



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**

ANA RAQUEL ALMEIDA MATOS DA COSTA

**GUARDA COMPARTILHADA:
O REDESCOBRIR DA FUNÇÃO PATERNA E MATERNA**

**FORTALEZA
2011**

ANA RAQUEL ALMEIDA MATOS DA COSTA

GUARDA COMPARTILHADA:
O REDESCOBRIR DA FUNÇÃO PATERNA E MATERNA

Monografia Jurídica submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão.

FORTALEZA
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

C837g Costa, Ana Raquel Almeida Matos da.
Guarda compartilhada: o redescobrir da função paterna e
materna / Ana Raquel Almeida Matos da Costa. – 2011.
97 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do
Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza,
2011.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientação: Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão.

1. Tutela - Brasil. 2. Pais e filhos (Direito) - Brasil. 3.
Responsabilidade dos pais. 4. Guarda de menores - Brasil. I.
Falcão, Raimundo Bezerra (orient.). II. Universidade Federal
do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.6

ANA RAQUEL ALMEIDA MATOS DA COSTA

GUARDA COMPARTILHADA:
O REDESCOBRIR DA FUNÇÃO PATERNA E MATERNA

Monografia Jurídica submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão (Orientador)
Universidade Federal do Ceará- UFC

Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará- UFC

Prof. Ms. Janaína Soares Noletto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará- UFC

À minha família, em especial aos meus pais, pelo amor, pelo cuidado e pela presença constante em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela vida, pela perseverança, pelos bons caminhos trilhados, pelas pessoas encontradas ao longo da minha vida e pela certeza de que o melhor sempre prevalece.

Aos meus pais, pela dedicação incondicional, pelo esforço, pelo amor, pela compreensão e por fazer de mim tudo o que sou.

À minha família, única e querida, por ser meu ponto de apoio em todas as horas felizes e tristes.

Aos meus primos, pela amizade, pela torcida, pelas gargalhadas e por todos os momentos inesquecíveis.

Às minhas amigas que me acompanham desde os tempos de colégio, Tamires, Clívia, Denise e Rossana, por me fazerem conhecer o verdadeiro significado da amizade.

Ao Emmanuel, por se fazer tão presente mesmo na distância. Obrigada por me tranquilizar nos momentos de angústia, por todo o apoio, dedicação e carinho.

Às minhas amigas Ivana e Ana Paula, pelas sugestões no desenvolvimento do trabalho e por sempre acreditarem em mim.

Aos meus amigos da faculdade, pela convivência enriquecedora.

À Ivina, pela ajuda com a escolha do tema.

Ao Prof. Raimundo Bezerra Falcão, pela gentileza em todos os momentos, pela orientação e pela confiança.

Aos demais componentes da banca, Prof. William Marques e Janaína Noletto, pela disponibilidade e pela atenção.

A todos àqueles que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação acadêmica.

*“De repente eu vejo se transformar num
menino igual à mim*

*Que vem correndo me beijar quando eu
chegar de onde eu vim*

*Um menino sempre a me perguntar um
porque que não tem fim*

*Um filho a quem só queira bem e a quem
só diga que sim*

*Dorme menino levado, dorme que a vida
já vem...”*

(TOQUINHO)

RESUMO

A igualdade entre os sexos redistribuiu as funções do pai e da mãe, proporcionando à mulher a conquista do sucesso profissional e ao homem o redescobrir do amor paterno, dos cuidados com a prole e dos afazeres domésticos. A dissolução familiar, cada vez mais constante, exigiu a adoção de novos arranjos de guarda que melhor representassem essa conjuntura social e simbolizassem as diretrizes da família contemporânea, fundada no afeto, no diálogo e na compreensão. A guarda unilateral, em regra deferida à mãe, deixou de satisfazer os interesses do menor, à medida que desfavorecia a convivência do filho com ambos os genitores e a manutenção dos laços afetivos que os uniam. Hoje, os homens, mais cientes de seu papel, também lutam pela guarda dos filhos e pelo direito de exercer com plenitude sua paternidade. A guarda compartilhada surge para suprir essa necessidade social e adequar o Direito de Família aos anseios da sociedade. Diante dessa problemática, analisa as características e a aplicabilidade da guarda compartilhada, os reflexos jurídicos das alterações promovidas pela Lei n. 11.698/08 no Código Civil, as modalidades de guarda mais utilizadas no Brasil e o entendimento jurisprudencial nas ações de guarda. Por fim, examina de maneira crítica a questão da guarda de menores, sob a ótica da efetivação do princípio do melhor interesse do menor, a fim de demonstrar os benefícios advindos do compartilhamento da guarda para todo o grupo familiar, em especial para o filho e para o pai.

Palavras-chave: Família. Melhor interesse do menor. Igualdade entre pai e mãe. Guarda compartilhada. Reflexos jurídicos da Lei n. 11.698/08.

RESUMÉ

L'égalité entre les sexes a reconfiguré les fonctions du père et de la mère, ce qui a ouvert aux femmes le succès professionnel et aux hommes la redécouverte de l'amour paternel, du soin des enfants et des tâches domestiques. La dissolution familiale, qui devient de plus en plus fréquente, a demandé l'adoption de nouveaux arrangements pour la garde des enfants; des arrangements qui représentent mieux la conjoncture sociale et symbolisent les lignes de la famille contemporaine, fondée dans l'affection, le dialogue et la compréhension. La garde unilatérale, normalement donnée à la mère, ne satisfait plus les intérêts du mineur, à partir du moment où cela était défavorable à la coexistence de l'enfant avec ses parents et au maintien des liens affectifs de leur union. Aujourd'hui, les hommes, plus conscients de leurs rôles, disputent aussi la garde des enfants ainsi que le droit d'exercer à temps plein leur paternité. La garde partagée apparaît pour supprimer le besoin social et ajuster le Droit de la Famille aux attentes de la société. Devant cette problématique, on vient faire l'analyse des caractéristiques et de l'applicabilité de la garde partagée, les effets juridiques des changements apportées par la Loi N. 11.6898/08 du Code Civil, ainsi que les types de gardes les plus utilisées au Brésil, et l'accord faisant jurisprudence dans les actions de la garde. On termine par l'examen de façon critique de la question de la garde des mineurs, sur l'optique de la réalisation du principe du meilleur intérêt du mineur, afin de montrer les bénéfices que la garde partagée peut apporter pour tout le groupe familial, et en particulier pour l'enfant et le père.

Mots-Clés : Famille. Meilleur intérêt du mineur. Égalité entre le père et la mère. Garde partagée. Effets juridiques de la Loi N. 11.698/08.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	O PODER FAMILIAR.....	15
2.1.	Do pátrio poder ao poder familiar: delimitação conceitual e nomenclatura na legislação brasileira.....	15
2.2.	As origens da concepção de poder familiar.....	19
2.3.	Direitos e deveres provenientes do poder familiar.....	23
3.	A GUARDA NA DISSOLUÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR.....	29
3.1.	A guarda e o poder familiar.....	29
3.2.	O princípio do melhor interesse do menor como diretriz para a determinação da guarda.....	31
3.2.1.	<i>Significado e abrangência do princípio do melhor interesse do menor.....</i>	31
3.2.2.	<i>A aplicação do princípio do melhor interesse do menor pelos juízes.....</i>	35
3.3.	As modalidades de guarda.....	39
4.	A GUARDA COMPARTILHADA.....	46
4.1.	Noções introdutórias.....	46
4.2.	Aplicação e evolução da guarda compartilhada no direito comparado e no direito brasileiro.....	49
4.2.1.	<i>A experiência estrangeira na aplicação da guarda compartilhada.....</i>	50
4.2.2.	<i>A guarda de menores no Brasil.....</i>	56
4.3.	A guarda compartilhada no Código Civil.....	63
4.3.1.	<i>A nova redação do art. 1.583 do Código Civil.....</i>	64
4.3.2.	<i>A nova redação do art. 1.584 do Código Civil.....</i>	67
4.4.	Meios de exercício da guarda compartilhada e o entendimento jurisprudencial.....	71
4.5.	Vantagens e desvantagens.....	83
4.6.	A influência da redescoberta das funções paterna e materna na escolha do modelo de guarda.....	87
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

1. INTRODUÇÃO

O século passado marcou um período de grandes transformações no agir, no pensar, na maneira de produzir, na educação e no comportamento social. A família, enquanto reflexo da sociedade na qual se insere, também acompanhou essas mudanças que modificaram sua estrutura interna e reorganizaram as funções e o valor de cada um de seus membros.

O casamento deixou de ser um vínculo indissolúvel e o único meio de constituição do núcleo familiar em 1977, com o advento da Lei n. 6.515, que autorizou o divórcio no Brasil e regulamentou uma tendência há muito esperada pela sociedade brasileira. A partir daí, a dissolução da unidade familiar, que já deixara de ser um acontecimento raro e esporádico antes mesmo da autorização do divórcio, foi se tornando cada vez mais frequente, fato que proporcionou o crescimento do número de famílias monoparentais, entendida como aquela integrada pelos filhos e apenas um de seus genitores.

Aos poucos, a unidade familiar constituída sob os laços do matrimônio, composta por um casal desigual em direitos e obrigações e fundada na rigidez e no patriarcalismo cedeu lugar para uma nova concepção de família, na qual se busca a igualdade, a parceria, o diálogo e a realização pessoal de todos os seus membros, em especial o dos filhos. Essas novas características decorrem da redescoberta dos novos papéis de homens e mulheres no seio familiar, resultantes da profissionalização feminina e da crescente conquista de sua independência financeira que, por conseguinte, exigiu do homem uma maior colaboração com os afazeres domésticos e nos cuidados diários com a prole.

O somatório desses acontecimentos modificou a família fisicamente unida e, conseqüentemente, gerou reflexos também na desagregação familiar. Homens mais participativos na criação de seus filhos não aceitaram mais, com a mesma passividade, a guarda unilateral, preferencialmente concedida às mães em decorrência da presunção cultural de que elas são as melhores guardiãs, enquanto as mulheres ficavam, após a ruptura, excessivamente sobrecarregadas ao gerenciarem sozinhas o cuidar dos filhos, o trabalho e os afazeres domésticos. Além disso, a doutrina da proteção integral, sintetizada no princípio do melhor interesse do menor, difundiu e fortaleceu a compreensão de que a presença de ambos os pais, quando benéfica, é de fundamental

importância para o pleno desenvolvimento dos filhos, fazendo com que ganhasse voz e amparo jurídico o entendimento de que o fim da relação conjugal não deve significar o fim da relação parental.

Era preciso, portanto, o desenvolvimento de um novo modelo de guarda que melhor conciliasse a presente conjuntura social e familiar, na qual pai e mãe assumem funções diversas das que tradicionalmente exerciam, que desfavorecesse a discórdia entre os genitores decorrente da disputa pela guarda dos filhos menores e, principalmente, que colocasse fim ao monopólio materno quanto ao exercício da guarda na pós-ruptura, privilegiando a igualdade entre os sexos constitucionalmente consagrada.

Desenvolve-se, assim, a guarda compartilhada, tema central deste trabalho, modelo que objetiva a conservação dos laços afetivos que uniam pais e filhos antes da dissolução familiar, na tentativa de amenizar o sofrimento deixado por essa separação. Nesse novo sistema de guarda de menores, regulamentado de modo expresse no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n. 11.698/08, pais e mães compartilham direitos e obrigações relacionados ao cotidiano de seus filhos, já que a guarda jurídica é exercida em conjunto por ambos, apesar de a guarda física ser deferida àquele com quem venha a residir o menor.

O fato de um dos pais não possuir a guarda física não o põe em desvantagem frente ao outro, semelhantemente ao que acontece na guarda unilateral, pois o acesso aos filhos é amplo e flexível, ditado pela conveniência, disponibilidade e desejo dos genitores e dos filhos em estarem juntos, sendo esse o grande diferencial desse sistema em relação aos outros existentes.

O presente trabalho divide-se em três capítulos e pretende discutir a guarda compartilhada no âmbito da dissolução da unidade familiar, sendo essa entendida como a decorrente do divórcio, da separação de fato ou do fim da união estável. O estudo parte da problemática oriunda de famílias que durante algum momento coabitaram, embora as considerações aqui aventadas possam ser utilizadas também nos casos de filhos concebidos a partir de relacionamentos eventuais ou de pais que nunca conviveram, guardadas as suas peculiaridades.

Inicialmente, estudaremos o poder familiar, analisando as mudanças operadas em sua concepção, através de uma breve digressão histórica, a fim de que

possamos compreender sua atual delimitação conceitual, que o desvincula da ideia de poder, circunstância que possibilitou a inserção do menor como sujeito de direitos na família e na sociedade e, conseqüentemente, ocasionou uma maior preocupação com as conseqüências negativas da dissolução familiar em seu desenvolvimento. Ainda em relação ao poder familiar, serão comentadas as disposições contidas no art. 1.634 do Código Civil, que trata das atribuições inerentes ao seu exercício, no intuito de melhor entendermos, posteriormente, as conseqüências advindas pela escolha ou não do compartilhamento da guarda.

Em seguida, abordaremos a questão da guarda na dissolução da unidade familiar. O ponto chave dessa explanação é demonstrar a relação de independência que existente entre guarda e poder familiar, a delimitação do significado e da abrangência do princípio do melhor interesse do menor e como suas diretrizes devem ser aplicadas pelos. Além disso, analisaremos as três modalidades de guarda mais aplicadas no Brasil (alternada, unilateral e compartilhada, esta última melhor estudada, posteriormente, em capítulo a parte), destacando suas características, formas de aplicação e problemas decorrentes da utilização de cada uma delas.

Feitas essas considerações preliminares, abordaremos a guarda compartilhada sob os mais variados aspectos em seis tópicos específicos.

Damos início ao estudo da guarda compartilhada a partir de algumas notas introdutórias do tema, na qual faremos a contextualização da problemática e apresentaremos o entendimento doutrinário acerca do que significa compartilhar guarda dos filhos. Em seguida, voltamo-nos para o estudo da aplicação e da evolução da guarda compartilhada no Direito Comparado e no Direito brasileiro. Quanto ao estudo comparado, limitamos a pesquisa em apenas três países, Inglaterra, Estados Unidos e Portugal, por entendermos que suas experiências muito influenciaram a aplicação do instituto no direito pátrio e foram as mais significativas para a difusão do sistema em diversos países. Em pó, abordaremos a questão da guarda de menores no Brasil, através de um breve estudo histórico-jurídico, a fim de entendermos como se dava a escolha do guardião do menor antes da Lei n. 11.698/08 e depois de sua promulgação. Nesse ponto, comentaremos as novas disposições dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela citada norma. A seguir, analisaremos os meios de exercício da guarda compartilhada, destacando a opinião doutrinária e o entendimento jurisprudencial, bem como as vantagens e desvantagens desse modelo de compartilhamento da guarda,

segundo a compreensão da doutrina jurídica e demais ciências estudiosas do tema. Por derradeiro, comentaremos a influência da redescoberta das funções paterna e materna na escolha do modelo de guarda de menores que será adotado após a ruptura familiar, pois acreditamos que esses novos papéis assumidos por homens e mulheres no ambiente familiar favorecem a ideia de parceria entre o casal parental, fundamental para a efetividade da guarda compartilhada.

As hipóteses deste trabalho foram analisadas através de pesquisa do tipo bibliografia, descritiva, exploratória e jurisprudencial. Bibliográfica, pois foi efetuada a partir da análise da doutrina já publicada em forma de livros e artigos, bem como por meio de estudo das disposições da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dos Códigos Civis de 1916/2002 e da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; descritiva, já que pela narração de fenômenos, registra e interpreta os fatos a eles relacionados; exploratória, porque procura aprimorar conceitos e ideias; e, por fim, jurisprudencial, com a análise de julgados recentes relacionados ao tema.

Desta feita, a fim de discutir a guarda compartilhada no contexto da redescoberta das funções paterna e materna, circunstância em crescente evidência na sociedade atual, o presente trabalho tentará contribuir com os estudos já existentes sobre tão instigante temática, através de uma ótica que não vise apenas os interesses do menor, mas de todo o grupo familiar, objetivando desmistificar a supremacia materna no exercício da guarda de menores, a fim de que possa ser efetivamente consagrada a igualdade entre os sexos, o princípio do melhor interesse do menor e a continuidade da convivência parental de uma maneira saudável e benéfica a todos.

2. O PODER FAMILIAR

2.1. Do Pátrio Poder ao Poder Familiar: delimitação conceitual e nomenclatura na legislação brasileira

A noção conceitual de poder familiar modificou-se no decorrer das gerações, ocasionando, por consequência, mudanças também em sua nomenclatura. Foi abandonada a antiga terminologia *pátrio poder*, que remonta ao direito romano e à sociedade patriarcal, a fim de exteriorizar sua nova acepção, mais condizente com o evoluir das relações familiares.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 adotou o sistema patriarcal, utilizando em seu corpo a expressão *pátrio poder*. Na antiga legislação civil, este poder era titularizado pelo pai, chefe da família, e considerado um direito seu exercido sobre a pessoa dos filhos, embora, timidamente, já começasse a se apresentar como uma espécie de *múnus público*, uma vez que era um poder temporário, do qual decorriam alguns deveres impostos por determinação legal.

Doutrinadores dessa época definiam o pátrio poder como “o todo que resulta do conjuncto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias” (LAFAYETTE PEREIRA, 1910, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p. 33).

No decurso do século XX, sobretudo nas suas duas últimas décadas, ocorreram intensas mudanças nas relações familiares e em sua apreensão jurídica, de modo que a utilização do termo pátrio poder foi se tornando cada vez mais imprópria.

A família experimentou mudanças profundas, sendo alvo de debates e questionamentos, a ponto de se acreditar que experimentava um processo de crise e decadência. Mostrava-se necessária a superação da antiga concepção de pátrio poder e o desenvolvimento de uma nova compreensão das relações familiares, capaz de conciliar os benefícios da solidariedade familiar, as vantagens da liberdade individual e o fortalecimento da mulher na sociedade, que progressivamente conquistava sua independência frente ao pai e ao marido.

A princípio, houve uma alteração quanto à titularidade do exercício do poder familiar. O Estatuto da Mulher Casada - Lei n. 4.121/62 - modificou a redação do Código Civil, determinando que a chefia da sociedade conjugal fosse exercida pelo marido, com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos. Também conferiu à mãe o poder de colaborar para o exercício do pátrio poder¹, a preferência da guarda dos filhos nos casos de desquite por culpa recíproca e o direito de ingressar em juízo sempre que houvesse conflito entre o casal. Quanto a esta última medida, destaque-se que, embora a mesma pareça uma grande transformação nas relações parentais, deve ser entendida com restrições, tendo em vista as considerações previstas no parágrafo único do art. 380 do Estatuto, que ainda privilegiava a vontade do pai. Esse dispositivo determinava que, em caso de divergência entre os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, deveria prevalecer a decisão do pai, ressalvando à mãe o direito de recorrer ao Juiz para solucionar o desacordo.

Posteriormente, consoante com a realidade que se apresentava e se construía paulatinamente, na qual a mulher conquistava direitos antes negados, se renunciava a igualdade entre os sexos e as relações familiares iam se libertando da rigidez do patriarcalismo, entra em vigor a Constituição Federal em 1988, estabelecendo um novo conceito de família ao celebrar que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, §5º, CF/88). Essa concepção foi, em seguida, reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente onde se estabeleceu a igualdade de exercício do pátrio poder pelo pai e pela mãe (art. 21)².

Assim, o poder familiar é atualmente compreendido como “uma fixação jurídica dos interesses dos filhos” (AKEL, 2010, p.5), constituindo-se muito mais um dever dos pais em relação aos seus descendentes do que propriamente um direito.

Radicalizando essa ideia de dever do poder familiar, Barros (2007, p.347) defende que “o poder familiar é uma servidão do pai e da mãe para tutelar o filho” e por isso deve ser compreendido como a concessão de um direito para o cumprimento de um dever.

¹ A terminologia *pátrio poder* foi adotada pela legislação brasileira até o advento do Código Civil de 2002.

² Art. 21, ECA: O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Destacamos que não se deve vislumbrar o poder familiar apenas como um conjunto de obrigações dos pais em benefício da prole. O interesse destes deve ser superior em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, mas isso não implica dizer que aos pais caibam apenas deveres e nenhum direito sobre seus filhos.

Dessa forma, o poder familiar deve ser compreendido através de uma complexa teia de direitos e deveres recíprocos entre cada membro do grupo familiar, “proporcionalmente equilibrados no convívio familiar” (VENOSA, 2003, p.35). Sobre o assunto, interessante a construção de Paulo Lôbo, *verbis*:

O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo estado para o exercício de um poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai e a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho. (2003, *apud*, QUINTAS, 2010, p. 14)

Compartilhando da mesma opinião, Quintas (2010, p.13-16) defende que o poder familiar não se limita a um conjunto de deveres atribuídos aos pais em favor dos filhos, pois também é exercido para privilegiar os interesses dos genitores, os quais devem ser assegurados desde que não conflitem com o bem estar da prole, tendo em vista as disposições do princípio da proteção integral, melhor explicitado no segundo capítulo.

Percebemos, assim, que o poder familiar é atualmente um conjunto de direitos e deveres, dos quais participam todos os sujeitos da relação familiar - pai, mãe e filhos - na medida de suas responsabilidades e necessidades.

Do magistério de Dias (2009, p.383), extrai-se que:

De objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou a modificação do conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de **poder-função** ou **direito-dever**, consagradora da **teoria funcionalista** das normas de direito das famílias: o poder é exercido pelos genitores, mas que serve aos interesses dos filhos.

As palavras da doutrinadora muito bem refletem a transformação ocorrida nas relações familiares que, por consequência, modificou o significado de poder familiar. A atual ideologia busca a convivência e a participação de todos os integrantes

do grupo, através da compreensão e do diálogo, já que o filho é agora visto como sujeito de direito, devendo ser protegido e ter assegurado o seu bem estar.

A modificação da nomenclatura, contudo, somente veio a ocorrer no Código Civil de 2002, que optou pela utilização da terminologia poder familiar, em substituição ao vocábulo pátrio poder. Buscou o legislador de 2002 incorporar à lei uma nova terminologia que melhor refletisse o conteúdo de proteção dos filhos e de igualdade entre os genitores. No entanto, a escolha não foi recebida com satisfação pela doutrina, sendo alvo de severas críticas, sobretudo quanto à permanência do vocábulo poder, posto que a alteração significou apenas um mero efeito de linguagem que não desvinculou o instituto do contexto familiar da sociedade do século passado (DIAS, 2009, p. 397-404).

Merece destaque a construção desenvolvida por Silva (2002, p.8-10), o qual defende, assim como outros setores da doutrina, que a melhor nomenclatura para o instituto é a expressão “autoridade parental”:

Ainda que, a princípio, pareça demasiado apego à precisão terminológica, é inegável que o vocábulo *autoridade* substitui com larga vantagem a palavra *poder*. No exercício do poder temos um titular, o titular do poder. Esta conotação está até nos direitos reais, onde o sujeito ativo exerce determinado poder diretamente sobre a coisa, sem qualquer intermediação de interposta pessoa. De outro lado, não se pode dizer que alguém exerce autoridade sobre determinada coisa, pois, na expressão *autoridade* está presente uma conotação muito mais relacional. A autoridade se exerce em relação às pessoas. O poder não pressupõe necessariamente uma relação intersubjetiva, enquanto para o exercício da autoridade, tal relação é necessária e inafastável.

Quanto à utilização da terminologia parental, o autor destaca preferência pela expressão em virtude de sua conotação inclusiva, abrangedora do pai e da mãe, em contrapartida ao termo pátrio que faz referência unicamente à pessoa do pai. Por fim, critica a escolha do vocábulo familiar, esclarecendo que o mesmo faz referência a toda família e não reflete a ideia de que seu exercício constitui prerrogativa exclusiva dos pais.

Por sua vez, Akel (2010, p.11), em consonância com os objetivos propostos neste trabalho, afasta-se dos preciosismos terminológicos e busca explicar a atual noção de poder familiar conciliando a nomenclatura utilizada pelo legislador de 2002 e o objetivo do instituto, destacando que o termo poder não deve ser interpretado como sinônimo de arbitrariedade, mas sim através da conjunção das ideias de autoridade e

dever, pois a obrigação dos pais de exercer o poder familiar decorre de sua experiência e maturidade em face dos filhos, bem como do seu natural interesse de promover-lhes o desenvolvimento.

Isto posto, por não nos competir analisar qual a nomenclatura que melhor se adéqua ao instituto, mas compreender a completude de seu significado e conseguir fixar os pontos de equilíbrio de seu exercício, conciliando deveres e direitos dos pais juntamente com os respectivos direitos e deveres dos filhos, utilizar-se-á no decorrer deste estudo a nomenclatura poder familiar para designar o conjunto de direitos e de deveres exercidos igualmente pelos pais, sempre no interesse dos filhos menores, no intuito de garantir-lhes subsistência, educação, proteção e desenvolvimento pleno.

2.2. As origens da concepção de poder familiar

Houve tempos em que, erroneamente, se cogitou que o poder familiar decorria das leis da natureza e da tradição histórica. No entanto, essa não é a gênese correta do instituto, cujo marco está ligado à cultura e à história das sociedades humanas.

O mundo humano está sempre em construção, sendo periodicamente recriado pela cultura, através de um processo denominado educação. Conforme destaca Silva (2002, p.17), ao contrário dos animais, cujo saber decorre de seu instinto natural de sobrevivência, “traçado nos limites de seu corpo”, os humanos têm na tradição sua fonte primordial de aprendizado, visto que possuem a capacidade de criar, refazer e aprimorar experiências, bem como transmiti-las a cada nova geração. Por esse motivo, o citado autor defende que, *verbis*:

Muito mais que a proteção das crias e preservação da espécie, os laços que se formam entre pais e filhos visam à transmissão do *saber*, na acepção mais ampla que se possa dar a esse termo, de tal sorte que a perquirição pela gênese da autoridade parental deve seguir pelas trilhas da história.

Depois de superada aquela ideia inicial de que o poder familiar decorria primordialmente das leis da natureza, a doutrina, de um modo geral, adota como ponto

de partida de seu estudo o *patria potestas* do Direito Romano, transmitindo a concepção de que o marco da noção de poder familiar surgiu aí. Embora não esteja de um todo errado, tendo em vista a inegável influência dos institutos romanos na legislação pátria, é importante destacar que a gênese do nosso poder familiar situa-se na conjugação das três principais vertentes da racionalidade ocidental, quais sejam: a tradição judaico-cristã, cujas matrizes estruturantes encontram-se no Antigo Testamento e na tradição judaica, a filosofia grega e o direito romano (SILVA, 2002, p.19-20).

Partindo dessas considerações, faremos uma breve análise dos elementos históricos e culturais constituintes de cada uma dessas sociedades, no intuito de compreendermos quais fatores foram responsáveis pela estruturação do poder familiar na legislação brasileira.

A família hebreia prestigiava a figura do patriarca, também sacerdote do clã e chefe militar, assemelhada à *pater familias* romana. Segundo a concepção judaica, os filhos originavam-se tanto do pai quanto de Deus, razão pela qual deviam respeitar a Deus e honrar os pais, sendo educados desde a infância, primeiro, para serem leais a Deus e a Torah, depois ao pai, a mãe e aos demais parentes e, finalmente, as comunidades judaicas de todo o mundo.

A disciplina rígida, imposta nos primeiros tempos daquela civilização, é destacada em vários textos do Antigo Testamento, de onde se extrai que “a desobediência contumaz aos pais poderia, segundo o direito judaico antigo, implicar em pena de morte, por apedrejamento” (SILVA, 2002, p. 20-21). Ressalte-se, no entanto, que não eram apenas os filhos que possuíam deveres, aos pais uma série deles também eram impostos, sobretudo em relação à educação de sua prole, circunstância posteriormente assimilada pela tradição cristã e, por consequência, presente até hoje na sociedade ocidental.

A sociedade grega não destoou muito do padrão das demais civilizações dos períodos antigo e clássico, onde o poder familiar possuía características despóticas e era exercido pelo pai, chefe do clã. Entretanto, esse modelo perdurou menos tempo que na sociedade romana, pois também aqui a sociedade grega inovou e trouxe ideias que foram fortalecidas ao longo dos anos.

Comentando a obra *Ética no Nicômaco*, Silva (2002, p. 22-24) destaca que entre os gregos, ao menos no entender de Aristóteles, o poder familiar era exercido de

forma mais branda, se comparado com o modelo romano, uma vez que a base da autoridade dos pais sobre sua prole encontrava-se amparado pelo signo da amizade, denotando sob o poder familiar uma dimensão afetiva.

Dessa forma, a amizade é apresentada como elemento impeditivo da degeneração das famílias, ao passo que permite a autoridade do pai sobre os filhos e ao mesmo tempo impede o exercício dessa autoridade de forma tirânica, determinando que aquele dispense em favor destes grandes benefícios, dando-lhes a vida, a alimentação e a educação a partir de seu nascimento.

Por sua vez, no direito romano, o poder familiar assemelhava-se ao direito de propriedade, sendo exercido pelo varão, chefe de todo o núcleo familiar, em seu próprio interesse sobre todos os membros do clã: esposa, filhos, escravos e agregados. Nesse regime, ao *pater familias* era permitido expor, matar, vender e abandonar seu próprio filho ou ainda entregá-lo àquele que sofreu qualquer dano causado por seu dependente. Aos filhos não era permitida a independência econômica e à esposa nenhum poder sobre seus filhos era concedido, já que estaria ela sobre a tutela da prole masculina após a morte de seu marido.

Novamente, segundo os ensinamentos de Silva (2002, p.25-27), a origem dos poderes do *pater familias* “não se justificavam, tão-somente, no fato de ser ele o homem forte, provedor e protetor do grupo”, mas, antes, em sua condição de sujeito central da religião, uma vez que era o responsável pela continuidade dos antepassados, origem dos descendentes, conhecedor das tradições, dos ritos do culto e das orações. Ademais, seu poder não advinha simplesmente do aspecto religioso, mas também de sua importância política e patrimonial, à medida que precedeu o surgimento do Estado, possuindo assim como um monarca, pelo menos em relação às pessoas sobre sua autoridade, poder sobre seu patrimônio, vida e morte.

Sendo o poderio do *pater familias* romano comparável à soberania de um Estado sobre seu território, Grisard Filho (2010, p.37) complementa que “o *pátrio poder* em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos”.

Por óbvio, esse modelo de patriarcalismo opressor não perdurou intacto. Já em Justiniano, o *pátrio poder* exercido pelo pai transformou-se em simples direito de

correção, não significando, contudo, a completa abolição do autoritarismo nas relações familiares, mas apenas o seu abrandamento.

No período medieval, logo após a queda do Império Romano, ocorreu um conflito entre os dois modelos predominantes de organização familiar da época, o germânico e o romano, no que concerne ao alcance e à extensão do poder familiar. Isso porque a família germânica possuía fundamentos bem distintos daqueles existentes em Roma, já que o poder familiar era, ao mesmo tempo, um direito e um dever exercido pelos pais para a proteção dos filhos, seu exercício era temporário, cessando com a maioridade, suas funções também eram exercidas pela mãe, em caráter subsidiário ou supletivo, e permitia que os filhos tivessem patrimônio próprio³.

Superado o conflito inicial, as relações familiares foram regidas durante a Idade Média pelo direito canônico, com forte influência do Cristianismo, responsável pela síntese dos modelos de organização familiar romano e germânico. Embora a ideologia cristã tenha sintetizado esses dois sistemas e imposto aos pais o dever e o direito primário de cuidar, proteger e educar os filhos, ao que tudo indica, resquícios da orientação familiar do direito germânico predominaram em países de direito consuetudinário, enquanto a ideologia romana, que privilegiava o interesse do chefe de família, permaneceu nos países de direito escrito, como por exemplo, Portugal.

A legislação civil portuguesa, aplicada no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916, legou-nos, ainda que mitigado, um patriarcalismo de feição romana, simbolizado na figura dos senhores de engenho e dos barões do café, que permaneceu entre nós até o ano de 2002, data da promulgação do Novo Código Civil.

Conforme já destacado anteriormente, a legislação civil de 2002 veio apenas adequar o Código Civil brasileiro às transformações já implementadas, no âmbito das relações familiares, por outros dispositivos legais e pela Constituição Federal de 1988, sobretudo, no tocante à extensão, exercício e nomenclatura do poder familiar, antes denominado de pátrio poder.

Podemos afirmar, portanto, que o poder familiar é uma criação humana, fruto das relações entre os indivíduos de um mesmo clã. Essas relações foram se

³ Inspirando-se mais nos interesses dos filhos que no dos pais, pode-se dizer que o *mund* germânico é o embrião da doutrina da proteção integral, perfilhada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

transformando no decorrer dos tempos, sendo constantemente remodelada pela cultura e pelos fatores históricos que permitiram ao poder familiar desvencilhar-se do caráter egoístico e autoritário que o impregnou por várias gerações e assumir a sua melhor feição, qual seja, o sentido de proteção.

2.3. Direitos e deveres provenientes do Poder Familiar

Ultrapassada a necessidade de delimitar o sentido e o alcance do poder familiar, de justificar o porquê da alteração de sua nomenclatura, bem como os fatores e circunstâncias que o originaram, é importante entender os direitos e os deveres decorrentes de seu exercício.

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁴ de 1989 estabelece em seu preâmbulo que a família, grupo fundamental da sociedade, é o ambiente natural para crescimento e bem estar das crianças, razão pela qual deve ser protegida e receber a necessária assistência de todos, sobretudo do Estado, a fim de que possa concretizar plenamente suas atribuições. Em seguida, ratificando o que já se havia estabelecido na Declaração dos Direitos da Criança, firmada na Assembleia Geral de 20 de novembro de 1959, acrescenta que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita [de] proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”.

Somente pela análise do preâmbulo, já é possível perceber a existência de um forte interesse social no exercício e na condução do poder familiar, capaz de determinar ao Estado o dever de proteger, auxiliar e garantir a assistência necessária

⁴ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada, por unanimidade, pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por 193 países, dentre eles o Brasil, através do Decreto n. 99.710/90. De acordo com a então representante da UNICEF no Brasil, Marie-Pierre Poirier, a convenção, reconhecida como lei internacional, transformou a maneira como as crianças são tratadas e vistas pelos governantes e pela sociedade em geral. Salienta que “em todo o mundo, a Convenção influenciou a construção de mais de 70 novas legislações nacionais específicas sobre os direitos da infância e da adolescência, como o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro; promoveu a criação de políticas públicas voltadas para essa faixa etária; e promoveu importantes progressos no que diz respeito à sobrevivência e ao desenvolvimento infantil, ao acesso a uma educação de qualidade e à participação social. Hoje a criança passou, de fato, a ser um sujeito de direitos”. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_16402.htm> Acesso em: 09 ago. 2011.

para que os genitores possam realizar satisfatoriamente suas responsabilidades junto às crianças.

Destacamos, entretanto, que ao ente público não cabe determinar como os pais devem dirigir a criação e educação dos seus filhos ou mesmo como devem executar os demais encargos parentais, cabendo-lhe, tão-somente, estabelecer quais os deveres mínimos que devem ser obedecidos pelos pais, sempre em benefício dos menores, e traçar as diretrizes para o cumprimento dessas obrigações. Busca-se, assim, garantir a intimidade da família, direito constitucionalmente protegido, a fim de que elas possam desenvolver-se livremente de acordo com a sua disciplina interna (AKEL, 2010, p.32-34).

As disposições do art. 5º e do art.18.2, ambos da Convenção sobre os Direitos da Criança, confirmam a existência de um dever de assistência do Estado, porém desprovido de características interventivas, *verbis*:

Art.5º. Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Art. 18. 2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

Estando o Brasil dentre os países que ratificaram referida convenção, inevitável a inclusão de suas diretrizes na legislação pátria. Isso ocorreu com maior força no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também no Código Civil de 2002, que, sem delongas, discorre acerca do poder familiar nos artigos 1.630 a 1.638, regulamentando disposições gerais acerca do instituto, as atribuições inerentes ao seu exercício e, por fim, as suas causas de suspensão e extinção.

Nessa perspectiva, acerca dos direitos e deveres dos pais decorrentes do exercício do poder familiar, o Código Civil de 2002 assim dispõe, *verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e 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 sobreviver, 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.

Onde lemos: dirigir-lhes a criação e a educação está subtendido o dever dos pais de atender as necessidades materiais e morais das crianças, pelo menos, no limite da capacidade econômica e social da família. Apesar de inexistir conceituação legal, devemos dar a esses atributos interpretação ampla, de modo que não signifiquem apenas a aquisição de conhecimentos básicos, mas sim o “desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas e espirituais dos filhos” (GRISARD FILHO, 2010, p.48), a fim de que possam, na maturidade, serem úteis a si mesmos e à sociedade.

Como consequência do dever de educar, temos ainda os deveres de correção e disciplina. Embora não seja um posicionamento unânime, podem os pais, em decorrência desses deveres, castigarem moderadamente os filhos, desde que objetivando promover-lhes a correção de caráter e através de punições que não lhes causem lesões físicas ou os submeta a práticas vexatórias e humilhantes. Além disso, o ideal é que os castigos sejam aplicados “em coerência com a idade, maturidade e grau da falha praticada pelo filho” (AKEL, 2010, p.37).

O segundo inciso do art. 1.634 do Código Civil determina competir aos pais ter a companhia e a guarda de seus filhos, sendo essa atribuição decorrência lógica do dever de criar e educar, uma vez que os genitores, no entender de Grisard Filho (2010, p.48), *verbis*:

[...] só poderão *criar* – o que implica o dever de assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana - e *educar* – o que implica a promoção de todos os valores à preparação do menor à cidadania, se os tiverem em sua companhia e guarda.

Logo, extrai-se da norma destacada que os menores devem permanecer junto à família com a qual mantém laços de sangue e afetividade.

Conforme será analisado no decorrer deste trabalho, a guarda pode existir dissociada do poder familiar e caracteriza-se por ser, ao mesmo tempo, um direito e um dever. Direito, pois os pais podem reter o filho no lar, reger sua conduta, reclamá-lo de

quem ilegalmente o detenha (inciso VI do art.1634, CC), proibir-lhe de frequentar determinados lugares e de acompanhar-se de pessoas prejudiciais ao desenvolvimento de seu caráter. Dever, porque possuem como obrigação primordial zelar pela vida, saúde, segurança, proteção e desenvolvimento físico, psíquico e moral do filho. Descumpridos estes deveres, o titular negligente poderá sofrer sanções civis e penais⁵.

Aos pais incumbe também representar e assistir os seus filhos enquanto incapazes absoluta ou relativamente. A medida visa impedir que os infantes, dada a sua inexperiência, realizem atos prejudiciais a si e ao seu patrimônio. Assim, serão representados pelos pais do nascimento até os dezesseis anos em todos os atos jurídicos dos quais participem e, posteriormente, por eles assistidos até os dezoito anos, quando completam a maioridade.

Em decorrência desse dever de representação e assistência, os pais podem dar ou negar o consentimento para os filhos contraírem núpcias (inciso III do art. 1.634, CC), autorizada pela legislação civil a partir dos dezesseis anos (art. 1.517, CC). Os genitores, ou terceiro que os representem, devem orientar os menores que desejem casar em tenra idade e verificar se a celebração do matrimônio será, de fato, benéfica para o seu desenvolvimento. Vale destacar que a manifestação do representante legal deve ser expressa e justificada, pois caso o consentimento seja negado por razões injustas, a autorização poderá ser suprida pelo juiz.

O Código Civil preocupou-se ainda com quem exerceria o poder familiar na ausência de ambos os seus titulares. Por isso, autorizou os pais a nomear tutor, por testamento ou outro instrumento legal, para substituir-lhe em caso de morte ou incapacidade. Trata-se da chamada tutela testamentária, prevista no inciso IV do art. 1.634 do Código Civil.

Finalmente, a legislação civil elenca como última incumbência dos pais exigirem de sua prole obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição. Essas atribuições, na verdade, devem ser interpretadas como deveres dos filhos decorrentes dos direitos paternos e da própria comunidade doméstica.

⁵ Citamos como exemplo, os crimes previstos nos Capítulos III e IV, do Título VII, do Código Penal.

Quanto à possibilidade de execução de serviços, parte da doutrina considera essa exigência inconstitucional. Esse é o posicionamento de Dias (2009, p. 389), para quem, *verbis*:

A possibilidade de submeter os filhos a serviços próprios de sua idade e condição é incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF 1º, III). Trata-se de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores o que pode ser considerado abuso (CF 227 §4º).

No entanto, seguindo o posicionamento da doutrina divergente, acreditamos que não padece de inconstitucionalidade o citado dispositivo, desde que respeitados os limites impostos pela legislação trabalhista, a qual proíbe o trabalho de menores em atividades insalubres e perigosas, bem como àqueles previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu art. 59, assegura ao adolescente o direito à profissionalização e à proteção no mercado de trabalho.

Ademais, repassar aos filhos pequenos afazeres domésticos, compatíveis com a sua idade e desenvolvimento, não é aproveitar-se de sua vulnerabilidade, mas sim decorrência natural do dever de criar e educar que, por consequência, deságua na tarefa de preparar os infantes para a maturidade, quando deverão ser úteis para a sociedade e capazes de regerem suas próprias vidas, com independência. Logo, exigir obediência, respeito e execução de serviços é um bem que se faz aos menores e etapa indispensável no seu processo de preparação para a vida futura, quando não contarão mais com o amparo irrestrito de seus genitores.

Diante dessa breve análise acerca dos atributos inerentes ao poder familiar, acabamos por entender que o Código Civil, além de não esgotar o rol de direitos e deveres inerentes ao exercício do poder familiar, foi omissivo quanto às demais atribuições conferidas aos pais, complementarmente, pela Constituição Federal⁶ e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁷. Em virtude disso, a simplicidade do dispositivo legal termina por camuflar a real complexidade e a responsabilidade que recobre o

⁶ Art. 227, CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229, CF. 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.

⁷ Art. 22, ECA. 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.

exercício do poder familiar pelos genitores, exercido sempre em consonância com o princípio do melhor interesse do menor. Daí, o importante papel desempenhado pela doutrina e pela jurisprudência na fixação dos entendimentos e no destaque da relevância da matéria.

3. A GUARDA NA DISSOLUÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR

3.1. A Guarda e o Poder Familiar

Durante a constância do casamento ou da união estável, a guarda é exercida com igualdade pelos progenitores, restando implícita a ideia de que as decisões relativas à rotina, à vida e à educação dos filhos decorrem da vontade de ambos os pais ou, quando decididas em primeiro momento por apenas um deles, contam com a aquiescência do outro. Inexistem preocupações quanto a quem incumbe o exercício da guarda ou qual deles reúne as melhores condições para exercê-la.

Surgindo os primeiros sinais de discórdia entre o casal, nascem as preocupações com a guarda. O sistema igualitário, presente quando a família estava unida física e espiritualmente, é substituído por um sistema dual, no qual as funções parentais são repartidas e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente, muitas vezes sem o conhecimento do outro.

Definida como o direito-dever, primordialmente, atribuído aos pais, a guarda de menores é sinônimo tanto de custódia como de proteção (SILVA, 2006). Seu exercício, como já observado, implica no dever de educar, alimentar, proteger, sustentar e prover com todos os meios materiais⁸ e afetivos o desenvolvimento físico, mental, moral e social do menor.

Apesar de serem institutos interligados por um liame lógico-jurídico, o poder familiar e a guarda não se confundem, tampouco encontram sua única razão de ser no outro. O poder familiar possui natureza própria e advém da necessidade de proteção dos filhos, daí sua compreensão como um *múnus público*, enquanto que a

⁸ Os pais devem assegurar o completo desenvolvimento de sua prole na medida de sua capacidade, sempre visando à concretização do melhor interesse destes. Prover os filhos de todos os meios materiais necessários ao seu desenvolvimento não deve significar que os genitores têm a obrigação de dar a seus filhos todos os bens disponíveis e por eles desejados. Educar e contribuir para a formação do caráter de uma pessoa também é impor limites e incentivar que eles próprios busquem a realização de seus desejos. Para isso, fundamental a educação escolar, moral e cívica, bem como o amparo afetivo proporcionado pelos pais. Nesse sentido é o disposto no art. 27.2. da Convenção sobre os Direitos da Criança: “Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança”. *(grifo nosso)*

guarda dele decorre, sendo um de seus elementos. Ainda assim, são independentes e podem coexistir separadamente.

Nesse sentido é o posicionamento de Viana (1993, p.39-40):

A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio poder, podendo ser confiada a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro.

Convergentes com esse entender são os apontamentos de Yussef Said Cahali (1991, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p.70), para quem a relação entre direito de guarda e poder familiar é comparável àquela existente entre posse e domínio. Segundo o autor, embora seja a posse um dos poderes inerentes ao domínio, com este não se confunde, de modo que o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, podendo ambos os institutos existir concomitantemente.

Semelhante comparativo dá-se com a guarda e o poder familiar. O exercício de fato de todos os atributos deste melhor realiza-se quando a família está unida e os pais têm os filhos em sua companhia constante. Entretanto, o poder familiar, revestido de direito-dever, não é eliminado ou extinto quando a guarda é concedida a terceiro ou apenas a um dos genitores, não existindo impedimento para que os demais atributos sejam exercidos por outros meios, como a visitação.

É o que acontece quando há ruptura da unidade familiar, seja pela separação de fato, divórcio ou dissolução da união estável. O poder familiar não se extingue simplesmente porque a guarda dos filhos será confiada a um dos genitores, apenas o seu exercício conjunto pelos pais, a depender do modelo de guarda a ser adotado, sofrerá alterações práticas. Assim, quando adotado o modelo de guarda exclusiva, por exemplo, permanece intacto o poder familiar do guardião, o mesmo não ocorrendo com o outro progenitor, que passa a exercê-lo em caráter subsidiário, adotando muitas vezes a “posição de espectador do desenvolvimento da prole” (AKEL, 2010, p.57-59).

Destacamos que isso não se coaduna com o texto constitucional que, ao declarar a igualdade entre pai e mãe em face dos filhos, busca demonstrar o verdadeiro sentido da parentalidade, que deve ser compreendido como sinônimo de coresponsabilidade e parceria. Por conseguinte, o objetivo maior da CF/88 é a proteção dos interesses do menor, à medida que busca afastá-los do sentimento de desamparo e

da incerteza advindos da desestruturação do lar, bem como dos desgastes ocasionados pelo desmembramento da união familiar.

Por tais razões é que, cada vez mais conscientes de seu papel fundamental junto aos filhos, os pais buscam constantemente novos métodos de fixação de guarda, na tentativa de minimizar as consequências negativas da desagregação familiar e assegurar a continuidade do vínculo parental, procurando manter uma relação equilibrada entre as possibilidades e desejos dos filhos e os desejos deles próprios, sem isentar um ou outro de responsabilidades.

Feitas estas considerações preliminares, é necessário compreender a abrangência e aplicação do princípio do melhor interesse do menor como diretriz para a aferição da guarda diante de uma sociedade, onde se torna constante a busca pelo desenvolvimento da compreensão de que o fim do vínculo conjugal não pode, de forma alguma, significar o fim da relação parental.

Dessa maneira, importante também é o conhecimento dos modelos de guarda existentes, a fim de compreendermos os benefícios advindos pela opção de compartilhar a guarda, não apenas sob a ótica dos interesses da prole, mas de toda família.

3.2. O princípio do melhor interesse do menor como diretriz para a determinação da guarda

3.2.1. Significado e abrangência do princípio do melhor interesse do menor

Não é recente a preocupação e a busca pela realização do melhor interesse do menor, cuja origem remonta ao instituto inglês do *parens patriae*, uma espécie de atribuição delegada ao Rei e à Coroa para proteger pessoas incapazes de se defenderem sozinhas. Primeiramente, incluíam-se nesse rol as crianças, os loucos, os débeis e todos aqueles desprovidos de discernimento para cuidar de seus próprios interesses. Em seguida, no século XVII, a *parens patriae* relativa à proteção das crianças foi separada da proteção destinada aos loucos (QUINTAS, 2010, p. 57-58).

A partir do século XIX, qualquer matéria relacionada às crianças deixou de ser analisada sob o âmbito do interesse puramente privado e assumiu um caráter público, sendo utilizada pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth x Addicks*, quando a corte do estado da Pensilvânia, priorizando o interesse da criança frente aos dos pais, concedeu a guarda do filho menor à mãe, considerando que o adultério por ela cometido não repercutiu nos cuidados que a mesma dispensava ao filho (AKEL, 2010, p.60).

Contudo, o alargamento e a difusão desse princípio somente ocorreram com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, cujo art. 3.1 dispõe que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

No Brasil, a doutrina jurídica da proteção integral teve início a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e alcançou maior destaque com o Estatuto da Criança e do Adolescente, reflexo dos ideais previstos no citado instrumento jurídico das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/90.

O princípio do melhor interesse do menor, responsável pela síntese da doutrina da proteção integral, além de demonstrar a inclusão das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito perante a família e a sociedade, sintetiza o entendimento de que seus interesses são absolutamente prioritários, haja vista sua condição de pessoa em desenvolvimento. Estudiosos do assunto afirmam que:

O direito atribui à criança um zelo maior, garantindo-lhe prevalecer o seu melhor interesse, porque a diferencia do adulto [...]. Segundo Goldstein, Freud e Solnit, a lei a distinguiria por presumir que os adultos seriam responsáveis por si mesmos e capazes de decidir o que é de seu próprio interesse, destinando-se a lei, em linhas gerais, a salvaguardar o direito de cuidar de seus assuntos pessoais. Quanto às crianças entenderia a lei que seriam seres incompletos, ainda não plenamente competentes para determinar e salvaguardar seus interesses, tidas como dependentes e necessitadas de cuidados diretos, íntimos e contínuos por parte de adultos que estariam incumbidos pessoalmente de assumir essa responsabilidade. (QUINTAS, 2010, p.57)

Inexiste, no entanto, uma fórmula geral ou um critério único e objetivo capaz de especificar qual o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, uma vez que suas necessidades modificar-se-ão a cada etapa do seu crescimento, amadurecimento e formação de personalidade. Além disso, cada menor tem

necessidades próprias, decorrentes do padrão de vida e da rotina conferida por seus pais desde o seu nascimento, que podem ou não ser semelhantes às encontradas em outras famílias.

Dessa maneira, a definição do que é o melhor interesse do menor somente é possível a partir da análise das circunstâncias fáticas de cada caso concreto, podendo apresentar-se de diferentes maneiras a depender das características próprias de cada família.

O mais importante, contudo, é a compreensão de que se deve assegurar, na medida do possível, a continuidade dos laços afetivos existentes entre pais e filhos antes da ruptura. Além disso, é fundamental consagrar o entendimento de que a desunião familiar não é um acontecimento exclusivamente negativo e problemático, mas uma solução para a discórdia existente entre o casal, fonte de toda a desarmonia do ambiente familiar. Acerca dessa questão, Akel (2010, p.66) destaca que é preciso:

[...] demonstrar à prole que, apesar de seus pais não viverem juntos, continuam unidos no que diz respeito a seus interesses e bem estar, que permanecem sensíveis às suas necessidades e não deixarão de prover-lhe estabilidade.

Daí, a necessidade de haver um diálogo honesto com os filhos, de modo a fazê-los compreender e aceitar as transformações pelas quais passará sua família, bem como encorajá-los a falar sobre seus sentimentos.

Repise-se que dividir com os filhos os acontecimentos familiares não significa, de modo algum, repartir com eles os detalhes da separação, tais como infidelidade conjugal ou atribuições de culpa. As insatisfações pessoais decorrentes da união ora desfeita são assuntos a serem tratados apenas entre adultos, a fim de que os filhos não se sintam menos amados por um dos pais ou influenciados a desgostar de um deles, desencadeando um processo psicológico denominado de alienação parental.

A síndrome da alienação parental caracteriza-se quando uma criança ou adolescente é programada para odiar um dos genitores, em geral, o não guardião. Manipula-se o menor, exaltando defeitos reais ou criados de um dos genitores, fazendo-o acreditar que ele é o único culpado pelo abandono da família. Akel (2010, p.59) explica que:

Embora a síndrome da alienação parental seja de difícil identificação, pois, em alguns casos, o sentimento de rejeição surge naturalmente, tanto por parte dos filhos, como dos genitores, a situação mais propensa para sua ocorrência é a fixação do exercício exclusivo da guarda, podendo apresentar sintomas de sabotagem como, por exemplo: desvalorização do pai não-guardião na presença das crianças, interceptação de cartas ou presentes; não-comunicação de chamadas telefônicas, impedir o exercício do direito de visitas, punir os filhos que mantiverem contato com o ascendente, etc.

A autora complementa explicando que a saúde mental do menor está diretamente relacionada à qualidade do relacionamento dos seus pais e ao bem estar de ambos (AKEL, 2010, p.60). Dessa forma, seu desenvolvimento psicológico restará prejudicado sempre que a família vivencie um ambiente cheio de conflitos, no qual os pais, quer vivam juntos ou separados, estejam sempre brigando, queixando-se um do outro ou infelizes.

De fato, a partir da conscientização de que a separação de fato, o divórcio e a dissolução da união estável são, sobretudo, um meio de solucionar um conflito conjugal, conseguiremos abolir alguns estigmas que envolvem essa situação familiar, possibilitando a compreensão de que guarda, direito de visitas e alimentos são direitos do menor e não “armas” ou moedas de troca a serem intensamente negociados em longos processos judiciais.

Os filhos necessitam de todo o apoio possível nesse processo de adaptação à nova rotina familiar, no qual deve prevalecer a comunicação em substituição a ideias de superproteção e vitimização.

Desta feita, as condições que proporcionarão o melhor interesse do menor deverão ser observados caso a caso, uma vez que as necessidades de uma criança dependem das características básicas do grupo familiar no qual está inserida. No entanto, o primeiro passo para que seja garantida a efetivação das diretrizes desse princípio é a preparação dos filhos para a nova rotina familiar decorrente da desunião dos pais, sendo fundamental a manutenção dos laços afetivos entre prole e genitor que se afasta do lar, bem como o diálogo sincero e compatível com o discernimento do menor acerca das mudanças operadas na família, conscientizando-o de que nada do que está ocorrendo lhe será prejudicial e que os laços afetivos que o unia aos pais continuam inalterados.

3.2.2. A aplicação do princípio do melhor interesse do menor pelos juízes

A Convenção sobre os Direitos da Criança destaca em seu art. 9.3 a importância da continuidade da convivência familiar com ambos os genitores como uma maneira de se efetivar o superior interesse do menor, consolidando que, *verbis*:

Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Diante da enorme abrangência do princípio do melhor interesse do menor, podem surgir inúmeras dificuldades no que concerne à sua aplicação pelos pais, sobretudo nos primeiros tempos da dissolução familiar. Assim ocorrendo, caberá às decisões judiciais suprir a falta de bom senso dos progenitores, buscando efetivar, em grau máximo, os interesses das crianças e dos adolescentes.

Em razão disso, conforme disposição do art. 1.586 do Código Civil, poderá o juiz decidir diferentemente do que prevê a lei quanto à guarda dos filhos, desde que exista motivo grave que o justifique e sempre privilegiando o interesse do menor. Sobre o assunto assim destaca Grisard Filho (2010, p.74):

É inquestionável que o legislador pátrio, na trilha do italiano, do francês, do alemão, do espanhol, para atribuir guarda de filho menor a um ou a outro dos genitores, tomou como critério legal e universal o favor filial, ou seja, o *interesse dos filhos*, ao se referir no parágrafo único do art. 1.584 – na redação anterior à Lei 11.698/2008 – e no art. 1.586 do CC a “verificado que não devem permanecer”, “a bem do menor”, isto é, que o interesse dos filhos deve primar por cima de qualquer outro interesse, ou circunstância, do pai ou da mãe. Na atribuição da guarda, respeita-se o direito dos pais que, entretanto, não pode chocar-se com o dos menores.

Percebemos, por conseguinte, o quão importante e delicada é a atuação dos magistrados em decisões de cunho familiar. É que toda lei objetiva proteger uma infinidade de casos que se encaixam na hipótese por ela descrita, buscando com isso tutelar interesses de uma maneira geral e abstrata. Uma lei não é elaborada com o fim de resguardar os interesses de uma ou duas pessoas, mas sim reger condutas de uma coletividade.

No entanto, a prática cotidiana revela que existem situações nas quais é necessária uma avaliação individualizada do caso, como por exemplo, nos processos de guarda de menores. Em tais situações, cabe ao juiz interpretar os interesses particulares de cada menor, intervindo segundo o princípio da máxima singularidade e utilizando como critério de decisão o interesse concreto do menor diante da situação única que se apresenta naquele processo específico.

Exatamente por tutelar interesse de pessoa em desenvolvimento, modificável a qualquer tempo, é que as decisões acerca da guarda de menores não se revestem da inflexibilidade da coisa julgada, podendo ser revistas e modificadas mediante ato fundamentado do juiz⁹. Assim, são os interesses do menor que acarretam a relativização da coisa julgada e, portanto, afastam a imodificabilidade das decisões judiciais nessa área.

O que ocorre, nesse caso, é uma subordinação da coisa julgada pela incidência das disposições da cláusula *rebus sic stantibus*. Isso significa que, enquanto perdurar a situação fática existente quando da prolação da sentença, esta será imutável, não se aplicando as disposições do art. 471 do CPC¹⁰; no entanto, alterando-se o estado de fato e de direito anteriormente constituído, em virtude da superveniência de situação nova, pode o juiz rever sua decisão anterior e adequá-la ao novo contexto com base no princípio do melhor interesse do menor (GRISARD FILHO, 2010, p.86-87).

Como exemplo, citamos o seguinte caso:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELO GENITOR. PROBLEMAS DE RELACIONAMENTO ENTRE O INFANTE E O PADRASTO. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA A CONCESSÃO DA GUARDA AO GENITOR. Em vista da doutrina da proteção integral à criança, as trocas de guarda somente podem ser realizadas quando demonstrada nos autos sua necessidade e efetiva conveniência aos interesses do menor. Demonstrado com clareza, na prova dos autos, o difícil relacionamento havido entre o infante e o atual companheiro da genitora, decorrente do tratamento desrespeitoso e agressivo dispensado à criança pelo padrasto, tal situação constitui motivação suficiente para alteração da guarda em favor do genitor, mormente se a prova técnica, estudo psicossocial e a vontade da criança

⁹ Art. 35, ECA. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

¹⁰ Art. 471, CPC. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

manifestada no Sistema Depoimento Sem Dano, demonstram ser essa guarda a melhor solução ao infante. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70039426200, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/06/2011)

A determinação de “melhor interesse da criança” é um conceito jurídico indeterminado que deve ser colmatado pelo hermenêuta durante a avaliação de cada caso concreto. Daí, a inexistência de um

Nas cortes americanas o critério normalmente utilizado é a “aptidão” dos pais para o exercício da guarda, definida como a capacidade destes de garantir aos menores um ambiente físico e emocional capaz de assegurar-lhes um desenvolvimento saudável (QUINTAS, 2010, p.60-61). A jurisprudência pátria também segue esse entendimento, o que nos permite aferir algumas tendências para a atribuição da guarda¹¹.

Na escolha do guardião, há de se assegurar o interesse moral e material da criança e do adolescente.

O interesse moral, superior ao material, busca garantir um adequado desenvolvimento sociológico, ambiental, psicológico e educacional ao menor, objetivando a formação de seu caráter e demais características que o prepare para a vida em sociedade. Por essa razão, é que tal interesse sobrepõe-se ao critério material, visto que se deve priorizar a agregação de valores morais ao bem estar econômico do menor, que não o deixará necessariamente mais apto para a vida social. Sobre o assunto, Grisard Filho (2010, p.77) comenta:

[...] O interesse material ou econômico não deve ser tomado em conta como fator decisivo na questão que consideramos. O genitor que disponha de mais recursos estará obrigado a transferi-los aos filhos na forma de alimentos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda. Não se pode confundir maior fortuna com maior aptidão pessoal ao exercício da guarda, embora muitos magistrados argumentam [sic] representar o econômico um meio garantidor de uma certa estabilidade psicológica da criança.

¹¹ Destacamos que tais critérios não são absolutos, revelando apenas uma tendência dos julgadores, uma vez que cada caso deve ser estudado a partir de suas singularidades, a fim de identificar o que ali poderá ser compreendido como melhor interesse do menor.

Ademais, o afeto existente entre o guardião e o menor é critério fundamental para a aferição da guarda e para a efetivação de seu melhor interesse, pois é a partir dessa relação afetiva que o guardião poderá propiciar, com maior plenitude, o adequado desenvolvimento moral, psicológico e social à pessoa em desenvolvimento¹².

Desse modo, aquele que consegue reunir as melhores condições é o que deve exercer a guarda. Entretanto, esses critérios não devem ser avaliados de modo a excluir qualquer dos genitores. Se ambos agregam aptidões capazes de contribuir qualitativamente para o desenvolvimento de seus filhos, não se deve privilegiar um em detrimento do outro. A guarda não precisa ser exercida apenas por um dos genitores, ela pode sim ser compartilhada, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Apenas ressaltamos que a radicalização da ideia de que o melhor genitor para os filhos são ambos os pais pode propiciar um efeito contrário aos interesses da prole, uma vez que a exaltação desse entendimento termina por intensificar os conflitos entre os mesmos pela guarda dos filhos. Se os pais não se entendem, a questão é levada ao Judiciário, iniciando-se uma longa e dolorosa disputa judicial, na qual cada parte tenta desqualificar a outra, no intuito de imputar-lhe a pecha de mau genitor. Pais que agem assim não pensam no bem estar dos seus filhos, mas em si próprios, à medida que exaltam sobremaneira sua importância na vida de sua prole, fazendo com que esta seja, por fim, prejudicial e contrária ao melhor interesse destes. É preciso, sempre, haver equilíbrio em benefício do bem estar do menor.

Desta feita, temos que a determinação da guarda de menores é direcionada pelo princípio do melhor interesse do menor, cuja compreensão somente se mostra eficaz a partir da análise das necessidades específicas do menor e do núcleo familiar de cada caso concreto.

¹² Privilegiando a relação afetiva como melhor interesse da criança, destaque-se a seguinte decisão do TJ-RS: Ementa: ECA. GUARDA DE CRIANÇA. DISPUTA ENTRE OS DETENTORES DA GUARDA FÁTICA E A GENITORA, QUE LHES ENTREGOU A INFANTE. 1. Tendo a mãe entregue a filha em tenra idade (três meses de vida) aos cuidados de terceiros, na verdade relegou os seus deveres de mãe a outrem e indiretamente abdicou do exercício do pátrio poder [sic], o que é uma conduta censurável, já que a potestade dos pais é indeclinável e não é instituída no interesse destes, mas no do filho. 2. Se a menor, que conta 12 anos, está bem entrosada na família, onde é tratada como filha pelo casal que considera como seus pais, recebendo deles todos os cuidados necessários e, sobretudo, afeto, imperiosa a formalização da guarda, já que seria nociva para ela a alteração da guarda, implicando mudança de referenciais e rotinas, além da ruptura de um vínculo afetivo tão sólido e saudável. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70042966606, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/08/2011). No mesmo sentido, TJ-CE, Apelação 1643903200780600011, 2ª Câmara Cível, Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES, julgado em 02/03/2011.

A garantia da máxima efetividade desse princípio é o único critério a ser utilizado pelo juiz para fundamentar seu entendimento nas ações de guarda, nas quais deve restar privilegiado o interesse afetivo, moral e material das crianças e adolescentes. Somente a agregação desses três interesses possibilitará o crescimento saudável de todo e qualquer menor, bem como a superação dos conflitos decorrentes da desagregação da unidade familiar e a adaptação a uma nova rotina junto aos genitores.

3.3. As modalidades de guarda

A doutrina elenca várias modalidades de guarda, embora discuta com maior intensidade àquelas comumente aplicadas após a dissolução da unidade familiar: a alternada, a unilateral e a compartilhada, das quais apenas as duas últimas estão expressamente previstas no Código Civil.

Antes de analisarmos essas modalidades de guarda, faz-se necessária uma breve distinção entre guarda jurídica e guarda física.

A guarda jurídica ou legal decorre diretamente das relações parentais, emergentes do exercício do poder familiar. É o direito-dever de reger a vida dos filhos, proporcionando-lhes educação moral e intelectual, sustento, proteção, correção, vigilância e todas as demais ações que lhe assegure bem estar.

Por sua vez, a guarda física ou material é o exercício imediato da guarda jurídica, desempenhada apenas pelo genitor com o qual resida o menor. Dessa maneira, a residência é que permite o reconhecimento de quem detém a guarda física, não se confundindo referido instituto com a simples companhia, que ocorre quando os pais deixam os filhos na casa dos avós ou na escola por certo período do dia, por exemplo.

Feitas essas explicações preliminares, passaremos a análise dos modelos de guarda.

A guarda alternada é aquela na qual os filhos ficam sob a guarda ora do pai e ora da mãe, existindo uma alternância da guarda física entre ambos os genitores, que terão o exercício completo e exclusivo do poder familiar durante o seu período de

convivência com a prole que pode ser por meio ano, alguns meses ou algumas semanas do mês, por exemplo, conforme acordado pelos pais.

Em regra, inexistente simultaneidade na concordância ou na participação dos genitores na rotina dos filhos. As decisões são tomadas em separado por aquele que detém a guarda física em dado momento, o que equivale dizer que o guardião do período irá decidir sozinho os melhores meios de conduzir a criação e o desenvolvimento do menor. Em virtude disso, os estudiosos do assunto argumentam que a guarda alternada não tutela o bem estar da criança, à medida que afeta o princípio da continuidade, pois a cada período de alternância o menor teria de se adequar a decisões diferentes, no tocante à sua educação e rotina, o que geraria perda de referências e prejudicaria sua estabilidade psicoemocional¹³.

De acordo com a psicanalista Françoise Dolto:

Quando pequeno, o filho não pode suportar a custódia alternada sem permanecer débil na sua estrutura até, eventualmente, se dissociar ao sabor da sensibilidade de cada um. A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança. (19--., *apud*, QUINTAS, 2010, p. 27)

Dessa maneira, embora a guarda alternada possibilite uma maior igualdade no exercício do poder familiar e a manutenção de uma relação mais próxima entre pais e filhos, já que permite a convivência diária entre eles, não é o modelo de guarda que melhor atende aos interesses do menor, sobretudo porque não prima pela uniformização dos referenciais e das decisões sobre a educação dos filhos entre os pais, submetendo os menores a diferentes noções de certo e errado durante cada período de mudança da guarda física.

Evidente que o foco maior da guarda alternada é a manutenção da coabitação periódica e da convivência rotineira entre os filhos e cada um dos genitores, a partir da alternância de residências, medida que, em sua essência, termina por atender mais aos interesses dos pais que dos filhos, em desobediência ao princípio do melhor interesse do menor.

¹³ No mesmo sentido, Akel (2010, p.94): “Cremos que a alternância entre lares e guardiões impede que ocorra a consolidação dos hábitos diários, da própria rotina existente nos ambientes familiares e dos valores daí decorrentes, tão importantes para a vida e desenvolvimento da prole. Da relação alternada entre pais ocorre um elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, propiciando uma instabilidade emocional e psíquica ao menor”.

Na tentativa de amenizar as transformações no cotidiano dos menores, discute-se também a aplicabilidade da guarda aninhada, um modelo derivado da guarda alternada, onde os filhos continuam morando na mesma casa, enquanto os pais é que alternam a residência durante certos períodos. Tem-se aqui, contudo, a guarda alternada revestida de mais alguns fatores problemáticos: os custos da manutenção de três residências e o sacrifício dos pais que, periodicamente, têm que modificar sua rotina para poderem conviver com os filhos.

Acreditamos que a guarda aninhada não soluciona nenhuma das dificuldades advindas da adoção do modelo de guarda alternada, principalmente quanto à ausência de uma unidade coerente de regras para os filhos, trazendo apenas mais transtornos de ordem prática, existindo outros meios de manter o relacionamento parental sem causar tantos transtornos na vida dos envolvidos.

Cumpramos destacar, que inexistente na legislação pátria dispositivo legal que expressamente autorize o deferimento da guarda alternada, de modo que alguns a consideram inaplicável no direito brasileiro, enquanto outros fundamentam sua aplicação com base nas disposições do art. 1.586 do Código Civil¹⁴. No entender de Venosa (2010, p.1444) “essa modalidade [de guarda] está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções”. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, vejamos:

EMENTA: FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - GUARDA COMPARTILHADA - PERMANÊNCIA ALTERNADA DO MENOR COM SEUS GENITORES - COMPARTILHAMENTO DA GUARDA FÍSICA - INVIABILIDADE - VÍNCULO AFETIVO INTENSO COM O PAI - PROVIMENTO DO RECURSO- A alternância da posse física do menor entre os genitores, sendo aquele submetido ora aos cuidados do pai, ora da mãe, configura guarda alternada, repudiada pela doutrina e pela jurisprudência, e não guarda compartilhada, na qual os pais regem, em conjunto, a vida da prole, tomando as decisões necessárias à sua educação e criação.- Apurando-se através dos estudos sociais realizados nos autos que a criança tem maior vínculo afetivo com seu pai, deve ser fixada sua residência naquela do genitor. (TJ-MG, APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0324.07.057434-2/001, Câmaras Cíveis isoladas/3ª Câmara Cível, Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula, Julgado em 16/04/2009).

¹⁴ Conforme já destacado, o art. 1.586 do CC autoriza o juiz a decidir diferente do que determina a lei quanto à guarda de menores, desde que exista motivo grave que o justifique e essa medida atenda ao interesse do menor.

A guarda exclusiva ou unilateral, por sua vez, é o modelo de guarda mais comumente adotado quando há rompimento da unidade familiar. Nesse arranjo, o menor fica sob os cuidados e direção de um dos genitores, considerado mais apto para o exercício da guarda, cabendo ao outro, tão-somente, o direito de visitas e fiscalização. Nessa modalidade, tanto a guarda física como a jurídica pertencem a um dos pais, *in casu*, ao guardião. Este residirá com o menor, sendo seu representante legal e responsável por todos os seus atos.

Ressalte-se que, antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.698/08, a visita e a fiscalização incumbidas ao não guardião apresentavam-se na redação do art. 1.589 do Código Civil¹⁵ mais como uma possibilidade do que um dever realizado em favor dos interesses dos filhos, além de parecer que seu desempenho dependeria de autorização prévia do guardião.

Referida interpretação não condizia com o disposto no art. 229 da Constituição Federal¹⁶, o qual determina que ambos os pais “têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Por isso, valiosa a inclusão do §3º no art. 1.583, promovida pela citada lei de 2008, pois ao prescrever que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”, elimina qualquer interpretação diversa quanto às atribuições do não guardião.

Logo, no sistema de guarda exclusiva as visitas aos filhos e a fiscalização das ações do outro genitor são deveres daquele que não detenha a guarda física do menor, exercidos no intuito de salvaguardar os interesses da prole. Além disso, são os poucos atributos do poder familiar que lhe restou, já que boa parte das atribuições é agora exercida com exclusividade pelo guardião.

Quanto aos períodos de visita, cumpre salientar que estes não vêm previamente determinados em lei, cabendo ao juiz e aos genitores fixarem as melhores datas e horários para que seja estabelecida a convivência entre o menor e o não guardião. O único critério que deve ser considerado é, mais uma vez, o interesse dos filhos, pois a visitação é direito destes, devendo ocorrer em horários que lhes favoreça e

¹⁵ Art. 1.589, CC. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

¹⁶ Art. 229, CF. 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.

que respeite seu desejo e sua liberdade de estar com cada um dos pais (QUINTAS, 2010, p. 24-25).

Ademais, o direito de visita não se estende somente aos genitores do menor, sendo possível sua fixação a outros parentes como avós e tios, desde que reste comprovada que a convivência e a manutenção dos laços de carinho e afeto com tais pessoas serão favoráveis ao desenvolvimento do menor. Acerca da temática Venosa (2010, p.1446) destaca que:

A lacuna, no tocante à possibilidade do direito de visita dos avós e outros parentes, é tratada pelo Projeto nº 6.960/2002, o qual tentou acrescentar em seu §1º: ‘Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade’. Esses laços de afetividade devem ser levados em conta pelo magistrado, que poderá conceder o direito de visitas até mesmo a outros parentes, tios, por exemplo, que se encontrem emocionalmente ligados ao menor.

A Lei n. 12.398/2011 supriu em parte essa lacuna, autorizando de maneira expressa o direito de visitas dos avós no art. 1.589 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação, *verbis*:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. **O direito de visita estende-se a qualquer dos avós**, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011) (*grifo nosso*)

No entanto, embora ainda persista a ausência de previsão legal expressa, a jurisprudência também concede a outros parentes que demonstrem vínculo afetivo com o menor o direito de visitas. Como exemplo da aplicação desse entendimento, colaciona-se a seguinte jurisprudência:

Ementa: GUARDA. FILHA MENOR QUE SE ENCONTRA SOB A GUARDA DA AVÓ MATERNA. MÃE FALECIDA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS EM FAVOR DA TIA MATERNA, QUE CONVIVEU SEMPRE COM A INFANTE. POSSIBILIDADE. 1. Não existe qualquer ofensa ao ordenamento jurídico a regulamentação de visitas em favor da tia materna para a infante, que mora com a avó materna, já que a mãe faleceu logo após o parto. 2. Ficando claro que a tia nutre pela infante profundo afeto e que lhe dedicou carinho de mãe, mantendo estreito relacionamento com a criança, mostra-se necessária a regulamentação de visitas, pleito este formulado conjuntamente com o próprio pai da criança.

3. O direito a visitação é da criança e a questão deve ser focalizada sempre sob o prisma do interesse e conveniência desta, não merecendo reparo a sentença quando cuida de manter hígidos os vínculos afetivos saudáveis entretidos pela criança com a sua família, sem afetar a sua rotina de vida. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJ-RS, Apelação Cível Nº 70029310653, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2009)

Verificamos, portanto, que no modelo de guarda unilateral somente o guardião exercerá uma relação contínua com os filhos e todos os atributos do poder familiar, enquanto o outro manterá apenas relações esporádicas e eventuais em dias e horas limitadas, circunstância que prejudica a continuidade e a espontaneidade das relações parentais, bem como ocasiona a progressiva perda dos vínculos de intimidade entre a prole e não guardião.

Assim, considerando as consequências práticas e legais de ser ou não o guardião dos filhos menores, cuidadosa e complicada é a tarefa de determinar qual dos pais é o mais capaz de compreender as necessidades da prole, conseguindo-lhe propiciar afeto nas relações com o grupo familiar, incluído aí o não guardião, saúde, segurança e educação, conforme orienta o parágrafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, incluído pela Lei n.11.698/08, sobretudo quando ambos reúnem todas essas condições.

Dois pontos passaram, então, a ser alvo de debates: primeiro, se o interesse do menor estaria sendo efetivamente atendido quando era deferida a guarda com exclusividade a um dos genitores, sobretudo nos casos em que ambos demonstravam aptidão e interesse em seu exercício; e, segundo, se a divisão de papéis entre os genitores, após a fixação da guarda exclusiva, na qual a um cabe a direção dos cuidados e da educação dos filhos, enquanto ao outro a fiscalização desse proceder, não intensificaria os conflitos entre o ex-casal, criando um novo ambiente de discórdia, prejudicial ao desenvolvimento das crianças e adolescentes e de sua relação com a família.

O repensar dessas problemáticas, associado ao interesse crescente dos genitores de que a dissolução familiar não representasse o fim ou a restrição do exercício da parentalidade, propiciou o evoluir das relações familiares e a busca por um novo modelo de guarda que melhor atendesse a esses anseios.

Progressivamente, as famílias, estudiosos e profissionais que lidam com esse tipo de problemática foram compreendendo que o pleno desenvolvimento do

menor é o objetivo primordial das famílias e do próprio Estado, devendo estar acima de qualquer animosidade existente entre o ex-casal e de qualquer outro interesse.

O fortalecimento desse entendimento possibilitou a difusão da ideia de que é possível compartilhar a guarda e, por conseguinte, sua inclusão no Código Civil, através da já citada Lei n. 11.698/08.

De modo geral, compartilhar a guarda significa exercer com igualdade os direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Na prática, é a participação dos dois genitores nas principais decisões relacionadas ao bem estar dos filhos e em sua rotina, a partir de uma convivência mais estreita pela fixação de horários e dias de visita mais flexíveis, bem como a responsabilização conjunta pela educação e por todos os atos relacionados à prole.

Assim, percebe-se que a guarda exclusiva, por muito tempo considerada como melhor interesse do menor, hoje perde espaço para a guarda compartilhada, em decorrência da evolução das relações familiares e da superação da cultura de que a ruptura da relação conjugal importaria, necessariamente, em uma inevitável relação adversa entre o ex-casal, de modo que, a partir de seu rompimento, o contato entre eles deveria ser evitado sempre (QUINTAS, 2010, p.93-94).

Esse distanciamento até poderá ser possível para casais que não possuem filhos e o fim da conjugalidade traga implicações apenas de ordem patrimonial. No entanto, o mesmo não ocorrerá quando dessa relação advieram filhos, pois o menor tem direito e deseja ter ambos os pais em sua rotina, razão pela qual será impossível evitar o contato entre o ex-casal, ainda que mínimo, já que se distanciar um do outro implica afastar também a prole.

Face o exposto, cientes de que assegurar o melhor interesse do menor é dever de todos, sociedade, família e Estado, bem como conhecedores dos modelos de guarda mais utilizados e suas desvantagens, passaremos a analisar, no próximo capítulo, os fundamentos e a aplicabilidade da guarda compartilhada, sistema recentemente normatizado no Brasil, mas já largamente utilizado em outros países.

4. A GUARDA COMPARTILHADA

4.1. Noções Introdutórias

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

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

A ideia de compartilhar a guarda dos filhos surge aos poucos e em vários países, impulsionada pelas mudanças ocorridas na família do século XX, decorrentes dos novos paradigmas sociais oriundos da reestruturação dos meios de produção, da crescente inovação tecnológica e da difusão dos ideais humanitários¹⁷. Todos esses fatores modificaram o atuar das pessoas no meio social, seu estilo de vida e suas convicções ideológicas.

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

¹⁷ No entender de Grisard Filho (2010, p.189), “o direito de família deu um salto epistemológico por influência dos direitos humanos e a guarda de filhos de pais separados deixou de ser um tema singelo no trato técnico-jurídico para configurar-se, no presente, elemento relevante de legitimação de novos modelos normativos”.

domésticos e na criação dos filhos. A família reestruturava-se para acompanhar o ritmo ditado pelas transformações sociais.

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

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

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

Corroborando o exposto, Grisard Filho (2010, p.158) acrescenta que:

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

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

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

Isto posto, entendemos por guarda compartilhada, ou conjunta, a paridade e a co-responsabilização dos genitores quanto aos cuidados com a prole, sendo “um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal” (GRISARD FILHO, 2010 p.131). Aqui, a guarda jurídica pertence a ambos, o poder familiar é exercido em igualdade de condições, sempre com a observância do princípio do melhor interesse do menor, e a convivência com os pais não é prejudicada com a saída de um deles do lar, visto que ambos continuam a participar das principais decisões e dos demais acontecimentos marcantes na vida de seus filhos.

No mesmo sentido, Akel (2010, p.114) assevera que:

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

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

Segundo Rose Marie Muraro (2000, *apud*, QUINTAS, 2010, p.54-55), desde seus primeiros anos de vida, o menor vivencia um ambiente no qual existem, em regra, dois diferentes centros de poder, personificados na figura do pai e da mãe, e não apenas um, onde o pai sempre manda e a mãe somente obedece ou apenas um deles centraliza a tomada de decisões e o orçamento familiar, como ocorre quando instituída a guarda exclusiva. A criança, então, entenderia que o natural é a existência de um ambiente familiar pluralista e democrático, marcado pela solidariedade, pelo rodízio de lideranças e pela partilha de tarefas.

Na verdade, a autora defende que o modelo de guarda a ser adotado deve ser aquele que mantenha os referenciais familiares apresentados ao menor antes da ruptura,

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

Comentando o entendimento da autora citada, Quintas (2010, p. 55) expõe:

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

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

4.2. Aplicação e evolução da Guarda Compartilhada no direito comparado e no direito brasileiro

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

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

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

4.2.1. A experiência estrangeira na aplicação da Guarda Compartilhada

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

Contudo, a doutrina majoritária considera que as raízes da guarda compartilhada encontram-se no direito inglês, porque foi aí que o instituto ganhou mais visibilidade e sua aplicação pelos Tribunais incentivou os estudos da matéria por profissionais de diferentes ramos. Por outro lado, é nos Estados Unidos que o sistema possui maior aplicabilidade, apesar das dificuldades existentes no direito norte-americano em uniformizar a legislação do Direito de Família. Porém, o modelo adotado em Portugal é o que mais se assemelha ao brasileiro.

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

4.2.1.1. No sistema da Common Law - Inglaterra

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

Ocorre que a nova medida ao invés de solucionar a desigualdade existente entre pai e mãe, terminou por mantê-la, modificando apenas os sujeitos beneficiados e os prejudicados. Se primeiramente era a mãe quem sofria os males decorrentes da guarda unilateral do pai, progressivamente, este foi ocupando a posição de injustiçado pelo fortalecimento da guarda unilateral deferida à mãe (GRISARD FILHO, 2010, p.139).

Como exemplo dessa mudança, citamos o *British act* de 1939 que atribuiu às mães a guarda dos filhos, sobretudo quando estes eram menores de sete anos, iniciando-se a doutrina do “*tender years*” e o fortalecimento da presunção maternal sob a presunção paternal (QUINTAS, 2010, p.106).

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

Os Tribunais ingleses, aos poucos, entenderam que o vínculo parental não era uma via de mão única e que era preciso amenizar os efeitos causados pela perda do direito de guarda unilateral do pai, além de encontrar um meio mais capaz de assegurar o interesse maior da criança. Como solução, expediram ordens de fracionamento, denominadas “*split order*”, no intuito de dividir o direito de guarda entre ambos os genitores.

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

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

A consolidação da guarda compartilhada na Inglaterra, entretanto, somente ocorreu em 1964 no caso *Clissold*, paradigma que demarcou o início de uma tendência na jurisprudência inglesa. Os fatos ocorridos a partir daí apenas fortaleceram a ideia de que é possível compartilhar a guarda, como exemplifica Eduardo Oliveira Leite (1997, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p.140):

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

Os Tribunais ingleses passaram a privilegiar em suas decisões o interesse da criança¹⁸ e a igualdade parental, ideais que repercutiram diretamente nas províncias da *common law* do Canadá e, em seguida, nos Estados Unidos, onde a guarda compartilhada é aplicada na maioria dos estados.

Cumprе ressaltar que, embora a Inglaterra seja considerada o principal berço da guarda compartilhada, a sua aplicabilidade não é uma constante como em outros países que adotaram o modelo posteriormente, influenciados pelo exemplo inglês.

Segundo Quintas (2010, p.106-107), na Inglaterra, ainda há muitas decisões atribuindo a guarda exclusiva dos filhos às mães¹⁹, situação que ensejou a formação de vários grupos de apoio aos pais, como por exemplo, o *Fathers 4 Justice*²⁰, o *Shared Parenting Information* e o *Equa Parenting*, criados no intuito de ajudar e unir os homens na luta pela efetivação de seu direito de estar com os seus filhos. Esses grupos são responsáveis pelo debate dos direitos e necessidades dos pais após a ruptura

¹⁸ O parlamento inglês expressou em 1989, através do *Children Act*, que o bem estar da criança é o critério mais importante nas decisões sobre a guarda de menores (QUINTAS, 2010, p.107).

¹⁹ Segundo Michael Freeman, apesar do *Children Act* permitir acordos de guarda compartilhada, deve-se assumir que, como antes, a maioria das crianças ainda moraria com suas mães e um terço ou mais teria um contato cada vez mais decrescente com os pais. O fim de um casamento ainda significaria o fim do exercício parental na Inglaterra. (1997, *apud*, QUINTAS, 2010, p.107)

²⁰ Disponível em: <http://www.fathers-4-justice.org/>

familiar, bem como pela realização de diversos protestos por maior igualdade parental nas ruas, principalmente em datas comemorativas, como Dia dos Pais e Natal.

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

Nesse sentido, Andrew Bainham (2001, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p.140-141) adverte que, no futuro, as decisões sobre guarda, direito de visitas e convívio familiar utilizarão como fundamento o princípio do melhor interesse do menor associado ao direito dos pais à convivência familiar.

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

4.2.1.2. No direito norte-americano

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

O contexto social dos anos 70 facilitou a difusão das ideias de compartilhamento da guarda, uma vez que a presunção materna na atribuição da guarda perdia cada vez mais força em virtude do fortalecimento da igualdade entre homens e

mulheres e da aplicação do princípio do melhor interesse do menor, determinado pelo *Uniform Marriage and Divorce Act*²¹.

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

A guarda compartilhada, conhecida nos Estados Unidos como *joint custody* ou *shared parenting*, é autorizada em 45 (quarenta e cinco) estados. Nesses estados, onde a autorização é expressa, a aplicação do instituto ocorre de três maneiras diferentes: a) preferência pela sua aplicação sob outros regimes de guarda; b) presunção pela guarda compartilhada²²; e c) presunção pela guarda compartilhada, desde que com a concordância dos pais. Nos demais estados em que a autorização não é expressa, existe o entendimento de que a criança deve manter contato contínuo e frequente com os dois genitores, o que já torna possível a aplicação da guarda compartilhada (GRISARD FILHO, 2010, p. 143-144).

Ressaltamos que o sucesso da guarda compartilhada no direito norte-americano, onde inexistia uma legislação de família unificada²³, deve-se, sobretudo, a edição das chamadas Leis Uniformes, cujas disposições regulam matérias de interesse nacional que poderão ser aplicadas da mesma maneira por todos os estados que a ela aderirem. Por essa razão, foi editado o *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, com o fim de garantir estabilidade ao regime de guarda judicialmente fixado, facilitar o cumprimento da sentença e evitar conflitos de competência entre diferentes jurisdições estaduais para

²¹ Trata-se de regras uniformes para casamento e divórcio, editadas em 1970 e aplicáveis em todo o país. Tais normas determinavam que as decisões sobre guarda dos filhos deveriam considerar o princípio do melhor interesse do menor, o desejo dos pais e dos filhos, a relação entre eles, a rotina dos menores na residência, na escola, na comunidade, bem como a saúde mental de toda a família (QUINTAS, 2010, p. 108).

²² Nesses estados, há o entendimento de que a guarda compartilhada é o melhor regime a ser adotado e aquele que melhor satisfaz as diretrizes fixadas pelo princípio do melhor interesse da criança, enquanto não demonstrado pelas partes que, naquele caso específico, o bem estar da criança somente será garantido por modalidade de guarda diversa. Segundo definição do Dicionário Aurélio, o verbete “presunção”, em sentido jurídico, significa: “Consequência que a lei deduz de certos atos ou fatos e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário”.

²³ Nos Estados Unidos cada estado está autorizado a criar e aplicar sua própria legislação no âmbito do Direito de Família.

definição de quais regras devem ser aplicadas ao caso, sobretudo quando as famílias, após a ruptura, deslocam-se para diferentes estados.

Nos Estados Unidos ocorre ainda a divisão da guarda compartilhada em jurídica (*joint legal custody*) e em física (*joint physical custody*). A primeira atribui a ambos os pais co-participação e co-responsabilização pela tomada das principais decisões relativas à vida dos filhos, enquanto a segunda refere-se ao tempo de convivência do menor com cada um dos pais e a sua participação em situações do cotidiano dos filhos. A definição de qual o regime a ser adotado, embora pouca diferença exista entre eles, fica a critério de cada estado, podendo haver opção por ambos ou apenas um deles²⁴.

4.2.1.3. No direito lusitano

Em Portugal, a guarda compartilhada encontra fundamento na Constituição de 1976, que aboliu o sistema patriarcal, até então em vigor, ao igualar em direitos e deveres homens e mulheres e atribuir a ambos o exercício do poder familiar, aí denominado de poder paternal. Além disso, a Constituição portuguesa consagra, no art. 36, n.6, o “princípio da inseparabilidade dos filhos de seus progenitores”, determinando que pais e filhos não sejam separados, exceto mediante decisão judicial quando aqueles descumpram seus deveres fundamentais de proteção e amparo (QUINTAS, 2010, p.110).

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

²⁴ “Na guarda jurídica compartilhada, pai e mãe compartilham direitos e responsabilidades, especialmente no relativo a cuidados médicos, educação, religião. Na guarda física compartilhada, implica compartilharem a responsabilidade e a tomada de decisões diárias” (NICK, 1997, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p.145).

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

Em 1995, a partir da vigência da Lei n. 84/95, ocorreu uma nova mudança no art. 1906 do Código Civil, sendo permitindo que os pais optassem pelo exercício comum do poder paternal quando finda a união familiar, constituída ou não pelo vínculo matrimonial. Com essa alteração, passa a vigorar no direito lusitano a guarda compartilhada, apesar de não constar no Código Civil, expressamente, essa nomenclatura (QUINTAS, 2010, p.111).

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

Destacamos que, em Portugal, quando não fixada a guarda compartilhada, o poder paternal é exercido por apenas um dos genitores, no caso o guardião. Entretanto, os pais podem fixar, mediante acordo, que determinados assuntos sejam resolvidos por ambos ou mesmo que a administração dos bens dos filhos seja assumida por qualquer um deles (QUINTAS, 2010, p.112).

4.2.2. A Guarda de Menores no Brasil

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

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

A indissolubilidade jurídica do casamento perdurou até o ano de 1977, quando o divórcio foi autorizado no Brasil. Antes disso, porém, o Código Civil de 1916 já admitia o desquite, cujo significado era não quite ou em débito com a sociedade, que rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal, mantendo o vínculo jurídico entre os cônjuges (DIAS, 2009, p.97).

Quanto à guarda dos filhos comuns, o Código Civil de 1916 instituía que, durante o casamento, ela pertencia ao marido, chefe da família. O pátrio poder materno não era exercido de maneira direta como o do pai, mas em regime de colaboração e, com exclusividade, somente nos casos de ausência ou de impedimento do marido (arts. 380 c/c art. 384)²⁵.

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

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

No caso de desquite judicial ou litigioso, a fixação da guarda era baseada na aferição da culpabilidade de cada cônjuge para o fim da união, cabendo o exercício da guarda àquele declarado inocente. Sendo ambos culpados, o critério era o sexo e a idade dos filhos, de modo que àqueles menores de seis anos permaneceriam sob os cuidados da mãe e, após essa idade, os meninos seriam entregues aos cuidados do pai. Segundo Quintas (2010, p.116), “a preocupação do momento era fazer justiça ao cônjuge inocente e não aos filhos”.

²⁵ Art. 380, CC/16. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

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

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

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

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

Ademais, consoante previsão contida tanto no Código Civil 1916 como nos demais diplomas alteradores, o julgador podia ainda relativizar as normas de fixação da guarda dos filhos, detendo a discricionariedade necessária para, a bem dos filhos, deixar de aplicar os modelos de guarda previstos na legislação e decidir da maneira que melhor atendesse os interesses da prole, mesmo que em desacordo com o fixado pelos genitores na separação consensual²⁶.

O Decreto-Lei 3.200/1941, disciplinando a guarda do filho natural, ou seja, da filiação ilegítima, desprestigiada pela sociedade anterior à CF/88, determinou em seu art.16 que a guarda do menor caberia ao genitor reconhecente, na prática a mãe²⁷, e caso

²⁶ Art. 327, CC/1916 (texto original, Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977): Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais. Art. 13, Lei do Divórcio: Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

²⁷ Conforme o magistério de Dias (2009, p.98), “[...] a prole concebida fora do casamento era alijada de qualquer direito. Nominados de naturais, espúrios, adúlterinos, incestuosos, eram todos filhos ilegítimos e sem direito de buscar a sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou a morte do genitor permitia a demanda investigatória da paternidade [...]”.

reconhecido por ambos ficaria sob o poder do pai, salvo posicionamento contrário do juiz fundado no interesse do menor. Posteriormente, a Lei n. 5.582/1970 modificou esse entendimento determinando que, apesar de reconhecido por ambos os pais, o filho ilegítimo ficaria sob a guarda da mãe, salvo prejuízo de ordem moral ao menor, bem como possibilitou que a guarda do mesmo fosse deferida a pessoa idônea, preferencialmente da família dos pais.

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

Essa situação perdurou até o ano de 1977, quando novas mudanças legislativas no Direito de Família foram implantadas. Primeiramente, a partir da Emenda Constitucional n.9, de 28 de junho, que decretou a dissolubilidade do casamento e, em seguida, com a Lei n. 6.515/77 – Lei do Divórcio – que revogou às disposições do Código Civil que disciplinavam a proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal, passando a matéria a ser regida conforme o disposto na citada lei.

Embora as transformações legislativas de 1977 tenham significado uma grande mudança para a sociedade brasileira da época por romper com a ideia de sacralização e indissolubilidade do matrimônio²⁸, no tocante à guarda de menores o mesmo não aconteceu. Os critérios para definição do responsável pela guarda continuaram os mesmos: responsabilidade dos cônjuges pelo fim do matrimônio, melhor interesse do menor, preferência pela guarda exclusiva materna, sobretudo nos

²⁸ Cumpre ressaltar que é incorreta a afirmação de que o aumento do número de rupturas conjugais foi consequência direta da autorização do divórcio no Brasil, visto que a Lei n. 6.515/77 veio apenas regular, juridicamente, uma realidade social crescente. Akel (2010, p.97-98) destaca que “o fenômeno da monoparentalidade eclodiu, com grande influência no mundo jurídico, principalmente, a partir de 1972, [...], refletindo o resultado da chamada ‘revolução sexual’ decorrente do movimento feminista”. Dessa maneira, complementa a autora, “a tendência separatista, no Brasil, já era veementemente manifestada, diante da insatisfação em relação à manutenção do desquite, que impedia a realização de outro casamento, não mais atendendo aos anseios sociais”.

casos de culpa recíproca, e o que houvesse sido acordado pelos pais nos casos de divórcio consensual.

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

Entendemos que as disposições relativas à guarda dos filhos previstas nas duas novas situações de extinção da comunhão de vida incluídas pela Lei do Divórcio pouco ou nada inovaram a legislação já existente, apenas confirmando o que já acontecia na prática e já era definido em outras situações de dissolução da unidade familiar, ou seja, a atribuição da guarda exclusiva em favor da mãe. Somente no caso do divórcio-remédio, no qual um dos cônjuges estava acometido por doença mental grave, é que o princípio do melhor interesse do menor sobrepuja-se ao monopólio materno, pois nesse caso não havia que se falar em instinto maternal prevalente quando a mãe estivesse acometida de enfermidade dessa natureza.

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

Mudanças significativas só ocorreram mesmo com o advento da nova ordem constitucional em 1988, quando tem início um processo de valorização dos membros da família e o fim da pré-determinação dos papéis de homens e mulheres, decorrentes da

igualdade entre os sexos, sobretudo quanto aos direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal e ao poder familiar.

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

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

Acerca das mudanças introduzidas pelo atual Código Civil na regulamentação do direito de guarda, Grisard Filho (2010, p.159) comenta que:

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

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

A ideia da culpabilidade, inserida nas relações familiares, enraizava na sociedade uma concepção extremamente prejudicial à prole e, de certa maneira, aos seus genitores. Àquele culpado pelo fim do casamento, ao ser assim declarado, recebia como

punição a perda da guarda e do convívio com os filhos, enquanto ao outro, supostamente inocente, a continuidade da relação parental era assegurada como uma espécie de consolo e de justiça realizada em seu favor face o desrespeito provocado pelo culpado. Tal entendimento apenas favorecia a discórdia familiar e o preconceito social em relação às pessoas divorciadas.

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

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

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

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

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

Nesse interstício, cumpre ressaltar que a sociedade brasileira passou por intensas transformações, decorrentes do fim da aferição da culpa dos cônjuges para a dissolução do casamento, da aplicação dos direitos humanos na família, da modificação da estrutura familiar, do aumento do número de divórcios e de filhos que enfrentavam essa situação, bem como da consolidação dos ditames constitucionais de igualdade entre os sexos, que fortaleceram a profissionalização da mulher, sua atuação no mercado de trabalho e seu papel de provedora da renda familiar.

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

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

4.3. A guarda compartilhada no Código Civil

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

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

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

4.3.1. A nova redação do art. 1.583 do Código Civil

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

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

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

No entanto, embora possa parecer pela leitura do dispositivo em comento, inexistente uma fronteira bem limitada entre guarda unilateral e compartilhada, tendo em vista que, dependendo da forma como os dois modelos são exercidos na prática, um

pode se transformar no outro a qualquer momento. Nesse sentido, Venosa (2010, p.1444) comenta que:

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

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

Discorrendo acerca da dimensão interpretativa que se deve dar à expressão “que não vivam sob o mesmo teto”, contida na parte final do §1º do art. 1.583, Grisard Filho (2010, p.198) explica que:

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

Desta feita, a guarda compartilhada contempla todos os pais, que tenham ou não convivido em regime familiar, de maneira que a escolha por esse sistema depende unicamente do interesse dos genitores em participar da vida de seus descendentes e da capacidade deles de superar suas diferenças, ao menos no que compete às decisões acerca do bem estar de seus filhos.

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

A guarda unilateral continua sendo atribuída àquele que revele as melhores condições para exercê-la. No entanto, com as mudanças legislativas operadas pela lei de

2008, o legislador fixou diretrizes fundamentais e mais objetivas para a definição do que seria “genitor com melhores condições”, já que agora a interpretação do dispositivo está condicionada na própria lei, a partir da união de elementos afetivos, biológicos e sociais, quando determina que o guardião na guarda unilateral deve propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, educação, saúde e segurança (GRISARD FILHO, 2010, p.195-196). Esses fatores são apenas um mínimo de benefícios que devem ser assegurados aos filhos, cujos direitos aí não se esgotam, porque outros ainda são previstos no *caput* do art. 227 da CF/88 e no art. 4º do ECA, tampouco possuem importância pré-determinada ou prevalência um sobre os outros.

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

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

Quintas (2010, p.125), no entanto, critica a Lei n. 11.698/08, pois considera que referida norma limitou os pais a optarem pela guarda compartilhada ou unilateral. Assevera que “a nova redação do Código não vislumbra todas as possibilidades para contemplar o interesse da criança na relação pais e filhos”, pois a guarda deve se sujeitar às peculiaridades do caso concreto e à vontade dos pais.

Discordamos dessa opinião, seguindo o posicionamento de Grisard Filho (2010, p. 194-201). Mediante uma interpretação sistemática, parece mais correto o entendimento de que o art. 1.583 não traz rol taxativo, apesar de determinar expressamente que a guarda será unilateral ou compartilhada, exatamente porque nas ações de guarda, dada a variedade de situações-problema e as peculiaridade de cada família, o caso concreto é que deve nortear a decisão do magistrado (princípio da singularidade). Daí, a regra contida no art. 1.586 do Código Civil estabelecer que o juiz

pode não aceitar o modelo de guarda proposto em acordo ou individualmente pelos pais e determinar a guarda de modo diferente do previsto nos artigos que regulam a matéria, desde que a bem do menor. O modelo a ser adotado depende, portanto, do que será compreendido pelo julgador como melhor interesse do menor em cada caso.

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

4.3.2. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil

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

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção as necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

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

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

No caso do inciso I, não obstante a falha legislativa, a guarda unilateral ou compartilhada também pode ser alvo de discussão na investigação de paternidade e nas ações de nulidade ou anulação de casamento e não apenas naquelas expressamente citadas no dispositivo. Além disso, essa regra terá aplicabilidade tanto nos casos em que o acordo pré-existe ao ajuizamento da ação como naqueles em que este é alcançado no decorrer do processo. Advindo o acordo no bojo da ação cautelar de separação de corpos, o procedimento judicial cautelar deve ser aproveitado, realizando-se, desde logo, a homologação da convenção referente à guarda da prole comum, sendo desnecessária a instauração de ação de conhecimento específica para tal fim (GUILHERME DA GAMA, 2008, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p.203).

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

Venosa (2010, p. 1445) comenta que:

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

Consciente de que o acordo é a melhor solução nas lides familiares, o legislador determinou no §1º que o juiz deverá informar ao pai e à mãe, já na audiência de conciliação, o significado, a importância, a igualdade de direitos e deveres, bem como as sanções decorrentes do descumprimento das condições da guarda compartilhada, com o escopo de esclarecer às partes acerca dos benefícios desse novo

modelo que, quando requerido em consenso pelos pais, está ainda mais apto a assegurar os interesses dos filhos e de todo o grupo familiar.

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

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

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

A leitura conjunta das citadas disposições contidas no inciso II do *caput* com o §2º, ambos do art. 1.584 do Código Civil, revela a preferência legal pela guarda compartilhada, importante modificação firmada pela Lei n. 11.698/08 que sepultou a primazia antes exercida pela guarda exclusiva, agora aplicada de maneira subsidiária por decisão dos pais ou segundo o entendimento do juiz diante das circunstâncias do caso concreto.

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

A doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto à aplicabilidade da guarda compartilhada em tais situações, pois se questiona a efetividade de uma medida imposta, cujo cumprimento depende da co-participação e do diálogo entre pessoas que

não se entendem. O fundamento dos posicionamentos contrários e a favor da medida, bem como a aplicação prática dessas disposições será comentado no tópico seguinte, considerando recente decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

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

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

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

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

Na opinião de Grisard Filho (2010, p.207) as sanções civis previstas no §4º penalizam mais os filhos que o genitor desobediente, já que prevê como penalidade a redução de prerrogativas, inclusive quanto ao número de horas de convivência com os filhos ou até mesmo a alteração do regime de guarda.

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

no menor, seja pela ausência injustificada e constante de um de seus pais, seja pelo afastamento imposto propositadamente por um dos genitores.

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

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

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

4.4. Meios de exercício da guarda compartilhada e o entendimento jurisprudencial

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

O trabalho complementar da doutrina torna-se ainda mais importante quando se trata de guarda de menores, pois são as conclusões dos estudiosos que orientam o julgador em como aplicar, da melhor maneira possível, as disposições legais. Nesses tipos de ações, uma vez que os rumos da decisão são definidos pelo caso concreto, a lei apenas dita as diretrizes básicas e fundamentais do instituto, enquanto

que os detalhes e a maneira como a guarda será aplicada na prática são fixados pelo magistrado com base no conhecimento adquirido nos estudos das ciências jurídica e auxiliares, em regra, representadas no foro pelo núcleo de Psicologia e Assistência Social, conforme prevê o §3º do art. 1.584 do Código Civil.

Nesse ensejo, exemplificamos essas considerações com o seguinte entendimento jurisprudencial do Tribunais de Justiça de São Paulo:

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

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C PEDIDO LIMINAR. GUARDA DA CRIANÇA CONCEDIDA AO GENITOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPROVIDO. ACORDO FIRMADO PELAS PARTES. SUSPENSÃO DO FEITO. **TENTATIVA DE GUARDA COMPARTILHADA DURANTE 60 DIAS. INEFICÁCIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. ESTUDOS SOCIAIS REALIZADOS. RESTABELECIMENTO DA GUARDA DO MENOR A GENITORA.** AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A MODIFICAÇÃO DA GUARDA. DECISÃO CORRETA. APELO DESPROVIDO. (TJ-PR, AC 0758255-6, 11ª Câmara Cível, Umuarama, Rel.: Des. Augusto Lopes Cortes, Unânime, Julgado em 15/06/2011) – (*grifo nosso*)

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

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

A principal característica da guarda compartilhada é a flexibilidade de seu exercício (LÔBO, 2011, p. 200). Inexistem regras pré-determinadas e fixas, moldando como o instituto deve se desenvolver na prática. Cada família deverá acordar como se dará o compartilhamento de direitos e responsabilidades de acordo com as necessidades específicas dos filhos e do grupo familiar, no intuito de diminuir a sobrecarga dos papéis parentais e de proporcionar no menor a sensação de que os seus pais continuam presentes em seu cotidiano.

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

Primeiramente, para que seja possível o exercício conjunto da guarda, ambos os pais devem ter aptidão para desempenhar essa tarefa. Se o juiz detectar na personalidade e na rotina de qualquer um dos genitores alguma conduta que desfavoreça sua convivência com os filhos, não deve decretar a guarda compartilhada, mas sim a unilateral em favor daquele que demonstrar as melhores condições para exercer a guarda ou a terceiro não detentor do poder familiar. Nessa situação, caberá ainda ao juiz regular o direito de visitas do não guardião, da maneira e com a frequência que considerar necessária, tendo em vista a gravidade da conduta desabonadora e o grau de bem estar que esse contato poderá proporcionar ao menor²⁹.

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

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

²⁹ Como destaca Venosa (2010, p.1447), a visita é um direito e não uma obrigação, devendo-se ter em mente que existe o direito de visita e não o direito de ser visitado. Por essa razão e considerando-se a doutrina da proteção integral, se for conveniente para o menor e a situação assim exigir, o juiz poderá determinar que a visita ocorra em horário estabelecido e local diverso do domicílio do pai ou da mãe, sob fiscalização de agentes do Judiciário, como psicólogos e assistentes sociais.

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

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

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Sergipe, ante as denúncias de abuso sexual do pai contra a filha menor, preferiu a fixação da guarda exclusiva em favor da mãe até que fossem esclarecidos os fatos desabonadores da conduta paterna e impeditivos da aplicação da guarda compartilhada. Enquanto não solucionada a questão, o direito de visitas do pai não foi cerceado, porém foi deferido com algumas restrições, a fim de garantir a segurança e o bem estar da criança. Vejamos:

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

Outra questão relevante é a residência dos filhos. Embora, a lei tenha silenciado sobre o assunto, a doutrina majoritária entende que a guarda compartilhada pressupõe a existência de uma residência fixa com qualquer um dos genitores, escolhida em consenso pelos mesmos ou pelo juiz de acordo com as circunstâncias do caso

concreto. Lôbo (2011, p.200) explica que tal medida é fundamental para “garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a [residência] do outro”.

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

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

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

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

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

A doutrina estudiosa do assunto ressalta que o convívio com o outro genitor que não detenha a guarda física é livre. No entanto, acreditamos que essa liberdade é

limitada pela disponibilidade e pela vontade dos envolvidos, uma vez que a convivência parental não deve significar prejuízo a nenhuma das partes, tampouco ser algo forçado. É necessária a existência de voluntariedade na convivência, bem como a ausência de dano, visto que os filhos não podem deixar de lado suas atividades diárias, como o colégio, para estar com um dos pais, assim como estes não podem perder seus compromissos profissionais mais relevantes para estarem com seus filhos. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio, que respeite os interesses de todos, sobretudo o dos filhos.

A limitação do acesso³⁰, assim denominada a “visitação” na guarda compartilhada, decorre, portanto, da própria compreensão do instituto, uma vez que os benefícios advindos da opção de compartilhar a guarda não podem ser unilaterais. Lógico que a preocupação maior é com o bem estar dos filhos, em virtude da necessidade de assegurar-lhe pleno desenvolvimento, mas a satisfação pessoal e os interesses dos pais não podem ser relegados totalmente, sob pena de prejudicar os interesses do próprio menor com o passar do tempo.

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

Grisard Filho (2010, p.209), ao cuidar do assunto, defende que inexistem pensão alimentícia na guarda compartilhada, mas sim um rateio de despesas, no qual o pai arca com uma parcela dos gastos reais do filho, como as decorrentes da escola (matrícula, uniforme e material didático), a mãe custeia as despesas com plano de saúde e alimentação e ambos pagam as despesas extraordinárias que compreendem vestuário, lazer e outras de caráter eventual.

Entendemos que essa divisão de despesas nada mais é que uma forma de se prestar pensão alimentícia, sendo apenas uma nova faceta do dever de sustento, reflexo da flexibilidade inerente à guarda compartilhada. Além disso, se as responsabilidades são divididas, as despesas também deverão ser, de modo que cabe ao genitor que

³⁰ Para Grisard Filho (2010, p. 207), “na guarda compartilhada, é inadequado falar-se em visitação ou limitação de acesso ao filho pelo genitor com quem não conviva”. Discordamos desse posicionamento por entendermos que o bem estar do menor exige uma limitação mínima dessa liberdade de convivência. É necessário respeitar e preservar sua rotina, na medida do possível, nos moldes em que era antes da ruptura, pois o convívio com os pais não pode atrapalhar o desenvolvimento de suas atividades diárias. Portanto, é preciso haver uma adequação de horários, nunca de maneira rígida como ocorre na guarda unilateral, mas de uma forma que seja possível a ampla convivência sem que a mesma proporcione prejuízos a nenhuma das partes, em especial ao menor.

detenha melhores condições arcar com maior parcela das despesas dos filhos, considerando os critérios definidores do valor da pensão alimentícia: possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado.

No entanto, o bom funcionamento da guarda compartilhada não depende apenas das situações até aqui explanadas, sendo necessário e fundamental que os pais compreendam que sua relação com os filhos é diferente e desvinculada da que possuem entre si. Como explica Quintas (2010, p.68):

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

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

Nesse mesmo sentido, destacamos:

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

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

Em virtude da aparente incompatibilidade das situações – ausência de acordo entre os pais e necessidade de tomada de decisões em conjunto – é que a guarda compartilhada coercitiva gera tantas polêmicas e divergências na jurisprudência e na doutrina.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça do país, em regra, não aplica a guarda compartilhada quando existe dissenso entre os genitores, destacando que a aplicação do instituto exige harmonia e diálogo entre eles³¹. No entanto, referido posicionamento não encontra unanimidade nem no âmbito do mesmo tribunal, como é o caso do Rio de Janeiro:

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

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

³¹ Além dos julgados já citados, temos: 1) TJ-MG, Apelação 1.0024.08.197958-5/001, Rel.: Des. Vieira de Brito, Julgado em 14/04/2011; 2) TJ-SE, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5297/2011, Rel.:Desa. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, Julgado em 15/09/2011;

Contrário à guarda compartilhada coercitiva, Venosa (2010, p.1443-1444) defende que o instituto não será possível quando imposta a casais que ainda se encontram em estado de beligerância, pois no seu entender:

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

Para Dias (2009, p.402), se ambos os pais optam expressamente pela guarda unilateral, o juiz não pode impor o compartilhamento, pois deve prevalecer a vontade dos genitores do menor, titulares do poder familiar, salvo em situações excepcionais e graves em que serão aplicadas as disposições do art. 1.586 do Código Civil, já comentado. Assim, para a autora, o magistrado somente impõe a guarda compartilhada se apenas um dos genitores não aceitar o sistema e se o serviço de orientação técnico-profissional ou a equipe multidisciplinar da vara constatar que a medida pode favorecer o bem estar do menor.

Grisard Filho (2010, p. 205-206), por sua vez, argumenta que o importante para a eficácia da guarda compartilhada é a existência de entendimento entre o casal parental, ou seja, entre pai e mãe, e não entre o casal conjugal. Segundo o autor:

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

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

Pensamos que cada um dos autores, cujos posicionamentos foram citados, acerta em pelo menos um dos aspectos por eles comentado. Vejamos.

Primeiramente, o exercício da guarda compartilhada, de fato, exige dos genitores compreensão, boa vontade, educação e consciência. Compreensão para aceitar o agir do outro e para entender as necessidades dos filhos. Boa vontade para cumprir as medidas que o regime exige, visto que a responsabilização conjunta e a co-participação na vida dos filhos não se concretizam apenas por meio de um ato imposto, dependendo de um contínuo agir voluntário. Consciência de que o bem dos filhos é algo maior que suas desavenças pessoais e que, exatamente por primarem pelo bem estar deles, seu relacionamento deve ser pautado por um mínimo de educação, no qual serão evitadas trocas de ofensas e qualquer tipo de desqualificação mútua na presença da prole.

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

No entanto, ainda que os dois genitores estejam aptos ao exercício da guarda e exista entre eles um bom relacionamento, nem sempre será recomendável que o juiz decrete a guarda compartilhada, se esta não é da vontade de ambos, pois pode acontecer de o modelo acordado pelos pais, considerando as características daquele grupo familiar, melhor satisfaça os interesses da prole. Ao magistrado caberá apenas averiguar se há algum impedimento para a homologação do acordo, seja porque ofende o princípio do melhor interesse do menor ou porque sua adoção encontra algum empecilho legal. Contudo, nada impede que o juiz oriente as partes sobre as vantagens de compartilhar a guarda e tente convencê-las a mudar o regime escolhido, podendo contar nessa tarefa com o auxílio de equipe multidisciplinar. É o que se extrai das normas contidas nos §§1º e 3º do art. 1.584 do Código Civil³².

Por outro lado, a aplicação da guarda compartilhada também não deve ficar restrita ao aceite dos genitores do menor, sob pena da medida tornar-se letra morta. O instituto deve ser aplicado de modo coercitivo pelo juiz como um meio de desestimular a discórdia então existente entre os pais. Não obstante, é necessário que o juiz, antes de determinar a guarda compartilhada, examine a natureza da disputa travada pelos pais, a

³² Art. 1.584, § 1º: Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. [...] § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

fim de verificar se essa situação decorre de uma divergência real entre eles ou da vontade de um ou de ambos de espicaçar o outro. Fundando-se o litígio no primeiro caso, nada impede a aplicação da guarda compartilhada, ainda que por um período teste, durante o qual o magistrado avaliará a qualidade da relação parental, se benéfica ou não para a prole. No entanto, sendo a causa da discórdia o puro desejo de litigar com o outro genitor, não há que se falar em aplicação coercitiva da guarda compartilhada, sobretudo porque a inexistência de uma comunicação razoável entre os pais e de um relacionamento entre eles que priorize os interesses dos filhos impede a efetivação do fim maior do instituto que é o bem estar do menor.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela

implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

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

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

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

11. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011) – (*grifo nosso*)

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

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

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

Ademais, a jurisprudência destaca a figura da guarda física conjunta que nada mais é do que “uma possibilidade dentro da guarda compartilhada e não uma característica desta” (QUINTAS, 2010, p.97).

A doutrina entende que essa variação da guarda compartilhada também não significa tempo igual e exclusivo com cada genitor, sob pena de transformar o instituto em guarda alternada, mas ampla liberdade no acesso dos filhos com o pai e a mãe, de modo que os primeiros possam desfrutar de sua rotina a partir do contato materno e paterno. Contudo, como destacou a Ministra Nancy Andrigli, a guarda compartilhada é regra, enquanto que a guarda física conjunta somente é aplicada quando as circunstâncias do caso concreto são favoráveis, devendo-se ser considerada a rotina do menor, a proximidade das residências paterna e materna, a capacidade financeira da família, dentre outros elementos.

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

4.5. Vantagens e Desvantagens

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

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

A guarda compartilhada assegura aos filhos uma convivência mais ampla com o pai e com a mãe, ainda que residam com apenas um deles³³. Isso evita o distanciamento e a diminuição da espontaneidade da relação parental, além de propiciar maior estabilidade emocional ao menor e aos genitores.

A manutenção dos laços afetivos entre ascendentes e descendentes desfavorece também a alienação parental³⁴ e os sentimentos de angústia e abandono dos filhos, visto que eles sentem que podem contar com seus dois pais sempre que necessitarem. Além disso, proporciona maior contato do menor com o grupo familiar de cada uma das linhagens, sendo o convívio com avós, tios e primos mais um referencial que favorece o seu desenvolvimento pleno.

Ademais, a co-participação em direitos e deveres alivia a sobrecarga de atribuições sobre o guardião e a insatisfação do outro por não estar presente no cotidiano dos filhos, permitindo que ambos possam conciliar vida pessoal e profissional com a função paterna e materna. Acerca desse aspecto, Grisard Filho (2010, p.222) comenta:

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

O modelo favorece ainda a conscientização dos pais, das famílias e de toda a sociedade de que nas ações de guarda não existem ganhadores ou perdedores, de maneira que todos devem ser beneficiados, principalmente o menor. Assim, o conflito e

³³ Lembramos que na guarda compartilhada a residência fixa com um dos genitores é a regra, enquanto que a guarda física conjunta não é proibida, embora somente seja aplicada quando as condições da família demonstrarem que essa modalidade é possível sem prejudicar o desenvolvimento e o equilíbrio psicológico dos filhos.

³⁴ A Lei n. 12.318/2010, no art. 6º, inciso V, determina a instituição da guarda compartilhada como um dos meios para inibir ou atenuar os efeitos negativos advindos da alienação parental.

a estigmatização da ruptura familiar são desfavorecidos, privilegiando-se a conciliação e a desvinculação da relação conjugal da parental e, conseqüentemente, a diminuição do número de litígios perante o Judiciário, contribuindo para a celeridade processual.

Citamos como exemplo, o caso da pensão alimentícia. Quando os pais compartilham a guarda, a convivência torna-os conhecedores e conscientes das necessidades diárias de seus filhos, facilitando o adimplemento voluntário da verba alimentar, uma vez que o alimentante consegue enxergar como suas contribuições financeiras estão sendo gastas e se, de fato, estão sendo revertidas em proveito dos filhos.

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

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

Enquanto a família permanece fisicamente unida, a responsabilidade de ambos os pais é presumida, decorrendo do dever de educar e de manter os filhos sob sua vigilância. Cessada a união e sendo fixada a guarda unilateral, cessa também a solidariedade dos pais, recaindo sobre o guardião, com exclusividade, a presunção de culpa dos atos praticados pelo menor. O fundamento jurídico dessa situação emana do dever de vigilância atribuído ao guardião, gerador da culpa *in vigilando*, derivando, portanto, do exercício da guarda e não do poder familiar, de modo que inexistirá dever de vigilância (e culpa) sem o correspondente dever de guarda (GRISARD FILHO, 2010, p. 109-110).

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

A doutrina, contudo, não elenca apenas vantagens à guarda compartilhada. As críticas também existem, como em qualquer outro modelo, apesar de muitas delas decorrerem da estigmatização dos benefícios proporcionados pelo novo sistema e da

confusão que ainda se faz entre guarda alternada e compartilhada, sobretudo, na modalidade de guarda física conjunta.

Edward Teyber (1995, *apud*, GRISARD FILHO, 2010, p. 224-225) assevera que a guarda compartilhada tem seus benefícios, funcionando bem para “pais cooperativos, e muitas vezes tem [sic] êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos”, porém o mesmo não acontece quando os casais estão em constante conflito, sendo um equívoco a sua adoção nessas situações.

Outra crítica, destacada por Quintas (2010, p.94) a partir de pesquisa realizada com juízes de Varas de Família, decorre do fato de que alguns genitores não desejam assumir qualquer responsabilidade pela educação e criação dos seus filhos, lutando pela guarda apenas como uma maneira de atingir as ex-mulheres, já que com o deferimento da guarda compartilhada todas as responsabilidades recairiam sobre elas que ainda necessitariam da concordância do pai do menor para tomada das decisões.

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

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

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

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

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

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

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

4.6. A influência da redescoberta das funções paterna e materna na escolha do modelo de guarda

Já destacamos ao longo deste trabalho, as circunstâncias que proporcionaram o desenvolvimento da ideia de compartilhar a guarda, a fim de manter vivo e inalterado o convívio parental após a dissolução da família. Porém, dentre todas as transformações apontadas, acreditamos que nenhuma delas foi mais fundamental para o fortalecimento e a difusão da guarda compartilhada do que a redescoberta das funções do pai e da mãe no ambiente familiar, pois essa nova divisão de atribuições propiciou o

repensar de presunções e de paradigmas, bem como modificou a feição familiar, tornando-a ainda mais acolhedora e fundada mais no afeto do que na autoridade.

A ideologia patriarcal foi tão forte em nossa sociedade que ainda hoje vivenciamos os resquícios por ela deixados. Embora possa parecer absurda essa afirmação, considerando as mudanças e conquistas operadas na sociedade e nas famílias no último século, os mitos criados em torno da figura do pai e da mãe demonstram que a herança cultural desse sistema ainda permanece em nosso pensar e na maneira como aplicamos a lei, apesar de a guarda compartilhada já sinalizar o libertar dessas convicções.

A total superação da divisão artificial dos papéis de cada sexo na família é cada vez mais necessária, a fim de que a paternidade e a maternidade possam ser exercidas com maior naturalidade e com a intensidade que cada um dos seus protagonistas desejarem. Não deve existir pai pior e mãe melhor ou pai melhor e mãe pior nos cuidados dos filhos. Ambos devem ter liberdade e igualdade plena no executar das tarefas diárias, realizando-as da maneira como acharem conveniente e favorável ao desenvolvimento de seus filhos e à sua própria rotina profissional, sem a preocupação de que não lhe cabe fazer certa atribuição porque ela é sempre melhor desempenhada pelo outro.

Hoje, parceria é a palavra de ordem que deve prevalecer no ambiente familiar que, por sua vez, não termina com o rompimento do vínculo afetivo do casal, pois a partir desse momento os dois continuarão parceiros na função de pai e mãe. Será por meio dessa parceria que os genitores irão exercer a guarda compartilhada, que será tão mais efetiva quanto maior for a cumplicidade entre eles.

Quintas (2010, p.95), comentando as conclusões obtidas pela psicanalista Geneviève Delaisi de Perseval em sua pesquisa acerca da paternidade, explica que na compreensão da autora francesa as diferenças e as supostas desvantagens de um sexo em relação ao outro, em quaisquer sentidos que se apresentem, são convicções construídas por ideologias e fatores culturais, os quais geram presunções prejudiciais a todos os envolvidos, à medida que são responsáveis pela supressão de uma parcela da paternidade e pela sobrecarga da maternidade.

A existência dessas ideias pré-concebidas, criadas por homens e mulheres, influencia de uma maneira negativa a maioria das decisões sobre a guarda de menores,

pois o julgador, enquanto ser social e componente de um grupo familiar, o qual lhe transmitiu essa presunção de que o pai não tem interesse na guarda do menor ou que o mesmo não tem condições de cuidar do filho sem o auxílio constante da figura feminina, privilegia, muitas vezes, a guarda física materna³⁵.

É fundamental que a jurisprudência melhor se ajuste às disposições legais que primam pela igualdade entre pai e mãe, não apenas em obrigações, mas também em direitos, bem como às transformações consagradas no seio familiar, a fim de evitar decisões como a que adiante destacamos:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO LITIGIOSO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - PLEITO FORMULADO PELO GENITOR VISANDO A CONCESSÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR OU A ESTIPULAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA - REQUISITOS AUSENTES - DECISÃO MANTIDA. [...] 2. **É entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência que a criança de tenra idade, em geral, deve permanecer com a mãe, sendo sua guardiã natural.** Na hipótese dos autos, nada informa que o menor, caso na guarda provisória da mãe e em convívio com o pai, na forma em que estipulado o regime provisório de visitas, encontrar-se-á privado da devida assistência, educação e dedicação, nem que seu estado de saúde seja abalado. Frise-se que restou assegurado ao genitor agravante o direito de ter em companhia seu filho, na forma razoavelmente estabelecida de forma provisória pelo Juízo monocrático. 3. [...] 4. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TJ-DFT, 20100020184178AGI, 3ª Turma Cível Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Julgado em 02/03/2011, DJ 17/03/2011 p. 166)³⁶ (*grifo nosso*)

Semelhante opinião é também destacada por Venosa (2010, p.1443) que, ao comentar que nas ações de guarda a intervenção judicial somente deve suprir a falta de bom senso dos pais no momento da ruptura familiar, conclui sua explanação afirmando que “é evidente que os filhos de tenra idade devem ficar preferencialmente com a mãe, por exemplo”.

³⁵ Grisard Filho (2010, p. 212) destaca que “os *pães*, porém, são minoria na sociedade brasileira: em apenas 15% dos casos de divórcio os filhos moram com os pais, segundo o IBGE. Os outros 85% ficam com as mães, embora cresça a cada dia o número de pais, divorciados ou não, que participam intensamente no cotidiano dos filhos.”

³⁶ No mesmo sentido: MENOR – GUARDA – PAIS SEPARADOS – CUSTÓDIA ALTERNADA SEMANALMENTE – INCONVENIÊNCIA – PERMANÊNCIA SOB A GUARDA DA MÃE – DIREITO DE VISITA DO PAI. É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante uma parte da semana, alternadamente, e se estes não sofrem restrições de ordem moral, **os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias**, garantindo ao pai, que concorrerá com suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visitas. (Apelação Cível nº 48.974-0, nov. 1996, RT 733/333) - (Akel, 2010, p. 95) – (*grifo nosso*)

As impropriedades do julgado e da opinião doutrinária citados exemplificam uma situação corriqueira ainda hoje, na qual vigora a ideia de que a mãe é a melhor guardiã dos filhos, sobretudo durante a infância, supervalorizando os cuidados maternos em detrimento dos paternos.

Não se está aqui querendo desfavorecer a maternidade, mas, tão-somente, prestigiar a igualdade entre os sexos e desconstruir a estigmatização da mulher que de sexo frágil e reprimido, aos poucos, transforma-se em repressor, pelo menos em algumas situações.

São as características próprias e específicas de cada família que deverão nortear a maneira como o juiz determinará o exercício da guarda e não presunções sedimentadas pelos costumes e por princípios culturais de que certo genitor é melhor que outro, porque durante muito tempo foi mais dedicado aos cuidados com a prole.

Os tempos mudaram e a família acompanhou essas transformações, exigindo que os julgadores decidam de maneira a privilegiar essa nova realidade consubstanciada na Lei Constitucional, que desde 1988 preconiza a igualdade no exercício do poder familiar, inexistindo preferência legal do pai ou da mãe nos cuidados dos filhos.

Cumprе salientar que não há nenhum mal na figura do pai provedor e da mãe dona de casa, se essas funções forem desempenhadas por vontade de ambos. Contudo, os papéis de cada um não precisam ser exclusivos ou mesmo modelo para todo e qualquer grupo familiar, uma vez que a própria dinâmica social exige o repensar dessa indivisibilidade.

Por muito tempo, os homens foram impedidos de exercer inteiramente sua paternidade, de modo que seu relacionamento com os filhos era fundado basicamente na autoridade cega e no respeito imposto. O pai era, em regra, o temido, o ausente na rotina de cuidados com a prole e o desconhecedor dos desejos e sonhos dos filhos, enquanto a mãe era aquela que, necessariamente, deveria ser amorosa, cuidadosa e presente, além de detentora de um instinto de proteção e amparo imenso. Essa ideologia amputou o exercício da paternidade e da maternidade, situação que não mais pode existir no contexto social de hoje, no qual segundo Grisard Filho (2010, p. 123-124):

[...] começa-se a questionar o denominado *instinto maternal*, quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade do século XX, reconhece

para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu *instinto paternal*, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza que lhe submete a desunião.

Assim, a rotina da família unida repercute diretamente no modelo de convivência da família desunida, motivo pelo qual a aceitação dos novos papéis do pai e da mãe, principalmente do primeiro, envolto pelo redescobrimento de uma nova feição do amor paterno, é tão importante para assegurar a aplicabilidade da guarda compartilhada da maneira mais efetiva que a mesma possa ser. Pai ausente na união tende a ser também ausente na desunião, por isso que o redescobri dessas novas funções dentro da família favorece o sucesso da guarda compartilhada e o bem estar de todo o grupo familiar.

Por todo o exposto, a guarda compartilhada vem adequar o ordenamento jurídico pátrio à nova realidade familiar, na qual homens e mulheres reinventam meios de contribuir e vivenciar o desenvolvimento de seus filhos, sendo mais um reflexo das transformações sociais dos tempos contemporâneos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

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

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

Por tais razões, analisadas no decorrer deste trabalho, a guarda compartilhada apresenta-se como o melhor sistema de guarda, à medida que favorece a co-parentalidade, a cooperação e a continuidade do relacionamento parental. Além disso, simboliza os anseios da família contemporânea, constituída sob os pilares da solidariedade, do afeto e da parceria, cujas características, a bem dos filhos, não devem desaparecer com o fim da comunhão de vida do casal, mas sim prolongar-se na ruptura apenas com algumas adaptações à nova realidade familiar. Aliás, é fundamental manter

os aspectos positivos presentes na família unida após a desunião, a fim de que o menor preserve suas referências e rotinas, na medida do possível.

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

Ressaltamos ainda que o modelo compartilhado não precisa ser adotado somente nos casos em que existe consenso na família, podendo também ser decretado pelo juiz mesmo que inexista plena harmonia entre os genitores do menor. Agindo assim, o julgador estará incentivando a aplicação do sistema de guarda compartilhada e contribuindo para conscientização dos pais de que os interesses de seus filhos deve estar acima de qualquer outro.

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

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

Considerando o risco de se fazer afirmações peremptórias no direito, sobretudo na área de família, não podemos afirmar, portanto, que a guarda compartilhada será sempre o melhor sistema de guarda para todas as famílias, tampouco que a guarda unilateral nunca deverá ser aplicada. Existirão casos em que um ou outro

sistema melhor se adequará às necessidades do grupo familiar, embora, regra geral, o compartilhamento da guarda atenda de modo mais satisfatório os interesses do menor, à medida que permite a continuidade da convivência familiar mesmo após a separação.

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

É possível a manutenção do vínculo parental após a dissolução da unidade familiar. Porém, para que isso ocorra é preciso que o respeito, o desejo real de ser pai e mãe, bem como o interesse pelo bem maior dos filhos prevaleçam sobre as amarguras, porventura, decorrentes do relacionamento desfeito. O meio mais eficaz para assegurar a continuidade desses laços é, sem dúvida, a guarda compartilhada, cuja aplicabilidade será ainda mais eficaz quando a sociedade e o Judiciário compreenderem as novas diretrizes da família e conseguirem desconstruir presunções que supervalorizam a participação da mãe no cotidiano do menor, relegando em segundo patamar a presença do pai.

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

REFERÊNCIAS

AKEL, ANA CAROLINA SILVEIRA. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 22.08.2011.

_____. Código Civil de 2002. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10.08.2011.

_____. Código Civil de 1916. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 10.08.2011.

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

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990: promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 25.08.2011.

_____. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 22.09.2011.

_____. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890: promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=181&tipo_norma=DEC&data=18900124&link=s. Acesso em: 26.09.2011.

_____. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm. Acesso em: 30.09.2011.

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

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

_____. Tribunal de Justiça-MG. Apelação Cível nº 1.0324.07.057434-2/001, Câmaras Cíveis isoladas/3ª Câmara Cível, Rel.: Dídimo Inocêncio de Paula, julgado em 16/04/2009;

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

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

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

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

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

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

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

DINIZ, MARIA HELENA. Dicionário Jurídico vol. 2. São Paulo : Saraiva, 1998.

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

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

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

QUINTAS, MARIA MANOELA ROCHA DE ALBUQUERQUE. **Guarda Compartilhada: De acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REIS, ALEXANDRA MACÊDO DOS. **Guarda Compartilhada.** *Instituto de Ensino Superior de Brasília - IESB.* [Online] 17 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Alexandra%20Mac%C3%AAdo%20dos%20Reis.pdf. Acesso em: 27 de setembro de 2011.

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

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

UNICEF. [Online] Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_16402.htm. Acesso em: 09 de agosto de 2011.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil: Direito de Família vol 6.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, SILVO SALVO. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010.

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