



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA JURÍDICA

ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO
ALTERNATIVO DE MANUTENÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS
ENTRE PAIS E FILHOS

Nathalia Weyne de Melo e Sousa

Matr. 0209376

FORTALEZA-CE
NOVEMBRO-2007

NATHALIA WEYNE DE MELO E SOUSA

**ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO
ALTERNATIVO DE MANUTENÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS
ENTRE PAIS E FILHOS**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Adriane Moura e Silva.

Fortaleza – Ceará

2007

NATHALIA WEYNE DE MELO E SOUSA

**ANÁLISE DA GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO
ALTERNATIVO DE MANUTENÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS
ENTRE PAIS E FILHOS**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC.

Fortaleza (CE), 27 de novembro de 2007.

Adriane Moura e Silva.

Profª. Orientadora da Universidade Federal do Ceará.

Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

Profª. Ms. Examinadora da Universidade Federal do Ceará.

Tatiana Cláudia Santos de Aquino

Bacharela em Direito.

Dedico este trabalho aos meus pais por todo amor, dedicação, incentivo e educação que me deram e, ainda, por me conduzirem ao êxito de mais uma etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me conceder o dom da vida.

À minha mãe amada, Cristiana Maria Weyne de Melo e Sousa, por sempre me apoiar e estar presente nos momentos importantes da minha vida.

Ao meu querido pai, Aydes Carneiro de Sousa, meu exemplo de vida e o maior responsável por eu estar onde hoje estou.

À professora Adriane Moura e Silva, por ter me orientado, mostrando-se sempre atenciosa e paciente.

Aos professores da Faculdade Federal do Ceará, que participaram direta ou indiretamente de minha árdua jornada ao longo desses anos, ensinando que o Direito está muito além dos livros, está também na alma e no coração.

Aos meus familiares e amigos por compreenderem minhas limitações diante do tempo dedicado aos estudos.

Enfim, a todos que de alguma forma colaboraram para que pudesse alcançar os meus objetivos.

“As leis de um país não farão de nós melhores seres humanos. Só a transformação que operarmos em nosso espírito poderá intervir nesse processo.”

Dalai-Lama

RESUMO

A guarda compartilhada busca atender sempre o melhor interesse do menor, permitindo que os genitores participem da vida de seus filhos de maneira ativa e freqüente, 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.

RESUMEN

La guarda conjunta visa siempre el mejor interés del menor, haciendo con que los genitores participen de la vida de sus niños de manera activa e frecuente, mismo después de la disolución del matrimonio. Durante la vida conyugal, el poder de los padres es ejercido por los dos congojos, que deciden juntos todo acerca de la vida de sus hijos. Después de la ruptura surge el problema de la guarda. Una solución que aunque tímida, viene apareciendo en las decisiones de las cortes, es la guarda conjunta, que presenta muchas ventajas en relación a la guarda única. El presente trabajo habla acerca de la cuestión de las disoluciones conyugales, buscando la solución que más trae ventajas a los niños y a los adolescentes que estean envoltos a el problema. La investigación ha establecido bases doctrinales en la literatura publicada en libros, Internet y leyes. Consideraciones generales son hechas a respecto de la guarda única y consideraciones más profundas acerca de la guarda conjunta, que se muestra más favorable y que siegue los principios de la Constitución Federal.

Palabras-llave: Derecho del protetor; Disolución conyugal; Guarda conjunta; Niño; Adolescente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO – LEGAL DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA.....	13
1.1 Evolução da Família.....	13
1.2 O Direito de Família e a Constituição de 1988.....	14
1.3 Poder familiar: conceito e evolução.....	15
1.3.1 Atribuições do poder familiar.....	17
1.3.2 Suspensão e extinção do poder familiar.....	17
1.4 Dissolução da sociedade conjugal.....	19
2 GUARDA: ANÁLISE DO SEU SIGNIFICADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	22
2.1 Definição do instituto.....	22
2.2 Evolução da legislação brasileira em relação ao instituto da guarda.....	23
2.3 O instituto da guarda e o Estatuto da Criança e do Adolescente.....	27
2.3.1 A importância do ECA na fixação da proteção integral dos menores.....	27
2.3.2 A guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	29
2.4 Modalidades de guarda.....	31
2.4.1 Guarda comum.....	31
2.4.2 Guarda judicial.....	31
2.4.2.1 Guarda única.....	32
2.4.2.2 Guarda de terceiros.....	32
2.4.2.3 Guarda alternada.....	32
2.4.2.4 Aninhamento ou Nidação.....	33
2.4.2.5 Guarda compartilhada.....	33
3 GUARDA COMPARTILHADA.....	34
3.1 Definição do instituto.....	34
3.2 Guarda compartilhada no direito comparado.....	35
3.3 Guarda compartilhada no direito brasileiro.....	38
3.4 Posicionamento dos Tribunais.....	41

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
BIBLIOGRAFIA.....	47

INTRODUÇÃO

É na ruptura da convivência conjugal que resulta na separação (de fato ou judicial) ou no divórcio, que a lei determina que o exercício da guarda dos filhos será confiado a um dos cônjuges.

A cada dia que passa, o número de dissoluções das sociedades conjugais vem aumentando vertiginosamente, o que torna cada vez mais freqüente a problemática sobre quem vai ficar com a guarda da prole, sempre buscando a proteção e o melhor interesse dos filhos.

Ocorre, que, quando a guarda é concedida para a mãe, o que acontece na maioria dos casos, restando aos pais apenas o direito de visitas, tem-se manifestado uma tendência de diminuição do vínculo afetivo entre pais e filhos, como consequência de um relacionamento muito superficial, devido ao modelo de guarda utilizado, uma vez que no tradicional sistema de guarda com visitas, o não-guardião passa a ser visto como um estranho visitante.

A tarefa de assegurar a cada criança a oportunidade de se desenvolver dentro da família, que embora modificada, continue sendo lugar de proteção, crescimento e exemplo, torna-se muito complexa quando a questão da guarda se transforma em verdadeira disputa entre os pais.

É nesse contexto que surge um novo modelo de guarda: a guarda compartilhada, buscando, assim, dirimir os problemas existentes nesse antigo modelo de guarda única com visitas.

Desse modo, a razão maior desse estudo será mostrar os benefícios que a guarda compartilhada pode trazer para os próprios cônjuges e para os filhos cujos pais têm seu vínculoconjugal dissolvido, levando ao conhecimento dos operadores de direito essa nova modalidade de guarda, com suas vantagens e peculiaridades, de modo a fornecer subsídios e fundamentação para a sua aplicação no ordenamento brasileiro.

A presente pesquisa tem bases doutrinárias fundadas na literatura publicada em livros, Internet e leis sobre a matéria. Utilizar-se-á o método dialético a fim de efetivar a

comparação dos meios de superação da problemática brasileira, valendo-se de pesquisa eminentemente bibliográfica.

Desta feita, o trabalho inicia-se com o capítulo sobre a família, a ruptura do vínculo conjugal e o poder familiar, onde é realizado um estudo sobre as transformações que a família, base da sociedade, vem sofrendo, sobre a dissolução do vínculo conjugal, e a evolução do poder familiar.

O segundo capítulo é voltado para a guarda dos filhos, aborda-se a evolução do instituto e as modalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com maior destaque para aquela que nos dias de hoje é a mais utilizada, a guarda única, porém, muito ineficaz para atender à família brasileira contemporânea.

No terceiro capítulo, de posse desses conhecimentos, é possível chegar à noção do que consiste a guarda compartilhada, sua freqüente aplicação no direito alienígena e, ainda, suas implicações perante o direito brasileiro.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

1.1 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 consangüinidade 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 Venosa (2003, p. 37).

Como bem explica Arnoldo Wald (2005, p.10):

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 agradas uma da outra.

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 consequente 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.

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 freqüência, 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 Venosa (2003, p.37) afirma que “A família é entidade sociológica que independe do tempo e do espaço.”

1.2 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 (2006, p.5), 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 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 familiares.

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 (2006, p.15) um “aglutinador das significativas inovações legislativas e conceituais [...] que, a partir da Constituição Federal, [...] tem-se mostrado extremamente dinâmico”.

1.3 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 (2001, p.54):

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

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 dividir-lo com a mãe e se extinguiria com a maioridade dos filhos. Esse instituto, porém, ainda era ligado à idéia 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 exerceiram 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 *apud* Cury (CURY, 2005, p.106):

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 família.

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 (2006, p.353):

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 paternal.

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 (2006, p.356), 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.” Já para Carlos Roberto Gonçalves (2005, p.357), “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.” Waldyr Grisard Filho (2005, p.33 e 34) 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.” 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 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.

1.3.1 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 sobrevivo 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 (2006, p.364):

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).

1.3.2 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 ruinosa 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, representam motivo para a destituição ou a perda do poder familiar. Conforme Roberto João Elias (1999, p.46):

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 brutalidade.

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 (op.cit., p.46) 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”. 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 (2003, p.357):

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 conveniente.

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

1.4 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 (2004, p.9), “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.” Porém, para outros, a crise familiar reside exatamente nessa mutação de conceitos e valores. Yussef Said Cahali (2005, p.25) 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 cônjuges.

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.

Fernanda Otoni de Barros (2001, p. 66) 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 poder.

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 guardiães, desde que se preserve aquele valor, justamente para que o menor alcance a condição adulta sob as melhores garantias, tanto de ordem material como de ordem moral. (VILLELA, *apud* ELIAS, 1999, p.52).

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

2 GUARDA: análise do seu significado no âmbito do Direito de família

2.1 Definição do instituto

A guarda está incluída como um dos deveres do chamado poder familiar, antigo pátrio poder. Segundo Yussef Said Cahali *apud* Cury (CURY, 2005, p.146):

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 guarda.

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 idéia 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 (2002, p.503) “é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando a posse de fato”. Já para Waldyr Grisard Filho (2002, p. 49) 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.” Nas palavras de José Antônio de Paula Santos Neto e Rubens Limongi França (1994, p. 138) é o “conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação”.

Segundo Wilson Donizeti Liberati (2002, p.26) “A finalidade da guarda é, sem dúvida, regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente.”

Trata-se, portanto, de um direito que impõe diversos deveres ao guardião, seja ele, o pai a mãe ou terceiros. Segundo Waldyr Grisard Filho (2005, p.55) “A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram”. O instituto está indiscutivelmente ligado ao poder familiar, com uma idéia 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 (2000, p. 65) 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 família.

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.

2.2 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 uma 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 (2000, p. 103): “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.”

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 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 (2000, p. 195): “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.”

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 importante 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 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 (2000, p. 177) ratifica esse entendimento considerando que “(...) numa sociedade marcada por valores masculinos, os homens, atores principais, recebiam o respaldo jurídico para ocuparem tal posição.” 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.

Surgiram, então, algumas leis que, de uma 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 (2000, p.185) 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.”

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 (2000, p.193):

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 jurídico.

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.

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.

2.3 O instituto da guarda e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

2.3.1 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 idéia 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 *apud* Cury (CURY, 2005, p.36): “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.”

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 idéia 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 idéia 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 *apud* Cury (CURY, 2005, p.15) 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 praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.

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 *apud* Cury (CURY, 2005, p.17):

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 educação.

2.3.2 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 Marchesan¹, 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.

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 standibus*.

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 (2005, p.81) trata-se de um “modo primeiro de organizar a vida familiar”.

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.

¹ Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_guarda_substituta.pdf>. Acesso em: 27 set. 2007.

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.

2.4. Modalidades de guarda

2.4.1 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 (2005, p. 80):

Na constância do casamento, tanto na família *legítima* como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualitariamente 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 exercício.

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.

2.4.2 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 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.

2.4.2.1 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 guarda.

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.

2.4.2.2 Guarda de terceiros

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.

2.4.2.3 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, o 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 (2005, p.120-121):

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, inverterem-se os papéis.

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 (2005, p.121) “embora descontínua, não deixa de ser única”.

2.4.2.4 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.

2.4.2.5 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.

3. GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Definição do instituto

A guarda compartilhada apresenta-se como uma nova concepção para a vida de filhos de pais separados, buscando atender o melhor interesse do menor e obedecer ao princípio de igualdade entre homens e mulheres no exercício do poder familiar.

O número de rupturas da sociedade conjugal vem crescendo assustadoramente e com isso, o surgimento de conflitos entre os cônjuges, para definir a quem caberá a guarda. Assim, verifica-se a necessidade de estabelecer soluções que possibilitem a manutenção dos laços familiares entre pais e filhos, eliminando a desigualdade, bastante comum nos dias de hoje, que se insere nas relações familiares. O que, inclusive, a Constituição Federal repugnou veementemente.

Essas dissoluções afetam diretamente a vida dos filhos, uma vez que modifica a estrutura da família, passando a ser, monoparental. A autoridade parental, que até então era exercida conjunta e igualitariamente pelos pais acompanha a crise e passa a ser exercida por apenas um dos dois, concentrando-se em um dos cônjuges, ficando o outro com um papel acessório, de visitar, prestar alimentos e de fiscalizar. Isso, normalmente, distancia e diminui a convivência com um dos genitores, aquele que não detém o poder da guarda.

Ocorre, que, na maioria dos casos, quem detém o poder da guarda é a figura materna, desenvolvendo uma situação injusta em relação aos pais. A mulher aos poucos, com o desenvolvimento da sociedade, como vimos, foi ganhando espaço perante os homens e adquirindo maior importância dentro da estrutura familiar. E, até hoje, tem um papel predominante na detenção da guarda da prole. Com isso, nota-se uma situação injusta e de desigualdade entre os cônjuges, desrespeitando explicitamente o princípio da igualdade que norteia a Constituição Federal de 1988.

O princípio da isonomia surge com a Revolução Francesa, segundo Fernanda Otoni de Barros (2001, p.62) e se faz presente em todas as constituições modernas e preconiza que todos são iguais perante a lei, como, também, defende a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Diante desse quadro, muitas discussões vêm surgindo questionando a necessidade de manter envolvidos todos os personagens que compõem a família, mesmo após a ruptura desse vínculo conjugal, visando diminuir, e, se possível, eliminar, todos os fatores prejudiciais que esse afastamento provoca.

O desejo de ambos os pais continuarem participando ativamente na vida de seus filhos e de acompanharem efetivamente o crescimento de sua prole fez surgir essa nova modalidade de guarda, a guarda compartilhada. O instituto surgiu, portanto, da necessidade de reequilibrar os papéis desenvolvidos pelos pais e de evitar que a injusta guarda unilateral, concedida, quase sempre, às mães, continuasse sendo um nítido fator de injustiça e desigualdade. E, ainda, visando atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal traz consigo, não deixando de lado, o destinatário maior da questão: os filhos, garantindo a participação efetiva de ambos os genitores no seu crescimento e em sua formação psicológica, moral e social.

Esse modelo consiste na situação jurídica onde ambos os pais, apesar da ruptura do vínculo conjugal, conservam o direito de guarda e de responsabilidade do filho, mantendo o direito de participar das decisões importantes que cabem à prole. São dessas condições de estabilidade e de conservação do maior número possível de fatores que existiam antes da ruptura que os filhos necessitam.

A guarda compartilhada é um meio, portanto, de manutenção dos estreitos laços afetivos entre pais e filhos.

Ressalte-se ainda, que esse tipo de guarda é também defendido no direito estrangeiro, segundo Gustavo Bossert e Eduardo Zannoni (1996, p.269):

El ejercicio conjunto parte del criterio de que no há de ser el progenitor más veloz quien toma las decisiones, y persigue el pedagógico propósito de indicar a los padres que las decisiones han de ser adoptadas a través de su acuerdo, porque a ambos les compete el bienestar de los hijos. El sistema de ejercicio indistinto se funda en presumir que cada progenitor, aun actuando individualmente, procederá según la mayor conveniencia del menor, y le confiere entonces, a manera de principio general, validez a sus actos. Tiene en cuenta, también, que la vida, con su fluyente realidad, necesita agilidad de las decisiones individuales.

3.2 Guarda compartilhada no direito comparado

O instituto da guarda compartilhada já vem sendo utilizado há algum tempo no direito alienígena como uma maneira de superar as limitações e prejuízos que o modelo da guarda única traz, com o seu tradicional sistema de visitas, que na verdade, é muito prejudicial ao relacionamento entre pais e filhos.

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra há mais de 25 anos, tendo, em seguida, se expandido para Europa e depois atravessado o Oceano Atlântico para chegar no Canadá e nos Estados Unidos. As experiências vividas em cada caso particular não podem ser tomadas como solução em casos diversos, principalmente, de um país para o outro, onde os costumes, hábitos e realidades familiares são diversos em cada um deles. Porem, é importante ter uma noção de como funciona essa modalidade de guarda no direito comparado e verificar seus reflexos no direito pátrio.

Na Inglaterra, o princípio de que o pai era o proprietário de seus filhos foi perdendo, aos pouco, sua força, até que o parlamento inglês resolveu mudar a tendência de os pais serem detentores da guarda de seus filhos, transferindo essa atribuição à figura materna, que passou a ser considerada mais apta para esse papel. Porém, as tarefas foram se invertendo até que os pais passaram a ser vítimas da injustiça proferida pelos tribunais. O sistema da *common law* rompeu com o tradicional deferimento da guarda única que, como vimos, tinha uma tendência notória de deferimento para as mães, passando a adotar o sistema da *split order*, o que significa uma ordem de fracionamento do exercício dos direitos conferidos aos pais. Como bem explica Waldyr Grisard Filho (2005, p.134):

A idéia do fracionamento encarregou a mãe dos cuidados diários dos filhos (*care and control*) e recuperou ao pai o poder de dirigir a vida do menor (*custody*), possibilitando compartilhar a guarda, isto é, o exercício comum e cooperativo da autoridade parental [...].

Dessa maneira os tribunais ingleses passaram a buscar a igualdade parental e beneficiar o melhor interesse dos filhos, extinguindo a figura do visitante, possibilitando um contato contínuo entre pais e filhos.

No direito francês, a noção de guarda compartilhada passou a vigorar com o objetivo de minorar as injustiças que a guarda única provoca, como a Inglaterra havia percebido. O instituto foi ganhando força na Europa e a partir de 1976 foi plenamente adotado

pelos tribunais franceses, com o mesmo objetivo dos tribunais da Inglaterra, dirimir desigualdades e buscar o interesse da prole.

Para o direito canadense a dissolução do vínculo conjugal não deve gerar uma perda para nenhum dos pais, e menos ainda, para os filhos, que já estão passando por uma situação delicada de ver seus pais se separando. Com isso, os Tribunais decidem no sentido de ambos os pais, mesmo após separados, continuarem a exercer o direito de guarda sob seus filhos, mantendo o constante relacionamento entre pais e filhos e fortalecendo os laços familiares.

Porém, foi no direito americano onde essa tendência foi mais difundida e bem aceita pelos Tribunais. A maioria dos estados americanos busca adotar a guarda compartilhada nas soluções de conflitos entre pais e mães. Apesar de cada Estado ter sua própria lei, vários juristas americanos estão pesquisando e discutindo para conseguir uma aplicação uniforme em todo país. Como resultado desse intuito, tem-se a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act.*, que vem sendo adotada por um número cada vez maior de estados no país, buscando a estabilidade do regime. Como diz Waldyr Grisard Filho (2005, p.138), a uniformidade da lei busca “evitar os conflitos de competência entre os Estados e promover a cooperação entre os respectivos Tribunais, intervindo o que esteja em melhores condições de decidir sobre a questão da guarda, tomando em consideração, em primeiro lugar, o interesse da criança”.

Nos Estados Unidos, a regra geral é a guarda compartilhada, a chamada *joint legal custody*, e a exceção é o deferimento de guarda única e para esta ser admitida, deve ser muito bem fundamentada.

Outros países como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália também adotam, hoje, o exercício da guarda conjunta. O que se vê no mundo todo, é uma tentativa de uniformização, buscando evitar os prejuízos e as indesejáveis consequências que a guarda única ou unilateral traz para o relacionamento de pais e filhos, sempre obedecendo ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente. Essa decisão da guarda compartilhada vigora como regra geral, caso seja constatado que não será a melhor solução para os filhos, defere-se então, a guarda única desde que seja muito bem fundamentada.

A mudança social e familiar ocorridas em todo o mundo resultou em alterações nas legislações, colocando os filhos no centro da questão e tentando reequilibrar as relações dos pais. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho, (2005, p.133):

À necessidade de garantir ao menor uma melhor qualidade de suas relações com seus dois pais, juristas, psicólogos, sociólogos buscaram nova fórmula de comunicação entre esses sujeitos, que exalta o exercício compartido da autoridade parental e considera o menor como sujeito de direitos civis, humanos e sociais.

Essa modalidade de guarda, como podemos ver, está cada vez mais difundida pelos diversos países do mundo, sendo considerada o mais adequado modo, na maioria dos casos, de convivência entre pais e filhos.

3.3 Guarda Compartilhada no direito brasileiro

As enormes e sucessivas mudanças sociais, familiares e psicológicas ocorridas, modificaram a tendência das legislações do mundo inteiro.

No Brasil, não poderia ser diferente. A criação de estatutos especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a nova Lei de Divórcio e o Estatuto da Mulher Casada trouxeram profundas modificações, e vários princípios foram consubstanciados na nossa Carta Magna, a exemplo, o princípio da igualdade entre os cônjuges. Dessa forma, fica injustificado qualquer privilégio beneficiando um dos genitores. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, têm a mesma importância para o crescimento e desenvolvimento saudável de seus filhos, repugnando a idéia da preferência materna na concessão da guarda dos filhos de pais separados, e, por isso, a modalidade da guarda única.

Nesse contexto, surge a denominada guarda compartilhada, visando tratar os cônjuges de maneira igualitária, detentores de direitos iguais na educação e desenvolvimento de sua prole.

Essa modalidade de guarda não tem previsão legal no ordenamento brasileiro, não existindo no direito positivo, norma expressa que a autorize. Porém, isso não significa que ela seja vedada pelos tribunais, uma vez que não encontra óbice em nenhuma legislação. Ao contrário, deve ser ela estimulada, para melhor atender os princípios vigentes na nossa Constituição, uma vez que, apesar de não haver norma autorizando, o direito brasileiro não possui norma jurídica impeditiva da guarda conjunta.

A Lei do Divorcio, Lei nº 6.515/77 traz alguns dispositivos que mostram a possibilidade de deferimento da guarda compartilhada. No Art. 9º estabelece que será observado o que os cônjuges acordarem, no caso de dissolução da sociedade conjugal e, ainda, no Art. 27, dispõe que o divórcio não será causa de modificação dos direitos e deveres em relação aos filhos, reafirmando a plausibilidade do deferimento do modelo estudado.

Na Constituição Federal também encontramos dispositivos que respaldam essa modalidade de guarda. No Art. 5º, prevê a absoluta igualdade entre homem e mulher; no Art. 226, § 5º, prevê a igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal a serem exercidos pelo homem e pela mulher; no §7º, do mesmo artigo, reclama uma paternidade responsável e no Art. 227, diz que incumbe à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de assegurar a efetivação dos direitos, incluindo a convivência familiar e comunitária como um deles.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, busca a efetivação do convívio intenso e igualitário dos filhos com ambos os genitores, ressaltando a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento, trazendo uma série de dispositivos aptos a fundamentar o deferimento da guarda conjunta. Como exemplo, os Arts. 1º e 6º, dispendo sobre a proteção integral do menor e impondo à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar, levando em consideração sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Com o disposto no Art. 16, V, fica garantido o direito do menor de participar da vida familiar. Já o Art. 19, estatui o direito de ser criado e educado no seio de sua família submetendo-se ao poder familiar de ambos os pais, exercidos em iguais condições. E, por sua vez, o Art. 22 transmite aos pais, conjuntamente, o dever de sustento, guarda e educação.

O Código Civil, segundo afirma Waldyr Grisard Filho (2006, p.153):

Submeteu o tema da guarda a um regime jurídico-legal, de modo a indicar novos rumos ao exercício do direito-dever de proteção e amparo aos filhos de pais que não convivem. Mesmo recepcionando alguns princípios já previstos na Lei de Divórcio, o novo 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 para exercê-la” (artigo 1.584).

Dessa maneira o legislador busca atender a doutrina da proteção integral, prevalecendo o interesse do filho, sobre o dos pais, em razão de sua pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Com todas essas disposições previstas na legislação brasileira, tem-se um panorama favorável à concessão da guarda compartilhada no Brasil. Como sustenta Waldyr Grisard Filho (2006, p. 160):

Dos vários dispositivos legais pontuados, foi possível anotar que, antes de impedir, nosso direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discretionariedade do juiz nessa matéria. Utilizando-se dessa prerrogativa, pode o magistrado determinar a guarda compartilhada, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende aos superiores interesses do menor e for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no artigo 151 do ECA.

Referido dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, vale ressaltar, traz a figura da equipe interprofissional para, além de assessorar o juiz, realizar tratamento social, orientar e supervisionar a família, entre outras funções.

Importante registrar, que foram propostos dois projetos de Lei, com o objetivo de alterar alguns artigos do Código Civil, pela introdução expressa da modalidade da guarda compartilhada. São eles: o PL nº 6.315/02 e o PL nº 6.350/02. Referidos projetos de lei compreendem por guarda compartilhada a responsabilidade e o exercício conjunto de direitos e deveres inerentes ao poder familiar de pais que não vivam sob o mesmo teto e estabelecem que essa modalidade será aplicada, sempre que possível e quando se mostrar apta a tender o melhor interesse do filho.

O Projeto de Lei nº 6.315/02 aduz o seguinte:

Art. 1.º Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2.º O art. 1.583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1583 (in omissis)

Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.

Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

A proposta do Deputado Tilden Santiago, juntamente com a Associação de Pais Separados – APASE e a Associação Pais Para Sempre resultou no Projeto de Lei 6.350/02, com o seguinte teor:

Art. 1º Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º Acresentem-se ao Art. 1583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

"Art. 1583.....

§ 1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar."

Art. 3º O Art. 1584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1584. Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança."

§ 1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.

Art. 4º Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

A guarda compartilhada vem, dessa forma, se mostrando cada vez mais difundida e aceita, mostrando-se, portanto, lícita e possível em nosso direito, como o meio mais eficaz de assegurar a igualdade entre os genitores e proporcionar um convívio intenso entre eles e os filhos. Waldyr Grisard Filho (2006, p.154), conclui:

Nesse novo contexto, de raízes constitucionais, da paternidade responsável e da co-responsabilidade parental, a velha guarda exclusiva, preferencial em outro momento histórico-social , cedeu lugar a outras modalidades de guarda, emergindo dentre elas a guarda compartilhada ou conjunta, que possibilita aos pais o exercício pleno do poder familiar em igualdade de condições, solução contemporânea à convivência dos pais com os filhos, incentivando o contínuo acompanhamento de suas vidas.

3.4 Posicionamento dos Tribunais

Com o aumento contínuo e freqüente do número de dissoluções conjugais, os tribunais se deparam constantemente com a questão de quem ficará com a prole, tendo que decidir e verificar quem apresenta melhores condições para cuidar dos filhos e quem se mostra mais apto para atuar tal papel. Ocorre que, muitas vezes, são os dois, pai e mãe.

André Bonelli Rebouças, em comentário no livro sob coordenação de Freddie Didier Jr. (2006, p.13), fala acerca da decisão do juiz:

Os pressupostos da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, as suas modalidades e os critérios de racionalidade observados segundo os fatos da causa, são aportes dos quais o juiz se vale para decidir quem dos consortes revela melhores condições de exercê-la (art. 1.584 do Código Civil) ou se ambos concomitantemente – o que seria desejável -, podem fazê-lo no sentido de preservar o direito de convivência (art. 227 da Constituição Federal). Esta escolha reclama, todavia, uma percepção mais ampla do julgador quanto à subjetividade dos envolvidos, exigindo-lhe um conjunto de informações que devem passar por abordagens multidisciplinares associados ao novo desenho constitucional do Direito de Família, sem o que a sua decisão estará desconectada da realidade a ser regulada.

Os tribunais de todo o mundo e do Brasil, vêm se mostrando cada vez mais favoráveis à concessão da guarda compartilhada. Com o objetivo de assegurar as duas figuras, tanto materna quanto paterna, o contato permanente com os filhos, evitando que, em decorrência da ruptura do vínculo conjugal, haja também, um distanciamento e um enfraquecimento dos laços afetivos entre pais e filhos, o que é tão importante, aliás, fundamental, para o crescimento moral, pessoal, social e psicológico dos filhos. Dessa forma, os intérpretes do direito devem, sempre que possível, romper com a tradição e acompanhar a evolução do instituto. Verificando se, a tradicional guarda unilateral, é realmente compatível com a proteção integral da criança e com o direito de convivência deste ser, ainda em desenvolvimento.

Um ponto que é bastante observado antes da decisão pela guarda conjunta, é a questão do relacionamento dos pais, pós-separação. Exige-se que exista harmonia e convivência pacífica entre os genitores, para que essa modalidade seja adotada. Caso contrário, a guarda compartilhada não se mostra a melhor opção, uma vez que, para o modelo se mostrar eficaz, necessita do consenso e de relação amistosa entre os cônjuges. O argumento utilizado por alguns intérpretes do direito é que a modalidade da guarda conjunta é incompatível quando a ruptura do vínculo conjugal é litigiosa, enfatizando o modelo da guarda única como mais adequado para os pais que não acordam sobre suas questões.

Waldyr Grisard Filho afirma (2006, p.198): “Se se pretende uma unidade educativa para além do divórcio e que os dois conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, a guarda compartilhada é, certamente, a solução a privilegiar.”

Alguns tribunais já vêm adotando o instituto da guarda compartilhada, como se denota das decisões a seguir:

EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018264713, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acordão: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70008775827, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/08/2004)

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FIXAÇÃO JUDICIAL DE GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Embora não exista previsão legal, é possível às partes estabelecer a guarda compartilhada. É um modelo ideal, que pressupõe a harmonia e o consenso entre os pais da criança. Não há possibilidade de impô-la por via judicial. Ela não se coaduna com o litígio. O pedido de fixação judicial de guarda compartilhada é juridicamente impossível. NEGARAM PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70007455926, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/12/2003)

Existem, porém, decisões que não adotam a guarda compartilhada, discordando de que ela seja a melhor opção para os filhos. Vale ressaltar, que, em todos os casos, o melhor interesse do menor deve ser preservado e essas decisões que desaconselham essa modalidade, não consideram que ela é a mais adequada para preservar esse interesse.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. ALTERAÇÃO. GUARDA DE MENOR POSTULADA PELA MÃE. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO A AUTORIZAR A ALTERAÇÃO LIMINAR DA GUARDA SEM MAIORES ELEMENTOS ACERCA DE QUAL SOLUÇÃO MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA CRIANÇA. A alteração liminar da guarda compartilhada pelos pais recomenda prova inequívoca da situação de risco que se encontra a criança. Ausente situação de risco, mantém-se a guarda da menor na forma até então estabelecida pelas partes, até que minuciosa avaliação social e psicológica dos envolvidos forneça elementos acerca de qual solução melhor atende aos superiores interesses da criança. RECURSO DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70015325673, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 13/09/2006)

Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 242) ratifica a idéia acima exposta, aduzindo algumas dificuldades práticas:

Por vezes, o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena

evolução. Há os que dizem ser plenamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda, porém, nesse aspecto, a pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação.

Apesar da modalidade da guarda compartilhada não ser regulamentada pela legislação brasileira, não existem óbices para a sua aplicação. Faz-se necessário, porém, a análise de cada caso concreto para definir quais os casos adequados à adoção dessa modalidade. É imprescindível que os genitores tenham afinidades e um relacionamento amistoso, pois todas as decisões referentes aos filhos são tomadas conjuntamente. Desta feita, se não houver possibilidade de diálogo, convívio pacífico e compartilhamento de idéias, bem como a disposição de flexibilização dos pais de acordarem quanto ao futuro dos filhos, a modalidade torna-se inviável. É, dessa forma, exigido para concretizar o melhor interesse do menor, através do instituto, uma postura positiva dos pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família ainda é o núcleo da sociedade. O alto índice de dissoluções dos vínculos conjugais vem gerando uma preocupação em relação aos filhos desses casais separados, que se tornam vítimas da situação.

A realidade atual da sociedade brasileira mostra a impossibilidade de se permanecer com a idéia de que, com a ruptura do matrimônio, apenas um dos cônjuges deve ficar com o poder de guarda dos filhos, uma vez que não atende o melhor interesse do menor que, como pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, deve ter seus direitos prioritariamente observados.

Pais e mães são igualmente importantes e essenciais para o crescimento e desenvolvimento sadio dos filhos, a ausência de um deles pode acarretar sérios problemas em sua personalidade.

O modelo de guarda mais adotado atualmente nos tribunais é o da guarda única, que se mostra bastante ultrapassado em relação à nossa realidade atual. Através do tradicional sistema de visitas, o genitor não-guardião, que na maioria dos casos é o pai, acompanha a fragilização de seus laços afetivos e a superficialidade de sua relação com seus filhos, tornando-se um mero visitante.

Diante dessa problemática, surge o instituto da guarda compartilhada, na tentativa de evitar prejuízos e sérios efeitos na formação social e psicológica da criança em questão. Esse modelo de guarda deve ser visto como um reflexo de uma mentalidade onde o pai e a mãe são igualmente importantes para os filhos e suas relações, portanto, devem ser preservadas para a garantia do adequado desenvolvimento das crianças e adolescentes envolvidos.

Muitas vantagens são verificadas com a sua aplicação, inclusive a efetivação da convivência familiar, direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988. Observa-se, também, que a aplicação do referido instituto preserva o princípio da isonomia, quando se reconhece a igualdade de ambos os genitores no exercício de suas funções

parentais, suavizando os traumas e efeitos negativos oriundos da ruptura da convivência familiar.

Diversos são os países onde a guarda compartilhada é vastamente adotada e os resultados positivos são a prova de que esta modalidade de guarda é uma solução que mais traz benefícios para os pais e, principalmente, para os filhos. Todavia, os juízes e tribunais brasileiros ainda se mostram um tanto receosos com relação a aplicação do instituto

A guarda compartilhada é, portanto, uma nova forma de relacionamento entre pais e filhos, onde o papel do pai não é o de mero coadjuvante, mas de efetivo participador e influenciador no desenvolvimento e na criação de seus filhos. É, dentre as demais modalidades de guarda estudadas, a que demonstra mais resultados satisfatórios, atendendo aos princípios elencados na Constituição Federal. Resta, apenas, o desafio para que o Judiciário acompanhe esta evolução do direito a fim de dar-lhe um novo contorno que atenda à realidade vivenciada por várias famílias no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

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

BOSSEERT, Gustavo A; ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia.** 4. ed.atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1996.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação.** 11^a 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.** 7^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

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

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

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

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada.** 2^a ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

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

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

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

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

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

CURY, GARRIDO & MARÇURA. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.** 2. ed. Ver. E atual. São Paulo Revista dos Tribunais: 2000.

COSTA, Elisabeth Francisca e outros. **A guarda de crianças e adolescentes.** Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1187214328>. Acesso em 17/09/2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Colocação em Família Substituta: Aspectos Contovertidos.** Disponível em: http://www.mp.m.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_guarda_substituta Acesso em 27/09/2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada – Quem melhor para decidir a respeito?** Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1094972355>. Acesso em 17/09/2007.