



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ -UFC

FACULDADE DE DIREITO

ROBERTA BATISTA VIRGÍNIO

GUARDA COMPARTILHADA

FORTALEZA - CEARÁ

2006

ROBERTA BATISTA VIRGÍNIO

GUARDA COMPARTILHADA

**Monografia apresentada no término do
Curso de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Ceará.**

**Professor Orientador: Alexandre Albuquerque
Rodrigues**

FORTALEZA - CEARÁ

2006

AGRADECIMENTOS

A DEUS em especial, pela constante presença e intervenção no transcorrer de todo o curso de graduação e mais especificamente na produção deste trabalho.

À minha irmã TAÍS, exemplo de força e determinação, que tanto me incentivou e auxiliou na árdua caminhada de elaboração desta monografia.

À minha irmã TALITA, que sempre esteve presente apoiando-me.

A meus pais, ROBERTO e LÚCIA, sem eles todas as minhas conquistas não seriam mais que sonhos.

E ao mestre ALEXANDRE ALBUQUERQUE RODRIGUES, orientador deste trabalho, por seu incentivo, dedicação, disponibilidade e importantíssimas orientações.

E ainda àqueles que, consciente ou inconscientemente, colaboraram.

RESUMO

Análise jurídica da guarda compartilhada como meio eficaz na manutenção dos laços parentais após a ruptura dos laços conjugais. Inicia-se com o estudo do pátrio poder exercido pelos pais, analisamos suas origens e nuances sob a ótica da manutenção deste mesmo após a separação ou o divórcio. Observamos também as limitações judiciais porventura impostas a esse poder. Então nos debruçamos sob os dispositivos legais nacionais que regulam a guarda de menores e maiores incapazes, o princípio do melhor interesse da criança, como instrumento fundamental a ser analisado pelo magistrado nos litígios envolvendo guarda de filhos e as modalidades de guarda hodiernamente adotadas, destacando as vantagens e desvantagens de todas elas. E por fim, como principal objetivo deste trabalho, analisamos as esferas teórica e prática da guarda compartilhada, vislumbramos suas origens, seu conceito, as realidades familiares das gerações anteriores e as da geração atual e a conseqüente intervenção dos modelos familiares nas decisões oriundas das disputas judiciais, os diplomas legais, mormente constitucionais, que possibilitam a aplicação da guarda compartilhada no Brasil, e ainda os aspectos práticos da guarda compartilhada no tocante à educação, à residência, à responsabilidade civil, aos alimentos e às visitas devidas à prole.

Palavras-Chaves: Pátrio Poder, Guarda de Filhos e Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

Legal analysis of the joint custody as way efficient in the keeping of the parental relation after the finishing of the conjugal relation. It begins with the studying of the paternal authority practiced for the parents, we analyze its beginning and peculiarities, through him maintenance after the separation or the divorce. We also observe the imposed limitations judicial to this authority. So did we analyze the national laws that regulate the custody of the children young and older incapables, the principle of the optimum interest of the child as basic instrument to be analyzed by the judge in the litigations involving custody of child and the modalities of custody actually adopted, standing up the advantages and disadvantages of all of them. And finally, as main object of this work, did we analyze the spheres theoretical and practical of the joint custody, did we see its origins, concept, the familiar realities of the previous generations and of the current and the consequent intervention of the familiar models in the decisions of the judicial disputes, the laws, mainly constitutional, that makes possible the using of the joint custody in Brazil, and still the practical aspects of the joint custody in regards to education, the residence, the civil responsibility, the foods and the visits due to the child.

Keywords: Paternal Authority, Custody of Children and Joint Custody.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPITULO I – PODER FAMILIAR (nova nomenclatura do Pátrio Poder)	11
1.1 Histórico	11
1.2 O Pátrio Poder e a Igualdade entre os Pais na Legislação Brasileira	13
1.3 Conceito de Pátrio Poder	15
1.4 Direitos e Deveres Decorrentes do Poder Familiar	16
1.5 Suspensão do Poder Familiar	20
1.6 Perda ou Destituição do Poder Familiar	21
1.7 Extinção do Poder Familiar	22
CAPITULO II – GUARDA DE FILHOS	24
2.1 Definição	24
2.2 A Guarda na Legislação Brasileira	25
2.3 Prioridade para a Atribuição da Guarda: Interesse do Menor	31
2.4 Modelos de Guarda	34
CAPITULO III – GUARDA COMPARTILHADA	39
3.1 Origem	39
3.2 Família Tradicional e Família Contemporânea	40
3.3 Fundamentos Jurídicos para a Aplicação da Guarda Compartilhada	43
3.4 Análise da Guarda Compartilhada	46
3.5 Guarda Compartilhada na Prática	48

3.5.a. Residência	49
3.5.b. Educação	51
3.5.c. Responsabilidade Civil dos Pais	52
3.5.d. Alimentos e Visitas	55
 CONCLUSÃO	 58
 ANEXOS	 60
 ANEXO I – Projeto de Lei sobre a Guarda Compartilhada	 60
Projeto de lei nº 6.350, de 2002	60
Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.350, de 2002	65
 BIBLIOGRAFIA	 67

INTRODUÇÃO

A sociedade, mormente após a Revolução Industrial, tem enfrentado profundas modificações nas relações familiares. Os papéis masculinos e femininos vêm se invertendo e o Direito de Família precisa evoluir com fins a solucionar satisfatoriamente os litígios. Modelos e institutos há longo utilizados e estereotipados urgem serem revistos.

Na atualidade, pai e mãe desenvolvem atividades laborativas e têm seu tempo de convivência com os filhos reduzido, pais começam a dedicar-se aos afazeres domésticos, a rotina diária feminina em algumas famílias é mais estressante que a masculina, e conseqüentemente a antiga visão de que a mãe sempre disporia de tempo para os filhos e seria a mais apta a obter sua guarda vai esvaindo-se.

Nesse contexto, doutrinadores, operadores do direito e genitores começam a mobilizar-se na busca de modelos de guarda de menores e maiores incapazes que atendam mais efetivamente aos anseios paternos e ao melhor interesse dos filhos, surgindo assim a feliz guarda compartilhada.

Embora a legislação ainda não a abrigue expressamente, a guarda compartilhada encontra guarida em diversas disposições legais, inclusive no texto constitucional que enfatiza que homem e mulher são iguais e que é direito dos filhos serem criados e educados por ambos os genitores.

No ordenamento de muitos países opta-se pela guarda compartilhada, que opera de modo automático, ocupando lugar preferencial, antes que os processos sejam resolvidos pelo modelo tradicional, inclusive nas separações e nos divórcios litigiosos.

O justo desejo de ambos os cônjuges terem sua vida afetiva refeita após o término da relação conjugal e as exigências de participação de ambos no mercado de trabalho, os sobrecarregam excessivamente e em especial a mulher.

Busca-se então a guarda compartilhada, espécie de guarda em que o poder familiar, conjunto de atribuições, direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e a seus bens, passa a ser exercido conjuntamente, não somente por aquele que detém diretamente a guarda física.

O compartilhamento busca, precisamente, minorar as perdas que o fim da relação conjugal dos pais efetivamente acarreta, beneficiando a criança na medida em que ambos os pais estarão igualmente envolvidos em sua criação e educação, tentando diminuir os maléficos efeitos da saída de um deles da vida diária dos filhos.

Com essa inovadora modalidade de guarda reduzem-se as discórdias quanto à criação de filhos por pais separados que não tem um bom relacionamento e também os nefastos danos psicológicos sofridos pela prole nas hipóteses de guarda única.

Embora ainda muito timidamente, já são vislumbradas decisões da justiça brasileira deferindo a guarda compartilhada. No direito comparado, em países como os Estados Unidos, a guarda compartilhada é deferida na maioria avassaladora dos processos de guarda.

O Código Civil de 2002, embora tenha tentado implementar inovações, já se apresenta como um ordenamento ultrapassado em diversas previsões. Situações fáticas frequentes não são abordadas, modelos ultrapassados são mantidos e a efetividade do direito torna-se maculada.

Projetos de lei como os constantes do anexo deste trabalho são de fundamental importância para motivar alterações na Lei Civil e possibilitar que tão útil instituto seja efetivamente reconhecido pelos magistrados e aceito pelas famílias.

Capítulo I
- PODER FAMILIAR –
(nova nomenclatura do Pátrio Poder)

1.1. Histórico do Pátrio Poder

A tradição romano-germânica influenciou determinantemente o universo jurídico brasileiro. No campo do Direito Civil, e, portanto do Direito de Família, a influência romana foi decisiva na elaboração dos institutos, nas suas definições e nos seus disciplinamentos.

O instituto em estudo, qual seja o Pátrio Poder, modernamente chamado de Poder Familiar, revela-se nitidamente no direito romano antigo. A Nova Lei Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inovou com a denominação Poder Familiar.

O termo Pátrio deriva do latim *pater*, que significa pai. Na Roma Antiga o pai possuía total controle sobre a família, mulher e filhos, e o patrimônio destes. O regime familiar era estritamente patriarcal, o *pater famílias* exercia domínio absoluto.

Como se deflui do acima exposto, as relações familiares fulcravam-se em nítidas relações de poder. O *pater* detinha controle sobre a família impondo uma gritante desigualdade entre seus membros. O poder exercido assemelhava-se ao direito de propriedade sobre todo o patrimônio.

Com a evolução da idéia de família, ainda na Roma Antiga, a mulher passou a figurar em segundo plano, esta era considerada incapaz de responsabilizar-se por sua própria vida e a de seus filhos. Portanto, hierarquicamente, a mulher igualava-se aos filhos.

Na sociedade romana a importância da mulher limitava-se à sua capacidade de gerar filhos e de suprir as necessidades físicas masculinas, durante muitos séculos vista como escrava do homem, recebendo, portanto, tratamento bastante assemelhado com o dado aos escravos.

O termo *pater* encontra suas origens na religião, pois este era o chefe de um culto religioso dirigido aos ancestrais baseado no medo.

Na Idade Média, a confluência de idéias trazida por estrangeiros atenuou um pouco a subordinação da mulher e dos filhos ao *pater*, mas não chegou a alterar a essência do instituto, chegando este a Idade Moderna sem sofrer grandes modificações.

Ainda modernamente, no Código Civil de 1916, vislumbrava-se o predomínio da vontade masculina sobre a feminina quando no artigo 380, § único, previa-se:

“Artigo 380. 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.

Parágrafo único – Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.” (grifo nosso)

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 6.515, de 27 de agosto de 1942, foi a primeira legislação a possibilitar a mulher colaborar com o homem no exercício do pátrio poder.

Depois de referida lei, outras foram paulatinamente aumentando as prerrogativas femininas tais como a Lei do Divórcio que, em seu artigo 27, dispõe que o pai e a mãe são titulares dos encargos parentais; a Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 226, expurga a idéia de colaboração entre pai e mãe e implanta a idéia de atuação equânime, senão vejamos:

“Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, em seu artigo 21, vem corroborar com essa idéia.

Segundo Eduardo dos Santos:

“O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente por ambos os progenitores”.

Modernamente o Pátrio Poder é visto não apenas como um direito ou um poder, e sim como um poder-dever a ser exercido de forma a atender aos interesses do menor sob pena de responsabilização dos genitores tanto na esfera civil quanto na penal.

1.2 O Pátrio Poder e a Igualdade entre os Pais na Legislação Brasileira

No direito brasileiro, há uma forte tendência no sentido de garantir direitos iguais a homens e mulheres. Não esquecendo, portanto, de preservar as diferenças evidentes entre ambos os sexos.

A história mundial revela uma gritante subjugação feminina. Uma cultura extremamente patriarcalista reinava onipotente, relegando às mulheres uma postura passiva, de subordinação. O papel feminino resumia-se apenas a cuidar do marido e dos filhos. O homem seria o provedor de riquezas e a mulher seria responsável por cuidar do lar e educar os filhos.

Quem tomava as principais decisões, como se depreende da análise das legislações em vigor nos tempos passados, era o homem. Caso houvesse discordância de opiniões em pontos atinentes às relações familiares, as mulheres eram legalmente proibidas de opinar.

A Antiga Lei Civil chegava ao absurdo de prever que havendo discordância, a opinião a prevalecer seria a masculina e a mulher, caso discordasse, deveria recorrer ao juiz para solucionar o impasse.

Felizmente, com o desenvolvimento da sociedade e a conseqüente emancipação feminina, a situação tem tomado uma outra feição. As mulheres ingressaram no mercado de trabalho de forma vertiginosa, o número de mães solteiras aumentou assustadoramente e a sociedade, por conseguinte o Poder Judiciário, foi forçado a rever o papel da mulher no Poder Familiar.

Até o termo Poder Familiar veio para nitidamente demonstrar que o poder-dever não seria do *pater* e sim da família, qual seja marido e mulher.

Respondendo aos anseios sociais e judiciais, as legislações foram gradativamente atenuando as distinções entre homem e mulher até, pelo menos teoricamente, expurgar essa diferenciação.

O Código Civil de 1916 em sua redação originária, no artigo 380, dispunha que cabia ao homem exercer o pátrio poder absolutamente, só podendo a mulher exercê-lo nas hipóteses de ausência deste. Porém, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, lei nitidamente defensora da independência feminina, a lei civil viu-se obrigada a mudar a redação deste artigo com fins de permitir que a mãe, mesmo na presença paterna, colabore no exercício do Poder Familiar.

Posteriormente a Lei do Divórcio, promulgada no ano de 1977, limitou-se apenas a repetir em linhas gerais a redação dada pelo Estatuto. A mulher continuou exercendo o poder familiar em colaboração com o homem, portanto não inovando no disciplinamento.

Na seqüência cronológica, a Constituição Federal de 1988 veio definitivamente, volto a afirmar, pelo menos teoricamente, afastar qualquer distinção porventura existente entre homem e mulher no exercício do Poder Familiar. A partir de então não se utiliza mais o termo colaboração, e sim uma atuação conjunta e equânime.

E o Senado Federal, corroborando com o entendimento já firmado, substituiu na Nova Lei Civil o termo Pátrio Poder, nitidamente característico da prevalência da vontade paterna sobre a materna, pelo termo Poder Familiar.

O Código Civil de 2002, ainda em defesa da igualdade, dispõe em seu art. 1631 que, durante o casamento ou a união estável, o poder familiar competirá aos pais igualitariamente, sendo este monopolizado apenas na ausência de um dos genitores.

Como inovação, também estabeleceu que havendo divergência, não apenas a mulher será obrigada a recorrer ao judiciário, tanto o homem quanto a mulher deverão recorrer ao Judiciário se não concordarem com o rumo dado às relações familiares.

Mitigando um preconceito sofrido pelo genitor, o parágrafo único do artigo 1584 da Lei Civil prevê que: “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”. Expurga-se desta forma qualquer prevalência feminina no exercício da guarda dos filhos menores.

Segundo o secular Aluizio Azevedo, *“O homem, seja ele o que for, bom ou mau, esperto ou tolo, nunca é mais que o desenvolvimento fiel de uma criança e uma criança é obra exclusiva de quem o educou”*. Desta feita, fica evidente que o Poder Familiar deve ser exercido equanimente pelos genitores sob pena de comprometer-se gravemente o desenvolvimento físico e espiritual da prole.

1.3 Conceito de Pátrio Poder

Inúmeros doutrinadores empreendem esforços para definir o que viria a ser Pátrio Poder, porém, apesar da vasta gama de conceitos, estes convergem para as mesmas idéias. Analisaremos a seguir definições produzidas por renomados juristas.

Sílvio de Salvo Venosa:

“... entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.”¹

Maria Helena Diniz:

[...] o pátrio poder pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os bens do filho menores, não emancipados, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.²

Ana Maria Milano Silva:

“O pátrio poder é hoje aceito e denominado como poder familiar, como conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção”.³

Arnaldo Rizzardo:

[...] o pátrio poder não é uma auctoritas, é um munus. Trata-se de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir uma abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão somente um encargo, ou um munus, mas um encaminhamento para impor uma

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de Família. In: Direito Civil. V. 6. São Paulo: Atlas, 2006. p.319.

² DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. In: Direito Civil Brasileiro, v. 5, 7 ed. São Paulo, Saraiva, 1993. p. 301.

³ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo, Editora de Direito, 2006.

*certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não há mais de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais”.*⁴

Após a análise dos conceitos acima expostos, observa-se uma confluência de idéias. Em linhas gerais, o pátrio poder é um poder-dever, posto que implica em direitos e obrigações, a ser exercido equanimente pelos pais, adotivos ou biológicos, sobre a pessoa dos filhos menores e de seu patrimônio.

No decorrer deste capítulo apreenderemos tratar-se preponderantemente de dever, posto que os encargos suportados pelos pais superam em muito os suportados pelos filhos.

1.4 Direitos e Deveres Decorrentes do Poder Familiar

O Poder Familiar, ou Pátrio Poder, como já anteriormente exposto, é um conjunto de direitos e deveres suportados pelos pais na gerência do patrimônio e na criação e educação da prole.

Conforme a Constituição Federal preceitua em seu artigo 226, § 5º, esses direitos e deveres devem ser exercidos em igualdade de condições pelo homem e pela mulher.

O artigo 1634 do Código Civil de 2006 pormenoriza tais direitos e deveres, senão vejamos:

“Artigo 1634. Compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – 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;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.

O inciso primeiro remota à obrigação que os pais têm de educar e criar os filhos. Educá-los de forma a tornar-lhes cidadãos éticos e dignos, inserir-lhes em unidades escolares aptas a desenvolver suas múltiplas inteligências, ensinar-lhes preceitos morais relevantes, entre vários outros fatores envolvidos na arte de educar.

Criação no sentido de garantir aos filhos condições mínimas de sobrevivência tais como alimentação, saúde, vestuário, lazer, moradia. Os pais têm, como dever moral e legal, que garantir o sustento dos filhos até que estes atinjam a maioridade. Não se pode abandonar uma criança, pois é sabido que esta é incapacitada de sozinha auto-sustentar-se.

A tarefa de educar relaciona-se ao dever dos pais de proporcionar ao filho a condição de desenvolver suas atividades intelectuais e morais em todos os níveis.

O descumprimento da obrigação de educar pode configurar o crime previsto no artigo 244 do Código Penal, qual seja abandono material; e o descumprimento da obrigação de criar pode tipificar o crime previsto no artigo 246 do Código penal, qual seja abandono intelectual.

O artigo remete-nos também ao direito e dever de ter a prole em sua companhia e guarda. O artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, tratado internacional de que o Brasil é signatário, dispõe que:

“ Artigo 9. A criança tem o direito de viver com um ou ambos os pais exceto quando se considere que isto é incompatível com o interesse maior da criança. A criança que esteja separada de um ou ambos os pais tem o direito a manter relações pessoais e contato direto com ambos os pais.”

O poder-dever de ter a prole em sua companhia e guarda, como o artigo acima bem frisa, é direito das crianças, posto que estas ainda não são auto-suficientes e precisam de alguém a acompanhá-las e guiá-las.

E também é muito gratificante para os pais, em especial quando estes não coabitam com o progenitor da criança ou com um companheiro, ter os filhos em sua companhia. As relações paterno-filiais, em sua grande maioria, desenvolvem laços de amor eternos.

Embora no modelo de guarda unilateral, o mais adotado atualmente no Brasil, seja designado judicialmente que apenas um dos cônjuges terá o filho sob sua guarda, não se pode extinguir a obrigação do outro quanto aos deveres do poder familiar.

No tocante a negação ou ao consentimento para o matrimônio, nada mais plausível do que permitir que os pais intervenham em uma escolha tão importante para os filhos quanto a celebração do matrimônio. Como os genitores

são responsabilizados pelos atos praticados pela prole, obviamente eles terão que intervir na assunção de obrigação destes.

Caso a negação dos pais seja por um motivo injustificado, não plausível, a lei faculta ao juiz suprir essa recusa com fulcro na Lei Civil, mais especificamente em seu artigo 1519.

A legislação atual não pormenoriza o que venha a ser motivo justo, ficando ao livre arbítrio do juiz concluir tratar-se de motivo suficiente para vetar a realização do matrimônio ou não.

Ninguém melhor que os pais conhecem sua prole e suas peculiaridades. Logo, extremamente razoável que os pais sejam habilitados a nomearem tutor ou curador para sua prole nas hipóteses de ausência de um dos pais ou de morte de ambos. Tutor ou curador que exercerá os atributos do poder familiar, quais sejam cuidar dos filhos e do patrimônio destes.

No tocante à representação e à assistência desempenhada pelos pais em favor dos filhos, estes devem ser representados em seus atos da vida civil enquanto menores de dezesseis anos, ou seja, absolutamente incapazes, e assistidos em seus atos da vida civil enquanto maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, por serem relativamente incapazes.

Atos praticados por menores absolutamente incapazes sem representação são nulos e atos praticados por menores relativamente incapazes sem assistência são anuláveis.

Uma medida bastante traumática para a prole, mas que em algumas situações surge como a única medida cabível é a busca e apreensão. Quando os menores estiverem no poder de alguém injustificadamente, é facultado aos pais recorrerem ao Poder Judiciário para reaver sua prole, ou seja, reclamá-la de quem ilegalmente a detenha. Tal medida visa dar continuidade ao exercício do Poder Familiar legalmente outorgado aos pais.

No inciso VIII fica subentendido o direito dos pais aplicarem, moderadamente, castigos aos filhos menores se lhes forem desrespeitosos. Ressalvada, porém, a hipótese de abuso no exercício dessa faculdade, sob pena de perda do poder familiar. Matéria que será mais detalhada posteriormente.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

“Artigo 22. 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.”

Embora não expressamente mencionado em lei, é dever dos pais auxiliar seus filhos na escolha de trabalho compatível com sua idade e condição intelectual, sob pena também de perda do poder familiar.

Quanto à matéria atinente aos direitos e deveres decorrentes da gestão do patrimônio dos filhos, como já anteriormente afirmado pai e mãe têm equânime direito de intervir na administração dos bens de sua prole. O que é reforçado no artigo 1689 da Atual Lei Civil.

Na esfera patrimonial, o primeiro dever imposto é o de administrar os bens dos filhos. A administração dispensa a prestação de contas relacionada aos frutos produzidos, posto que o administrador, por previsão legal, faz seus, desde logo, esses rendimentos.

Sabendo que os pais têm a obrigação legal de custear as despesas com a criação dos filhos menores, é razoável também que possam valer-se da renda proveniente dos bens dos filhos para esse fim.

Na hipótese de conflito de interesses entre pais e filhos, o juiz deverá nomear curador especial ao filho para que este zele pelo interesse do menor.

Contrariamente a Antiga Lei Civil, o genitor viúvo que vier a convolar núpcias antes de fazer o testamento e partilhar os bens do falecido, não perderá o usufruto dos bens dos filhos.

Via de regra os pais, no exercício do poder familiar, têm direito ao usufruto dos bens de seus filhos, excetuando-se apenas as hipóteses expressamente previstas no artigo 1693 da Lei Civil. Senão vejamos:

“Artigo 1693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.”

O legislador preocupou-se com a hipótese de o genitor dispor-se a reconhecer o filho apenas com intenções de apropriar-se do patrimônio deste. Quem está realmente disposto a reconhecer a prole, não deve importar-se com as vantagens econômicas provenientes deste ato.

A proteção aos bens provenientes do trabalho do menor demonstra nítido resquício da tradição romana de que cabia ao filho aquilo que ele obtinha na atividade militar, em atividades públicas, ou que vinha a adquirir por outros meios.

É freqüente a realidade de pais separados testarem bens aos filhos com a ressalva de que não serão administrados pelo progenitor. Preservando-se a vontade individual é facultada a prática desta conduta.

Na realidade acima exposta, caberá ao juiz designar um curador especial ou um administrador para gerir tais bens.

Já o último inciso do artigo 1693 disciplina os casos de indignidade dos pais em relação à herança. A previsão legal está em plena consonância com o artigo 1816 também da Atual Lei Civil.

“Artigo 1816. São pessoais os efeitos da exclusão, os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.”

O último inciso repete em linhas gerais a regra do parágrafo único do artigo acima transcrito.

1.5 Suspensão do Poder Familiar

Das três espécies de intervenção do Poder Público no Poder Familiar, suspensão, perda e extinção, a suspensão é a mais branda posto que esta impede, apenas temporariamente, o exercício deste.

Como ela é temporária, findo o prazo estipulado pelo juiz o exercício volta a ser pleno. As causas de suspensão não expõem o menor a riscos que não possam ser sanados com o decorrer do tempo. São três as hipóteses de suspensão.

Vejamos o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Artigo 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22.”

Mister ressaltar que o processo judicial de suspensão deverá valer-se do princípio do contraditório sob pena de eivar-se de nulidade. E que este pode ser revisto a qualquer momento se o juiz assim considerar razoável.

E ainda estatui o artigo 1637 da Lei Civil:

“Artigo 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

Tendo o poder familiar sofrido suspensão, o genitor perderá todas as prerrogativas deste, inclusive o usufruto do patrimônio dos filhos. E ainda, se o motivo for de grande gravidade, o juiz poderá deferir a medida liminarmente dentro do poder geral de cautela, deferindo-se a guarda provisória a terceiro até a decisão final.

1.6 Perda ou Destituição do Poder Familiar

A perda do poder familiar é uma medida drástica que só deve ser deferida nos casos de gravíssimas violações aos deveres paternos. Apenas um genitor perdendo-o, o poder familiar será integralmente transferido para o outro cônjuge. E se este último não se sentir habilitado a exercer todas as prerrogativas sozinho será nomeado um tutor ao menor.

Vejamos a regra do artigo 1638 da Nova Lei Civil:

“Artigo 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

A perda do poder familiar não deve ser vista como uma punição aos genitores, e sim como uma preservação dos interesses dos filhos menores. O artigo mencionado refere-se às hipóteses de o pai abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos.

O inciso I do artigo 1638 remete-nos à polêmica da proibição de os pais castigarem fisicamente os filhos. Ao nosso ver, os pais, no exercício do poder familiar, precisam ter a faculdade de adotar as medidas que entenderem cabíveis sob pena de não conseguirem alcançar seus objetivos efetivamente.

Não queremos de forma alguma incentivar a violência, sabemos que os frutos desta são maléficos e irreversíveis. Mas o que deve ser punido são os excessos, se limitarmos muito a liberalidade dos pais estes não conseguirão educar adequadamente seus filhos.

A prática de atos atentatórios à moral e aos bons costumes enquadra-se nas situações de pais que submetem os filhos a situações vexatórias e abusam sexualmente da prole. É absurdo manter o Poder Familiar com quem procede desta forma.

1.7 Extinção do Poder Familiar

As hipóteses de extinção do Poder Familiar encontram-se elencadas no artigo 1635 do Código Civil, vejamos:

“ Artigo 1635. Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1638.”

Obviamente que, com a morte dos genitores, eles não poderão mais exercer os direitos e deveres decorrentes do Poder Familiar. A morte de apenas um dos genitores transferirá integralmente o exercício para o outro. Já a morte do filho extirpa o sentido de protegê-lo, posto que este já não tem mais vida.

Na hipótese de o paradeiro dos pais ser incerto e não sabido, será nomeado tutor que passará a cuidar da prole e de seu patrimônio.

Atingindo a capacidade civil, ou emancipando-se, o indivíduo não mais precisa da proteção oriunda do Poder Familiar. A emancipação pode ser concedida pelos pais, pelo juiz ou pela lei, caso constate-se que, apesar da tenra idade, o indivíduo já atingiu a esperada maturidade.

Os efeitos provenientes da maioridade são, em linhas gerais, os mesmos da emancipação.

A adoção, se analisarmos atentamente o sentido do instituto, não extingue o poder familiar, apenas transfere o seu exercício dos pais biológicos para os pais adotivos.

Segundo o eminente jurista Carlos Roberto Gonçalves, no tocante a extinção do poder familiar pela adoção:

“ Tal circunstância é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento daquele se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular”.⁵

A extinção por decisão judicial, que não existia no Código anterior, depende da configuração das hipóteses enumeradas no artigo 1638 como causas de perda, quais sejam: castigo imoderado do filho; abandono do filho; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; e reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

Podemos concluir, com este capítulo, que o Poder Familiar, antes de uma obrigação, é um direito dos pais relativo à pessoa de seus filhos e de seu patrimônio. O direito seria da prole de receber, de quem a gerou ou adotou, os cuidados de que necessita.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. In: Direito Civil Brasileiro. V.6. São Paulo: Saraiva, 2006. p372.

Capítulo II

- GUARDA DE FILHOS -

2.1 Definição

Fazendo uma breve análise histórica, apreende-se que a expressão guarda deriva da expressão alemã *wargem*, da inglesa *warden* e do francês *garde*, em ambas as realidades indicando vigilância, proteção, segurança, um poder-dever que ambos os genitores ou apenas um deles está incumbido de exercer em favor dos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata da guarda em duas modalidades distintas, uma na colocação de menores ou incapazes em famílias substitutas na forma de guarda e outra na separação conjugal dos pais.

A esfera que analisaremos relaciona-se com a guarda e proteção dos filhos nas situações de morte de um dos cônjuges, de anulação de casamento e de separação ou de divórcio do casal. Subordinam tanto os filhos menores quanto os maiores incapazes.

Fundamental distinguirmos guarda e poder familiar posto que tais institutos relacionam-se umbilicalmente. O poder familiar é atributo da guarda, mas a recíproca não é verdadeira, a guarda não é atributo do poder familiar.

Nos casos de guarda monoparental, a guarda é deferida a apenas um dos genitores, contudo o progenitor continuará exercendo as prerrogativas do Poder Familiar.

Mesmo quando a guarda é transferida a terceiros, continuam os pais com as prerrogativas de fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e a prestação de alimentos, que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz.

Antônio César Peluso, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, delineia o que viria a ser, em linhas gerais, guarda:

“ Ora, a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende-se, em princípio, a convivência no mesmo local, desdobrando-se nas faculdades de

autorização para sair de casa, de se comunicar com o menor e sua regulamentação (direito de visitas), de vigilância, o qual, em tema de responsabilidade civil, tem várias implicações, consistindo na necessidade de evitar que os filhos estejam sujeitos a perigos de ordem pessoal e que ofereçam perigo a terceiros... Abrange ainda a faculdade de controle de comunicações postais, telefônicas, de acesso a leituras, espetáculos, companhias etc, de correção moderada, educação, formação física e mental, espiritual, segundo as aptidões e capacidades, de exigência de respeito, obediência e até de prestação de serviços apropriados à idade, e dever de assistência material e moral.”⁶

Do ponto de vista jurídico, guarda é o atributo de guardar e resguardar o filho menor ou maior incapaz, de manter vigilância quando no exercício de sua custódia, e de representá-lo ou assisti-lo de acordo com as realidades fáticas.

Faz-se importante também a distinção entre guarda física e guarda jurídica. Guarda física é aquela com quem a criança coabita e guarda jurídica é aquela de quem assume os atributos de sustento, manutenção e educação dos filhos. A segunda deriva das relações pessoais oriundas do poder familiar, tais como a proteção e a honra, e a primeira deriva das relações de posse propriamente dita.

A guarda é indissociável da presença física da criança. Apesar da ruptura do casal e das diferenças pessoais daí decorrentes, os pais continuam a exercer, em comum, a autoridade parental, preservando, assim, o poder familiar, sempre devendo buscar o melhor interesse da criança.

O estudo da expressão melhor interesse da criança será por nós realizado ainda no transcorrer deste segundo capítulo.

2.2 A Guarda na Legislação Brasileira

Como sabemos a Lei reflete os costumes, e desta forma ela já atribuiu ao pai a guarda exclusiva sobre os filhos uma vez que se considerava que ele detinha as condições materiais para sustentar seus filhos assim como as condições psicológicas e educacionais para bem criá-los.

⁶ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 80. p.16.

Já no início deste século, a realidade sócio-econômica vigente leva-nos a consolidar a idéia de que a mãe é a principal responsável pela criação dos filhos. E, por conseguinte, a disciplina legal da guarda busca atender aos anseios da sociedade de uma determinada época.

A primeira lei brasileira que se dispôs a intervir na matéria foi o Decreto nº 181 de 1890 que em seu artigo 90 dispunha:

“Artigo 90. A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles [...]”.

Aqui já se apresenta a idéia até bem pouco defendida de cônjuge inocente e culpado, e que o supostamente culpado deverá ser privado da guarda dos filhos e contribuir pecuniariamente para a educação da prole.

Em 1917, inicia-se a vigência da Antiga Lei Civil que em seu artigo 325 orientava que nos casos de dissolução amigável de um casamento respeitássemos o acordo dos cônjuges quanto à guarda dos filhos, e em seu artigo 326, reforçando a idéia da culpa, dispunha que aferíssemos atentamente se um dos cônjuges deu causa à ruptura da conjugalidade.

No Código Civil de 1916, em discussões de guarda de filhos, o procedimento a ser adotado seria o seguinte: [...] havendo cônjuge inocente, com ele os filhos menores ficariam; sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas menores e os filhos até os seis anos, os quais, após essa idade, passariam à guarda dos pais; os filhos menores, mas com mais de seis anos, passavam à guarda direta do pai; havendo motivos graves, o juiz, a bem dos filhos, poderia regular a guarda de maneira diferente.

Revela-se aqui bem marcante o entendimento dominante na sociedade do início do século, a mulher seria a mais hábil a guardar e educar os filhos enquanto estes tivessem uma tenra idade e, ao obterem um maior desenvolvimento, o mais hábil seria o pai. Somente casos contrários à normalidade poderiam receber disciplina diversa.

Com a evolução da sociedade e o surgimento da idéia de filho legítimo e filho natural, adveio o Decreto-Lei nº 3.200 de 1941 que, em seu artigo 16, dispôs sobre a guarda do filho natural, orientando que a guarda deste deveria ficar com o progenitor que o reconheceria e, sob o poder do pai, caso ambos o tivessem reconhecido.

Aqui já se denota a intenção do legislador em posicionar o homem em condição hierárquica superior à da mulher, se pai e mãe reconhecem o filho natural, não haveria o que discutir, a guarda seria de pronto deferida ao

pai. A realidade aqui exposta foi alterada pela Lei nº 6.515/77 que determinou exatamente o contrário, a guarda seria deferida à mãe e não mais ao pai, salvo nas hipóteses de prejuízo para o menor, quando então deveria proceder-se à colocação do menor sob a guarda de alguém íntegro da família de qualquer um dos pais.

Surge aqui, através do advento dessa lei, a idéia de melhor interesse do menor. Este deveria ser averiguado se ficasse constatado que nenhum dos genitores estaria habilitado a deter a guarda da prole.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, privilegiou-se indiscriminadamente a mulher nos litígios sobre guarda. A partir de agora não se observaria mais o sexo e a idade no caso de culpa de ambos os cônjuges, nessa hipótese sempre a guarda dos filhos seria dada à mulher. E, ainda de acordo com o Estatuto, nenhum dos progenitores estando habilitado para a guarda, esta seria deferida a terceiro e eles teriam direito de visitar a prole.

Na seqüência, com a entrada em vigor da Lei do Divórcio, revogou-se parte do disciplinamento da então vigente lei civil, com uma absorção pelo Código Civil de alguns dispositivos. Um exemplo é o artigo 9º da Lei do Divórcio que assemelhado ao artigo 325 do Código dispõe: “No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

E ainda outros artigos da Lei Civil revogados foram repetidos na Lei do Divórcio, senão vejamos os artigos 10 e 13 da Lei do Divorcio:

“Artigo 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

§ 1º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Artigo 13. 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”.

Posto que a lei do parágrafo segundo do artigo décimo não disciplinava qual seria a ordem de preferência dos familiares, o juiz valia-se, analogicamente, das disposições do artigo 409 referente à tutela.

“ Artigo 409. Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

I – ao avô paterno, depois ao materno, e, na falta deste, à avó paterna, ou materna;

II – aos irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço;

III – aos tios, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço.”

Quão marcante a presença da prevalência dos interesses masculinos sobre os femininos, em todos os incisos do artigo supracitado deverá assumir a guarda os homens da família paterna, somente na indisponibilidade destes é que se olharia para as mulheres da família materna.

E ainda, na hipótese de decorrido longo período de tempo da separação conjugal e a criança ter sido constantemente mantida na guarda de um determinado progenitor, o artigo 11 do Estatuto da Criança garante a possibilidade de não alteração da vida comum, continuando assim a criança na companhia de quem já estava.

Bem destaca Waldir Grisard Filho:

[...] todos esses critérios são gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender os interesses dos filhos menores. Tais interesses, e não a autoridade paterna, são o eixo de todo o problema. Eles limitam até a livre avença dos pais em uma separação consensual, podendo o juiz recusar sua homologação se restar comprovado que a convenção não preserva suficientemente o interesse dos filhos, na dicção do artigo 34, § 2º. O direito de visita, e o de ter os filhos em sua companhia e de fiscalizar-lhes sua manutenção e educação foram ampliadas pelo artigo 15, como foram estendidas, através do artigo 16, todas as disposições referentes a guarda de filhos menores aos maiores indivíduos.⁷

Mister salientar que as mesmas regras que eram válidas para os filhos menores o eram também para os maiores incapazes.

⁷ GRISARD, Waldir Filho. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.51.

Com a promulgação da Nova Lei Civil, a realidade da guarda sofreu inúmeras e profundas modificações. O ponto de vista da sociedade do século XXI foi, embora não totalmente, nitidamente reproduzido no texto legislativo. Aboliu-se o critério da culpa pela separação, que impedia o genitor, que deu causa à separação, de ficar com a guarda dos filhos.

O texto original não expurgava a idéia de culpa, mas um relatório-geral, no ano de 2001, sugeriu a alteração do dispositivo em face da regra do artigo 226, § 5º da Constituição Federal. A matéria encontra-se disciplinada nos artigos 1583 a 1590, tendo a culpa sido abolida já no primeiro artigo, senão vejamos:

“Artigo 1583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.”

Busca-se preservar a vontade individual, ou seja, nas hipóteses em que haja acordo, este deverá ser respeitado pelo magistrado. Nada mais desagradável para os pais e para a prole que ter sua vontade substituída por uma imposição judicial. As relações familiares são de foro muito íntimo, só quem pode efetivamente adotar as melhores medidas são os membros familiares.

O artigo 1583 poderá ser revisto com o acréscimo de parágrafos que definirão a guarda compartilhada. O projeto de Lei de nº 6.350 do deputado Tilden Santiago (anexo I do trabalho) em trâmite pelo Congresso Nacional, no parágrafo 1º do artigo 2º, incentiva o juiz a evidenciar a parte os nuances da guarda compartilhada, ressaltando a equiparação da participação dos pais na vida dos filhos e a preservação dos direitos e deveres do poder familiar, sempre priorizando o melhor interesse do menor.

Embora o então vigente artigo 1583 não traga expressamente a menção à guarda compartilhada, como este dispõe que deverá ser respeitada a vontade individual dos pais, depreende-se que se estes optarem pela guarda compartilhada o juiz será compelido a homologar esta modalidade de guarda. Até porque na busca dos melhores interesses da prole, não se pode tirar dela a oportunidade de ter equânime influência de seus pais em sua vida e sua educação. E ainda, em todas as espécies de guarda poderá haver desacordo entre os pais e, se os pais realmente estiverem interessados na manutenção dos interesses dos filhos, não há o que se questionar, estes conflitos serão superados e eles tentarão da melhor forma possível educar a prole.

Porém, frente a grande resistência do Poder Judiciário em reconhecer a guarda compartilhada, justificando-se isso principalmente pelo desconhecimento de seus nuances, fundamental que haja a reforma da lei vigente com expressa definição e menção à guarda compartilhada.

Há uma considerável mobilização de instituições como a Associação de Pais Separados e o Instituto Brasileiro de Direito de Família com a promoção de debates, encontros, palestras, seminários, sobre esse novo modelo de guarda, bem como o aguardo ansioso pela aprovação de leis que venham a assegurá-lo no mundo jurídico.

Segundo o eminente jurista Sílvio de Salvo Venosa,

*“Não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização que são próprias do poder familiar. Deve participar de sua educação e das questões que envolvem afeto, apoio e carinho.”*⁸

Quando a separação ou o divórcio não forem consensuais, ou seja, não haja conciliação entre os cônjuges, dispõe o artigo 1584 da seguinte forma:

“Artigo 1584. 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.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica..”

Questão bastante controversa que aqui se levanta é se a capacidade econômica dos genitores poderá ser critério para a compatibilidade dos pais com a guarda. Entendemos que este requisito não deverá ser averiguado sob pena de se beneficiar o pai ou mãe que ostente melhor condição financeira.

Quanto a uma terceira pessoa deter a guarda, mister salientar que esta deverá ser escolhida privilegiando o melhor interesse da prole. Não é bastante a idoneidade nem a condição financeira satisfatória, deve-se analisar o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Segundo a regra do artigo 1588, o fato de o pai ou a mãe convolarem novas núpcias não lhes subtrai a guarda das crianças, a não ser que o Poder Judiciário conteste que os interesses da prole estão sendo prejudicados.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de Família. In: Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2006. p.204.

O genitor que não detiver a guarda do menor, continua a exercer as demais prerrogativas do Poder Familiar, podendo conseqüentemente visitar e ter a prole em sua companhia segundo acordo com o outro genitor ou disposições judiciais.

Conforme dispõe o artigo 1632 da novel Lei Civil, “ *A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.*”

2.3 Prioridade para a Atribuição da Guarda: Interesse do Menor

Com a evolução da idéia de guarda de filhos, e com a conseqüente demonstração disso nos diplomas legislativos, surgiram leis específicas para disciplinar a matéria tais como Código dos Menores, Lei do Divórcio, Estatuto da Criança e do Adolescente e ainda a própria Carta Magna de 1988 no artigo 227: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária.

O interesse da criança baseado em vertentes de seu desenvolvimento físico e psicológico dever ser o objetivo almejado pelo juiz e pelos pais na atribuição de qualquer modalidade de guarda, seja ela compartilhada ou monoparental. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a decisão da guarda, e sim o interesse do menor. Com a vigente ordem constitucional a criança passou a ser vista como um sujeito de direitos.

O interesse do menor absorve inúmeras espécies de interesses, materiais, morais, emocionais e espirituais, sendo estes que devem influenciar o critério de decisão do juiz.

Para que uma modalidade de guarda seja adequada ao interesse do menor, ela deve ser estabelecida em observância à sua realidade social e familiar, reunindo todas as condições necessárias para o seu pleno desenvolvimento.

Mister salientar que havendo um ambiente propício à comunicação e ao exercício da co-parentalidade, a guarda compartilhada se revela uma modalidade que leva à efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois proporciona um maior convívio familiar, bem como permite a participação de ambos os pais na educação do menor, fator determinante para a preservação de seu bem estar emocional.

Vejamos os ensinamentos do ilustre doutrinador Washington de Barros Monteiro:

“O critério a orientar o juiz, em semelhantes conjunturas, será o do interesse ou conveniência do menor, interesse ou conveniência que há de preponderar sobre os direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais.”⁹

Porém, bastante árdua a tarefa de averiguar o interesse do menor, posto que este assumiria as especificidades do caso concreto. Hodiernamente há uma crescente tendência de se vincular a decisão da guarda à oitiva do testemunho da criança ou do adolescente, proferido numa audiência informal com o juiz e o representante do Ministério Público.

Bastante traumático para a prole esse interrogatório, esta sabe que magoará irremediavelmente o pai ou a mãe que não forem por ela privilegiados. Torturas e pressões psicológicas são freqüentemente utilizadas pelos pais para forçarem os filhos a testemunhar convenientemente. O real interesse do menor acaba mitigado por seu testemunho haver sido direcionado pelos pais.

Yussef Said Cahali, citando precedente do TJSC, partilha deste mesmo entendimento:

“ No plano do direito civil, se não há inconveniente maior na tomada de depoimento de testemunha menor em matéria patrimonial, já no âmbito do direito de família, cuidando-se da separação-sanção de genitores desavindos, mostra-se pelo menos desaconselhável à estabilidade emocional dos filhos menores, compeli-los à prestação de depoimento em desfavor de qualquer dos ascendentes; tanto mais que não são obrigados a depor de fatos que lhes acarretem grave dano ou aos seus genitores (art.406, I,do CPC) ”.¹⁰

E prossegue:

“ Nesta linha, preciso acórdão do TJSC: A ré interpôs agravo de instrumento visando tornar sem efeito a decisão do juiz, nos autos da separação judicial que lhe move o marido, determinando o comparecimento da filha do casal, com seis anos de idade, para ser ouvida em audiência. A inconveniência e o impedimento da inquirição de menor de 16 anos de idade, estabelecidos tanto no CC como no CPC, foram precisamente salientados no parecer de fls.: ‘O litígio travado, contudo, não

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Direito de Família. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 20ª ed. p. 226.

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. V. 1. Revista dos Tribunais. 7ª ed. p. 698.

parece esteja a depender desta prova para a ideal solução, e isto porque, pelos instrumentos trasladados, se percebe a circunstancial quebra material da fidelidade conjugal, e isto é bem provável, e até mesmo pela tenra idade da testemunha, tenha passado despercebido, além do desconhecimento de certas coisas, poderão resultar em nada, ou, o que pode ser pior, num acontecimento a marcar por muitos e muitos anos o seu caráter e até, quem sabe, por toda a vida. A restrição surge suficientemente catalogada nos CC e CPC, balizando em 16 anos, dez a mais, o impedimento, como consta do art. 142, III, do primeiro, e art. 405, §1º, III, do segundo. Acresce ainda que, por se tratar de menor absolutamente incapaz, os seus interesses despontam protegidos suficientemente em legislação própria específica, o Código de Menores, instituído pela Lei 6.697/79, onde, no art. 5º, está preceituado: ‘A proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado’; o que deve, parece também, prevalecer, já que se trata também de interesse do menor, agora de ordem moral. Por último, em se tratando de ação de separação judicial, esta, se decretada, e a criança, em depondo no processo, corre o risco de se pronunciar desfavoravelmente a uma das partes, e se isso ocorrer, difícil será o cumprimento do estatuído no inciso VIII do art. 384 do CC, em especial no que concerne ao respeito devido.”¹¹

Nos diplomas legislativos como o Código Civil e o Código de Processo Civil há uma expressa vedação ao testemunho de menores em juízo, porém o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que eles devem ser ouvidos em dois casos: quando da colocação destes em família substituta mediante guarda, tutela e adoção; ou se os genitores requererem ao juiz alguma modificação na guarda dos menores.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente são usados pelos magistrados como válvula de escape para justificar o direito do menor de ter seus interesses respeitados.

¹¹ JC 48/303.

Liame bastante sutil a ser examinado pelo julgador é a idade do menor em questão, na primeira infância a criança tem mais ligação e dependência em relação à mãe, principalmente pelo aleitamento materno. Quando a criança ingressa na idade escolar, essa regra pode e deve ser reavaliada.

Quando há mais de um menor envolvido, o ideal é permitir que a guarda de todos seja deferida a um único guardião, sob pena de dilacerar mais ainda uma família já desestruturada e desgastada. Deve-se procurar preservar os laços familiares porventura ainda existentes.

Se o interesse do menor é soberano, sempre que as realidades fáticas indicarem necessidade de alteração, o juiz deverá rever sua opinião, bem como as partes poderão solicitar alteração das cláusulas anteriormente ajustadas. Daí o significado do disposto no artigo 13 da Lei do Divórcio.

O acordo entre os pais, indubitavelmente, deve ser o melhor elemento de convencimento do juiz, levando-se em conta que ninguém melhor que os pais conhece seus filhos e sabe o que é o melhor para eles e quais seus reais interesses.

2.4 Modelos de Guarda

O primeiro modelo de guarda que urge ser analisado é o proveniente da união estável ou do vínculo matrimonial, os genitores exercem em igualdade de condições a guarda física e jurídica dos filhos, ou seja, ambos partilham da companhia e das obrigações de sustento, educação e criação da prole.

Porém, quando se rompe o convívio conjugal, seja pela separação, pelo divórcio ou pelo término da união estável, surgem as divergências quanto à guarda. Os genitores, com os ânimos acirrados em virtude do término da relação e com uma enorme frustração, passam a disputar a posse, quase propriedade dos filhos, almejando derrotar o progenitor.

É preciso bem diferenciar os modelos de guarda, para assim podermos deliberar pelo melhor caminho a ser seguido por cada entidade familiar, que terá que se adaptar ao processo de transformação conseqüente da desunião do casal.

No Brasil a grande maioria dos julgados opta pela guarda única, exclusiva de um dos progenitores. Este concentra as guardas física e jurídica e decide quase a totalidade das questões que envolvem a prole. Infelizmente, nessa modalidade predominam os interesses da mãe em desprezo aos interesses do pai. Ao genitor não guardião

competirá apenas uma parcela da guarda jurídica, com um poder de fiscalização, podendo recorrer ao Poder Judiciário caso entenda que as decisões tomadas não são as melhores para o seu filho.

Apesar de no direito brasileiro não existir um modelo de guarda que o magistrado deve primeiramente adotar, o que se observa é que na ruptura conjugal o magistrado acaba optando pelo modelo de guarda única, onde um cônjuge será o guardião, detentor, portanto, da guarda física, e o outro será denominado de não guardião.

Este modelo de guarda prejudica tanto os pais quanto os filhos, os traumas psicológicos provenientes do distanciamento entre crianças e pais são incomensuráveis. Os juízes, ao limitarem visitas, almejam determinar a hora em que os genitores deverão sentir saudades dos filhos.

O maior sofrimento da criança não advém da separação em si, mas do conflito, e do fato de se ver abruptamente privada do convívio com um de seus genitores, apenas porque o casamento dele fracassou. Os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer após a ruptura.

Uma modalidade de guarda pouco utilizada por impor uma realidade fática difícil de ser implementada é o aninhamento ou nidação. Os pais que devem se revezar, a prole mora em uma única casa e os genitores se revezam em períodos de tempo alternados para conviver com os filhos.

Abordaremos agora a guarda alternada, ressaltando já que a guarda compartilhada e a guarda alternada são institutos bastante diferentes, haja vista que há uma grande confusão dos aplicadores do direito em distinguir as duas espécies.

Em seu livro *Do casamento ao divórcio*, Jorge Augusto Pais de Amaral assim a define:

*“ A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. Nos termos do período os papéis se invertem. ”*¹²

Segundo a autora Ana Maria Milano Silva:

¹² AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997, p.168.

“ Este é um modelo de guarda que se opõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitada para preservar o interesse da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere substancialmente do que ocorre com a criança quando passa um período de férias com o genitor não guardião. Durante esse tempo de férias as atividades são, em maioria, de lazer e diversão e assim diversas das atividades do período escolar, não prejudicando os hábitos e padrão de vida da criança. ”¹³

A principal diferença entre a guarda alternada e a compartilhada é que na alternada, como o próprio nome já diz, há uma alternância da guarda material e jurídica, assim, como da residência, enquanto que na compartilhada não existe essa alternância.

Nesta modalidade de guarda, não há divisões de responsabilidades parentais. Cada um dos genitores fica responsável em tomar as decisões referentes aos filhos durante o período que estes estão com eles. Tal modalidade de guarda não tem sido aceita por nossos tribunais pelas razões óbvias, o menor sofre uma perturbação em seu ponto de referência, fato que lhe desagrada no presente e que no futuro trará danos consideráveis à sua formação.

Sequer se avalia, no caso da guarda alternada, sobre eventual clima harmônico ou amistoso entre os genitores, vez que a contra-indicação de tal instituto ocorre também nestes casos. De fato, de nada adianta os pais conviverem bem se cada um fornece aos filhos uma educação, formação e orientação totalmente diversa, e até mesmo oposta. É justamente esse tipo de confusão que se procura evitar em relação aos filhos.

Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente ao princípio de continuidade que deve ser respeitado quando desejamos preservar o bem estar físico e mental da criança.

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda em que ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores e compartilham, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, todas as decisões importantes relativas a eles, embora vivam em lares separados.

Ela se apresenta como um reflexo da família moderna, com homens e mulheres inseridos no mercado de trabalho e portanto com a mesma disponibilidade de horário para ficar com os filhos.

¹³ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo: Editora de Direito, 2006. p.62.

A regra do parágrafo único do artigo 1690 do Código Civil, que atribui aos pais decidirem em comum as questões relativas aos filhos e aos seus bens, é o fundamento normativo da guarda compartilhada no novel Código Civil.

E ainda, segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 1989, está escrito: é direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao superior interesse da criança.

Só a guarda física compartilhada é capaz de garantir a continuidade da convivência e dos vínculos entre pais e filhos.

O genitor que não tem a guarda física não se restringirá a supervisionar a educação dos filhos, mas participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade igual para tomar decisões imediatamente concernentes ao filho tais como a educação, a religião, a saúde, o lazer, os estudos, dentre outros.

Os filhos viverão em estreita relação com ambos os genitores, em algumas hipóteses vislumbrando-se a alternância de períodos de convivência. A alternância será possível desde que se preserve um arranjo conveniente para a criança em virtude de sua idade, local de estudo, saúde, dentre outros fatores. A co-responsabilidade dos pais, tanto no custeio das despesas patrimoniais quanto nas decisões relativas aos filhos, a nosso ver, são condição inafastável para a concretização desta espécie de guarda, propiciando a inclusão da criança no grupo familiar paterno e materno, evitando a existência de pais ausentes.

A guarda compartilhada é capaz de conseguir que os pais tornem-se mais próximos e participativos na vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, incentivando-os ao convívio próximo, contínuo e estável com a vida e o bem estar de sua prole.

Esta modalidade de guarda funciona bem quando os pais colocam os interesses dos filhos acima de seus próprios e conseguem exercer a parentalidade a despeito do restante dos óbices e dificuldades que possam estar enfrentando.

Segundo a autora Ana Maria Milano Silva, que corrobora com nossa linha de pensamento:

“ A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse para privilegiar a criança, no meio de uma sociedade que agora mostra tendência igualitária. ”¹⁴

¹⁴ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo: Editora de Direito, 2006. p. 65.

A guarda compartilhada veio para propiciar a reorganização das relações entre pais e filhos no interior da família desunida, com a finalidade de diminuir os traumas pelo distanciamento de um dos genitores, geralmente o pai.

Capítulo III

- GUARDA COMPARTILHADA –

3.1. Origem

A guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, tendo se expandido para a Europa e depois para o Canadá e os EUA.

Na Inglaterra, pioneira na implementação do instituto, o sistema da *common law* teve a iniciativa de romper com o tradicional deferimento da guarda única que sempre tendenciava para a figura materna, optando então os tribunais pela *split order*, que consistia em repartir, dividir, entre os cônjuges os direitos e as obrigações sobre os filhos.

As decisões dos tribunais passaram então a beneficiar sempre o interesse do menor e a igualdade parental, expurgando definitivamente a expressão direito de visita, possibilitando assim maior contato entre pais e filhos.

Como assevera Eduardo de Oliveira Leite,

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais.

Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não atribuição, através da split order (isto é,

guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, care and control (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, custody (custódia).¹⁵

A manifestação inequívoca desta possibilidade por um Tribunal inglês, só ocorreu em 1964, no Caso Clissold, quando se aplicou a guarda compartilhada demarcando o início de uma tendência que marcaria profundamente a jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d'Appel* da Inglaterra, na decisão Jussa x Jussa, valorizou a guarda conjunta quando os pais estão dispostos a colaborar e, em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental não mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormond naquela Corte promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

3.2 Família Tradicional e Família Contemporânea

A família é um sistema inserido numa diversidade de contextos e constituído por pessoas que compartilham sentimentos e valores formando laços de interesses, solidariedade e reciprocidade, com especificidade e funcionamento próprios.

A família sofre fortes influências políticas, econômicas, sociais e culturais, ocasionando mudanças nos papéis e nas relações em seu interior, bem como alterando sua estrutura no que diz respeito às relações familiares, à guarda dos filhos, à educação a ser dada a estes.

Significativas mudanças ocorreram na família brasileira, nos séculos XVI e XVII, o modelo predominante era o da Família Aristocrática, cujos pais decidiam o casamento dos filhos, a relação se baseava na hierarquia aristocrática e os papéis eram impostos por rígidas tradições. Não se respeitava a privacidade dos membros da família, a não ser a do pai. E, o primeiro contato da criança, era com as amas de criação e não com os pais.

Surge então um novo modelo, a Família Camponesa, baseada na vida cotidiana das aldeias. A família era a própria aldeia e vivia em comunidade. A relação entre os componentes da família era superficial, sem qualquer

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.266.

intimidade. A mãe cuidava dos filhos, da casa, da horta por longas horas, com a ajuda de pessoas de fora do grupo familiar.

No século XIX, surge a Família Burguesa e os filhos recebem novos valores, até então inéditos. A mãe é responsável pela educação dos filhos para que eles tenham um lugar de respeito na sociedade e os pais cuidam do custeio dos estudos. Dessa forma, a esposa conseguia estreitar os laços afetivos com os filhos, influenciando-os diretamente na construção da moral dentro das regras vigentes.

Aqui explode a Revolução Industrial, movimento que teve início na Inglaterra e que alterou a realidade social do mundo todo e, conseqüentemente, as relações familiares de todo o mundo. O pai começou a trabalhar externamente, o horário disponível para os filhos reduziu drasticamente, as dificuldades financeiras assolavam os trabalhadores.

Segundo a autora Ana Maria Milano Silva,

“ O pai, ao sair para trabalhar nas fábricas e indústrias, acabou por desinteressar-se da atenção diária para com os filhos, deixando esse encargo, junto com os afazeres domésticos para a mulher. Tal afastamento gerou a idéia, difundida desde o início do século XX e ainda muito influente em nosso meio, de que a mãe é a figura parental mais importante para a criança, assumindo o pai unicamente a figura do provedor da família. ”¹⁶

Aqui surge a prevalência feminina na guarda dos filhos. Incute-se na mente das pessoas que só a mãe está apta a bem criar e educar a prole. O pai acabou se afastando do núcleo familiar, posto que na imensa maioria das vezes era desvalorizado na disputa pela companhia dos filhos.

Com a revolução sexual dos anos setenta e o tão esperado ingresso da mulher no mercado de trabalho, novamente alteraram-se as relações familiares, pois ela também passou a ser responsável financeiramente pela família e os cuidados com os filhos acabaram por sobrecarregá-la, forçando o marido a auxiliá-la na árdua tarefa de cuidar dos filhos e do lar.

Aqui cresce o número de separações e de divórcios, a religião foi perdendo sua força, não mais conseguindo segurar casamentos com relações insatisfatórias. O homem se vê atordoado com a independência conquistada pelas

¹⁶ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo: Editora de Direito, 2006. p. 72.

mulheres, com os cuidados que passa a ter com o lar e com os filhos, não nos esquecendo de que o homem brasileiro é extremamente machista e ciumento.

Como corolário da evolução dos costumes, nossa Constituição Federal de 1988, no § 5º do artigo 226 expressamente apregoa a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal.

A visão conservadora infelizmente ainda presente em nossa sociedade dificulta que os membros da comunidade se adaptem aos novos paradigmas, e nestes membros devemos incluir juizes, advogados e todos os operadores do direito.

A realidade brasileira tem demonstrado ainda um estereótipo privilégio feminino na concessão da guarda da prole, a mãe é a guardiã e o pai é apenas o detentor do direito de visitas. O que urge seja modificado.

Nos dias atuais não podemos permitir que soluções a muito ultrapassadas sejam mantidas. O melhor interesse do menor, como já analisado no capítulo anterior, tem que ser a mola mestra a gerir as relações de guarda de filhos.

O debate doutrinário e jurisprudencial tem papel fundamental ao demonstrar que as soluções adotadas não atendem efetivamente aos anseios sociais. As críticas constantes fazem os operadores dos direitos quebrar paradigmas há muito estabelecidos.

É nessa vertente que surge a guarda compartilhada, ela traz a fantástica possibilidade de a guarda dos filhos ser exercida conjuntamente pelos pais. Afasta-se de vez a prevalência feminina e o infeliz sistema de visitas. O pai passa a ter um efetivo exercício de educação dos filhos. Os traumas sofridos pelos filhos são reduzidos estereótipicamente.

Assim posiciona-se a ilustre defensora da guarda compartilhada Maria Antonieta Pisano Motta,

“ A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualitariamente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Tampouco é preciso que estes desloquem-se da casa de um genitor para a de outro em períodos alternados,

pois na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância, desde que haja respeito pela rotina da criança.

Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e também muitas vezes bem sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos.

A guarda compartilhada não é panacéia para os consideráveis problemas que a separação suscita: ela de fato não chega a ser adequada para algumas famílias, especialmente aquelas em que os cônjuges vivem em conflito crônico. Entretanto não deve ser descartada a priori, como muitas vezes lamentavelmente ocorre”.¹⁷

As palavras transcritas demonstram nitidamente o espírito da guarda compartilhada. E o ultimo parágrafo bem ressalta o temor dos juristas frente à hipótese de guarda compartilhada, realidade muito presente atualmente, o medo do novo em algumas situações emperra bastante o desenrolar da máquina judiciária.

O desconhecimento de seus nuances, posto que esta muitas vezes é confundida com a guarda alternada, e a freqüente incompatibilidade absoluta são fatores que justificam a tão pequena incidência de guardas compartilhadas na realidade brasileira.

Esta é uma oportunidade ímpar para que seja adotada uma nova dimensão de valores humanitários, voltada para uma conquista que simbolize a união, a solidariedade e o respeito entre homem e mulher, em benefício dos filhos e em prol de uma sociedade mais sadia, mais justa e mais equilibrada.

3.3 Fundamentos Jurídicos para a Aplicação da Guarda Compartilhada

¹⁷ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. Revista Literária de Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 9, fev. 1996, p. 19. Bimestral.

Embora nossos diplomas legislativos não remontem à guarda compartilhada propriamente dita, inúmeros dispositivos legais se devidamente aplicados e interpretados vislumbram a possibilidade de deferimento desta modalidade de guarda. A lei não permite literalmente esta modalidade de guarda, mas também não a proíbe.

Analisemos precipuamente os dispositivos constitucionais que justificam seu deferimento. São estes os artigos 5º, inciso I; 226, §5º; 227 e 229, senão vejamos:

“Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Artigo 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Da observação destes artigos depreende-se que aos pais impõe-se o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar. Observa-se que os dispositivos que tratavam da preferência materna na guarda dos filhos não foram recepcionados pela ordem constitucional vigente.

No mesmo sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, que é bastante assemelhado ao artigo 227 da Carta Magna, 6º, 16, inciso V e 22.

“ Artigo 6º. Nas interpretações dessa Lei levar-se-ão em conta os fins sociais

a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Artigo 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

[...]

V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

Artigo 22. 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.”

Vislumbram-se aqui dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada por um jurista consciente de seus efetivos deveres.

Da mesma forma a Lei do Divórcio, lei nº 6.515/77, em seus artigos 9º, 13 e 27:

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

Artigo 13. 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.

Artigo 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.”

Pela leitura dos dispositivos transcritos entendemos que se faculta ao juiz dispor sobre a guarda da maneira que julgar atender mais aos interesses dos filhos, incluindo-se nas possibilidades a guarda compartilhada, cuja competência vem descrita no artigo 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora não haja legislação específica em nosso país sobre a guarda compartilhada, não há a lei que expurgue a sua aplicação. Tornando-se portanto implícita a sua aceitação, paulatinamente vem se construindo no Brasil jurisprudência neste sentido.

O Código Civil vigente é lacunoso e não disciplina a matéria, entretanto, como anteriormente ressaltado, existem dois projetos de lei em tramitação que alteram os artigos 1583 e 1584, acrescentando a estes incisos que instituiriam a guarda compartilhada.

Um projeto de lei é de autoria do deputado Tilden Santiago, sob número 6350 de 2002, com o título Guarda Compartilhada; o outro, do deputado Feu Rosa, tem o número 6315/2002 e intitula-se Guarda Compartilhada de Menores. Ambos encontram-se em tramitação nas Comissões da Câmara.¹⁸

3.4 Análise da Guarda Compartilhada

Feitas todas as considerações anteriores, ressaltada a necessidade de novos mecanismos de guarda que se adaptem à realidade familiar vigente, adentraremos na efetiva análise da guarda compartilhada.

De bastante complexidade o tema posto que a bibliografia existente é bastante restrita, a jurisprudência ainda é tímida e o desconhecimento da matéria é reinante entre leigos e operadores do direito.

Nos Estados Unidos, a partir da década de 80, muitos Estados promulgaram leis que incentivaram a guarda compartilhada, incentivando um íntimo contato entre os dois genitores e os filhos. Em referido país a guarda compartilhada é dominante na jurisprudência posto que os pais sabem que se dificultarem o contato entre o progenitor e a prole perderão sua guarda, estágio infelizmente ainda não alcançado pela realidade brasileira.

A guarda compartilhada busca, precipuamente, preservar o melhor interesse do menor. Ela será a mais indicada sempre que operadores do direito, pais e magistrados estiverem realmente preocupados com a saúde física e espiritual da prole. Nenhum modelo de guarda estará afastado de eventuais imperfeições, mas muitas das mazelas oriundas da guarda única são afastadas ao adotar-se essa inovadora espécie de guarda.

Abole-se o sistema de visitas como tradicionalmente conhecido, o cônjuge não guardião terá total liberalidade para ter a prole em sua companhia quando julgar conveniente e atuará efetivamente na criação e na educação da prole. Acabaram as rixas entre os cônjuges, pois eles terão consciência de que devem unir-se para educar os filhos, a alienação parental será drasticamente reduzida.

Vejamos o conceito de alienação parental pelas palavras de Ana Maria Milano Silva:

¹⁸ No anexo I do trabalho trazemos o projeto do deputado Tilden Santiago.

“Alienação Parental é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado através de um comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que detém a guarda dos filhos. A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa. Quando a síndrome está presente, a criança dá sua própria contribuição na campanha para desmoralizar o genitor alienado.”¹⁹

Os pais, desunidos na conjugalidade, unir-se-ão na parentalidade, em igualdade de condições e no respeito ao melhor interesse dos filhos.

A característica mais marcante da guarda compartilhada é o fato de esta não apresentar uma forma específica, seus requisitos são apenas a efetiva participação e harmonia entre os genitores e a preservação dos interesses dos filhos. A questão da moradia e dos alimentos fica em segundo plano se o casal realmente almejar o melhor para seus filhos.

A guarda compartilhada não significa uma exata divisão pela metade do tempo passado com os filhos ou um deslocamento dos filhos entre as casas de seus genitores, ao contrário do que muitos imaginam, ou qualquer outro esquema rígido de divisão igualitária de tempo de convivência.

Temos plena consciência de que pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade, e, portanto, essas relações devem ser mantidas para a garantia de um adequado desenvolvimento físico e psíquico dos menores.

Já existem comprovações de que o desenvolvimento psico-emocional das crianças que desfrutam da guarda compartilhada é de grau mais elevado do que daquelas que ficam a maior parte do tempo com um só dos genitores. Elas são mais calmas e pacientes.

Como viabilizar a guarda compartilhada em separações ou divórcios litigiosos? O juiz deve estar apoiado não apenas no exame pessoal das circunstâncias do caso concreto, mas igualmente nos estudos realizados por uma equipe de profissionais colaboradores (assistentes sociais, pedagogos, psicólogos, médicos), os quais examinarão não apenas a criança, mas a relação existente entre ela e seus pais, e de cada um dos indivíduos dessa relação separadamente, com o que se poderá chegar a uma conclusão segura pela guarda compartilhada da criança, porque

¹⁹ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo: Editora de Direito, 2006. p.160.

o objetivo maior deste modelo é a manutenção do vínculo entre pais e filhos e a não exposição do menor ao conflito parental dos cônjuges.

Vejamos uma jurisprudência coadunando com o entendimento de que litígio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada:

*“ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS - GUARDA COMPARTILHADA - LITÍGIO ENTRE OS PAIS-DESCABIMENTO – 1. Não é a convivência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida”.*²⁰

Evitar-se-á que a guardiã, como ocorre nos casos de guarda única, utilize a criança como um “cartão de crédito”, adotando todos os artifícios para conseguir seus objetivos, sem se preocupar com as consequências psicológicas na mente da criança indefesa, que muitas vezes é privada do convívio do genitor, como parte da estratégia, levada a crer que o pai não se importa com ela, enquanto a guardiã se vê amparada pelos resquícios de uma tradição arcaica do século passado, que concedia a guarda à mãe quase que automaticamente, ressalvadas pouquíssimas exceções.

Na guarda compartilhada pais e filhos saem vitoriosos, ao contrário da guarda única em que apenas o genitor guardião sai vitorioso e os demais envolvidos saem penosamente derrotados.

3.5 Guarda Compartilhada na Prática

²⁰ TJRS – AC 70005760673 – 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 26.03.2003.

Manter a parentalidade após o término da conjugalidade é indubitavelmente o maior desafio a ser superado pela guarda compartilhada. Torna-se urgente favorecer que duas pessoas extremamente desgastadas pelo fim de um relacionamento e pela ruína de diversos sonhos e projetos de vida se unam e compartilhem a responsabilidade sobre a pessoa e os bens dos filhos.

É certo que a parceria existente quando o casal ainda estava unido, que facilitava o exercício do poder familiar, após a separação, principalmente a litigiosa, deixou de existir, tornando mais difícil o exercício do mesmo.

Conforme explica Eduardo de Oliveira Leite,

[...] o pressuposto da guarda conjunta (embora a guarda suponha a presença física da criança no domicílio de um dos genitores) é o de que, apesar da ruptura dos pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida. Porque, como já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos (mesmo que alguns pais pensem e ajam dentro desse espírito).²¹

Conclui-se, após tudo o que foi exposto neste estudo, que o fator primordial para a efetiva implementação da guarda compartilhada é o relacionamento estabelecido entre os pais após o término da relação conjugal. Um bom relacionamento proporcionará maior serenidade e união para decidir conjuntamente os rumos a serem trilhados pelos filhos. Sem esta união será bastante difícil a resolução proveniente dos impasses variados que passaremos agora a analisar.

3.5.a. Residência

Podemos dizer ser esse o ponto de maior desconhecimento dos operadores do direito no tocante à guarda compartilhada. A confusão entre a disciplina da residência dos filhos na guarda compartilhada e na guarda alternada é sem dúvida óbice fundamental na implementação desta primeira.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.271.

Essa decisão dos pais deve ser a primeira a ser tomada. Isso será fundamental para a estabilidade emocional da criança, que terá assim um ponto de referência e uma sensação de continuidade, como diz Eduardo de Oliveira Leite [...] “um centro de apoio de onde irradiam todos os seus contatos com o mundo exterior.”²²

Mister salientarmos que, apesar de defendermos que os filhos devem ter apenas uma residência habitual com fins de dar-lhe conforto e estabilidade, entendemos ser fundamental que na casa de ambos os genitores haja um espaço devidamente reservado para os filhos. Não se fala aqui de quartos propriamente ditos, mas de ambientes reservados. Eles devem sentir que continuam sendo amados pelos pais e não apenas “comprados” economicamente.

Apesar de acharmos que duas residências podem ser extremamente maléficas para a prole, não podemos olvidar que tudo deve fundamentar-se no melhor interesse dos menores. O lar deve ser um ponto de apoio e de conforto para os filhos que neste momento estão extremamente abalados pelo desgaste da relação entre seus pais.

Sabemos ser fundamental evitarmos mudanças bruscas, grandes alterações e instabilidade. Essa estipulação do local de residência gera a estabilidade que todos desejam para o filho e não afasta que a vida cotidiana deste seja relacionada a um ponto fixo.

Quanto à prevalência da residência materna ou da residência paterna, vejamos o que leciona Eduardo de Oliveira Leite:

*[...] poderá ser a casa materna (se a mãe apresenta melhores condições de acompanhamento da criança) ou poderá ser a casa paterna (se o pai reúne melhores condições para o desenvolvimento da criança) e poderá mesmo ser a casa de um terceiro (avós, por exemplo) se nenhum dos pais reúne aquelas condições. Logo, a residência do menor não é necessariamente a da mãe, mas, na sua maioria a residência lhe tem sido reconhecida porque as crianças são menores, a mãe delas se ocupa (ou porque não trabalha ou porque dispõe de mais tempo) e o pai declina desta prerrogativa por temer não conciliar suas atividades profissionais com as decorrentes da paternidade.*²³

Os operadores do direito e especialmente os magistrados devem evitar as formas estereotipadas, o melhor interesse dos filhos nem sempre será alcançando se nos valermos dos modelos tradicionalmente existentes, embora a solução pareça aparentemente esdrúxula, ela será extremamente válida se atender aos reais interesses da prole.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.271.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 272.

Manifestamos aqui mais uma vez nosso repúdio a guarda alternada, é muito ruim quando o menor vive na casa de um genitor por um certo período de tempo e depois volta para a casa do outro genitor, nesses casos não há uma continuidade afetiva, espacial e social. É assim que ocorre nos casos de filhos “iô-iôs”, que ficam para lá e para cá.

Na guarda compartilhada, a despeito das características peculiares de cada realidade familiar, os filhos devem passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que seja fixado prévia e rigorosamente tal período de deslocamento.

Não existirão limitações especificadas pelo juiz em relação ao contato com os filhos, pois serão os pais que decidirão conjuntamente a respeito do acesso ao menor, sempre observando o melhor interesse e o bem-estar da criança.

Entendemos que esse deslocamento não pode em hipótese alguma obstar a frequência escolar da criança, sendo preferível portanto que os pais residam dentro da mesma área escolar, ou razoavelmente próximo, ou que ambos disponham de meios para levar e trazer os filhos das respectivas escolas.

3.5.b. Educação

O encargo dos pais de zelar pela educação de seus filhos encontra-se legalmente previsto no inciso I do artigo 1.634 do vigente Código Civil, em consonância com os preceitos do artigo 229 da Constituição Federal, e no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na guarda compartilhada há a possibilidade de, em conjunto, os pais acordarem sobre a educação dos filhos, nisto incluindo-se a escola regular, religiosa, artística, esportiva, e as suas execuções diárias. Os atos usuais tais como roupas e calçados poderão ser executados apenas por um dos genitores, nitidamente o guardador, desde que seja respeitada a vontade do outro quanto às viagens e às orientações de estudos.

Vejamos as lições de Eduardo de Oliveira Leite sobre a árdua tarefa de educar os filhos, mormente após a ruptura do vínculo conjugal,

“Educar não é como se tem irresponsavelmente propagado no Brasil – ‘pagar a escola’, ‘pagar’ um professor particular, ‘pagar’ um curso de línguas etc. O pai (geralmente) que paga os estudos do filho, que paga um professor particular, que

paga um curso de línguas, pode estar participando pecuniariamente do sustento de uma criança, sem, portanto, educá-la. É bom que se distinga bem o sustento (manutenção material) da educação (manutenção moral), já que a tendência nacional tem, maliciosamente, se direcionado no sentido de visualizar no pagamento, a forma, por excelência, de se desvincular da educação dos filhos.

Já um pai que visita freqüentemente a escola de seu filho, que procura saber junto ao corpo docente qual é o aproveitamento escolar da criança, que mantém diálogo permanente com o filho, que se faz presente e necessário nos momentos de lazer, enfim, que é tão indispensável à criança quanto a figura da mãe, no cotidiano, este pai pode estar educando, mesmo que não financie o acesso do filho à cultura, à arte, à religião, ao esporte e ao lazer.”²⁴

Apreendemos das palavras transcritas que a arte de educar não se resume a custear as despesas financeiras, acreditando que assim desobriga-se de acompanhar efetivamente o processo de educação dos filhos.

Modernamente é freqüente que os filhos viajem em suas férias escolares, mas para que isso possa ocorrer sem maiores prejuízos é necessário que estes realmente o queiram. Mister salientar que qualquer infortúnio que ocorra durante referido período não deve ser arbitrariamente imputado a nenhum dos genitores, assim como também os pais deverão compreender se os filhos estão desejosos de se ausentar das presenças paterna ou materna ou se sentirão desprezados por eles.

Na prática da guarda compartilhada, embora a guarda da prole seja deferida a apenas um dos genitores, as suas opções educacionais deverão obrigatoriamente ser oriundas de uma ação comum, a menos que os genitores não tenham conseguido superar suas diferenças pessoais.

3.5.c. Responsabilidade Civil dos pais

Há duas faces da responsabilidade dos pais que urge serem analisadas. A primeira relaciona-se aos danos causados a terceiros pelos filhos menores, e a segunda relaciona-se a inexecução dos deveres paternos em relação ao filho, seja este real ou presumido.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.273.

Em linhas gerais, são dois os deveres paternos: de assistência de e de vigilância. A assistência envolve as obrigações materiais, patrimoniais, e as morais. Já a vigilância é complemento da primeira e terá maior ou menor amplitude dependendo da forma como se operacionaliza o primeiro dever.

Filhos bem assistidos muito remotamente causarão danos a terceiros e muito dificilmente responsabilizarão seus pais por algum trauma porventura existente. Sabemos que os filhos reproduzem, em maior ou menor escala, através de suas condutas, o meio em que vivem. Se existe falta de respeito, ofensa, rivalidade, provocação e agressão são legados da vida familiar.

Especificamente quanto à responsabilidade civil dos pais por atos destes, vejamos a regra do inciso I do artigo 932 do Código Civil:

“ Artigo 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”

Embora um dos genitores não detenha diretamente a guarda física da prole, ela continua sob sua autoridade, disso derivando a responsabilidade civil de ambos os genitores.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite em suas sábias palavras,

*“A coabitação dos filhos com os pais é fundamental, porque daí decorre a idéia da vida em comum, vida familiar, garantidoras da fiscalização dos atos dos filhos pelos pais. Nesse caso, são os pais solidariamente responsáveis pelos atos dos filhos em decorrência do casamento ou da união estável.”*²⁵

Nas hipóteses de guarda única, o genitor guardião arcará em sua totalidade com esta responsabilidade, posto que o dever de vigilância é exercido efetivamente apenas por ele. É o que se depreende da regra da lei civil quando esta leciona que a responsabilização é do pai ou da mãe que tem o filho sob sua companhia.

Waldir Grisard Filho conclui que,

[...] ao genitor guardião, entretanto, são facultadas todas as provas à exoneração de sua responsabilidade, como a inexistência de dependência material, não ter cometido

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 218.

*falta na educação ou vigilância do menor, além das causas gerais: força maior, caso fortuito, culpa de terceiro.*²⁶

Porém este entendimento não é dominante, havendo jurisprudência em sentido contrário, senão vejamos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – ATO ILÍCITO – Responsabilidade do pai pelos filhos menores em seu poder e em sua companhia, podendo a vítima ajuizar ação contra cada um deles ou contra ambos – ilegitimidade de parte rejeitada (1º TACSP, Ap. nº 433.632/60, São José dos Campos, 2ª Câm., j. 04/04/1990, rel. Sena Rebouças).

Indubitavelmente a decisão de responsabilizar os pais não em decorrência da guarda e sim da autoridade parental é bastante eficaz na reparação de danos sofridos por terceiros, inviabilizando assim que pessoas sejam indevidamente injustiçadas.

Vejamos ainda as lições de Ana Maria Milano Silva,

“Além disso, o termo ‘companhia’ não significa proximidade e sim que o filho deve estar sob fiscalização, não efetiva mas de direito. É uma forma indireta: o pai só não responde se tiver transferido, de direito, essa companhia. Às vezes a responsabilidade até aumenta com a distância, em decorrência do dever de educação atribuído aos pais pela teoria da má-formação, o que ocorre, por exemplo, se a criança causar algum dano à escola que frequenta.”

Se o filho estiver na companhia de quem tem parcas condições econômicas e que conseqüentemente não pode arcar com os prejuízos provenientes do dano, é possível argumentar-se que a guarda só deverá abranger o termo companhia quando o detentor da guarda também for o detentor do julgo econômico.

Voltaremos agora ao estudo da emancipação, matéria que já foi devidamente analisada no primeiro capítulo deste trabalho. Se a emancipação voluntária foi decorrente de leviandade ou outros interesses, e se tudo indicava que faltava, na verdade, maturidade ao menor e sua pouca responsabilidade não aconselhava sua emancipação, essa não produz efeitos perante o dever do pai em reparar os danos causados a terceiro pelo filho.

Não é nulo, mas ineficaz o ato da emancipação em face de terceiros, pois prejudicial na obrigação de indenizar.

Todas as questões se tornam menos problemáticas e enigmáticas na guarda compartilhada, uma vez que pai e

²⁶ GRISARD, Waldir Filho. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 92.

mãe serão sempre solidariamente responsáveis. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores.

Mais uma vez concluímos que o juiz deve ater-se às peculiaridades do caso concreto, para decidir por atribuir ou não a responsabilidade aos pais, ou a um deles, pela reparação civil: se o menor agiu por si mesmo, se os pais poderiam lhe ter dado outra educação e até que ponto essa educação evitaria o cometimento do ato ilícito pelo menor, se a falha na educação é atribuível somente aos pais, ou também a outras figuras, como representantes da escola, por exemplo.

3.5.d. Alimentos e visitas

Três são os dispositivos legais que disciplinam a obrigação de prestar alimentos, são eles: o inciso V do artigo 1566 do Código Civil que engloba sustento, guarda e educação, o artigo 1696 também do Código Civil que prevê sejam os alimentos recíprocos entre pais e filhos e extensivos a todos os ascendentes, este último em consonância com o artigo 229 da Constituição Federal.

Infortunadamente nossa legislação não conceitua o que seria obrigação alimentar, entendemos que esta deva envolver todas as despesas necessárias para o sustento, a habitação, o vestuário, o tratamento de enfermidade, as despesas de criação e educação, e ainda o lazer.

Como nossas decisões judiciais, via de regra, têm adotado modelos de guarda já ultrapassados, as mães, quase sempre guardiãs, limitam o direito de visitas dos pais, não guardiões, ao efetivo pagamento da obrigação alimentar.

No modelo da guarda compartilhada, minorando conflitos, ambos os pais têm o dever legal de alimentar e sustentar os filhos, levando-se em consideração as rendas de cada um, assim como as despesas que tanto o pai quanto a mãe tem com o filho.

Portanto, se a criança mora com o pai, a mãe não poderá deixar de observar as despesas que ela terá quando estiver na companhia dos filhos, pois a convivência intensa entre estes pode reduzir as despesas daquele.

Nosso ordenamento impõe sanções seriíssimas ao devedor da obrigação alimentar, constituindo essa a única hipótese de sanção civil de prisão.

Mister salientar que a partilha dos bens do casal não interferirá na definição do valor da obrigação alimentícia. Não se deve confundir a divisão dos bens, matéria relativa ao casal, com os alimentos devidos ao filho, já que são questões independentes.

E também deverá o juiz observar apenas a necessidade do filho e as condições econômicas do alimentante, independente da quantia requerida pelo alimentado. A contribuição poderá ser até menor que a requerida.

O espírito conciliador da guarda compartilhada pode favorecer um acordo entre os pais, por exemplo, o pai paga as mensalidades escolares e o aluguel da residência da criança, e a mãe que arque com as despesas relativas a alimentação, vestuário e diversão. Não deveremos olvidar das condições financeiras de cada um, assim como das efetivas necessidades da prole.

Caso apenas um dos pais tenha condições de contribuir, somente o bem aquinhado arcará com as despesas, independente de residir ou não com os filhos.

Observemos as sábias palavras de Ana Maria Milano Silva,

“Aí reside uma grande vantagem da guarda compartilhada no aspecto dos alimentos: é que, por ser meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos que lhe cabe, pois, com efeito, quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente sua obrigação quanto ao pagamento da pensão, necessitando ser disso constantemente cobrado.”²⁷

Passaremos então a análise do dever de visitas. Na guarda compartilhada, conforme anterior estudo, os filhos terão uma residência fixa com um dos pais, mas será estabelecido um regime de visitas, de modo que aquele que não resida com a prole possa ter um fácil acesso à mesma e participe efetivamente de sua vida. Ou seja, não existirão limitações estipuladas pelo juiz em relação às visitas, os pais deverão decidir conjuntamente o acesso ao menor, porém sempre preservando seus melhores interesses.

Mister salientar que, apesar de haver um livre acesso à criança, o pai ou a mãe que visitá-la deverá respeitar o direito de intimidade do outro, evitando visitas em horários ou em situações inconvenientes. Isso porque o acesso facilitado nesse regime de guarda não é sinônimo de livre acesso.

²⁷ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo: Editora de Direito, 2006. p. 136.

Não se pode negar, entretanto, que na guarda conjunta a criança geralmente é beneficiada, pois o sistema de visitas adotado pelos pais costuma favorecer um convívio mais íntimo da criança com a família. Contribuindo ainda para a continuidade do vínculo afetivo entre pais e filhos, e para um saudável desenvolvimento psíquico e emocional da criança, amenizando possíveis traumas da separação do casal.

A visita é um direito sagrado dos pais, somente o interesse do menor autoriza a vedação do direito de visitas. Pode o juiz, tendo em vista a formação do caráter, de saúde e integridade física dos filhos, afastar o contato estreito com um dos genitores, ou com ambos.

Não se pode em hipótese alguma vincular o direito de visitas ao cumprimento da obrigação alimentar, não é razoável provocar dor profunda à prole, que muitas vezes estima demasiado o genitor inadimplente, privando-o do amor e carinho fundamentais para seu desenvolvimento.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite,

*“O direito de visita não é um ‘direito’ dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.”*²⁸

Já existem processos judiciais nos quais os filhos pleiteiam o cumprimento do poder-dever de visita por parte dos respectivos pais, sob a alegação de danos psicológicos pela frustração em razão da falta de convívio com ambos os genitores, que se mostram ausentes e desinteressados em vê-los.

Podem ocorrer tanto os danos morais que se relaciona à situação de dor e sofrimento proporcionado pelo descumprimento do regime de visitas, como no caso do filho ficar esperando o seu pai; quanto os danos psíquicos caracterizados por seqüelas resultantes da perda de contato entre o filho e um dos genitores, que deixou de observar o regime de visitas de forma definitiva ou durante um período de tempo considerável.

Ademais a guarda compartilhada possibilita a reorganização e reestruturação das relações no interior da família desunida, pois garante à criança a presença de ambos os pais em sua formação, e, aos pais, a solidariedade no exercício do poder familiar.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1997. p.222.

CONCLUSÃO

Em nossa abordagem buscamos focalizar a guarda dos filhos. Nos preocupa bastante o estereótipo de guarda materna e visita paterna. Não devemos, na realidade atual, nos apegarmos a esse entendimento há muito ultrapassado.

Urge que se revejam os antigos conceitos e as regras do Direito de Família que regulam o destino dos filhos nos litígios judiciais, não há mais espaço para a rigidez formal e para os hábitos retrógrados, que maculam os preceitos constitucionais da igualdade dos cônjuges.

Sabemos porém que o novo sempre amedronta, o desconhecimento da guarda compartilhada faz com que em muitas ações de guarda ela seja já descartada em um primeiro momento. Mas é certo que esse modelo vem sendo aplicado em diversos países com bastante sucesso, posto que o modelo por nós defendido privilegia o filho, e não o pai ou a mãe.

Importante salientar, como já visto no corpo do trabalho, que guarda compartilhada e guarda alternada são fundamentalmente diferentes. Nesta primeira, ao contrário da segunda, os filhos continuam com referencial de lar. A residência será junto ao genitor guardião que detém a guarda física, sendo este o domicílio civil. A diferença está na guarda legal, jurídica, que se exprime na atribuição conjunta de ambos os genitores para a tomada das decisões importantes referentes aos filhos.

A guarda compartilhada, temos plena consciência disto, está longe de ser a solução para todos os problemas da guarda de filhos nos processos judiciais, sua efetivação dependerá de fatores tais como relacionamento entre os ex-cônjuges, idade dos filhos, relacionamento entre cônjuges e filhos, e ainda pressupostos materiais para que ambos os genitores possam proporcionar boas acomodações aos filhos em suas respectivas residências e sejam elas próximas das escolas da criança ou de fácil acesso a elas.

Não obstante o término da relação conjugal, os pais devem afastar a parentalidade da conjugalidade. Os interesses dos filhos devem estar acima dos interesses dos pais, independentemente das dificuldades e desavenças que tenham vivenciado.

Embora inexista expressa previsão legal, a guarda compartilhada pode ser aplicada pelo juiz quando restar comprovada a sua conveniência para o caso que então se lhe apresenta, pois também não há norma legal que a impeça.

A justificativa central desse trabalho é trazer a todos que operam o direito fundamentos para a alteração de entendimentos antigos e superados, posto que as inovações jurídicas têm início com os primeiros contatos do judiciário com o litígio levado a sua apreciação.

Os caminhos para o futuro devem ser trilhados conjuntamente por pais e filhos e com muito amor. Para os pais a caminhada pode ser curta e para os filhos pode ser ainda muito longa. Se o afastamento entre eles nessa fase for precoce e abrupto, por intransigência e falta de compreensão acerca dos interesses prioritários do filho, o caminho da criança fica ameaçado e ela corre sérios riscos.

ANEXO I

PROJETO DE LEI SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

PROJETO DE LEI Nº 6.350, DE 2002.

Define a guarda compartilhada;

Autor: Deputado TILDEN SANTIAGO

Relator: Deputado HOMERO BARRETO

VOTO EM SEPARADO DA DEPUTADA JANDIRA FEGHALI

I – RELATÓRIO

O PROJETO DE Lei em tela, de autoria do deputado TILDEN SANTIAGO, define a guarda compartilhada, alterando o Código Civil vigente, acrescentando dois parágrafos ao art. 1583 e dando nova redação ao *caput* do art. 1584 daquele diploma legal, além de outras providências relacionadas com o tema. A sua finalidade é tornar essa modalidade de guarda o procedimento normal nos casos de separação dos pais, para que estes exerçam conjunta e solidariamente a responsabilidade parental sobre os filhos.

A ele foi apensado o Projeto de Lei nº 6.315, de 2002, de autoria do deputado FEU ROSA, que altera dispositivo do Código Civil para instituir a guarda compartilhada nos termos de acordo celebrado pelos pais. Nenhuma das duas proposições foi emendada nesta Comissão.

O ilustre Relator designado para dar parecer às proposições nesta Comissão, Deputado HOMERO BARRETO, votou pela aprovação do Projeto de Lei nº 6.350/02 e pela rejeição do Projeto de Lei nº 6.315/02.

É o Relatório.

II – VOTO EM SEPARADO

Não há, no direito positivo brasileiro, norma expressa que autorize a aplicação do sistema de guarda compartilhada. No entanto, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, estatui que “*que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”, com base no princípio da dignidade humana e paternidade responsável. Também a Lei nº 6.515/77, que trata do divórcio, traz disposições que autorizam a efetivação do compartilhamento da guarda:

“Art. 9º *No caso da dissolução da sociedade conjugal, pela separação consensual (art. 4º) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos*”. Traz ainda a Lei em seu art. 27, que “*o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos*”.

A Lei nº 8.069/90, que trata do Estatuto da Criança e Adolescente, traz, por sua vez, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada, a saber: o seu art. 4º, *caput*, transmite o que o art.227 da CF já contém:

“*É dever da família, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária*”. O art. 27º estabelece 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*”.

Os projetos apresentados são ambos meritórios e oportunos, vindo ao encontro da tendência crescente de decisões de nossos tribunais, que vêm fazendo uma construção jurisprudencial em favor da guarda compartilhada, entendida como o método mais eficaz para garantir a proteção e o melhor interesse dos filhos, na separação dos pais.

Como bem destaca o autor da proposição principal, em sua Justificativa,

“A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável pra o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável”.

Várias razões, no entanto, me motivaram a pedir vistas ao projeto em questão. Ao ter o primeiro contato com a matéria percebi que a expressão “guarda compartilhada” poderia ser confundida com “guarda alternada”, o que acarretaria um entendimento de que a guarda dos filhos se daria em formato que resultaria numa falta de respeito à sua própria casa. Também tive preocupação com relação à pensão e como a guarda compartilhada poderia interferir nesta garantia, além da questão, que considero grave, da consequência para os filhos numa exposição constante diante de uma situação de conflito.

Não menos relevante foi a realidade dos fatos hoje vivenciados por nossa sociedade. Infelizmente o que assistimos é a ausência dos pais vista desde a gravidez e após a separação, inclusive com desrespeito ao cumprimento de determinações judiciais como pensão alimentícia e visitas regulares aos filhos. O crescimento do número de mulheres chefes de família reflete o abandono a que muitas são submetidas pelos ex-companheiros. O aumento dos pedidos de exame de DNA em processos de reconhecimento de paternidade são uma imagem triste deste abandono. O próprio movimento de pais separados em defesa da guarda compartilhada reconhece que apenas 10 % dos pais lutam para ter uma participação mais efetiva na vida dos filhos após a separação. E, mesmo esses 10 %, acabam diluídos na opinião pública frente à realidade já expressa e também em função da ausência de uma ação mais concreta do movimento, o que foi comprovado pela procura tardia dos parlamentares desta Comissão.

Frente a tudo isso procurei ouvir juristas, defensores públicos e também vários pais que expressaram sincera angústia e fui levada a compreender que algumas de minhas dúvidas não tinham razões, como a pensão, e que outras poderiam ser solucionadas com alterações na redação do projeto de lei. Entendi que o instrumento da guarda compartilhada direciona para a redução dos conflitos, mas mantive minha opinião de que a dubiedade do texto mereceria melhores definições. Cabe ressaltar que a guarda conjunta aqui tratada não significa uma divisão estrita das horas que a criança passa com cada genitor – dispositivo determinado como guarda alternada. No modelo de guarda compartilhada ou conjunta, apesar da criança residir com um dos pais, deve-se garantir uma convivência ampliada com ambos os genitores, responsáveis pela educação das crianças. Como sinaliza a psicóloga Leila Maria Torraca de Brito em artigo sobre a Guarda Conjunta:

“... Quando o Estado reconhece a importância da guarda conjunta, reafirma-se um princípio de perenidade da dupla filiação”.

Entendo a necessidade de trazer o instituto da guarda compartilhada expresso no Código Civil, especialmente porque, como defensora intransigente da igualdade entre homens e mulheres, considero que a co-responsabilidade desonera as mulheres com relação aos filhos, na medida em que, de fato, divide o peso da criação dos filhos entre pai e mãe. Além disso, quando os pais marcam sua presença de maneira mais eficiente, apesar da ruptura, se mantém o exercício em comum da autoridade parental, e cada um dos pais conserva o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.

Defendo que, no campo do direito de família, a norma legal deve ser aberta de maneira a contemplar sempre o caso concreto e ao contemplar um caso de guarda de filhos a regra de ouro é sempre o interesse dos filhos. E este interesse deve ser estudado caso a caso, devendo o juiz utilizar-se de mecanismos técnicos para tal como os estudos social e psicológico.

Como esclarece também o ilustre Relator, deputado HOMERO BARRETO,

“A separação e o divórcio tornaram-se muito comuns na sociedade brasileira e o legislador tem a obrigação de avançar no tratamento deste tema. A questão é tão ampla que os hábitos tradicionais estão mudando radicalmente. Um exemplo disso é o fato de que hoje muitas escolas aboliram as tradicionais comemorações do Dia das Mães e Dia dos Pais e as substituíram por um Dia da Família. Essa mudança se deu porque cerca de 70% das crianças hoje em idade escolar convivem com aglomerados familiares múltiplos, formados por irmãos de diversos casamentos de seus pais, mães, padrastos, madrastas e formando agrupamentos muito distintos da família nuclear tradicional. Não obstante, permanece inabalável a idéia de família, só que estabeleceu-se nesse conceito certa elasticidade para englobar todos aqueles que convivem com o jovem, amando-o e fornecendo seu lugar especial no mundo”.

Não temos dúvida de que a guarda compartilhada é uma das fórmulas de guarda que atende muito bem ao melhor interesse da criança, quando essa fórmula é possível de ser aplicada. Assim, compartilhamos inteiramente a visão que o Relator adota sobre o tema, e que expressa com muita propriedade no seu Relatório, *ipsis litteris*:

“A guarda compartilhada é um avanço protetivo da família brasileira, que pode ter se transformado conforme os costumes sociais se modificaram, mas ainda tem que ser o nicho seguro, a base da formação do caráter de nossos cidadãos. Não é mais tempo de ‘pais de fim de semana’ ou ‘mães de feriados’. É preciso que os

genitores compreendam que sua presença diária é indispensável, e que seus deveres não cessam com o fim do casamento. Os filhos são laços eternos entre os que se separaram ou divorciaram”.

Desse entendimento, o que nos parece é que os dois projetos de lei apensados têm ambos mérito e que são complementares, um porque avança no sentido de uma solução avançada, mais compatível com a realidade social de nossos dias e mesmo com os dispositivos constitucionais que asseguram a plena isonomia entre o homem e a mulher, e o outro porque nele fala a voz da experiência prática das separações de casais e de seu relacionamento posterior, alertando para a necessidade de serem consensuais disposições que exigem uma contínua negociação.

Essa é a parte do projeto que melhor corresponde ao trecho do parecer do ilustre Relator em que ele o elogia, com propriedade, com as seguintes palavras:

“O que o Projeto de Lei nº 6.350/02 faz é estimular a guarda compartilhada, o que nos parece sensível e oportuno avanço nesse campo tão importante do Direito da Família”.

Nesse sentido, oferecemos substitutivo, em anexo, com essa intenção, ao qual, em primeiro lugar, esperamos ter a adesão do ilustre Relator, nos termos do art.57, XI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e ficaremos muito honrados de ele as acolhesse como sugestão de alterações e com elas concordasse, nos termos daquele artigo.

Caso isso não ocorra, registramos aqui que nosso voto em separado é pela aprovação do Projeto de lei nº 6.350/02 e do Projeto de Lei nº 6.315/02, a ele apensado, na forma do substitutivo que apresentamos em anexo, que integra, em nosso entender, as formulações principais de ambos.

Sala da Comissão, em 10 de Novembro de 2004.

Deputada JANDIRA FEGHALI

PCdoB/RJ

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 6.350, DE 2002.

Dispõe sobre a guarda compartilhada.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei institui a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em casos de separação judicial ou divórcio.

Art. 2º O art. 1583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda compartilhada, incentivando a adoção desse sistema.

§ 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional, social e de bem estar dos filhos.

§ 3º Havendo interesse do casal em adotar o sistema de guarda compartilhada, cabe aos mesmos de comum acordo definirem as regras.

Art. 3º O *caput* do art. 1584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação, renumerando o parágrafo único em § 1º:

“**Art. 1584.** Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído o sistema da guarda compartilhada, hipótese em que será nomeado curador para elaborar os termos do exercício dessa guarda”.

§ 1º ...

§ 2º Deverá ser nomeada equipe interdisciplinar composta por psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança objetivando subsidiar o curador, no prazo máximo de 45 dias.

§ 3º Na impossibilidade do cumprimento do § 2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do Conselho Tutelar referente a jurisdição da Comarca para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 45 dias.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 10 de Novembro de 2004.

DEPUTADA JANDIRA FEGHALI

(PCDOB/RJ)

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Jones Figueiredo. Psicologia aplicada ao Direito de Família. Jus Navigandi, Teresina, ano AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Do casamento ao divórcio. Lisboa: Cosmos, 1997. 6, n. 55, mar. 2002.
- CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. V. 1. Revista dos Tribunais. 7ª ed.
- CORREIA, Marcelo Várzea. Da suspensão do pátrio poder. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.1, nº 1.
- DANTAS, Priscilla C. Ramos. A guarda compartilhada como possível solução para os conflitos decorrentes da separação dos pais. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1355>> Acesso em: 18 nov. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. In: Direito Civil Brasileiro, V.5, 7 ed. São Paulo, Saraiva, 1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. In: Direito Civil Brasileiro. V.6. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRISARD, Waldir Filho. A guarda compartilhada no novo Código Civil. Jus Navigandi: Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=485>>. Acesso em: 14 set. 2006.
- GRISARD, Waldir Filho. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 14 set. 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Direito de Família. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 20ª ed.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. Revista Literária de Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, n.9, fev. 1996.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.
- SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada. São Paulo: Editora de Direito, 2006.

SOUZA, Euclydes de. Litígio não é fator impeditivo para a guarda compartilhada. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.65, maio 2003.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. A tirania do guardião. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1191, 5 out. 2006. Disponível em :<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8999>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 14 set. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de Família. V.6. São Paulo: Atlas, 2006.