal não suspende ou extingue o poder familiar. Veremos adiante o que ocorre com essa dissolução.

2.4 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Antigamente a família somente era reconhecida através do casamento. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, trazendo um novo conceito de família.

A família moderna vem passando por uma profunda crise. Com o passar do tempo, os conceitos e os valores estão se transformando, o que reflete na estrutura da família, fragilizando-a. Porém, essa crise pode ser apenas aparente, mostrando a transição que a família vem passando para se adaptar a essa nova realidade atual. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, “o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas”¹⁶. Porém, para outros, a crise familiar reside exatamente nessa mutação de conceitos e valores. Yussef Said Cahali, entende que a crise da entidade familiar reside:

“[...] na exaltação de pretensos valores novos e contingentes e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações entre os cônjuges¹⁷.”

Causas econômicas, fatores religiosos e políticos, mudança dos valores e a desenfreada evolução dos costumes, cada um a seu modo, têm provocado um distanciamento e uma fragilidade nas relações entre pais e filhos e nas relações entre marido e mulher. Com isso, o número de separações de fato, separações judiciais e divórcios vem aumentando assustadoramente.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol 6. 20ª ed. de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

Fernanda Otoni de Barros comenta algumas mudanças ocorridas desde a publicação da Lei nº. 6.515/ 77, conhecida como Lei do Divórcio:

“O Direito de Família, desde então, dedica-se quase que exclusivamente às questões provenientes do divórcio, sendo a guarda dos filhos uma importante faceta desse panorama jurídico. Aquela pequena “exceção” contida no Código de 1916 é, na contemporaneidade, responsável por alterar toda a relação dos pais com os filhos, tornando-se um cabo de guerra, pelo qual os pais medem nas barbas do tribunal quem tem maior poder¹⁸.”

O Código Civil de 2002 traz no Art. 1.571 as causas que determinam a dissolução da sociedade conjugal. São elas: a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio.

A morte de um dos cônjuges, fatalmente dissolverá o matrimônio, constituindo, assim, o primeiro caso de dissolução da sociedade conjugal.

A celebração do casamento traz consigo diversos efeitos para a realidade e por isso mesmo, o casamento é revestido de vários requisitos para que esse ato jurídico seja válido. Uma vez não obedecidos uma das formalidades, o casamento será declarado nulo de pleno direito ou anulado, dependendo da gravidade do vício. A nulidade será declarada quando o vício ferir o interesse da ordem pública, enquanto que a anulabilidade ocorrerá quando ferir apenas o interesse das pessoas envolvidas na relação.

A dissolução da sociedade conjugal se dá também com a separação ou o divórcio, seja amigável ou judicial.

Ocorrendo uma das hipóteses acima, há que se solucionar uma questão: quem ficará com a guarda do filho?

Surge então a necessidade de determinar a qual dos cônjuges caberá a companhia da prole. O princípio observado atualmente para solucionar essa questão é sempre o mesmo, o de que o julgador terá em vista, sempre e primordialmente, o interesse do menor.

Ressalta, com propriedade, João Batista Villela, ao discorrer sobre o novo modelo de família, que o que determina e orienta o aplicador da direito é o *bem do menor*, o que justifica a limitação dos pais, dos tutores e dos guardiões, desde que

¹⁸ BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. Vol.2. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 66.

se preserve aquele valor, justamente para que o menor alcance a condição adulta sob as melhores garantias, tanto de ordem material como de ordem moral¹⁹.

Relevante, portanto, a questão da guarda dos filhos, que será estudada no próximo capítulo.

¹⁹ VILLELA, *apud* ELIAS, João Roberto. **Pátrio Poder guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52.

3. GUARDA: ANÁLISE DO SEU SIGNIFICADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 DEFINIÇÃO DO INSTITUTO

A guarda está incluída como um dos deveres do chamado poder familiar, antigo pátrio poder. Segundo Yussef Said Cahali:

“Tem-se ressaltado que a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder; em outros termos, a guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas não se exaure nele nem com ele se confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este ser exercido sem a guarda²⁰.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no Art. 22, dispõe que: “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”.

O dispositivo elenca os deveres dos pais, inseridos no contexto dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. O responsável, ao assumir a guarda de uma criança ou adolescente, deverá desempenhar seu papel de maneira idônea e fiel, fazendo valer todos os direitos inerentes à criança ou ao adolescente, sempre no melhor interesse destes. A guarda é, portanto, um meio de efetivar esse poder. Dessa forma, cabe aos pais, primeiramente, prestar assistência material e escolar de maneira que os filhos tenham um desenvolvimento saudável.

Do vocábulo guarda, tem-se, desde logo, a ideia de vigilância, amparo, proteção ou administração. Alia-se ao conceito de guarda o de responsabilidade. Existem vários conceitos para o instituto, pois trata-se de um vocábulo bastante abrangente e subjetivo.

Para Maria Helena Diniz “é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando a posse de fato”²¹. Já para Waldyr

²⁰ Apud CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 146.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. vol. V. 17ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.503.

Grisard Filho é “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 384, II, do CC e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas”²². Segundo Wilson Donizeti Liberati “A finalidade da guarda é, sem dúvida, regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente”²³.

Trata-se, portanto, de um direito que impõe diversos deveres ao guardião, seja ele, o pai a mãe ou terceiros. Segundo Waldyr Grisard Filho “A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram”²⁴. O instituto está indiscutivelmente ligado ao poder familiar, com uma ideia de posse e surge como um poder- dever inerente aos pais ou a terceiros.

O instituto da guarda pode surgir de duas maneiras: no contexto da dissolução das sociedades conjugais e de acordo com previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que será mais na frente detalhado.

Enquanto não houver ruptura do vínculo conjugal, a guarda será exercida por ambos os cônjuges. Quando esse vínculo é rompido, começa um verdadeiro conflito para definir com quem ficará a guarda da prole. Se os pais acordarem, o juiz ratificará a decisão dos pais, não havendo procedimento contraditório. Sobre o assunto Silvana Maria Carbonera destaca:

“[...] seja a guarda compreendida como um direito, um dever ou um complexo de direitos e deveres, deve ela ser exercida tendo em conta o modelo jurídico de família em que se desenvolve, respeitando os sujeitos envolvidos e permitindo a todos que o crescimento individual seja efetivo e promova a realização de todos os membros da família²⁵.”

Dessa forma, a guarda deve ser exercida em benefício dos filhos, de maneira que os genitores compartilhem o crescimento e desenvolvimento dos mesmos, sempre respeitando a dignidade de todos os membros da família. O interesse de todos os componentes que integram a família deve ser levado em consideração.

²² GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

²³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 26.

²⁴ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

²⁵ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 65.

3.2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DA GUARDA

De acordo com o Código Civil de 1916, havia duas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: quando se dava de forma amigável era regulada pelo Art. 325 e poderia ser resolvida a questão da guarda de acordo com a vontade dos pais, sendo decidida de maneira conjunta e consensual entre os cônjuges. Já nos casos judiciais, com fulcro no Art. 326, quando um acordo não era possível, a existência de culpa para o fim do matrimônio era questão decisiva para a atribuição da guarda.

As causas de extinção do vínculo matrimonial eram enumeradas de maneira taxativa no antigo Código. Dentre elas estava o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave e o abandono voluntário do lar conjugal, por mais de dois anos. Aquele que, de certa forma, determinava o fim da sociedade conjugal, não teria direito à guarda dos filhos, atribuindo-se, então, a guarda dos filhos àquele que era considerado inocente. Como bem pondera Silvana Maria Carbonera: “o legislador acabou criando um sistema de premiação àquele que tivesse se comportado bem como cônjuge, sujeito da principal relação jurídica de família de onde todas as demais decorriam”²⁶.

Paralelos a esse critério, existiam outros também utilizados para determinar tal questão. No caso de culpa recíproca, a idade e o sexo dos filhos eram levados em consideração. Os filhos menores de seis anos ficariam com a mãe. Após completarem essa idade, os meninos ficariam sob a guarda do pai, enquanto as meninas continuariam sob a guarda materna. Por último, tendo por base a existência de motivos graves, o juiz poderia determinar de maneira diversa à estabelecida no Código, usando do bom senso em cada caso particular.

Com o advento da Lei nº 4.121/1962, o Código Civil de 1916 sofreu algumas alterações com relação ao desquite litigioso, permanecendo em sua antiga forma em relação ao amigável. A partir dessa lei, havendo cônjuge inocente, a este seria concedida a guarda. Já nos casos de culpa de ambos os cônjuges, os filhos ficariam sob a guarda da mãe, independentemente de idade e sexo, salvo disposição em contrário do juiz, com o intuito de preservar o melhor interesse do

²⁶ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 103.

menor. Caso o juiz verificasse que os filhos não deveriam ficar sob a guarda de nenhum dos pais, visto que não seria a melhor opção para a prole, ele estava apto a conceder a guarda para alguma familiar do pai ou da mãe, sendo este, pessoa idônea para tal fim. Aos pais, nesse caso, restava o direito de visitas.

Vale ressaltar a existência do Decreto-lei nº 3.200/1941 que disciplinava a questão da guarda do filho natural, segundo o qual, o progenitor que reconhecesse o filho deveria ficar com sua guarda. No caso de ambos reconhecerem, o filho deveria ficar sob o poder do pai, salvo se o juiz reconhecesse que não seria melhor para o filho. Essa determinação durou até o surgimento da Lei nº 5.582/1970 que passou a regular a guarda, nesses casos, para a mãe.

A Lei nº 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, tornou as normas mais gerais e abstratas, deixando a autoridade judicial mais livre para decidir qual dos cônjuges estava mais apto para assumir a guarda da prole. Dessa forma, não modificou a essência do Código de 1916, permanecendo o objetivo de preservar o melhor interesse do menor. Visando ao benefício dos filhos, esta lei determinava que estes ficariam com o cônjuge em cuja companhia já se encontravam durante o tempo da ruptura do vínculo conjugal.

A Constituição Federal de 1988 traz uma maior valorização das pessoas e o papel dos filhos aumenta. Nas palavras de Silvana Maria Carbonera: “Não existe mais um único protagonista no meio jurídico familiar, pois a dignidade não distingue sexo ou idade. No modelo jurídico constitucionalizado de família, cada sujeito é o protagonista de sua história”²⁷.

Há uma crescente preocupação no que tange aos filhos, o que pode ser percebido pela mudança do modelo que privilegiava o que estava na legislação para um modelo que passa a ser analisado pela autoridade judicial, em cada caso concreto, para definir o que se apresenta melhor para a situação em análise.

Outra forte influência com reflexos na legislação atual foi a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que ressaltou a importância da manutenção dos laços afetivos de crianças e adolescentes com seus pais, mesmo após a separação, como o fundamento de preservar seu bem-estar.

O Código Civil de 2002 não alterou as regras, preservando o espírito do código anterior, no que diz respeito à observância do critério do melhor interesse

²⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 195.

dos filhos. Porém, o que se nota é que o entendimento do que é melhor para os filhos mudou.

Antes, diante de uma sociedade patriarcal, com fortes heranças da sociedade romana, o que se via era a prevalência de determinações em favor do pai, “chefe da casa”, aquele responsável pelo sustento da família, quando a mãe tinha o mero papel de “dona de casa”. Como o pai tinha o domínio do poder econômico, sendo considerado o centro financeiro da família, a figura paterna tinha um grande destaque naquela época, tornando o deferimento da guarda muito tendencioso para o genitor. Silvana Maria Carbonera ratifica esse entendimento considerando que “(...) numa sociedade marcada por valores masculinos, os homens, atores principais, recebiam o respaldo jurídico para ocuparem tal posição”²⁸. E continua, afirmando que, a mulher “incluída no rol dos relativamente incapazes, desempenhava um papel de coadjuvante, uma vez que era juridicamente dependente do marido.” Essa dependência tornava a mulher subordinada ao homem, tornando seu papel apenas acessório, de relevância apenas na falta ou ausência da figura paterna.

Contudo, esse cenário não permaneceu estático. Com a Revolução Industrial, os valores da sociedade invertem-se e a figura materna passa a ter uma grande importância, sendo considerada mais apta para cuidar, educar e acompanhar o crescimento dos filhos, uma vez que os homens passavam praticamente o dia todo fora de casa. Durante esse período, ao homem cabia o provimento das necessidades materiais da família, enquanto a mãe cuidava das prendas do lar.

Na Primeira e na Segunda Guerra Mundial, os homens iam para as frentes de batalha e as mulheres passavam a assumir o papel de comandar e sustentar suas famílias. Com o fim das guerras, muitos dos homens que tinham ido, não mais retornaram, o que obrigou as mulheres a deixarem suas casas e entrarem no mercado de trabalho.

Com o surgimento do movimento feminista, as mulheres passaram a adquirir maior espaço no mercado de trabalho, o que resultou em uma nova mudança no quadro social, culminando em profundas reformas no Direito de família a partir de 1962.

²⁸ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 177.

Surgiram, então, algumas leis que, de certa forma, beneficiavam as mulheres, como o Estatuto da Mulher Casada, que trazia uma igualdade relativa entre os homens e as mulheres. A figura materna passava, assim, de um papel de subordinação para um papel de colaboradora do marido.

Silvana Maria Carbonera destaca que “[...] como reflexo das transformações sociais, o aumento do campo de atuação jurídica e social da mulher conduziu a uma legislação cada vez menos discriminatória”²⁹.

A Constituição Federal de 1988, com base na tutela da dignidade da pessoa humana, traz no Art. 5º o princípio da igualdade, garantindo o tratamento igualitário entre homens e mulheres, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

A partir de então, a sociedade não se estagnou no tempo, sempre evoluindo com relação aos seus valores e costumes. A figura materna cada vez adquire mais destaque e o número de mulheres inseridas no mercado cresce exponencialmente. Conforme Carbonera:

“O homem deixa de ser o senhor da casa pra se tornar mais um membro da família, ao lado da mulher e dos filhos, numa relação de recíproco respeito, norteado pela igualdade e pela tutela da dignidade. Opera-se a valorização das pessoas em lugar do grupo ou da necessidade de um vínculo jurídico³⁰.”

O deferimento da guarda, no entanto, não evoluiu na mesma proporção. Mesmo com a figura materna inserida no mercado de trabalho e em condições de igualdade, como direito fundamental do homem e da mulher, a guarda continua sendo, em regra, concedida à mãe, sem levar em consideração que os pais, muitas vezes podem ser a pessoa mais apta para educar, criar e acompanhar o desenvolvimento saudável dos filhos.

O modelo da guarda única, com o tradicional sistema de visitas, utilizado na maioria dos tribunais e deferido na maioria das vezes para a figura materna, não demonstra ser o mais adequado à nossa realidade. Nesses casos, o pai torna-se quase que um estranho visitando seus filhos. Existem outros modelos de guarda que devem ser estudados e analisados, devendo ser levado em consideração a estrutura de cada família e de cada membro que a constitui.

²⁹ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 185.

³⁰ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 193.

Surge, portanto, um anseio por mudança em relação ao instituto da guarda. Necessita-se que esse instituto acompanhe a evolução dos valores da sociedade e da família moderna, para que diminua o notório desequilíbrio das relações parentais, que contraria o princípio da igualdade respaldado pela Carta Magna. Destaque-se o modelo da guarda compartilhada que vem demonstrando ser um modelo bastante coerente com a estrutura da família moderna.

Os modelos de guarda existentes serão analisados mais adiante.

3.3 O INSTITUTO DA GUARDA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

3.3.1 A importância do ECA na fixação da proteção integral dos menores

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem para romper definitivamente com a doutrina da situação irregular, adotada a partir do séc. XIX e admitida pelo Código de Menores de 1979. Tal doutrina inseria-se no contexto brasileiro de adolescentes em conflito com a lei. Não foi, portanto, na perspectiva da criança que se criou essa teoria, mas sim, para proteger a sociedade daqueles que eram marginalizados. Entretanto, apesar de não tratar as crianças e adolescentes como mereciam, a doutrina da situação irregular representava, de qualquer forma, um verdadeiro avanço, uma vez que anteriormente não havia nenhuma preocupação legal em relação a eles.

Essa situação irregular se manifestava como uma situação de risco na qual o menor encontrava-se em uma condição de vulnerabilidade ou nos casos em que o menor estaria em conflito com a lei. Essa doutrina implicava uma situação de patologia social e era dotada de caráter assistencialista, na medida em que a autoridade judiciária tinha o poder de decidir o que era melhor para a criança e o adolescente de maneira arbitrária. Segundo essa concepção, o menor era concebido como mero objeto de intervenção jurídica e estaria sob responsabilidade exclusiva da família, abstendo a sociedade e o Estado de qualquer obrigação.

O ECA estabelece, seguindo a orientação da Carta Magna, a doutrina da proteção integral, com a ideia de que as crianças e adolescentes deixam de ser objetos para serem sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, tendo acesso irrestrito e privilegiado à Justiça como titulares de direitos, além dos próprios referentes à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Como afirma João Gilberto Lucas Coelho: “O nosso texto constitucional e a Lei 8.069 representam um avanço extraordinário. Colocam o Brasil na vanguarda de legislações a respeito da criança. São, portanto, instrumentos muito significativos”³¹.

Outra mudança significativa trazida pela Constituição Federal e pelo referido Estatuto foi a substituição do termo menor por criança e adolescente. O termo substituído dava a ideia de que as crianças e adolescentes eram meros objetos do direito. Esse termo, que muitas vezes representava uma acepção pejorativa, foi de certa forma banido, pois remetia à ideia da doutrina da situação irregular.

O Art. 19 do ECA, que tem por embasamento a doutrina da proteção integral, assegura às crianças e aos adolescentes a convivência familiar e comunitária. Tal regra tem por base o Art. 227 da Constituição Federal, segundo o qual, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Dessa forma, a família, a sociedade, e o Estado são, agora, solidariamente responsáveis pela efetivação dos direitos das crianças e adolescentes. A proteção é dita integral, pois engloba todas as relações interpessoais em que crianças ou adolescentes figurarem como parte. João Gilberto Lucas Coelho acrescenta que:

“Os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato

³¹ Apud CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 36.

praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros³².”

O Estatuto surgiu, portanto, a partir dos princípios que orientam a Carta Maior, que pela primeira vez, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, além de delinear novos aspectos detectados pela doutrina para firmar, no atual contexto do direito brasileiro, os conceitos de criança e adolescente, e por conseguinte, seus direitos.

A Igreja Católica foi uma das precursoras e motivadoras de debates e discussões a favor dos direitos das crianças e adolescentes. Nas palavras de D. Luciano Mendes de Almeida:

“O Estatuto tem por objetivo a *proteção integral* da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento moral e religioso. Este Estatuto será semente de transformação do País. Sua aplicação significa o compromisso de que, quanto antes, não deverá haver mais no Brasil vidas ceifadas no seio materno, crianças sem afeto, abandonadas, desnutridas, perdidas pelas ruas, gravemente lesadas em sua saúde e educação³³.”

3.3.2 A guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente

Como já afirmado, a guarda pode ser abordada sob dois ângulos. O primeiro é a guarda tratada quando da dissolução da sociedade conjugal, o outro é sob a perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA trata da guarda de crianças em situação de abandono, ou, segundo o Art. 98, quando os direitos da criança e do adolescente forem ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.

Segundo Ana Maria Moreira Marchesan³⁴, Promotora de Justiça no Rio Grande do Sul, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina três espécies de guarda, a permanente, a provisória e a peculiar.

³² Apud CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 15.

³³ Apud CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 17.

³⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Colocação em Família Substituta: Aspectos Controvertidos**. Disponível em: http://www.mp.m.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_guarda_subtituta. Acesso e 10

A guarda permanente, regulamentada no Art. 33, §2º, primeira parte, é medida de cunho perene e destina-se a atender situações especiais, onde a criança ou o adolescente não foram adotados ou não estão sob tutela, condições estas, mais favoráveis. Pode ocorrer nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com o consenso dos pais e, ainda, no caso de guarda especial, para suprir a ausência ou a falta eventual dos pais ou responsáveis, falecidos ou com paradeiro ignorado. É a mais duradoura e esgota-se em si mesma.

Vale ressaltar que a guarda nunca é definitiva, uma vez que poderá ser revogada a qualquer tempo, desde que as condições que a levaram a ser concedida deixarem de existir. Sua concessão não faz coisa julgada. Havendo, portanto, modificação no estado de fato ou de direito, poderá o juiz rever a decisão anterior, de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus*.

A guarda provisória, regulamentada pelo Art. 33, §1º poderá ou não adquirir contornos de medida preparatória de tutela ou adoção, podendo ser concedida liminar ou incidentalmente. É também atribuída a um dos genitores enquanto corre o processo de separação ou divórcio. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho trata-se de um “modo primeiro de organizar a vida familiar”³⁵.

A denominada guarda peculiar, regulamentada, também, no art. 33, §2º (segunda parte), novidade trazida pelo ECA, insere-se o conceito de representação, quando há razões pessoais para não transformar as crianças e adolescentes em filhos próprios. A possibilidade de concessão dessa modalidade de guarda dependerá, como nos demais casos, da análise do caso concreto.

Vale ressaltar que essa representação não é plena e geral, reservando-se apenas à prática de determinados atos, que devem ser especificados pelo juiz.

As duas últimas espécies são temporárias e duram até que uma nova situação jurídica se estabeleça fazendo com que a antiga situação não tenha mais sentido de existir.

Importante salientar, ainda, que uma vez atribuída a guarda, a criança ou o adolescente torna-se dependente para todos os fins legais.

de março de 2012.

³⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

3.4 MODALIDADES DE GUARDA

3.4.1 Guarda comum

A guarda comum é exercida por ambos os cônjuges, quando estes vivem sob o mesmo teto, na constância do matrimônio. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho:

“Na constância do casamento, tanto na família *legítima* como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores, como decorrência do poder familiar. É a chamada *guarda comum*, consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada, assim, ao poder familiar não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício³⁶.”

Sua origem é, portanto, natural, uma vez que não advém de lei ou de sentença judicial. Ela decorre da maternidade e da paternidade, onde ambos os cônjuges exercem todos os poderes inerentes ao poder familiar. Não existe, nesse caso, a figura do não guardião. É uma modalidade exercida por ambos os cônjuges de maneira não prejudicial aos filhos.

3.4.2 Guarda Judicial

Com a dissolução da sociedade conjugal, a guarda dos filhos começa a ser disputada pelos pais.

A atribuição judicial da guarda ocorre nos casos de conflito, quando o pai e a mãe não entram em um consenso sobre quem ficará com a guarda da prole.

Entra, então, a figura do juiz que irá analisar cada caso concreto e definir quem é a pessoa mais adequada para obter a guarda. Diz-se, portanto, guarda

³⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

judicial, por ser oriunda das atividades jurisdicionais do Estado. O juiz terá cinco modalidades para optar: guarda única, guarda de terceiros, guarda alternada, aninhamento ou nidação e a guarda compartilhada, que nos parece, nos tempos atuais, a mais adequada.

3.4.2.1 Guarda única

Também conhecida como guarda monoparental, verifica-se essa modalidade de guarda quando o menor fica sob a guarda de apenas um dos pais. Essa modalidade pode se dar de duas formas: mediante decisão judicial e por acordo entre os pais, onde o juiz apenas homologa a decisão.

O interesse do menor serve como fundamento da decisão de quem será o guardião do menor, enquanto o outro terá direito de visitas. É o tradicional sistema de visitas, onde o menor vive em um lar fixo com o guardião, recebendo visitas periódicas do pai ou da mãe que não detém a guarda³⁷.

Esse sistema, que traz a figura do não guardião não se mostra favorável aos filhos, nem aos pais, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos. A figura do não guardião vai, aos poucos, se assemelhando a um estranho visitante. Ocorrem vários encontros e seguidas separações, destruindo aos poucos os laços familiares do não guardião com o filho. E, ainda, afronta os princípios constitucionais da isonomia e do melhor interesse do menor. Neste modelo não se exige sequer a opinião do não guardião com relação as decisões importantes a tomar relativamente ao menor. É, apesar das críticas, o modelo mais utilizados nos tribunais.

3.4.2.2 Guarda de terceiros

³⁷ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

A guarda de terceiros é a solução adotada nos casos em que não é possível a atribuição da guarda a nenhum dos pais. A definição de que terceiro ficará com o poder de guarda parte de critérios legais, como o grau de parentesco, de afinidade e de afetividade.

3.4.2.3 Guarda Alternada

Essa modalidade se caracteriza pelo exercício da guarda, tanto jurídica como material, por um dos cônjuges, segundo um período de tempo já pré-determinado, o que implica uma alternância de guarda entre os pais, ou seja, a menor mora com cada um deles durante esse período. Cada um dos pais exerce a totalidade dos direitos-deveres inerentes à guarda no período em que fica com o filho. Dessa forma, é traçado um ciclo de alternância entre as duas residências. Como bem afirma Waldyr Grisard Filho:

“Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento) ao outro transfere-se o direito de visita. Ao cabo do período, independentemente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta, do guardião ao visitador para, no tempo seguinte, inverterm-se os papéis³⁸.”

Essa alternância, porém, é fortemente criticada devido a não obediência ao princípio da continuidade do lar, uma vez que, o menor nunca tem uma referência fixa de domicílio. Isso pode afetar o bem estar físico e psicológico da criança e/ou adolescente. Questiona-se também se é possível a consolidação dos hábitos, costumes, valores, padrões e formação de sua personalidade face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. A guarda alternada, ainda segundo Waldyr Grisard Filho “embora descontínua, não deixa de ser única”³⁹.

³⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120-121.

³⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. 2ª ed. ver., atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

3.4.2.4 Aninhamento ou Nidação

Neste modelo os pais que se revezam para ficar com os filhos. O filho tem um referencial de domicílio, uma vez que este fica sempre na mesma casa. Os pais, no entanto, mudam-se para a casa onde os filhos moram em períodos alternados. Invertendo-se os papéis ao termo de cada período. Esse modelo torna-se inviável, além dos motivos acima destacados, pelo fato financeiro, que exige a existência de três casas, uma para o(s) filho(s), outra para o pai e, uma terceira, para a mãe.

3.4.2.5 Guarda Compartilhada

Essa modalidade funda-se no exercício comum do poder familiar, onde os pais são responsáveis igualmente pelos filhos. Visa diminuir os prejuízos trazidos pelas outras modalidades de guarda. Esse modelo é o objeto maior do nosso estudo e será detalhadamente estudado no próximo capítulo.

4. A GUARDA COMPARTILHADA

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Quando se diz que a família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, a ideia é destacar que nela encontram-se inseridos os elementos principais caracterizadores de certa coletividade. De outro modo não poderia ser, visto que as relações familiares são modeladas pelos fatores sociais, pelos costumes e pelas ideologias próprias do lugar e da época em que se inserem.

Exatamente por acompanhar as transformações sociais, é que a família também se modifica constantemente, exigindo da ciência jurídica a correlata normatização das novas situações jurídicas surgidas. Assim, a família que desejou e busca hoje efetivar a guarda compartilhada é, em muitos aspectos, diferente daquela que recebeu com satisfação o divórcio que, por sua vez, rompeu com o modelo familiar anterior, onde o casamento e a figura masculina eram supervalorizados.

A ideia de compartilhar a guarda dos filhos surge aos poucos e em vários países, impulsionada pelas mudanças ocorridas na família do século XX, decorrentes dos novos paradigmas sociais oriundos da reestruturação dos meios de produção, da crescente inovação tecnológica e da difusão dos ideais humanitários⁴⁰. Todos esses fatores modificaram o atuar das pessoas no meio social, seu estilo de vida e suas convicções ideológicas.

O ingresso da mulher no mercado de trabalho e a progressiva conquista de sua independência financeira fizeram-na questionar a qualidade de seus relacionamentos conjugais e seu papel na sociedade. Acentuou-se o debate acerca da dissolubilidade do casamento, a luta por maior igualdade jurídica e econômica, ao passo que a profissionalização feminina exigiu dos homens uma maior participação nos afazeres domésticos e na criação dos filhos. A família reestruturava-se para acompanhar o ritmo ditado pelas transformações sociais.

⁴⁰ No entender de Grisard Filho (2010, p.189), “o direito de família deu um salto epistemológico por influência dos direitos humanos e a guarda de filhos de pais separados deixou de ser um tema singelo no trato técnico-jurídico para configurar-se, no presente, elemento relevante de legitimação de novos modelos normativos”.

A autorização do divórcio concretiza as mudanças já prenunciadas pela nova realidade social que, paulatinamente, se constituía, intensificando a discussão acerca da situação dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal.

A família, protegida pela Constituição Federal de 1988, ganha um remodelar também no âmbito jurídico, uma vez que encontra agora seus fundamentos e diretrizes na igualdade, na solidariedade e no afeto. Compreende-se que não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas o inverso, ou seja, a família e a união conjugal, proveniente ou não do matrimônio, que existem como um meio para propiciar a felicidade e o desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Por conseguinte, no que concerne a guarda dos filhos, o reflexo desse novo entender das relações familiares enseja a convicção de que “os filhos estão submetidos ao poder familiar dos pais e não dos cônjuges”⁴¹ (QUINTAS, 2010, p.65).

Nesse meio social, constituído no último século, cresce o número de crianças e adolescentes fruto de uniões desfeitas e de mulheres chefe de família, ao passo que se redescobre também o amor paterno e a função do pai nos cuidados diários com os filhos, circunstâncias que exigiram o repensar dos direitos e deveres de cada um dos genitores na família, esteja ela fisicamente unida ou não.

Corroborando o exposto, Grisard Filho acrescenta que:

“A redistribuição dos papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da guarda exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaço à atual igualdade parental. Quando o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade cotidiana observada no foro prioriza, sistematicamente, a maternidade em detrimento da paternidade, quando se nega à criança o direito de ter dois pais, quando inevitável o processo de isonomia entre marido e esposa criando uma simetria nos papéis familiares, é hora de se rever a questão da autoridade parental⁴².”

Pode-se afirmar, portanto, que a guarda compartilhada é o resultado de uma necessidade social, cujo redefinir da maternidade e da paternidade somada à preocupação em amenizar os males advindos da desagregação familiar, cada vez mais constante, permitiram a construção de um modelo de guarda que primasse pela satisfação pessoal de todos os membros do grupo familiar afetado pela

⁴¹ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 65.

⁴² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

desunião, mas, em especial, pelo bem estar dos filhos, sempre os mais prejudicados pela discórdia dos pais e pelas modificações surgidas na família após a ruptura, em virtude de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Isto posto, entendemos por guarda compartilhada, ou conjunta, a paridade e a corresponsabilização dos genitores quanto aos cuidados com a prole, sendo “um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal”⁴³. Aqui, a guarda jurídica pertence a ambos, o poder familiar é exercido em igualdade de condições, sempre com a observância do princípio do melhor interesse do menor, e a convivência com os pais não é prejudicada com a saída de um deles do lar, visto que ambos continuam a participar das principais decisões e dos demais acontecimentos marcantes na vida de seus filhos.

No mesmo sentido, Akel assevera que:

“Na guarda compartilhada, um dos pais detém a guarda física do filho, embora mantidos os direitos e deveres do poder familiar em relação a ambos. Dessa forma, o genitor não detentor da guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim a participar efetivamente dela, com autoridade para decidir diretamente em sua formação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos; enfim, na vida cotidiana do filho menor⁴⁴.”

Estudiosos de outras ciências, como a Sociologia, a Psicologia, a Psiquiatria e a Assistência Social, defendem que coparticipação dos genitores na vida de seus filhos é fundamental, sobretudo, para que o menor não perca de modo repentino os referenciais que possuía quando a família estava unida.

Segundo Rose Marie Muraro⁴⁵, desde seus primeiros anos de vida, o menor vivencia um ambiente no qual existem, em regra, dois diferentes centros de poder, personificados na figura do pai e da mãe, e não apenas um, onde o pai sempre manda e a mãe somente obedece ou apenas um deles centraliza a tomada de decisões e o orçamento familiar, como ocorre quando instituída a guarda exclusiva. A criança, então, entenderia que o natural é a existência de um ambiente familiar

⁴³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

⁴⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 114.

⁴⁵ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: De acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 54-55.

pluralista e democrático, marcado pela solidariedade, pelo rodízio de lideranças e pela partilha de tarefas.

Na verdade, a autora defende que o modelo de guarda a ser adotado deve ser aquele que mantenha os referenciais familiares apresentados ao menor antes da ruptura, a fim de que este acontecimento não seja motivo de instabilidade emocional. A criança e o adolescente não devem entender a separação como algo negativo e prejudicial a eles, mas sim, conforme já foi enfatizado, como uma solução para os problemas criados pelo fim da vontade de seus pais de viverem em comunhão. O ideal é tentar preservar todos os aspectos positivos existentes na família antes da ruptura, sendo esta uma maneira de atender ao melhor interesse do menor.

Comentando o entendimento da autora citada, Quintas expõe:

“Não faz mais sentido no mundo de hoje, em que o sistema jurídico igualou homens e mulheres, a atribuição da guarda exclusiva sempre que dissolvida a família, nem para a criança, que cresce com uma visão de igualdade entre os pais, mas que, no entanto, se depara com uma divisão de tarefas (nos moldes antigos) quando da ruptura familiar, o que a faz se sentir culpada pela desunião dos pais; nem para a mulher, que em pé de igualdade com o homem não pode mais [ou pelo menos não deve] assumir sozinha os encargos da dupla jornada de trabalho; nem para o homem que agora ao participar mais ativamente da criação dos filhos durante a vida em casal se vê impossibilitado de exercer seu poder familiar plenamente, se afastado da mulher⁴⁶.”

Em virtude disso, é que a guarda compartilhada, além de todas as demais vantagens que serão demonstradas no decorrer deste capítulo, é o melhor modelo de guarda que se apresenta para a estrutura familiar dos dias de hoje, pois não extingue a convivência e a continuidade da relação parental, além de manter os referenciais necessários para o desenvolvimento saudável do menor, bem como a complementaridade das funções paterna e materna, quando disponíveis.

4.2 APLICAÇÃO E EVOLUÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO

⁴⁶ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

Os efeitos negativos do divórcio e da separação atingem diversos grupos familiares, de diferentes países e contextos sociais. Para todos eles a problemática é a mesma, decorrendo do fato de que o rompimento da unidade familiar entre casais que possuem filhos menores nunca proporciona uma separação completa, visto que a relação parental é eterna e suas obrigações não se esvanecem com o fim de um casamento, de uma união estável ou de qualquer outro relacionamento afetivo.

Em virtude desse vínculo irrenunciável, somado, sobretudo, ao interesse crescente dos pais em garantir a continuidade dos laços de afetividade com os filhos, mesmo após a dissolução da família conjugal, é que surgiu, evoluiu e se difundiu em diferentes países, inclusive no Brasil, a ideia do compartilhamento da guarda.

Sendo as consequências da ruptura familiar uma questão presente em todo o mundo, é necessário estudarmos, primeiramente, as soluções desenvolvidas por outros países, pioneiros em relação ao Brasil na adoção desse sistema de guarda, a fim de podermos entender seu surgimento e a maneira como o modelo é aplicado no exterior. Em seguida, cumpre-nos analisar a evolução da aplicação da guarda no Brasil para compreendermos como se deu a reestruturação da família e as razões porque se desejou tanto garantir maior aplicabilidade à guarda compartilhada.

4.2.1 A experiência estrangeira na aplicação da Guarda Compartilhada

Difícil fixar com precisão onde e quando surgiu a guarda compartilhada, já que essa nova modalidade de guarda apresenta-se como um reflexo social em todo o mundo, existindo decisões de variadas épocas que traduzem os seus preceitos embrionários e que poderiam ser citadas como marco.

Contudo, a doutrina majoritária considera que as raízes da guarda compartilhada encontram-se no direito inglês, porque foi aí que o instituto ganhou mais visibilidade e sua aplicação pelos Tribunais incentivou os estudos da matéria por profissionais de diferentes ramos. Por outro lado, é nos Estados Unidos que o sistema possui maior aplicabilidade, apesar das dificuldades existentes no direito

norte- americano em uniformizar a legislação do Direito de Família. Porém, o modelo adotado em Portugal é o que mais se assemelha ao brasileiro.

Feitas essas considerações, destacaremos a seguir o sistema de guarda compartilhada aplicado em cada um dos países citados, por entendermos que a experiência dessas nações foram as que mais influenciaram o direito brasileiro a normatizar expressamente o modelo e a preferi-lo face aos demais.

4.2.1.1 No sistema da Common Law - Inglaterra

No direito inglês, o pai foi considerado proprietário dos filhos até meados do século XIX, quando o parlamento conferiu à mãe o direito de também obter a guarda da prole. O objetivo da medida era conter as injustiças causadas às mães pelo deferimento da guarda unilateral exclusivamente aos pais.

Ocorre que a nova medida ao invés de solucionar a desigualdade existente entre pai e mãe, terminou por mantê-la, modificando apenas os sujeitos beneficiados e os prejudicados. Se primeiramente era a mãe quem sofria os males decorrentes da guarda unilateral do pai, progressivamente, este foi ocupando a posição de injustiçado pelo fortalecimento da guarda unilateral deferida à mãe⁴⁷.

Como exemplo dessa mudança, pode-se citar o *British act* de 1939 que atribuiu às mães a guarda dos filhos, sobretudo quando estes eram menores de sete anos, iniciando-se a doutrina do “*tender years*” e o fortalecimento da presunção maternal sob a presunção paternal⁴⁸.

A situação demonstra o desprestígio da figura paterna e o fortalecimento do monopólio materno na fixação da guarda, criando-se regras, nem sempre aplicáveis em todos os casos, de que estar com a mãe era mais favorável ao desenvolvimento físico e mental dos menores do que estar com o pai.

Os Tribunais ingleses, aos poucos, entenderam que o vínculo parental não era uma via de mão única e que era preciso amenizar os efeitos causados pela perda do direito de guarda unilateral do pai, além de encontrar um meio mais capaz

⁴⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁸ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada:** De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

de assegurar o interesse maior da criança. Como solução, expediram ordens de fracionamento, denominadas “*split order*”, no intuito de dividir o direito de guarda entre ambos os genitores⁴⁹.

A ideia de fracionamento, embrião da guarda compartilhada como conhecemos hoje, consistia em atribuir à mãe os cuidados diários dos filhos (*care and control*) e ao pai o poder de direção da vida dos mesmos (*custody*), possibilitando o exercício comum e cooperativo da guarda⁵⁰.

O novo modelo logo despertou o interesse dos estudiosos, não só daqueles ligados à ciência jurídica, mas também de outros ramos, o que, sem dúvida, proporcionou um maior conhecimento e aperfeiçoamento do instituto, além de difundir suas noções para outros países.

A consolidação da guarda compartilhada na Inglaterra, entretanto, somente ocorreu em 1964 no caso Clissold, paradigma que demarcou o início de uma tendência na jurisprudência inglesa. Os fatos ocorridos a partir daí apenas fortaleceram a ideia de que é possível compartilhar a guarda, como exemplifica Eduardo Oliveira Leite⁵¹:

“[...] Em 1972, a *Court d’Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d’Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.”

Os Tribunais ingleses passaram a privilegiar em suas decisões o interesse da criança⁵² e a igualdade parental, ideais que repercutiram diretamente nas províncias da *common law* do Canadá e, em seguida, nos Estados Unidos, onde a guarda compartilhada é aplicada na maioria dos estados.

Cumprе ressaltar que, embora a Inglaterra seja considerada o principal berço da guarda compartilhada, a sua aplicabilidade não é uma constante como em

⁴⁹ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁵⁰ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁵¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 140.

⁵² O parlamento inglês expressou em 1989, através do *Children Act*, que o bem estar da criança é o critério mais importante nas decisões sobre a guarda de menores (QUINTAS, 2010, p.107).

outros países que adotaram o modelo posteriormente, influenciados pelo exemplo inglês.

Segundo Quintas⁵³ (2010, p.106-107), na Inglaterra, ainda há muitas decisões atribuindo a guarda exclusiva dos filhos às mães⁵⁴, situação que ensejou a formação de vários grupos de apoio aos pais, como por exemplo, o *Fathers 4 Justice*⁵⁵, o *Shared Parenting Information* e o *Equa Parenting*, criados no intuito de ajudar e unir os homens na luta pela efetivação de seu direito de estar com os seus filhos. Esses grupos são responsáveis pelo debate dos direitos e necessidades dos pais após a ruptura familiar, bem como pela realização de diversos protestos por maior igualdade parental nas ruas, principalmente em datas comemorativas, como Dia dos Pais e Natal.

A problemática na Inglaterra é tão abrangente que hoje se discute acerca da efetivação do direito dos genitores de ter uma vida familiar. A questão decorre das disposições contidas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em vigor desde o final do ano 2000, segundo a qual todos os membros da família são beneficiados pelos chamados “Direitos da Convenção”. Em virtude disso, alguns estudiosos defendem que as decisões sobre guarda de menores devem considerar os direitos dos adultos, já que estes também possuem os “Direitos da Convenção”, e não apenas o bem estar dos menores.

Nesse sentido, Andrew Bainham⁵⁶ adverte que, no futuro, as decisões sobre guarda, direito de visitas e convívio familiar utilizarão como fundamento o princípio do melhor interesse do menor associado ao direito dos pais à convivência familiar.

Partindo dessas considerações, acredita-se que a tendência seja o aumento de decisões que apliquem a guarda compartilhada na Inglaterra, pois é o meio mais eficaz para assegurar os direitos de ambos os pais de conviverem e participarem da vida de seus filhos, igualmente, sem prejudicar o melhor interesse dos infantes.

⁵³ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁵⁴ Segundo Michael Freeman, apesar do *Children Act* permitir acordos de guarda compartilhada, deve-se assumir que, como antes, a maioria das crianças ainda moraria com suas mães e um terço ou mais teria um contato cada vez mais decrescente com os pais. O fim de um casamento ainda significaria o fim do exercício parental na Inglaterra. (1997, *apud*, QUINTAS, 2010, p.107)

⁵⁵ Disponível em: <http://www.fathers-4-justice.org/>.

⁵⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 140.

4.2.1.2 No direito norte-americano

A guarda compartilhada ganha força nos Estados Unidos no início da década de 70, a partir de movimentos liderados por pequenos grupos de pais favoráveis a sua aplicação. Anteriormente, em 1953, apenas o estado da Carolina do Norte aplicava um modelo de guarda, denominado “guarda dividida”, que se assemelhava, em alguns aspectos, à compartilhada.

O contexto social dos anos 70 facilitou a difusão das ideias de compartilhamento da guarda, uma vez que a presunção materna na atribuição da guarda perdia cada vez mais força em virtude do fortalecimento da igualdade entre homens e mulheres e da aplicação do princípio do melhor interesse do menor, determinado pelo *Uniform Marriage and Divorce Act*⁵⁷.

Contudo, foi o Estatuto da Guarda Compartilhada, editado pelo estado da Califórnia, o maior responsável pelo crescimento e pela divulgação do instituto no direito norte-americano, uma vez que essa lei destacou a importância da continuidade da relação parental e a necessidade de encorajar os pais a dividirem direitos e responsabilidades relativas ao crescimento de seus filhos, mesmo após o fim da união conjugal.

A guarda compartilhada, conhecida nos Estados Unidos como *joint custody* ou *shared parenting*, é autorizada em 45 (quarenta e cinco) estados. Nesses estados, onde a autorização é expressa, a aplicação do instituto ocorre de três maneiras diferentes: a) preferência pela sua aplicação sob outros regimes de guarda; b) presunção pela guarda compartilhada⁵⁸; e c) presunção pela guarda compartilhada, desde que com a concordância dos pais. Nos demais estados em que a autorização não é expressa, existe o entendimento de que a criança deve

⁵⁷ Trata-se de regras uniformes para casamento e divórcio, editadas em 1970 e aplicáveis em todo o país. Tais normas determinavam que as decisões sobre guarda dos filhos deveriam considerar o princípio do melhor interesse do menor, o desejo dos pais e dos filhos, a relação entre eles, a rotina dos menores na residência, na escola, na comunidade, bem como a saúde mental de toda a família (QUINTAS, 2010, p. 108).

⁵⁸ Nesses estados, há o entendimento de que a guarda compartilhada é o melhor regime a ser adotado e aquele que melhor satisfaz as diretrizes fixadas pelo princípio do melhor interesse da criança, enquanto não demonstrado pelas partes que, naquele caso específico, o bem estar da criança somente será garantido por modalidade de guarda diversa. Segundo definição do Dicionário Aurélio, o verbete “presunção”, em sentido jurídico, significa: “Consequência que a lei deduz de certos atos ou fatos e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário”.

manter contato contínuo e frequente com os dois genitores, o que já torna possível a aplicação da guarda compartilhada⁵⁹ (GRISARD FILHO, 2010, p. 143-144).

Ressalta-se que o sucesso da guarda compartilhada no direito norte-americano, onde inexistente uma legislação de família única⁶⁰, deve-se, sobretudo, a edição das chamadas Leis Uniformes, cujas disposições regulam matérias de interesse nacional que poderão ser aplicadas da mesma maneira por todos os estados que a ela aderirem. Por essa razão, foi editado o *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, com o fim de garantir estabilidade ao regime de guarda judicialmente fixado, facilitar o cumprimento da sentença e evitar conflitos de competência entre diferentes jurisdições estaduais para definição de quais regras devem ser aplicadas ao caso, sobretudo quando as famílias, após a ruptura, deslocam-se para diferentes estados.

Nos Estados Unidos ocorre ainda a divisão da guarda compartilhada em jurídica (*joint legal custody*) e em física (*joint physical custody*). A primeira atribui a ambos os pais coparticipação e corresponsabilização pela tomada das principais decisões relativas à vida dos filhos, enquanto a segunda refere-se ao tempo de convivência do menor com cada um dos pais e a sua participação em situações do cotidiano dos filhos. A definição de qual o regime a ser adotado, embora pouca diferença exista entre eles, fica a critério de cada estado, podendo haver opção por ambos ou apenas um deles⁶¹.

4.2.1.3 No direito lusitano

Em Portugal, a guarda compartilhada encontra fundamento na Constituição de 1976, que aboliu o sistema patriarcal, até então em vigor, ao igualar em direitos e deveres homens e mulheres e atribuir a ambos o exercício do poder familiar, aí

⁵⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143-144.

⁶⁰ Nos Estados Unidos cada estado está autorizado a criar e aplicar sua própria legislação no âmbito do Direito de Família.

⁶¹ “Na guarda jurídica compartilhada, pai e mãe compartilham direitos e responsabilidades, especialmente no relativo a cuidados médicos, educação, religião. Na guarda física compartilhada, implica compartilharem a responsabilidade e a tomada de decisões diárias” (NICK, 1997, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p.145).

denominado de poder paternal. Além disso, a Constituição portuguesa consagra, no art. 36, n.6, o “princípio da inseparabilidade dos filhos de seus progenitores”, determinando que pais e filhos não sejam separados, exceto mediante decisão judicial quando aqueles descumpram seus deveres fundamentais de proteção e amparo⁶².

A reforma do Código Civil promovida em 1977 não regulamentou a guarda compartilhada, apesar de as disposições constitucionais já elencarem os seus principais fundamentos. A razão disso deve-se ao contexto social da época, onde divórcios ainda não eram tão constantes e, quando ocorriam, em regra, estavam circundados por uma relação conflituosa entre o ex-casal.

No entanto, a guarda compartilhada, mesmo sem previsão legal, foi aos poucos sendo aplicada pelos Tribunais, acompanhando o exemplo de outros países do continente europeu e em decorrência das transformações sentidas nas relações familiares tradicionais internas.

Em 1995, a partir da vigência da Lei n. 84/95, ocorreu uma nova mudança no art. 1906 do Código Civil, sendo permitindo que os pais optassem pelo exercício comum do poder paternal quando finda a união familiar, constituída ou não pelo vínculo matrimonial. Com essa alteração, passa a vigorar no direito lusitano a guarda compartilhada, apesar de não constar no Código Civil, expressamente, essa nomenclatura⁶³.

Posteriormente, nova alteração legislativa foi operada no Código Civil português em relação à guarda dos filhos, através da Lei n. 59/99, de 30/06/1999. A guarda compartilhada continuou sendo admitida, desde que com a concordância de ambos os genitores por meio de acordo, estabelecendo-se uma presunção legal a seu favor, devendo o juiz incentivar o acordo entre os pais antes de conceder o exercício do poder paternal a apenas um deles.

Destaca-se que, em Portugal, quando não fixada a guarda compartilhada, o poder paternal é exercido por apenas um dos genitores, no caso o guardião. Entretanto, os pais podem fixar, mediante acordo, que determinados assuntos sejam

⁶² QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 110.

⁶³ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111.

resolvidos por ambos ou mesmo que a administração dos bens dos filhos seja assumida por qualquer um deles⁶⁴.

4.2.2 A Guarda de Menores no Brasil

Diferentes normas regularam a guarda de menores no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que houve momentos em que foi atribuída ao pai, em outros à mãe, depois ao cônjuge inocente na separação e, atualmente, é deferida a ambos os genitores, a um deles apenas ou a terceiro idôneo, pois o relevante é o atendimento do superior interesse do menor.

A família brasileira foi, por muitos anos, regida pelas concepções advindas do patriarcalismo de feição romana, o qual fixava no casamento a origem da entidade familiar legítima e atribuía ao homem o papel de chefe da família. Qualquer grupo familiar não constituído por relações decorrentes dos enlaces matrimoniais recebiam a denominação de ilegítimo e não gozava dos mesmos direitos e respaldo social.

A indissolubilidade jurídica do casamento perdurou até o ano de 1977, quando o divórcio foi autorizado no Brasil. Antes disso, porém, o Código Civil de 1916 já admitia o desquite, cujo significado era não quite ou em débito com a sociedade, que rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal, mantendo o vínculo jurídico entre os cônjuges⁶⁵.

Quanto à guarda dos filhos comuns, o Código Civil de 1916 instituía que, durante o casamento, ela pertencia ao marido, chefe da família. O pátrio poder materno não era exercido de maneira direta como o do pai, mas em regime de colaboração e, com exclusividade, somente nos casos de ausência ou de impedimento do marido (arts. 380 c/c art. 384)⁶⁶.

⁶⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.97.

⁶⁶ Art. 380, CC/16. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Art. 384, CC/16. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...) II - tê-los em sua companhia e guarda;

A antiga legislação civil, ao cuidar da proteção à pessoa dos filhos nos casos de dissolução da sociedade conjugal, trazia diferentes disposições para os casos de separação amigável e litigiosa (arts. 325 a 328).

Na separação amigável prevaleceria o que houvesse sido acordado pelos cônjuges acerca da guarda da prole comum, determinação reeditada em todas as alterações legislativas subsequentes, inclusive no atual Código Civil.

No caso de desquite judicial ou litigioso, a fixação da guarda era baseada na aferição da culpabilidade de cada cônjuge para o fim da união, cabendo o exercício da guarda àquele declarado inocente. Sendo ambos culpados, o critério era o sexo e a idade dos filhos, de modo que àqueles menores de seis anos permaneceriam sob os cuidados da mãe e, após essa idade, os meninos seriam entregues aos cuidados do pai. Segundo Quintas⁶⁷, “a preocupação do momento era fazer justiça ao cônjuge inocente e não aos filhos”.

A razão dessas previsões, algumas bem distintas das que hoje aplicamos, deve-se ao modelo de família codificado na legislação de 1916, onde inexistia igualdade entre os sexos, mas sim a fixação de papéis determinados e inflexíveis: o homem, provedor do sustento do lar e chefe da casa, e a mulher, esposa zelosa nos afazeres domésticos e no cuidado da família. Assim, a preocupação com a manutenção e a proteção do casamento e da unidade familiar era maior que àquela dispensada ao bem estar dos membros do grupo.

Vale ressaltar que, conquanto ainda não fosse o princípio do melhor interesse do menor a única diretriz utilizada para a definição do genitor guardião, pois as decisões em ações de guarda também eram influenciadas pelo critério da culpabilidade dos cônjuges para fim da vida em comum, suas disposições já vigoravam nesse período.

Em resumo, era como se a legislação cível fixasse duas fases no processo de escolha do guardião. Na primeira, duas circunstâncias definiam, *a priori*, a quem incumbiria o exercício da guarda: o acordo entre os genitores e a inocência na separação. Na segunda, era observado se a escolha ocorrida na primeira fase atendia os interesses do menor, pois, se contrários, a guarda caberia ao outro genitor ou a terceiro idôneo, preferencialmente escolhido dentre os familiares.

⁶⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 116.

Ademais, consoante previsão contida tanto no Código Civil 1916 como nos demais diplomas alteradores, o julgador podia ainda relativizar as normas de fixação da guarda dos filhos, detendo a discricionariedade necessária para, a bem dos filhos, deixar de aplicar os modelos de guarda previstos na legislação e decidir da maneira que melhor atendesse os interesses da prole, mesmo que em desacordo com o fixado pelos genitores na separação consensual⁶⁸.

O Decreto-Lei 3.200/1941, disciplinando a guarda do filho natural, ou seja, da filiação ilegítima, desprestigiada pela sociedade anterior à CF/88, determinou em seu art.16 que a guarda do menor caberia ao genitor que reconhece, na prática a mãe⁶⁹, e caso reconhecido por ambos ficaria sob o poder do pai, salvo posicionamento contrário do juiz fundado no interesse do menor. Posteriormente, a Lei n. 5.582/1970 modificou esse entendimento determinando que, apesar de reconhecido por ambos os pais, o filho ilegítimo ficaria sob a guarda da mãe, salvo prejuízo de ordem moral ao menor, bem como possibilitou que a guarda do mesmo fosse deferida a pessoa idônea, preferencialmente da família dos pais.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62, promoveu alterações no desquite litigioso, no qual fosse constatada a culpa recíproca dos cônjuges, eliminando a regra que definia a guarda a partir do sexo e da idade dos filhos. Com a nova lei, a guarda da prole comum caberia à mãe, indistintamente, salvo disposição contrária do juiz. Nos demais casos, a lei manteve as disposições então vigentes, tais como a previsão de que no desquite consensual prevaleceria o acordo firmado entre os genitores acerca da guarda da prole, o deferimento da guarda ao cônjuge inocente e a possibilidade de o juiz deferi-la à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se a estes o direito de visitas, conforme determinações do Decreto-Lei n. 9.704/46.

Essa situação perdurou até o ano de 1977, quando novas mudanças legislativas no Direito de Família foram implantadas. Primeiramente, a partir da

⁶⁸ Art. 327, CC/1916 (texto original, Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977): Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais. Art. 13, Lei do Divórcio: 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.

⁶⁹ Conforme o magistério de Dias (2009, p.98), “[...] a prole concebida fora do casamento era alijada de qualquer direito. Nominados de naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos, eram todos filhos ilegítimos e sem direito de buscar a sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou a morte do genitor permitia a demanda investigatória da paternidade [...]”.

Emenda Constitucional n.9, de 28 de junho, que decretou a dissolubilidade do casamento e, em seguida, com a Lei n. 6.515/77 – Lei do Divórcio – que revogou às disposições do Código Civil que disciplinavam a proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, passando a matéria a ser regida conforme o disposto na citada lei.

Embora as transformações legislativas de 1977 tenham significado uma grande mudança para a sociedade brasileira da época por romper com a ideia de sacralização e indissolubilidade do matrimônio⁷⁰, no tocante à guarda de menores o mesmo não aconteceu. Os critérios para definição do responsável pela guarda continuaram os mesmos: responsabilidade dos cônjuges pelo fim do matrimônio, melhor interesse do menor, preferência pela guarda exclusiva materna, sobretudo nos casos de culpa recíproca, e o que houvesse sido acordado pelos pais nos casos de divórcio consensual.

Apenas duas pequenas inovações merecem ser destacadas, porque instituíram novas formas de extinção da comunhão com reflexos na guarda. A primeira era a separação de fato, por mais de cinco anos, em que fosse impossível o restabelecimento da vida em comum, caso em que, por aplicação das disposições do princípio da imodificabilidade da situação precedente, a guarda permaneceria com o genitor em cuja companhia estavam os filhos desde a ruptura familiar. A segunda hipótese era a separação decorrente de enfermidade mental grave de um dos cônjuges, por mais de cinco anos, em que a cura fosse considerada improvável e que impossibilitasse a continuidade da vida em comum, situação em que a guarda caberia ao cônjuge sadio.

As disposições relativas à guarda dos filhos previstas nas duas novas situações de extinção da comunhão de vida incluídas pela Lei do Divórcio pouco ou nada inovaram a legislação já existente, apenas confirmando o que já acontecia na prática e já era definido em outras situações de dissolução da unidade familiar, ou seja, a atribuição da guarda exclusiva em favor da mãe. Somente no

⁷⁰ Cumpre ressaltar que é incorreta a afirmação de que o aumento do número de rupturas conjugais foi consequência direta da autorização do divórcio no Brasil, visto que a Lei n. 6.515/77 veio apenas regular, juridicamente, uma realidade social crescente. Akel (2010, p.97-98) destaca que “o fenômeno da monoparentalidade eclodiu, com grande influência no mundo jurídico, principalmente, a partir de 1972, [...], refletindo o resultado da chamada „revolução sexual“ decorrente do movimento feminista”. Dessa maneira, complementa a autora, “a tendência separatista, no Brasil, já era veementemente manifestada, diante da insatisfação em relação à manutenção do desquite, que impedia a realização de outro casamento, não mais atendendo aos anseios sociais”.

caso do divórcio-remédio, no qual um dos cônjuges estava acometido por doença mental grave, é que o princípio do melhor interesse do menor sobrepuja-se ao monopólio materno, pois nesse caso não havia que se falar em instinto maternal prevalente quando a mãe estivesse acometida de enfermidade dessa natureza⁷¹.

Diante das considerações até então expostas, é incontestável que os valores da sociedade brasileira da época, refletida na atuação dos legisladores, mostravam-se favoráveis ao estabelecimento da guarda exclusiva em favor da mãe, pois ainda era forte a divisão de papéis entre homens e mulheres, bem como a presunção maternal, responsáveis pela ideia de que a mãe era sempre a mais apta para a criação da prole. Assim, embora os ditames do princípio do melhor interesse do menor já fossem utilizados como diretriz para a determinação de quem seria o guardião dos filhos, a concepção a ele atribuída estava camuflada pela valorização desmedida do instinto maternal e pela criação de um estereótipo da figura da mulher.

Mudanças significativas só ocorreram mesmo com o advento da nova ordem constitucional em 1988, quando tem início um processo de valorização dos membros da família e o fim da predeterminação dos papéis de homens e mulheres, decorrentes da igualdade entre os sexos, sobretudo quanto aos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal e ao poder familiar.

Dando continuidade a contribuição legislativa para a transformação das relações familiares, é promulgado em 2002 o atual Código Civil.

Ainda que pesem críticas em relação à maneira como foram tratadas algumas matérias do Direito de Família, no que concerne à determinação da guarda de menores, podemos dizer que a nova legislação mostrou-se atenta aos ditames constitucionais e às transformações até então operadas nas famílias brasileiras. No entanto, isso não significa que todas as suas disposições atenderam as necessidades da sociedade, mas sim que suas previsões foram, naquele momento, importantes para a compatibilização da legislação cível com a nova ordem constitucional e com parte dos anseios da sociedade brasileira, onde era cada vez mais comum a dissolução do casamento, a formação de grupos familiares por meios distintos do matrimônio, bem como famílias integradas por cônjuges, já

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

divorciados anteriormente, que possuíam filhos comuns e outros advindos de relações pretéritas⁷².

Acerca das mudanças introduzidas pelo atual Código Civil na regulamentação do direito de guarda, Grisard Filho, comenta que:

“[...] Mesmo recepcionando alguns princípios já previstos na antiga Lei do Divórcio, o Código Civil rompeu com o sistema precedente, que vinculava a guarda dos filhos à verificação da culpa de um dos cônjuges pela separação, determinando que, na falta de acordo entre os pais, a guarda será „atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la” (art. 1.584). De forma, expressa, reconheceu o legislador que em todas as demandas sobre a guarda de filhos menores deve prevalecer a doutrina da proteção integral, como direito fundamental da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento⁷³.”

Sem dúvida, embora tenha o atual código mantido a preferência pela guarda exclusiva, sobretudo a materna, incontestável o progresso trazido pela exclusão da aferição de culpabilidade dos cônjuges para o fim da união nas ações de guarda, demonstrando que a preocupação maior do legislador é com o bem estar do grupo familiar e de cada um de seus membros e não em fazer justiça ao suposto cônjuge inocente.

A ideia da culpabilidade, inserida nas relações familiares, enraizava na sociedade uma concepção extremamente prejudicial à prole e, de certa maneira, aos seus genitores. Àquele culpado pelo fim do casamento, ao ser assim declarado, recebia como punição a perda da guarda e do convívio com os filhos, enquanto ao outro, supostamente inocente, a continuidade da relação parental era assegurada como uma espécie de consolo e de justiça realizada em seu favor face o desrespeito provocado pelo culpado. Tal entendimento apenas favorecia a discórdia familiar e o preconceito social em relação às pessoas divorciadas⁷⁴.

Assim, o Código Civil de 2002 instituiu que o único critério para a escolha do guardião dos filhos, quando da ruptura da unidade familiar, seria o princípio do melhor interesse do menor ao estabelecer no art. 1.584, redação original, que a guarda caberia ao genitor que revelasse as melhores condições para o seu exercício, *verbis*:

⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

⁷⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

“Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

Como se observa do teor do dispositivo destacado, a lei não fazia distinção para o exercício da guarda entre pai e mãe, nada impedindo que qualquer um deles fosse escolhido como guardião. Ocorre que, na prática, a jurisprudência e a doutrina não favoreceram a aplicação do princípio da isonomia entre homens e mulheres nas ações de guarda, de modo que, em regra, esta era preferencialmente deferida à mãe em decorrência da presunção errônea de que ela, pelo simples fato de ser mulher e, conseqüentemente, ser dotada de um hipotético instinto natural para o cuidado dos filhos, era mais apta para exercer a função de guardiã da prole.

Dessa maneira, até o advento da Lei n. 11.698/08, a legislação cível determinou nos arts. 1.583 a 1.586 que a guarda dos filhos, após a ruptura familiar, seria fixada a partir de três situações: conforme o acordado pelos pais no caso de separação consensual; na falta de acordo dos genitores, pelo juiz, àquele que revelasse melhores condições de exercê-la, sendo assegurado ao outro o direito de visita e fiscalização; e à pessoa não detentora do poder familiar, escolhida preferencialmente entre os parentes do menor e que com ele demonstrasse afinidade e afetividade, quando o juiz entendesse que os filhos não deviam permanecer sob os cuidados dos pais. Ademais, como na legislação anterior, também foi mantida a discricionariedade do julgador para fixar a guarda em termos diferentes do disciplinado pela lei, desde que para favorecer o interesse do menor.

Em suma, entre os anos de 2002 e 2008, houve uma presunção legal pela guarda exclusiva, em regra deferida à mãe, situação modificada pela Lei n. 11.698/08 que incluiu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, tornando norma legal expressa uma situação que já vinha sendo aplicada pelos tribunais pátrios e que já era realidade em diversos países do mundo.

Nesse interstício, cumpre ressaltar que a sociedade brasileira passou por intensas transformações, decorrentes do fim da aferição da culpa dos cônjuges para a dissolução do casamento, da aplicação dos direitos humanos na família, da modificação da estrutura familiar, do aumento do número de divórcios e de filhos que enfrentavam essa situação, bem como da consolidação dos ditames constitucionais

de igualdade entre os sexos, que fortaleceram a profissionalização da mulher, sua atuação no mercado de trabalho e seu papel de provedora da renda familiar.

O somatório desses acontecimentos, associados à experiência estrangeira quanto à aplicação da guarda, revelaram com maior destaque os problemas advindos da guarda exclusiva, fazendo-se necessária a aplicação de um novo modelo de guarda mais compatível com a atual realidade social brasileira e capaz de satisfazer os interesses de todo o grupo familiar, mas principalmente os do menor.

Ante o exposto, justificado o contexto histórico, social e jurídico que proporcionaram a criação e a instituição do modelo de guarda compartilhada, passemos a análise das disposições contidas no Código Civil, alteradas pela Lei n. 11.698/08.

5. A GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

5.1 A GUARDA COMPARTILHADA NO CÓDIGO CIVIL

Antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.698/08, os artigos 1.583 e 1.584 dispunham, respectivamente, que a guarda dos filhos seria fixada nos termos acordados pelos pais, caso fosse consensual a separação judicial ou o divórcio direto, e, na ausência de acordo, esta seria deferida ao genitor que demonstrasse as melhores condições para exercê-la, havendo uma presunção legal a favor da guarda exclusiva ou unilateral.

Com o advento da citada lei, a redação desses dois artigos do Código Civil de 2002 foi alterada, a fim de que a guarda compartilhada fosse expressamente introduzida no ordenamento jurídico.

O objetivo do diploma reformador não foi legalizar a guarda compartilhada, pois o instituto já era aplicado em alguns casos antes de 2008 sob o amparo das disposições constitucionais, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da ausência de vedação no próprio Código Civil. O intuito da mudança legislativa foi disciplinar a guarda compartilhada e difundir sua aplicação, considerando os benefícios desse sistema às famílias que enfrentam o drama da desagregação familiar, segundo estudos realizados por pesquisadores do assunto.

A atual redação do art. 1.583 dispõe que, verbis:

“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.”

O *caput* do artigo transcrito expressa a adoção de um sistema dual de exercício da guarda dos filhos depois da ruptura do vínculo conjugal que unia seus pais, ao normatizar dois modelos, o unilateral e o compartilhado.

No entanto, embora possa parecer pela leitura do dispositivo em comento, inexiste uma fronteira bem limitada entre guarda unilateral e compartilhada, tendo em vista que, dependendo da forma como os dois modelos são exercidos na prática, um pode se transformar no outro a qualquer momento. Nesse sentido, Venosa comenta que:

“Não há campos estanques entre elas [guarda unilateral ou compartilhada], mas gradações. A guarda compartilhada pode ser mais ou menos ampla dependendo do caso concreto. Por outro lado, a guarda unilateral, tal como definida no §1º, pode abrir válvulas ao compartilhamento, como por exemplo direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência⁷⁵.”

O parágrafo primeiro tenta diferenciar os dois tipos de guarda, esclarecendo que será unilateral a guarda quando for atribuída a apenas uma pessoa, que poderá ser um dos genitores do menor ou pessoa que não detenha sobre a criança o poder familiar (art. 1.584, §2º); ou compartilhada quando a guarda jurídica e todos os direitos e deveres advindos do poder familiar forem exercidos em conjunto pelos dois genitores que não vivem sob o mesmo teto.

Discorrendo acerca da dimensão interpretativa que se deve dar à expressão “que não vivam sob o mesmo teto”, contida na parte final do §1º do art. 1.583, Grisard Filho explica que:

“A regra não limitou a possibilidade de compartilhamento da guarda às hipóteses de separação, divórcio ou dissolução de união estável, [...] favorecendo todos os pais que nunca mantiveram um relacionamento familiar, a exemplo dos que assim se tornam por conta de uma única e episódica relação sexual de que resultou o nascimento de um filho comum, e desejam participar ativamente da sua vida⁷⁶.”

Desta feita, a guarda compartilhada contempla todos os pais, que tenham ou não convivido em regime familiar, de maneira que a escolha por esse sistema depende unicamente do interesse dos genitores em participar da vida de seus

⁷⁵ VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1444.

⁷⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

descendentes e da capacidade deles de superar suas diferenças, ao menos no que compete às decisões acerca do bem estar de seus filhos.

Os demais parágrafos do artigo em comento discorrem sobre a guarda unilateral, especificando de modo mais claro do que constava na redação anterior quais requisitos devem ser considerados pelo julgador na escolha do guardião e quais as obrigações impostas ao outro que não deterá a guarda física do filho.

A guarda unilateral continua sendo atribuída àquele que revele as melhores condições para exercê-la. No entanto, com as mudanças legislativas operadas pela lei de 2008, o legislador fixou diretrizes fundamentais e mais objetivas para a definição do que seria “genitor com melhores condições”, já que agora a interpretação do dispositivo está condicionada na própria lei, a partir da união de elementos afetivos, biológicos e sociais, quando determina que o guardião na guarda unilateral deve propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, educação, saúde e segurança⁷⁷. Esses fatores são apenas um mínimo de benefícios que devem ser assegurados aos filhos, cujos direitos aí não se esgotam, porque outros ainda são previstos no caput do art. 227 da CF/88 e no art. 4º do ECA, tampouco possuem importância pré-determinada ou prevalência um sobre os outros.

Conquanto o referido §2º faça menção apenas à guarda unilateral, os fatores aí elencados também podem ser considerados quando da atribuição da guarda compartilhada, especialmente nos casos em que a guarda física couber a apenas um dos pais.

Ademais, a descrição introduzida no §2º e seus incisos foram também salutares para extinguir de vez o posicionamento minoritário defensor de que, nas ações de guarda, as melhores condições financeiras de um genitor deveriam ser consideradas como critério prevalente ou pelo menos relevante na escolha do guardião. Assim, o novo texto não abre mais qualquer margem para a aplicação desse entendimento, de modo que o guardião escolhido poderá até ser o que detenha maior patrimônio, mas ele, necessariamente, será àquele que demonstrou mais aptidão para proporcionar afeto, saúde, segurança e educação ao menor.

⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Quintas⁷⁸, no entanto, critica a Lei n. 11.698/08, pois considera que referida norma limitou os pais a optarem pela guarda compartilhada ou unilateral. Assevera que “a nova redação do Código não vislumbra todas as possibilidades para contemplar o interesse da criança na relação pais e filhos”, pois a guarda deve se sujeitar às peculiaridades do caso concreto e à vontade dos pais.

Discorda-se dessa opinião, seguindo o posicionamento de Grisard Filho⁷⁹. Mediante uma interpretação sistemática, parece mais correto o entendimento de que o art. 1.583 não traz rol taxativo, apesar de determinar expressamente que a guarda será unilateral ou compartilhada, exatamente porque nas ações de guarda, dada a variedade de situações-problema e as peculiaridade de cada família, o caso concreto é que deve nortear a decisão do magistrado (princípio da singularidade). Daí, a regra contida no art. 1.586 do Código Civil estabelecer que o juiz pode não aceitar o modelo de guarda proposto em acordo ou individualmente pelos pais e determinar a guarda de modo diferente do previsto nos artigos que regulam a matéria, desde que a bem do menor. O modelo a ser adotado depende, portanto, do que será compreendido pelo julgador como melhor interesse do menor em cada caso.

Isto posto, em questões envolvendo guarda de menores o juiz sempre deverá decidir com base no princípio do melhor interesse do menor, possuindo total liberdade para rejeitar qualquer modelo de guarda escolhido consensualmente ou proposto pelos pais (art.1.586, CC), quando verificar que o sistema é impróprio para o bem estar da criança ou adolescente.

No tocante ao art. 1.584, a Lei n. 11.698/08 estabeleceu nova redação, determinando, *verbis*:

“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 as 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

⁷⁸ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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.”

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, no artigo ora destacado, a lei introduziu no Código Civil matéria essencialmente procedimental, exceto quanto à disposição contida no §5º, cujo teor é de cunho material.

Os dois incisos complementares às disposições do *caput* indicam as formas de estabelecimento da guarda: por consenso dos pais ou por determinação judicial.

No caso do inciso I, não obstante a falha legislativa, a guarda unilateral ou compartilhada também pode ser alvo de discussão na investigação de paternidade e nas ações de nulidade ou anulação de casamento e não apenas naquelas expressamente citadas no dispositivo. Além disso, essa regra terá aplicabilidade tanto nos casos em que o acordo preexiste ao ajuizamento da ação como naqueles em que este é alcançado no decorrer do processo. Advindo o acordo no bojo da ação cautelar de separação de corpos, o procedimento judicial cautelar deve ser aproveitado, realizando-se, desde logo, a homologação da convenção referente à guarda da prole comum, sendo desnecessária a instauração de ação de conhecimento específica para tal fim⁸⁰.

O acordo dos pais é sempre a melhor opção. Ainda que não concretize totalmente aquilo que se entende como melhor interesse dos filhos, o acordo permanece sendo a solução ideal, pois evita a imposição de uma decisão judicial que, provavelmente, não irá satisfazer da mesma maneira a ambos os genitores e, por essa razão, não será cumprida com o mesmo afinco.

Venosa comenta que:

⁸⁰ Guilherme da Gama, GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

“Avulta a importância da conciliação prévia quando então melhor se esclarecerá aos pais sobre o alcance da guarda que pretendem ou que poderá ser concedida. Será então mais conveniente que os interessados cheguem ao juiz na audiência de conciliação, já em fase judicial, com conhecimento prévio e ideia formada. Nem sempre o juiz togado terá condições para o verdadeiro aconselhamento como está previsto no §1º⁸¹.”

Consciente de que o acordo é a melhor solução nas lides familiares, o legislador determinou no §1º que o juiz deverá informar ao pai e à mãe, já na audiência de conciliação, o significado, a importância, a igualdade de direitos e deveres, bem como as sanções decorrentes do descumprimento das condições da guarda compartilhada, com o escopo de esclarecer às partes acerca dos benefícios desse novo modelo que, quando requerido em consenso pelos pais, está ainda mais apto a assegurar os interesses dos filhos e de todo o grupo familiar.

Resta evidente, portanto, a função pedagógica contida no parágrafo em comento, bem como o intuito do legislador de fazer da guarda compartilhada um instituto conhecido e cada vez mais aplicável.

Destaca-se ainda que conciliar e prestar esclarecimentos acerca dos modelos de guarda existentes não são funções exclusivas dos juízes, dos conciliadores e dos mediadores do foro. Os advogados também devem exercer esse papel, esclarecendo previamente seus clientes acerca das vantagens que uma decisão tomada em consenso, pode trazer para os filhos e para si próprios, sobretudo se a opção for pelo compartilhamento da guarda. Essa tarefa acelera o trâmite processual e garante maior efetividade às decisões judiciais, já que em ações de guarda a boa vontade dos genitores no cumprimento dos termos fixados em juízo é essencial.

Inexistindo conciliação quanto à guarda dos filhos, esta poderá ser decretada pelo juiz, de acordo com as necessidades específicas do menor ou em razão da distribuição de tempo necessário para convivência deste com cada um dos pais, circunstâncias aferidas no decorrer do feito processual. Essa situação está prevista tanto no inciso II do *caput* como no §2º, ambos do art. 1.584, no qual está consignado também que o julgador deverá aplicar, sempre que possível, a guarda compartilhada.

A leitura conjunta das citadas disposições contidas no inciso II do *caput* com o §2º, ambos do art. 1.584 do Código Civil, revela a preferência legal pela

⁸¹ VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1445.

guarda compartilhada, importante modificação firmada pela Lei n. 11.698/08 que sepultou a primazia antes exercida pela guarda exclusiva, agora aplicada de maneira subsidiária por decisão dos pais ou segundo o entendimento do juiz diante das circunstâncias do caso concreto.

Referida inovação legislativa, além da preferência legal, instituiu também a guarda compartilhada coercitiva, assim denominada pela doutrina, porque é um sistema imposto pelo juiz da causa em virtude da ausência de acordo entre os pais sobre o regime de guarda dos filhos.

A doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto à aplicabilidade da guarda compartilhada em tais situações, pois se questiona a efetividade de uma medida imposta, cujo cumprimento depende da co-participação e do diálogo entre pessoas que não se entendem. O fundamento dos posicionamentos contrários e a favor da medida, bem como a aplicação prática dessas disposições será comentado no tópico seguinte, considerando recente decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Para auxiliar o trabalho de escolha dos magistrados acerca da opção de guarda mais recomendável no caso concreto, da verificação de quais elementos asseguram o melhor interesse do menor, bem como quais deverão ser as atribuições de cada genitor, o juiz ou o Ministério Público podem solicitar orientação de equipe multidisciplinar ou técnico-profissional (§3º).

Outra novidade legislativa são as sanções previstas no §4º do artigo em comento, aplicáveis em caso de descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada.

Na audiência de conciliação o juiz irá advertir as partes acerca da necessidade do cumprimento de tudo o que foi homologado ou decretado nos autos, sob pena de diminuição das prerrogativas atribuídas ao genitor desobediente ou até mudança do regime de guarda adotado.

As medidas mais comuns que podem causar a aplicação desse dispositivo são: oposição ao exercício do poder familiar, mudança do domicílio ou da escola dos filhos sem comunicação do outro genitor, sonegação de informações médicas e escolares, viagens não autorizadas, cerceamento do direito de visitas, dentre outras.

Na opinião de Grisard Filho⁸² as sanções civis previstas no §4º penalizam mais os filhos que o genitor desobediente, já que prevê como penalidade a redução de prerrogativas, inclusive quanto ao número de horas de convivência com os filhos ou até mesmo a alteração do regime de guarda.

Não se compartilha desse entendimento, pois, considerando a natureza da relação existente entre as partes, de modo diverso não poderia determinar o legislador. Na maioria das matérias discutidas em ações de família o que se busca dos genitores é a prática de ações que favoreçam o bem estar e o desenvolvimento pleno dos filhos, o que por sua vez só restará assegurado se o agir dos pais visar a concretização de tal fim. Do contrário, torna-se o ato forçado, pois carente da sinceridade necessária para satisfazer os anseios do menor, ou leviano, quando um genitor obsta a convivência e o relacionamento dos filhos com o outro ascendente. Em ambas as situações, é imperativa a remodelação da guarda fixada, *a priori*, no intuito de evitar o sentimento de frustração no menor, seja pela ausência injustificada e constante de um de seus pais, seja pelo afastamento imposto propositadamente por um dos genitores.

Dessa maneira, descumpridas as cláusulas da guarda, pode e deve o juiz reduzir o tempo de convivência ou mesmo modificar o sistema de guarda inicialmente adotado não apenas para punir o ascendente relapso, mas principalmente para proteger o menor das decepções, das angústias, da alienação parental e do renascer ou da intensificação da relação conflituosa dos pais, ocasionada pelo inadimplemento das cláusulas da guarda.

Mais uma vez, a medida adotada pelo juiz dependerá da causa do descumprimento, de sua gravidade e de sua repercussão psicológica no menor.

Por fim, o §5º do art. 1.584, única regra de direito material contida no dispositivo, repete previsão que já constava anteriormente no ordenamento jurídico. Estabelece referido parágrafo que a guarda será deferida à pessoa que não detenha o poder familiar, se essa escolha for o melhor para a criança ou adolescente. Como já explicitado anteriormente, trata-se de previsão que objetiva efetivar o melhor interesse do menor, afastando o vínculo biológico e privilegiando os laços de afinidade e afetividade.

⁸² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

5.2 MEIOS DE EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Traçadas as diretrizes fundamentais da guarda compartilhada no Código Civil, cumpre esclarecer os demais aspectos práticos de sua aplicação definidos pela jurisprudência e pela doutrina jurídica, sempre aconselhada pelas ciências que estudam o comportamento e a mente humana, tais como a Sociologia, a Psicologia, a Assistência Social e a Psiquiatria.

O trabalho complementar da doutrina torna-se ainda mais importante quando se trata de guarda de menores, pois são as conclusões dos estudiosos que orientam o julgador em como aplicar, da melhor maneira possível, as disposições legais. Nesses tipos de ações, uma vez que os rumos da decisão são definidos pelo caso concreto, a lei apenas dita as diretrizes básicas e fundamentais do instituto, enquanto que os detalhes e a maneira como a guarda será aplicada na prática são fixados pelo magistrado com base no conhecimento adquirido nos estudos das ciências jurídica e auxiliares, em regra, representadas no foro pelo núcleo de Psicologia e Assistência Social, conforme prevê o §3º do art. 1.584 do Código Civil.

Nesse ensejo, exemplificam-se essas considerações com o seguinte entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Ementa: Divórcio. Guarda compartilhada das filhas do casal. Situação estabelecida entre as partes por ocasião da separação de fato do casal. Motivo alegado para o término da guarda compartilhada que não mais remanesce. **Avaliação psicológica que recomendou a manutenção da guarda compartilhada. Sistema, inclusive, que consulta aos interesses pessoais das menores. Regime implantado em 2001, com perfeita adaptação das menores.** [...]. Apelo do requerido parcialmente provido. (TJ-SP, Apelação 5276584000, 994.07.018460-2, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel.: Donegá Morandini, Julgado em 11/11/2008) – *(grifo nosso)*”

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C PEDIDO LIMINAR. GUARDA DA CRIANÇA CONCEDIDA AO GENITOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPROVIDO. ACORDO FIRMADO PELAS PARTES. SUSPENSÃO DO FEITO. **TENTATIVA DE GUARDA COMPARTILHADA DURANTE 60 DIAS. INEFICÁCIA.**

PROSEGUIMENTO DO FEITO. ESTUDOS SOCIAIS REALIZADOS. RESTABELECIMENTO DA GUARDA DO MENOR A GENITORA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A MODIFICAÇÃO DA GUARDA. DECISÃO CORRETA. APELO DESPROVIDO. (TJ-PR, AC 0758255-6, 11ª Câmara Cível, Umuarama, Rel.: Des. Augusto Lopes Cortes, Unânime, Julgado em 15/06/2011) – (grifo nosso)”

Cumprido destacar que o posicionamento exarado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, retro citado, bem demonstra não apenas a importância dos estudos sociais, mas também a abrangência da discricionariedade do juiz nas ações envolvendo guarda de menores. O julgador, respeitando a decisão tomada em consenso pelos pais, fixou a guarda compartilhada do menor, mas por um período teste, durante o qual foi avaliada a eficácia desse acordo.

A guarda compartilhada provisória não se encontra disciplinada na legislação, mas sua adoção decorre da liberdade conferida ao juiz para decidir da maneira que entender mais conveniente, contando sempre com o aconselhamento da equipe multidisciplinar atuante no foro.

A principal característica da guarda compartilhada é a flexibilidade de seu exercício⁸³. Inexistem regras pré-determinadas e fixas, moldando como o instituto deve se desenvolver na prática. Cada família deverá acordar como se dará o compartilhamento de direitos e responsabilidades de acordo com as necessidades específicas dos filhos e do grupo familiar, no intuito de diminuir a sobrecarga dos papéis parentais e de proporcionar no menor a sensação de que os seus pais continuam presentes em seu cotidiano.

No entanto, flexibilidade de regras não significa ausência delas. Alguns pressupostos necessitam ser fixados, não por mera exigência do modelo, mas porque a estabilidade emocional do menor assim exige.

Primeiramente, para que seja possível o exercício conjunto da guarda, ambos os pais devem ter aptidão para desempenhar essa tarefa. Se o juiz detectar na personalidade e na rotina de qualquer um dos genitores alguma conduta que desfavoreça sua convivência com os filhos, não deve decretar a guarda compartilhada, mas sim a unilateral em favor daquele que demonstrar as melhores condições para exercer a guarda ou a terceiro não detentor do poder familiar. Nessa situação, caberá ainda ao juiz regular o direito de visitas do não guardião, da maneira e com a frequência que considerar necessária, tendo em vista a gravidade

⁸³ LÔBO, PAULO. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

da conduta desabonadora e o grau de bem estar que esse contato poderá proporcionar ao menor⁸⁴.

Corroborando o exposto de que a guarda compartilhada somente deve ser adotada quando existir plena aptidão de ambos os genitores, destaca-se:

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR. DEMONSTRAÇÃO DE MAUS TRATOS E NEGLIGÊNCIA A INFANTE, PERPETRADOS PELA MÃE. GUARDA QUE DEVE SER DEFERIDA AO GENITOR, ANTE A DEMONSTRADA AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES EMOCIONAIS/PSICOLÓGICAS DA GENITORA EM EXERCER O ENCARGO LEGAL, DEVENDO OS LAÇOS AFETIVOS ENTRE MÃE E FILHA SEREM PRESERVADOS COM A VISITAÇÃO, EM SÁBADOS ALTERNADOS, ESTABELECIDA PELO JUÍZO SINGULAR. MANTIDA DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70042070599, Sétima Câmara Cível, Rel.: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 29/06/2011)”

Quanto ao deferimento da guarda do menor à terceiro, estranho a família, citamos o seguinte julgamento exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. ABANDONO PELA MÃE E PELA AVÓ MATERNA. PAI CUMPRINDO PENA SOB REGIME FECHADO. GUARDA EXERCIDA POR PESSOA ESTRANHA À FAMÍLIA HÁ DOIS ANOS E QUE ATENDE AOS INTERESSES DO MENOR. Comprovado nos autos que o menor foi submetido a abandono por parte da mãe e da avó materna, encontrando-se o pai recolhido ao presídio, nada obsta seja mantida a criança sob a guarda fática de terceiro, estranho à família que, no entanto, demonstra laços de afeto, e atende plenamente seus interesses, cuidando com zelo e carinho do infante. Situação relatada nos estudos sociais realizados pelo Conselho Tutelar, impondo-se a manutenção da guarda fática do menor, até maior dilação probatória nos autos da ação original. Os superiores interesses da criança e seu respectivo bem estar é que devem prevalecer e não somente os laços sanguíneos ou litigiosidade dos parentes na disputa pela guarda do menor. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, DETERMINANDO A REALIZAÇÃO URGENTE DE ESTUDO SOCIAL. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70032071995, Sétima Câmara Cível, Rel.: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 25/11/2009)”

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Sergipe, ante as denúncias de abuso sexual do pai contra a filha menor, preferiu a fixação da guarda exclusiva em

⁸⁴ Como destaca Venosa (2010, p.1447), a visita é um direito e não uma obrigação, devendo-se ter em mente que existe o direito de visita e não o direito de ser visitado. Por essa razão e considerando -se a doutrina da proteção integral, se for conveniente para o menor e a situação assim exigir, o juiz poderá determinar que a visita ocorra em horário estabelecido e local diverso do domicílio do pai ou da mãe, sob fiscalização de agentes do Judiciário, como psicólogos e assistentes sociais.

favor da mãe até que fossem esclarecidos os fatos desabonadores da conduta paterna e impeditivos da aplicação da guarda compartilhada. Enquanto não solucionada a questão, o direito de visitas do pai não foi cerceado, porém foi deferido com algumas restrições, a fim de garantir a segurança e o bem estar da criança.

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. DISCUSSÃO ENTRE OS GENITORES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE ABUSO SEXUAL PELO PAI. LAUDO PSICOSSOCIAL. CONCLUSÃO PELA CONCESSÃO DA GUARDA À MÃE, RESGUARDADO O DIREITO DE VISITAS DO PAI, PORÉM MONITORADA POR TERCEIRO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser o fato em si traumático. Deve sempre prevalecer o interesse da infante, garantindo-lhe o quanto possível a tranquilidade e o seu bem estar. **O estudo psicossocial demonstra que a genitora da menor é quem possui melhor condição de exercer a guarda da filha, resguardado o direito de visitas do pai, porém monitorada por terceiro, diante do contexto dos autos.** Sentença mantida. À unanimidade. (TJ-SE, Apelação Cível nº 2126/2010, 4ª Vara da Assist. Judiciária, Rel.: Desa. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, Julgado em 08/02/2011) – *(grifo nosso)*”

Outra questão relevante é a residência dos filhos. Embora, a lei tenha silenciado sobre o assunto, a doutrina majoritária entende que a guarda compartilhada pressupõe a existência de uma residência fixa com qualquer um dos genitores, escolhida em consenso pelos mesmos ou pelo juiz de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Lôbo⁸⁵ explica que tal medida é fundamental para “garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a [residência] do outro”.

O ponto chave da escolha da moradia é aferir qual das residências, do pai ou da mãe, possui as melhores condições para receber os filhos. O local escolhido deve ser aquele onde o menor encontra suas referências psicoemocionais, seu ciclo principal de amizades, sua rotina e suas atividades habituais. Além disso, o genitor com quem residirão os filhos deve ter condições de dar a atenção diária que os mesmos necessitam, pois, por mais que seja possível aos pais acordarem as divisões de tarefas ao máximo, alguns afazeres sempre ficarão sob a responsabilidade daquele que coabite com o menor, como por exemplo, a

⁸⁵ LÔBO, PAULO. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 211.

preocupação com o preparo das refeições e o dever de casa, sobretudo quando os filhos são de pouca idade.

Nesse aspecto, avulta ainda mais a importância dos estudos multidisciplinares, pois a avaliação *in loco* desses profissionais será determinante no convencimento do juiz acerca da melhor moradia para o menor.

Logo, a residência dos filhos, após a dissolução familiar, deve ser o local onde existam as melhores condições para garantir a continuidade de suas atividades, os lares de costume e os cuidados diários básicos dos quais necessitam.

Privilegiando esse entendimento de que a guarda compartilhada deve preservar os referenciais do menor para si mesmo e para os outros, com o escopo de assim garantir-lhe a estabilidade emocional necessária ao seu desenvolvimento pleno, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA PATERNA COMO PONTO DE REFERÊNCIA. INTERESSE DA CRIANÇA. RECURSO DESPROVIDO. Em se tratando de guarda, deve prevalecer sempre o interesse do menor. Inexistindo qualquer fato ou situação na casa paterna que desabone a conduta do genitor ou que traga prejuízo aos filhos, deve ser mantida a guarda compartilhada entre os pais, sendo a residência paterna o ponto de referência. O pai deve permanecer com o filho, sobretudo quando vem exercendo de forma adequada e responsável a guarda. (TJ-DFT, APC 20080111442124, 1ª Turma Cível, Rel.: LÉCIO RESENDE, Julgado em 15/12/2010, DJ 11/01/2011 p. 254)”

A doutrina estudiosa do assunto ressalta que o convívio com o outro genitor que não detenha a guarda física é livre. No entanto, acreditamos que essa liberdade é limitada pela disponibilidade e pela vontade dos envolvidos, uma vez que a convivência parental não deve significar prejuízo a nenhuma das partes, tampouco ser algo forçado. É necessária a existência de voluntariedade na convivência, bem como a ausência de dano, visto que os filhos não podem deixar de lado suas atividades diárias, como o colégio, para estar com um dos pais, assim como estes não podem perder seus compromissos profissionais mais relevantes para estarem com seus filhos. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio, que respeite os interesses de todos, sobretudo o dos filhos.

A limitação do acesso⁸⁶, assim denominada a “visitação” na guarda compartilhada, decorre, portanto, da própria compreensão do instituto, uma vez que os benefícios advindos da opção de compartilhar a guarda não podem ser unilaterais. Lógico que a preocupação maior é com o bem estar dos filhos, em virtude da necessidade de assegurar-lhe pleno desenvolvimento, mas a satisfação pessoal e os interesses dos pais não podem ser relegados totalmente, sob pena de prejudicar os interesses do próprio menor com o passar do tempo.

Quanto ao dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores, ele sempre irá existir, independentemente, do tipo de guarda por eles adotado.

Grisard Filho⁸⁷, ao cuidar do assunto, defende que inexistente pensão alimentícia na guarda compartilhada, mas sim um rateio de despesas, no qual o pai arca com uma parcela dos gastos reais do filho, como as decorrentes da escola (matrícula, uniforme e material didático), a mãe custeia as despesas com plano de saúde e alimentação e ambos pagam as despesas extraordinárias que compreendem vestuário, lazer e outras de caráter eventual.

Entende-se que essa divisão de despesas nada mais é que uma forma de se prestar pensão alimentícia, sendo apenas uma nova faceta do dever de sustento, reflexo da flexibilidade inerente à guarda compartilhada. Além disso, se as responsabilidades são divididas, as despesas também deverão ser, de modo que cabe ao genitor que detenha melhores condições arcar com maior parcela das despesas dos filhos, considerando os critérios definidores do valor da pensão alimentícia: possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado.

No entanto, o bom funcionamento da guarda compartilhada não depende apenas das situações até aqui explanadas, sendo necessário e fundamental que os pais compreendam que sua relação com os filhos é diferente e desvinculada da que possuem entre si. Como explica Quintas:

⁸⁶ Para Grisard Filho (2010, p. 207), “na guarda compartilhada, é inadequado falar-se em visitação ou limitação de acesso ao filho pelo genitor com quem não conviva”. Discordamos desse posicionamento por entendermos que o bem estar do menor exige uma limitação mínima dessa liberdade de convivência. É necessário respeitar e preservar sua rotina, na medida do possível, nos moldes em que era antes da ruptura, pois o convívio com os pais não pode atrapalhar o desenvolvimento de suas atividades diárias. Portanto, é preciso haver uma adequação de horários, nunca de maneira rígida como ocorre na guarda unilateral, mas de uma forma que seja possível a ampla convivência sem que a mesma proporcione prejuízos a nenhuma das partes, em especial ao menor.

⁸⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

“Com a guarda compartilhada, não se pretende que o ex-casal mantenha uma relação entre si como o fora antes, apenas que as decisões no que dizem respeito aos filhos sejam tomadas em conjunto e que ambos possam manter um contato com o filho sempre que possível e da forma como acordarem. Guarda compartilhada não significa tempo igual com a criança, mas que esta tenha acesso aos pais sempre que necessário⁸⁸.”

Dessa maneira, é incorreto pensar que a guarda compartilhada exige a concordância do outro genitor o tempo inteiro sobre tudo o que acontece na rotina do menor ou que este deva permanecer com cada um dos pais o mesmo número de horas por dia, semanas ou meses. Isso não acontecia nem quando o casal estava fisicamente unido, sendo descabido imaginar que assim deveria ocorrer após a ruptura. O objetivo central do sistema é que ambos os genitores continuem participando ativamente da vida de seus filhos através do contato contínuo, que o simples direito de visitas da guarda unilateral não assegura, e da participação nas decisões significativas para o futuro e para o desenvolvimento deles.

Nesse mesmo sentido, destaca-se:

“CIVIL. FAMÍLIA. CASAL DIVORCIADO. GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO MENOR. REGULAMENTAÇÃO EFETIVADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Para fins de concessão de guarda compartilhada, imprescindível aos pais terem diálogo e maturidade para conduzirem uma boa formação do filho, de modo a proporcionar a base adequada de valores e princípios familiares, inerentes ao desenvolvimento humano. 2. Considerando a existência de um bom relacionamento entre o menor e os genitores, não havendo nada de negativo no seu convívio com o pai ou com a mãe e conseguindo os genitores estabelecerem parâmetros entre o relacionamento pessoal e o parental, construindo eles mesmos uma linha de comunicação em prol do filho, o que, na prática, se assemelha à guarda compartilhada, a regulamentação deve ser mantida, eis que observou em primeiro lugar os interesses do menor. 3. Rejeitada a preliminar. Recursos desprovidos. Unânime. (TJ-DFT, APC 20070110100227, 5ª Turma Cível, Rel.: Romeu Gonzaga Neiva, Julgado em 27/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 246)”

Sendo a tomada de decisões em conjunto a característica base da guarda compartilhada questiona-se a aplicabilidade prática das disposições contidas no inciso II, caput, e §2º, ambos do art. 1.584 do Código Civil, que autoriza o juiz a decretar a guarda compartilhada sempre que possível, ainda que inexistia acordo entre os pais.

Em virtude da aparente incompatibilidade das situações – ausência de acordo entre os pais e necessidade de tomada de decisões em conjunto – é que a

⁸⁸ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 68.

guarda compartilhada coercitiva gera tantas polêmicas e divergências na jurisprudência e na doutrina.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça do país, em regra, não aplica a guarda compartilhada quando existe dissenso entre os genitores, destacando que a aplicação do instituto exige harmonia e diálogo entre eles⁸⁹. No entanto, referido posicionamento não encontra unanimidade nem no âmbito do mesmo tribunal, como é o caso do Rio de Janeiro:

“Ementa "GUARDA COMPARTILHADA. RELACIONAMENTO CONFLITUOSO DOS GENITORES. OBSTÁCULO À CONCESSÃO. ESTREITAMENTO DA CONVIVÊNCIA COM O PAI. DIREITO DA CRIANÇA. FIXAÇÃO DO REGIME DE VISITAÇÃO. PEQUENO AJUSTE. **1. Para estabelecimento do regime de guarda compartilhada, imprescindível é que haja convívio harmônico, espírito de cooperação e diálogo entre aqueles [que] irão gerir em conjunto a vida do fruto da sua união. A perceptível beligerância das partes obstaculiza, por ora, tal concessão.** No entanto, a par da manutenção da guarda unilateral com a primeira Recorrente, a necessidade de se preservar o interesse da criança no sentido do estreitamento das suas ligações afetivas com o pai, não detentor da guarda, autoriza o alargamento do regime de visitação até então preconizado. [...] - (TJ-RJ, Apelação 00109-77.2008.8.19.0212, Décima Quinta Câmara Cível, Rel.: DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Julgado em 24/08/2010) – (*grifo nosso*)”

“AÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI - MENORES EM COMPANHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA POSSIBILIDADE. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, **é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos.** Provimento parcial do recurso. (TJ-RJ, Apelação 0001352-19.2004.8.19.0011, Sétima Câmara Cível, Rel.: DES. JOSE GERALDO ANTONIO, Julgado em 11/08/2010) – (*grifo nosso*)”

Contrário à guarda compartilhada coercitiva, Venosa defende que o instituto não será possível quando imposta a casais que ainda se encontram em estado de beligerância, pois no seu entender:

“É certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E, para isso, não são necessárias leis, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores, e juízes antenados com sua realidade social⁹⁰.”

⁸⁹ Além dos julgados já citados, temos: 1) TJ-MG, Apelação 1.0024.08.197958-5/001, Rel.: Des. Vieira de Brito, Julgado em 14/04/2011; 2) TJ-SE, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5297/2011, Rel.:Desa. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, Julgado em 15/09/2011;

⁹⁰ VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1443-1444.

Para Dias⁹¹, se ambos os pais optam expressamente pela guarda unilateral, o juiz não pode impor o compartilhamento, pois deve prevalecer a vontade dos genitores do menor, titulares do poder familiar, salvo em situações excepcionais e graves em que serão aplicadas as disposições do art. 1.586 do Código Civil, já comentado. Assim, para a autora, o magistrado somente impõe a guarda compartilhada se apenas um dos genitores não aceitar o sistema e se o serviço de orientação técnico- profissional ou a equipe multidisciplinar da vara constatar que a medida pode favorecer o bem estar do menor.

Grisard Filho, por sua vez, argumenta que o importante para a eficácia da guarda compartilhada é a existência de entendimento entre o casal parental, ou seja, entre pai e mãe, e não entre o casal conjugal. Segundo o autor:

“[...] a nova regra deverá ser adotada, sobretudo, quando as separações acabem em litígio, não devendo ficar a escolha do modelo à mercê da potestade de um dos pais, detentor do poder de veto, sob pena de se tornar um instituto vazio de efetividade. Se existe litígio entre os pais, a solução não está na definição da guarda. Independentemente do litígio, o que a lei busca é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. [...] Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele „nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente“⁹².”

O autor em comento conclui destacando que a preferência pela guarda compartilhada deve ser considerada somente quando o melhor interesse do menor assim recomendar.

Cada um dos autores, cujos posicionamentos foram citados, acerta em pelo menos um dos aspectos por eles comentado.

Primeiramente, o exercício da guarda compartilhada, de fato, exige dos genitores compreensão, boa vontade, educação e consciência. Compreensão para aceitar o agir do outro e para entender as necessidades dos filhos. Boa vontade para cumprir as medidas que o regime exige, visto que a responsabilização conjunta e a coparticipação na vida dos filhos não se concretizam apenas por meio de um ato imposto, dependendo de um contínuo agir voluntário. Consciência de que o bem dos filhos é algo maior que suas desavenças pessoais e que, exatamente

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁹² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205-206.

por primarem pelo bem estar deles, seu relacionamento deve ser pautado por um mínimo de educação, no qual serão evitadas trocas de ofensas e qualquer tipo de desqualificação mútua na presença da prole.

Inexistindo esses elementos, ainda que mínimos, o juiz não poderá impor a guarda compartilhada, visto que a adoção da medida não atenderá o melhor interesse da criança e do adolescente, que continuarão a vivenciar um ambiente de conflito tal qual o existente antes da ruptura conjugal.

No entanto, ainda que os dois genitores estejam aptos ao exercício da guarda e exista entre eles um bom relacionamento, nem sempre será recomendável que o juiz decrete a guarda compartilhada, se esta não é da vontade de ambos, pois pode acontecer de o modelo acordado pelos pais, considerando as características daquele grupo familiar, melhor satisfaça os interesses da prole. Ao magistrado caberá apenas averiguar se há algum impedimento para a homologação do acordo, seja porque ofende o princípio do melhor interesse do menor ou porque sua adoção encontra algum empecilho legal. Contudo, nada impede que o juiz oriente as partes sobre as vantagens de compartilhar a guarda e tente convencê-las a mudar o regime escolhido, podendo contar nessa tarefa com o auxílio de equipe multidisciplinar. É o que se extrai das normas contidas nos §§1º e 3º do art. 1.584 do Código Civil⁹³

Por outro lado, a aplicação da guarda compartilhada também não deve ficar restrita ao aceite dos genitores do menor, sob pena da medida tornar-se letra morta. O instituto deve ser aplicado de modo coercitivo pelo juiz como um meio de desestimular a discórdia então existente entre os pais. Não obstante, é necessário que o juiz, antes de determinar a guarda compartilhada, examine a natureza da disputa travada pelos pais, a fim de verificar se essa situação decorre de uma divergência real entre eles ou da vontade de um ou de ambos de espicaçar o outro. Fundando-se o litígio no primeiro caso, nada impede a aplicação da guarda compartilhada, ainda que por um período teste, durante o qual o magistrado avaliará a qualidade da relação parental, se benéfica ou não para a prole. No entanto, sendo a causa da discórdia o puro desejo de litigar com o outro genitor, não há que se falar

⁹³ Art. 1.584, § 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. [...] § 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.

em aplicação coercitiva da guarda compartilhada, sobretudo porque a inexistência de uma comunicação razoável entre os pais e de um relacionamento entre eles que priorize os interesses dos filhos impede a efetivação do fim maior do instituto que é o bem estar do menor.

Corroborando o exposto, ressalta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que demonstra os meios como a guarda compartilhada coercitiva deve ser aplicada. A decisão deve servir como parâmetro para os tribunais dos estados que rejeitam a aplicação do instituto, automaticamente, diante do menor sinal de desarmonia entre os pais, sem, contudo, analisar a fundo a causa do litígio, a possibilidade de conciliação e o empenho dos mesmos em propiciar o melhor para seus filhos. Veja-se:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

[...]

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, **dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.**

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. **O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.**

10. A **guarda compartilhada** deve ser tida como **regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível** - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011) – (grifo nosso)”

Desta feita, verifica-se que o juiz não deve apenas decretar a guarda compartilhada e deixar que pessoas que não se entendem, a priori, decidam sozinhas a maneira como se dará o exercício da guarda na prática. O juiz, investido no papel de harmonizador, deve regular também as atribuições de cada genitor e o acesso entre estes e a prole, a fim de que, com o passar do tempo, a própria família encontre os meios de exercício da guarda que melhor atendam aos seus interesses.

Evidente que, se ambos os pais desejam manter sua relação parental com os filhos, irão se empenhar em cumprir as determinações judiciais, sob pena da aplicação das sanções previstas no §4º do art. 1.584 do Código Civil, e assim agindo, quem sabe, os mesmos possam pôr fim ou, ao menos, amenizar suas divergências pessoais, fruto da relação desfeita. De outro modo, caso o desejo dos pais em litigar por questões pessoais seja maior do que a sua vontade de estar com seus filhos e propiciar-lhes o melhor, aí sim, a tentativa de guarda compartilhada deve cessar e determinar-se a guarda unilateral em favor de um deles ou de terceiro, conforme o caso, para que o melhor interesse do menor seja garantido.

Nesses casos, em que é aplicada a guarda compartilhada coercitiva, é válida a sua decretação por um período teste, como já citado, a fim de que os pais possam repensar suas atitudes e o magistrado, juntamente com a equipe multidisciplinar do juízo, possa avaliar a eficácia da medida para o menor.

Ademais, a jurisprudência destaca a figura da guarda física conjunta que nada mais é do que “uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta”⁹⁴.

A doutrina entende que essa variação da guarda compartilhada também não significa tempo igual e exclusivo com cada genitor, sob pena de transformar o instituto em guarda alternada, mas ampla liberdade no acesso dos filhos com o pai e

⁹⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: De acordo com a Lei nº 11.698/08. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

a mãe, de modo que os primeiros possam desfrutar de sua rotina a partir do contato materno e paterno. Contudo, como destacou a Ministra Nancy Andrighi, a guarda compartilhada é regra, enquanto que a guarda física conjunta somente é aplicada quando as circunstâncias do caso concreto são favoráveis, devendo-se ser considerada a rotina do menor, a proximidade das residências paterna e materna, a capacidade financeira da família, dentre outros elementos.

Diante do exposto, em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, sobretudo o posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que a guarda compartilhada objetiva atender as necessidades de todo o grupo familiar, primando pela realização pessoal de todos, em especial dos filhos, podendo ser aplicada ainda que inexista um relacionamento amistoso entre os genitores, cabendo ao juiz, por meio de sua perspicácia e bom senso, interpretar o que será melhor para o menor.

5.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS

As vantagens proporcionadas pela guarda compartilhada são inúmeras, embora isso não impeça o surgimento de questionamentos acerca da sua real eficácia, sobretudo em alguns modelos de família.

Dentre as vantagens do sistema de compartilhamento, algumas já comentadas e destacadas, duas podem ser intituladas como as principais: assegurar a continuidade do relacionamento parental e possibilitar a divisão das atribuições decorrentes do exercício do poder familiar, haja vista que a guarda jurídica pertence a ambos e o acesso entre pais e filhos é livre.

A guarda compartilhada assegura aos filhos uma convivência mais ampla com o pai e com a mãe, ainda que residam com apenas um deles⁹⁵. Isso evita o distanciamento e a diminuição da espontaneidade da relação parental, além de propiciar maior estabilidade emocional ao menor e aos genitores.

⁹⁵ Lembramos que na guarda compartilhada a residência fixa com um dos genitores é a regra, enquanto que a guarda física conjunta não é proibida, embora somente seja aplicada quando as condições da família demonstrarem que essa modalidade é possível sem prejudicar o desenvolvimento e o equilíbrio psicológico dos filhos.

A manutenção dos laços afetivos entre ascendentes e descendentes desfavorece também a alienação parental⁹⁶ e os sentimentos de angústia e abandono dos filhos, visto que eles sentem que podem contar com seus dois pais sempre que necessitarem. Além disso, proporciona maior contato do menor com o grupo familiar de cada uma das linhagens, sendo o convívio com avós, tios e primos mais um referencial que favorece o seu desenvolvimento pleno.

Ademais, a co-participação em direitos e deveres alivia a sobrecarga de atribuições sobre o guardião e a insatisfação do outro por não estar presente no cotidiano dos filhos, permitindo que ambos possam conciliar vida pessoal e profissional com a função paterna e materna. Acerca desse aspecto, Grisard Filho comenta:

“Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada das decisões conjuntas relativas aos destinos dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa ceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. A guarda compartilhada, como anteriormente resumido por J. A. Arditti, oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica. As estatísticas comprovam que somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto 45% delas do grupo da guarda compartilhada formam novas uniões⁹⁷.”

O modelo favorece ainda a conscientização dos pais, das famílias e de toda a sociedade de que nas ações de guarda não existem ganhadores ou perdedores, de maneira que todos devem ser beneficiados, principalmente o menor. Assim, o conflito e a estigmatização da ruptura familiar são desfavorecidos, privilegiando-se a conciliação e a desvinculação da relação conjugal da parental e, conseqüentemente, a diminuição do número de litígios perante o Judiciário, contribuindo para a celeridade processual.

Cita-se como exemplo, o caso da pensão alimentícia. Quando os pais compartilham a guarda, a convivência torna-os conhecedores e conscientes das necessidades diárias de seus filhos, facilitando o adimplemento voluntário da verba

⁹⁶ A Lei n. 12.318/2010, no art. 6º, inciso V, determina a instituição da guarda compartilhada como um dos meios para inibir ou atenuar os efeitos negativos advindos da alienação parental.

⁹⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

alimentar, uma vez que o alimentante consegue enxergar como suas contribuições financeiras estão sendo gastas e se, de fato, estão sendo revertidas em proveito dos filhos.

Cumprido ressaltar ainda a questão da responsabilidade civil por danos causados a terceiros pelos filhos menores. Dispõe o art. 932, I, do Código Civil, verbis:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”

Enquanto a família permanece fisicamente unida, a responsabilidade de ambos os pais é presumida, decorrendo do dever de educar e de manter os filhos sob sua vigilância. Cessada a união e sendo fixada a guarda unilateral, cessa também a solidariedade dos pais, recaindo sobre o guardião, com exclusividade, a presunção de culpa dos atos praticados pelo menor. O fundamento jurídico dessa situação emana do dever de vigilância atribuído ao guardião, gerador da culpa in vigilando, derivando, portanto, do exercício da guarda e não do poder familiar, de modo que inexistirá dever de vigilância (e culpa) sem o correspondente dever de guarda⁹⁸.

Logo, se a guarda compartilhada pressupõe o exercício conjunto da guarda jurídica, a responsabilidade civil por danos causados pelos filhos será imputada a ambos os genitores e não apenas ao guardião do menor no momento do fato, visto que, havendo o compartilhamento de direitos e obrigações, bem como o exercício igualitário dos atributos do poder familiar, dentre eles a guarda, a falha na educação por não haver inspirado bons hábitos no menor é imputada aos dois.

A doutrina, contudo, não elenca apenas vantagens à guarda compartilhada. As críticas também existem, como em qualquer outro modelo, apesar de muitas delas decorrerem dos benefícios proporcionados pelo novo sistema e da confusão que ainda se faz entre guarda alternada e compartilhada, sobretudo, na modalidade de guarda física conjunta.

⁹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Edward Teyber⁹⁹ assevera que a guarda compartilhada tem seus benefícios, funcionando bem para “pais cooperativos, e muitas vezes tem [sic] êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos”, porém o mesmo não acontece quando os casais estão em constante conflito, sendo um equívoco a sua adoção nessas situações.

Outra crítica, destacada por Quintas¹⁰⁰ a partir de pesquisa realizada com juízes de Varas de Família, decorre do fato de que alguns genitores não desejam assumir qualquer responsabilidade pela educação e criação dos seus filhos, lutando pela guarda apenas como uma maneira de atingir as ex-mulheres, já que com o deferimento da guarda compartilhada todas as responsabilidades recairiam sobre elas que ainda necessitariam da concordância do pai do menor para tomada das decisões.

Embora esteja correto o posicionamento do primeiro autor e a preocupação da segunda autora, as razões de suas críticas não devem prevalecer.

Uma conclusão deve ficar clara: a guarda compartilhada não é a solução para todos os males decorrentes da desagregação da unidade familiar. Cada família é única, com desejos e inquietações próprias, por isso a discricionariedade conferida pelo legislador ao juiz para interpretar as necessidades de cada grupo e regular a guarda de modo a supri-las da melhor maneira possível. Querer que um sistema de guarda atenda a todas as questões e problemáticas das famílias é exigir demais e desestimular a aplicação de um instituto que pode não ser o melhor para famílias com alto nível de conflito, mas que traz inegáveis vantagens para outras realidades com menor grau de discórdia.

De fato, como já explicado, a guarda compartilhada não deve ser aplicada com casais que não possuem o mínimo diálogo, respeito mútuo, cooperação e cujo desejo de litigar e prejudicar o outro é maior que a vontade de estar com os filhos. Nesses casos, não há outro modelo a ser imposto senão a guarda unilateral, não porque a guarda compartilhada seja maléfica, mas porque o comportamento dos pais e a proteção do menor assim exigem.

⁹⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44-245.

¹⁰⁰ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: De acordo com a Lei nº 11.698/08**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

No entanto, de todos os argumentos contrários à guarda compartilhada o mais frequente é o que afirma que o prejuízo do sistema decorre da alternância de residências.

Críticas fundadas nessa questão demonstram, na verdade, desconhecimento da matéria. A guarda compartilhada tem como pressuposto a existência de uma residência fixa, um ponto de apoio, embora seja possível, eventualmente, a guarda física conjunta, que também não significa igual tempo com os genitores, como deseja a guarda alternada, mas possibilidade de que os filhos possam passar algum tempo na residência de cada um dos pais. Esse período pode ser um dia por semana ou até mesmo durante todas as férias, pois o que determina a duração dessa convivência não é a natureza da modalidade de guarda escolhida e, sim, o interesse, a conveniência e o bem estar dos envolvidos – pai, mãe e filhos.

Contudo, a maior diferença entre guarda alternada e compartilhada, razão que esvazia as críticas ora em comento, é que nesta o genitor não perde o contato e o poder decisório sobre a rotina dos filhos, porque eles, em dado instante, estão na casa do outro ascendente. Isso não é o mesmo que alternar residências, mas sim livre acesso e ampla convivência.

Portanto, as opiniões desfavoráveis não devem significar rejeição ao sistema, mas um mecanismo incentivador de estudos sobre a matéria e da busca de meios para aperfeiçoá-lo.

6. CONCLUSÃO

A preferência pela guarda unilateral materna, decorrente do entendimento cultural de que as mães eram as guardiãs naturais dos filhos, desfavoreceu a igualdade entre homens e mulheres na família fisicamente desunida e instituiu um verdadeiro monopólio em favor da mãe nas decisões judiciais em ações de guarda.

Ocorre que as diretrizes sociais e jurídicas, tanto no âmbito interno como internacional, são guiadas pela prevalência da doutrina da proteção integral e não aceitam mais o sistema de guarda unilateral como modelo que melhor satisfaz os interesses do menor, pois o mesmo não assegura a convivência e a manutenção dos vínculos afetivos que uniam os filhos e ambos os pais antes da ruptura familiar.

Ademais, a partir da efetivação da igualdade entre os sexos, cuja busca proporcionou uma verdadeira redistribuição de funções na sociedade, não há mais que se falar em preferência pela guarda unilateral, concedida em regra à mãe, com fundamento em presunções que desprestigiam a isonomia alcançada.

Ficou evidente que homens e mulheres não possuem mais papéis estanques na sociedade, tampouco na família. Suas funções são mais flexíveis, dinâmicas e moldadas de acordo com a realidade específica do grupo familiar ao qual pertencem, o que permite que ambos participem em conjunto do cotidiano de seus filhos.

É inquestionável que, hoje, se vivencia a redescoberta de uma nova faceta do amor paterno, no qual o pai participa mais abertamente da rotina e das diferentes etapas do desenvolvimento de seus filhos, ao passo que as mulheres, mais focadas com atividades desvinculadas do ambiente estritamente doméstico, não fazem do cuidado da prole o objetivo exclusivo de suas vidas, como acontecia no passado.

Por tais razões, analisadas no decorrer deste trabalho, a guarda compartilhada apresenta-se como o melhor sistema de guarda, à medida que favorece a coparentalidade, a cooperação e a continuidade do relacionamento parental. Além disso, simboliza os anseios da família contemporânea, constituída sob os pilares da solidariedade, do afeto e da parceria, cujas características, a bem dos filhos, não devem desaparecer com o fim da comunhão de vida do casal, mas

sim prolongar-se na ruptura apenas com algumas adaptações à nova realidade familiar. Aliás, é fundamental manter os aspectos positivos presentes na família unida após a desunião, a fim de que o menor preserve suas referências e rotinas, na medida do possível.

Neste sentido foi possível auferir que a guarda compartilhada já vem sendo aplicada por diversos juízes em tribunais por todo o nosso país, a abordagem conceitual foi analisada nos primeiros capítulos explicando a necessidade de conceituar a evolução histórica da proteção da família e do poder familiar para assim poder adentrar na análise acerca da guarda compartilhada bem como suas vantagens e desvantagens.

Diante do que foi abordado nos últimos capítulos, é de nítida percepção que o modelo de guarda compartilhada, como meio de manter os laços familiares mais unidos, estimula os pais a uma boa convivência enquanto estão solidariamente responsáveis pelos seus filhos. Porém a questão da guarda dos filhos sempre foi de bastante preocupação, pois ela é um estágio da vida familiar precedida de varias mudanças, dessa forma a preocupação maior dos magistrados será no momento de escolha de qual guarda devera ser aplicada, e essa resposta se dará pela análise de cada caso concreto, nem sempre a guarda compartilhada será a melhor.

Entretanto, há de se ressaltar que não existe uma fronteira bem delimitada e constante do que, na prática, seja guarda unilateral e compartilhada, uma vez que um modelo pode se transformar no outro, a qualquer tempo, a depender de como pai, mãe e filhos constroem sua relação a partir do rompimento. A consequência disso é que muitos casais, sem saber, compartilham a guarda de seus filhos e usufruem dos benefícios advindos dessa escolha sem a necessidade de intervenção judicial, demonstrando que o sistema de compartilhamento é viável quando não há entre as partes empenho em litigar e de dificultar o relacionamento parental propositadamente, bem como quando seu interesse principal é o desejo de conservar o vínculo familiar na ruptura.

Ressaltamos ainda que o modelo compartilhado não precisa ser adotado somente nos casos em que existe consenso na família, podendo também ser decretado pelo juiz mesmo que inexista plena harmonia entre os genitores do menor. Agindo assim, o julgador estará incentivando a aplicação do sistema de

guarda compartilhada e contribuindo para conscientização dos pais de que os interesses de seus filhos deve estar acima de qualquer outro.

Contudo, se a discórdia familiar encontra-se em níveis que inviabilizam, *a priori*, o compartilhamento ou um dos genitores não possui a aptidão necessária, sendo sua presença fator de risco ou prejudicial ao menor, deve-se optar pela guarda unilateral, caso em que deverão concorrer em igualdade de condições pai e mãe. A escolha por um ou outro precisa estar desvinculada de qualquer tipo de presunção ditada por influências de ordem cultural e significar a análise real das qualidades demonstradas por cada um e captadas pela equipe multidisciplinar e pelo juiz.

Desta feita, a guarda compartilhada será cabível quando ambos os pais possuem aptidão e desejam exercer com plenitude os atributos do poder familiar, no intuito de satisfazer o melhor interesse dos seus filhos.

Considerando o risco de se fazer afirmações peremptórias no direito, sobretudo na área de família, não se pode afirmar, portanto, que a guarda compartilhada será sempre o melhor sistema de guarda para todas as famílias, tampouco que a guarda unilateral nunca deverá ser aplicada. Existirão casos em que um ou outro sistema melhor se adequará às necessidades do grupo familiar, embora, regra geral, o compartilhamento da guarda atenda de modo mais satisfatório os interesses do menor, à medida que permite a continuidade da convivência familiar mesmo após a separação.

O importante é perceber quais condições favorecem o pleno desenvolvimento físico, psíquico, emocional, social e moral do menor, razão pela qual deve o magistrado analisar com sensibilidade, perspicácia e bom senso as características da família, buscando compreender as circunstâncias que melhor privilegiam o bem estar dos filhos. Daí, a importância de haver, nas varas de família, equipes multidisciplinares capacitadas para orientar o juiz a tomar a decisão mais condizente com os interesses do menor e de todo o grupo familiar.

É possível a manutenção do vínculo parental após a dissolução da unidade familiar. Porém, para que isso ocorra é preciso que o respeito, o desejo real de ser pai e mãe, bem como o interesse pelo bem maior dos filhos prevaleçam sobre as amarguras, porventura, decorrentes do relacionamento desfeito. O meio mais eficaz para assegurar a continuidade desses laços é, sem dúvida, a guarda compartilhada, cuja aplicabilidade será ainda mais eficaz quando a sociedade e o

Judiciário compreenderem as novas diretrizes da família e conseguirem desconstruir presunções que supervalorizam a participação da mãe no cotidiano do menor, relegando em segundo patamar a presença do pai.

Isto posto, entender o significado do redescobrimto das funções paterna e materna na família favorece a aceitação da guarda compartilhada, à medida que se vislumbra a igual importância de ambos os genitores no desenvolvimento pleno do menor. É um novo caminho a ser trilhado, no qual o Judiciário deve estar atento, a fim de evitar que convicções antigas prevaleçam na solução de problemáticas novas.

7. REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. Vol.2. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 22.03.2012.

. Código Civil de 2002. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10.03.2012.

. Código Civil de 1916. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 10.03.2012.

. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Vade Mecum compacto).

. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990: promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 25.02.2012.

. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 22.02.2012.

. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890: promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=181&tipo_norma=DEC&data=18900124&link=s. Acesso em: 26.03.2012.

. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm. Acesso em: 30.04.2012.

. Tribunal de Justiça-CE. Apelação 1643903200780600011, 2ª Câmara Cível, Rel.: Francisco de Assis Filgueira Mendes, julgado em 02/03/2011.

.Tribunal de Justiça-RS. Apelação Cível Nº 70039426200, Sétima Câmara Cível, Rel.: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/06/2011; Apelação Cível Nº 70042966606, Sétima Câmara Cível, Rel.: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/08/2011; Apelação Cível Nº 70029310653, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2009; Agravo de Instrumento nº 70042070599, Sétima Câmara Cível, Rel.: Roberto Carvalho Fraga, Julg. 29.06.2011; Agravo de Instrumento nº 70032071995, Sétima Câmara Cível, Rel.: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 25/11/2009;

. Tribunal de Justiça-MG. Apelação Cível nº 1.032 4.07.057434-2/001, Câmaras Cíveis isoladas/3ª Câmara Cível, Rel.: Dídimio Inocência de Paula, julgado em 16/04/2009;

. Tribunal de Justiça-SP. Apelação 5276584000, 994.07.018460-2, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel.: Donegá Morandini, julgado em 11/11/2008;

. Tribunal de Justiça-PR. Apelação Cível nº 0758255-6, 11ª Câmara Cível, Umuarama, Rel.: Augusto Lopes Cortes, Unânime, julgado em 15/06/2011;

. Tribunal de Justiça-DFT. Apelação Cível nº 20080111442124, 1ª Turma Cível, Rel.: Lécio Resende, julgado em 15/12/2010, DJ 11/01/2011 p. 254; Apelação Cível nº 20070110100227, 5ª Turma Cível, Rel.: Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 27/10/2010, DJ 05/11/2010, p. 246; AGI nº 20100020184178, 3ª Turma Cível Rel.:Humberto Adjuto Ulhôa, julgado em 02/03/2011, DJ 17/03/2011, p. 166;

. Tribunal de Justiça-RJ, Apelação nº 00109-77.2008.8.19.0212, Décima Quinta Câmara Cível, Rel.: Ricardo Rodrigues Cardozo, Julgado em 24/08/2010; Apelação nº 0001352-19.2004.8.19.0011, Sétima Câmara Cível, Rel.: Jose Geraldo Antonio, julgado em 11/08/2010;

. Tribunal de Justiça-SE, Apelação Cível nº 2126/2010, 4ª Vara da Assist. Judiciária, Rel.: Suzana Maria Carvalho Oliveira, julgado em: 08/02/2011;

. Superior Tribunal de Justiça - STJ, REsp 1251000/MG, Rel.: Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011;

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** vol. 2. São Paulo : Saraiva, 2002.

ELIAS, João Roberto. **Pátrio Poder guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Colocação em Família Substituta: Aspectos Controvertidos**. Disponível em: http://www.mp.m.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_guarda_subtituta. Acesso e 10 de março de 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 38.ed.rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol 6. 20ª ed. de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: De acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REIS, Alexandra Macêdo dos. **Guarda Compartilhada.** *Instituto de Ensino Superior de Brasília - IESB.* [Online] 17 de novembro de 2005. Disponível em:

http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Alexandra%20Mac%C3%AAdo%20dos%20Reis.pdf. Acesso em: 27 de setembro de 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família.** Vol. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, DE PLÁCIDO. **Vocabulário Jurídico;** atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Glaucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental:** repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNICEF. [Online] Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_16402.htm. Acesso em: 09 de jan de 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família vol 6.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvo Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da Tutela e da Adoção:** no Estatuto da criança e do adolescente. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2005.