



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

CLÉZIO ANTONIO LUIZ

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB O PRISMA LEGAL:
UMA NOVA CONCEPÇÃO EM FAVOR DO MENOR**

Tubarão

2011

CLÉZIO ANTONIO LUIZ

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB O PRISMA LEGAL:
UMA NOVA CONCEPÇÃO EM FAVOR DO MENOR**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Mauricio Daniel Moncons Zanotelli, Msc.

Tubarão

2011

CLÉZIO ANTONIO LUIZ

**A GUARDA COMPARTILHADA SOB O PRISMA LEGAL:
UMA NOVA CONCEPÇÃO EM FAVOR DO MENOR**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 17 de junho de 2011.

Mauricio Daniel Moncons Zanotelli, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

José Paulo Bittencourt Junior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Michel Medeiros Nunes
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a você.

A Você que foi meu amigo/a.

A Você que foi minha inspiração.

A Você que foi quem colaborou com recursos financeiros.

A Você que estive ao meu lado, nas horas difíceis.

A Você que escutou minhas orações e enxugou minhas lágrimas.

A Você que foi mais que um professor, foi um mestre.

Você é: “Deus, amigos, família, empresa, colegas de trabalho, esposa e filhas.”

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo conforto e por não ter deixado eu perder a esperança de realizar este sonho.

A minha família, em especial aos meus irmãos Sérgio e Jucélio, por em muitos momentos me darem condições de deslocar-me até ao local de meus estudos.

A Minha mãe que sempre esteve ao meu lado, e, apesar das dificuldades enfrentadas, acreditava em mim, com sua sabedoria e inteligência de saber ser mãe.

Ao meu pai, que embora não esteja mais neste plano terreno, acredito estar neste momento sorrindo pela minha conquista. Agradeço por ter sido além de pai, o meu melhor amigo.

As minhas filhas: Marina Martins Luiz e Carolina Martins Luiz, que são a razão da minha luta e sacrifício, pois, estão elas dentro do meu coração e de meus sonhos sempre. Não deixando de grifar meu anjo Carolina, que em muitos momentos me fazia derramar lágrimas, pois expressava em seu coração um amor virtuoso, típico do coração de um anjo.

A todos os amigos e colegas de faculdade e de trabalho, em especial, aos meus dois grandes amigos, Cristiano de Paula e José Cedemar Bressan Filho, pelo exemplo de amizade.

A Empresa onde trabalho: Ferrovia Tereza Cristina, que na visão de dar a seus colaboradores a oportunidade de estudar criou o “Plano pró-ensino”.

A uma família em especial que estenderam a mão no momento em que eu mais precisei, sem pedir nada em troca, a não ser amor e amizade: Pedro Paulo, Raquel e seus filhos Mariana e Maurício. A estes que Deus ilumine sempre.

A todos os professores que me ajudaram nesse longo período, em especial ao meu orientador Mauricio Daniel Moncons Zanotelli, que mesmo com tantas atribuições do dia a dia não deixou de reservar um pequeno espaço para me orientar e mostrar o caminho para a realização com sucesso deste trabalho.

Por fim, a uma pessoa muito especial, que tem mostrado exemplo de paciência, virtudes, amor, carinho e que tem me ensinado com sabedoria o verdadeiro significado do amor. A minha esposa Cristiane Mendes Toni.

“A lei não pode forçar os homens a serem bons; mas pode impedi-los de serem maus.” (Autor desconhecido).

RESUMO

O presente estudo monográfico propõe-se a analisar a Guarda Compartilhada sobre o prisma legal, demonstrando a importância dessa nova concepção em favor do menor. Com base nas alterações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, modificados pela Lei nº 11.698/08, pretende-se como objetivo geral, descobrir quais os benefícios legais que essa modalidade de guarda pode trazer para pais e filhos na questão da convivência. Como objetivos específicos o estudo pretende analisar a referida lei buscando descobrir quais os seus objetivos; verificar o que esta modalidade de guarda trouxe de diferente para a relação familiar; descobrir o que ela trouxe de positivo para os menores; pesquisar se ela minimiza o sofrimento do menor com a ruptura dos pais e se também pode diminuir o sofrimento dos pais em relação ao distanciamento dos filhos. Desenvolve-se a pesquisa, partindo da nova concepção de família e de poder familiar, passando pelo estudo do instituto jurídico da guarda e em seguida para o tema central que é a guarda compartilhada e seus aspectos. Para a realização desse estudo monográfico utilizou-se como método de abordagem o dedutivo e como tipo de pesquisa a bibliográfica, onde se usou as fontes obtidas através de doutrinas, leis e recursos eletrônicos. A importância do tema justifica-se devido às profundas mudanças ocorridas na sociedade, e, principalmente nas famílias e nas relações entre pais e filhos. Com base nessas informações pode-se concluir com esse estudo, que a guarda compartilhada surgiu como uma evolução capaz de acompanhar as modificações que a família vem apresentando nos últimos tempos e afirmar que os casais podem se separar, mas os filhos vão permanecer e precisam da convivência com ambos para se tornar adultos sem traumas.

Palavra- chave: Família. Poder Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

This monographic study intends to analyse the joint custody under the light of legal systems, demonstrating the importance of this new conception in favour of minors. According to the changes in the Articles 1.583 and 1.584 of the Civil Code from 2002, which were changed by the Law 11.698/08, as a general objective, this study intends to bring up which legal benefits this custody modality can bring to parents and children in terms of living. As specific objectives this study intends to analyse the Law previously mentioned bringing its objectives to light, verifying what this custody modality has brought as a differential to families relationship, what works as positive to the minors, analysing if it minimizes the minor's suffering and also the parents' suffering from being apart from their children. The search has been developed from the new conception of family and family power, going through the study of custody legal institute, following to the central theme which is the joint custody and its aspects. The deductive approach method was applied as well as the bibliographical search from doctrines, laws and electronic resources. The importance of the theme justifies itself because of the deep changes in our society and especially in families and in the relationship between parents and children. According to this information, the present study may conclude that the joint custody came out as an evolution which is able to follow the changes the families have been suffering through the years and affirm that the couples may be split, but the children will remain and they need to be in touch with both parents to become healthy adults.

Keywords: Family. Family Power. Custody. Joint Custody.

LISTA DE ABREVIATURASE SIGLAS

ART - Artigo

ARTS - Artigos

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

ONU - Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	12
1.2 JUSTIFICATIVA	12
1.3 OBJETIVOS	13
1.3.1 Objetivo geral	13
1.3.2 Objetivos específicos	13
1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS	14
1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	15
1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	16
2 A FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR	17
2.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA: BREVE INCURSÃO HISTÓRICA.....	18
2.2 PODER FAMILIAR: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS	21
2.3 A ABRANGÊNCIA DO PODER FAMILIAR	25
2.4 DIREITOS E DEVERES DE PAIS E FILHOS	27
2.5 SUSPENSÃO, PERDA OU DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.	30
2.5.1 Suspensão do poder familiar	31
2.5.2 Perda ou destituição do poder familiar	31
2.5.3 Extinção do poder familiar	32
3 INSTITUTO JURÍCO DA GUARDA	33
3.1 EVOLUÇÕES DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	34
3.2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DE GUARDA	38
3.3 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA	41
3.3.1 Quanto ao interesse do menor	42
3.3.2 Quanto à idade e ao sexo	44
3.3.3 Quanto aos irmãos juntos ou separados	45
3.3.4 Quanto à opinião do menor	46
3.3.5 Outros fatores que podem influenciar na determinação da guarda	48
3.4 OS MEIOS DE EXERCÍCIO DA GUARDA	50
4 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS	53
4.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA.....	54
4.2 BREVE HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA	57

4.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO	61
4.4 LEI Nº 11.698/08 - A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA.....	62
4.5 NOVAS CONCEPÇÕES TRAZIDAS PELA GUARDA COMPARTILHADA.....	66
4.6 ASPECTOS DA GUARDA COMPARTILHADA.....	70
4.7 BENEFÍCIOS LEGAIS POSSIBILITADOS AOS PAIS E FILHOS.....	71
5 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	76
ANEXO.....	80
ANEXO A - Artigos 1.583 e 1584 no Código Civil de 2002	81
ANEXO B - Lei nº 11.698/08: alterações dos Artigos 1.583 e 1584	82

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos as mudanças ocorridas no âmbito da sociedade foram transformando a família e conseqüentemente as relações familiares. “A família antes patriarcal cedeu espaço a uma família baseada na igualdade e na valorização de seus membros.”¹

As mudanças que possuem relevância para o presente estudo, estão relacionadas com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a igualdade entre homens e mulheres perante a lei e a importância dispensada às crianças no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com as mudanças sociais o Direito de Família tentou se adequar aos fatos, criando mecanismos que pudessem acompanhar tais evoluções.

Em relação à guarda de filhos, o modelo de guarda exclusiva, onde no Brasil era atribuída a apenas um genitor, e quase sempre à mulher, começou a ser alvo de incessantes questionamentos e críticas, visto que não atendia de forma satisfatória aos interesses de pais e filhos.

Diante dessas circunstâncias, a guarda compartilhada surge como um novo modelo de guarda, propondo se adequar à nova realidade social. “O sofrimento dos filhos, e, conseqüentemente, os traumas acarretados pelo sistema de guarda exclusiva, quando há rompimento dos pais, levam à busca de outras formas para estabelecer a guarda.”²

Com a igualdade entre homens e mulheres e, por conseguinte, a participação de ambos no âmbito profissional e doméstico, demanda que ambos possam cooperar na criação dos filhos, como comunga a redação da guarda compartilhada.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura à criança à convivência familiar, que deve esta, ser guardada pelos pais através do poder familiar. Especificamente, pretende-se conhecer as mudanças ocorridas na sociedade e, por conseguinte nas famílias, conhecer a origem que desencadeia os problemas relacionados à guarda de filhos, levantar as questões relacionadas à dissolução da sociedade conjugal, bem como o papel do pai e da mãe nessa relação, conhecer a origem da guarda compartilhada e com isso, explorar o tema proposto.

¹ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. De acordo com a Lei n° 11.698/08. Rio de Janeiro: Forence, 2009. p. 1.

² Ibid., p. 1.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Diante da constante transformação das relações familiares e da evolução do Direito de Família, a guarda compartilhada vem para a realidade brasileira como um novo modelo capaz de preservar a relação entre pais e filhos após um rompimento afetivo.

A guarda compartilhada passou a fazer parte do ordenamento jurídico atual em 2008, com a promulgação da Lei nº 11.698 que muda a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do CC de 2002, com isso, a delimitação do tema proposto analisa a guarda compartilhada sobre o prisma legal, demonstrando que a mesma trás uma nova concepção em favor do menor, capaz de promover mudanças na convivência entre pais e filhos.

Instituída na forma de lei a guarda compartilhada torna-se fonte de inúmeras discussões sobre como deve proceder na prática e de que forma ela pode interferir no futuro das relações familiares após o rompimento afetivo entre os genitores.

Com essa nova modalidade de guarda, deve-se interrogar a respeito dos aspectos que podem tornar essa lei possível de aplicação. Por fim, lança-se a seguinte indagação: **Com a nova lei que estabelece a guarda compartilhada, quais os benefícios legais que a mesma trouxe em favor do menor e quais as melhorias que ela trouxe aos pais e filhos na questão da convivência com ambos os genitores?**

A partir dessas considerações e de outras que posteriormente poderão surgir é que se pretende realizar a presente pesquisa que se intitula como A guarda compartilhada sob o prisma legal: Uma nova concepção em favor do menor.

1.2 JUSTIFICATIVA

O interesse pelo tema guarda compartilhada que é o objeto de estudo dessa pesquisa deu-se através da possibilidade de pesquisar a atribuição da guarda dos filhos menores quando ocorre a separação, divórcio ou dissolução de união estável.

Diante da possibilidade de conhecer melhor esse assunto ainda pouco explorado pelos autores, e, descobrir simultaneamente como se dá essa nova modalidade de guarda na sua essência, levando-se em consideração que a guarda compartilhada vem com a perspectiva de melhor atender aos interesses do menor, torna o tema proposto relevante.

A importância do tema justifica-se devido às profundas mudanças ocorridas na sociedade nas áreas sociais, culturais, políticas, econômicas, e, principalmente nas famílias e nas relações entre pais e filhos.

Nos modelos de guarda anteriores o genitor que não possuía a guarda física dos filhos acabava se afastando e ocasionando o rompimento do vínculo familiar, com isso a sensação de abandono muitas vezes desencadeava efeitos negativos no menor e também no próprio genitor.

Assim, pretende-se demonstrar que o modelo de guarda exclusiva, que era o modelo mais empregado no Brasil antes da guarda compartilhada, tem violado o princípio do melhor interesse do menor e enfraquecido com isso o poder familiar.

A abordagem que se pretende dar ao tema, nessa pesquisa, não diz respeito apenas ao conhecimento legal, mas também ao desenvolvimento de reflexões críticas a respeito da função social da família em consonância com a ruptura entre os genitores.

No Brasil, a guarda compartilhada passou a fazer parte do ordenamento jurídico atual em meados de 2008, o que mostra ser ainda recente e plausível de pesquisas. O tema proposto nesse trabalho busca descobrir as novas concepções que a lei trouxe em favor aos menores. Para situar o objeto de estudo, vamos focar a guarda decorrente da dissolução conjugal, quando assim, ocorre a cisão da guarda.

Diante das argumentações apresentadas o tema A guarda compartilhada sob o prisma legal: Uma nova concepção em favor do menor torna-se justificável

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Descobrir se as novas concepções que a lei da Guarda Compartilhada trouxe em favor do menor promovem mudanças no âmbito da convivência entre pais e filhos.

1.3.2 Objetivos específicos

Os objetivos específicos da monografia são:

Analisar a lei que efetivou a guarda compartilhada e descobrir quais os seus objetivos;

Verificar a partir da análise da lei o que esta nova modalidade de guarda trouxe de diferente dos outros tipos de guarda para a relação familiar;

Pesquisar o que a legalização da guarda compartilhada trouxe de positivo para os menores;

Analisar se a guarda compartilhada minimiza o sofrimento do menor após a dissolução da união dos pais;

Verificar se a guarda compartilhada minimiza o sofrimento dos pais em relação ao distanciamento dos filhos após a ruptura conjugal;

Averiguar se a guarda compartilhada é considerada eficiente na questão da convivência entre pais e filhos.

1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

Para uma melhor compreensão do instituto da Guarda Compartilhada e do tema de pesquisa proposto, faz-se necessário listar as categorias estratégicas com os seus respectivos conceitos operacionais.

Família:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.³

Poder familiar: “Pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores.”⁴

³ CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>>. Acesso em: 31 maio 2011.

⁴ MONTEIRO, Washigton de Barros apud SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada: direitos e deveres decorrentes do poder familiar, a guarda de filhos na legislação brasileira, a guarda compartilhada na prática**, a lei 11.698, de 13.06.2008. 2. ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2008. p. 22.

Guarda Legal: “A guarda, como uma das atribuições da autoridade parental, é reconhecida como de responsabilidade dos pais, seja na constância ou no casamento, ou de outra forma de conjugalidade, sobre a pessoa dos filhos enquanto incapazes.”⁵

Guarda Compartilhada:

A expressão Guarda Compartilhada ou guarda conjunta refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os genitores. A guarda conjunta permite que os pais tenham efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e, frequentemente, tem uma paridade maior no cuidado com os menores do que na hipótese da guarda única.⁶

Genitor: “Genitor é pai ou mãe, independentemente da forma de constituição do estado de paternidade/filiação: consanguinidade, adoção, socioafetividade.”⁷

Menor: “Para efeitos da presente convenção considera-se como menor todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”⁸

1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Em relação aos procedimentos metodológicos aplicados nesse estudo, usou-se como método de abordagem o método dedutivo – que segundo Marconi é dedutivo quando o raciocínio parte do geral para chegar ao particular, ou seja, do universal ao singular. “O método dedutivo se desenvolve em forma de raciocínio, seus fundamentos, suas formas de realização, o valor de suas conclusões encontram-se na própria natureza dos raciocínios dedutivos.”⁹

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito da família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08:** família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 201.

⁶ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada:** um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 115.

⁷ LEAL, Adisson Tavera Rocha. **Alienação parental:** por uma visão conceitual ampla. Disponível em: <<http://www.adissonleal.com.br/wp-content/uploads/InConsulex-ALIENACAO-PARENTAL-Adisson-Leal.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

⁸ BRASIL. Ministério da Educação. **Estatuto da criança e do adolescente:** hora de fazer valer. Brasília: MEC, 2005. p. 61.

⁹ MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica:** para o curso de direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 19.

Como método de procedimento, escolheu-se por ser o mais adequado à pesquisa, o método monográfico, que de acordo com os ensinamentos de Marconi, “estuda, em profundidade, determinado fato sob todos os seus aspectos.”¹⁰

O tipo de pesquisa a ser utilizada nesse estudo é a pesquisa bibliográfica que como assegura a mesma autora citada acima “trata-se do levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas científicas, publicações avulsas, imprensa escrita, periódicos, anais, trabalhos científicos etc.”

Dessa forma o estudo intitulado de “A guarda compartilhada sobre o prisma legal: Uma nova concepção em favor do menor” será exposta.

1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo o estudo é sobre a Família e o Poder Familiar, onde se destaca: Evolução histórica da família; conceitos e características do poder familiar; abrangência do poder familiar; os direitos e deveres de pais e filhos e a suspensão, perda ou destituição e extinção do poder familiar.

O segundo capítulo refere-se ao Instituto Jurídico da Guarda, destacando a Evolução do instituto da guarda na Legislação Brasileira; conceitos e definições de guarda; critérios de determinação da guarda e os meios para o seu exercício.

O terceiro capítulo trás a Guarda Compartilhada e seus aspectos, enfatizando os conceitos e definições de guarda compartilhada; um breve histórico da guarda compartilhada no mundo; a guarda compartilhada no direito brasileiro; a Lei nº 11.698/08 que definiu a guarda compartilhada; as novas concepções trazidas pela guarda compartilhada; os aspectos da guarda compartilhada e por último os benefícios legais possibilitados aos pais e filhos com a guarda compartilhada.

O desenvolvimento do estudo monográfico dar-se-á seguindo essa estruturação apresentada.

¹⁰ MARCONI, 2001, p. 48.

2 A FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

Para iniciar o estudo deste capítulo se faz necessário entender qual o significado para o Direito do termo “família.” Assim, buscando compreender Araújo Júnior coloca que de forma ampla, o termo família “indica um conjunto de pessoas unidas por relação de parentesco (avós, pais, tios, primos); já de forma mais restrita, indica uma entidade formada pelos pais e filhos, na chamada família monoparental (art. 226, § 4º, Constituição Federal (CF)).”¹

Segundo o mesmo autor o direito de família previsto no Código Civil (CC) leva em consideração o conceito mais amplo, pois o mesmo se apresenta “como um conjunto de normas, nas suas maiorias cogentes, que disciplinam a formação, a manutenção e a extinção das relações entre os cônjuges ou companheiros, e entre estes e seus filhos.”

Ainda dentro desse conceito mais amplo se estende às relações de parentesco de forma geral, como nos casos, por exemplo, das questões ligadas aos alimentos e também à tutela.

Tratando de questões tão íntimas das pessoas e da própria sociedade, o estudo sobre a família e o poder familiar é de indiscutível importância. Gama sintetiza que o conceito de família é relativo e que sofre alterações continuamente, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade.²

Assim sendo, a análise não pode deixar de focar o momento histórico e o sistema normativo em vigor. “A família, antes de tudo, é uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não sendo resultante de uma ficção criada pelo homem. A família é um agrupamento informal, de formação espontânea na sociedade, cuja estruturação é dada pelo Direito.”³

Com base nesse entendimento do termo família, a sequência abordará a Evolução da Família com uma breve incursão histórica, possibilitando descobrir através dos tempos sua evolução, consolidação e modificação.

¹ ARAÚJO JÚNIOR, Gediél Claudino de. **Direito de família: teoria e prática**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 17.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

³ *Ibid.*, p. 6.

2.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA: BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

O conceito de família é marcado pela transformação de suas relações que aconteceram ao longo do tempo. Sendo assim, o estudo da evolução familiar é tarefa indispensável para compreender melhor as relações atuais.

Fraga discorre que muito se discute doutrinariamente quanto à verdadeira origem da família, sendo certo apenas que todas as ideias sustentadas são baseadas em hipóteses vinculadas a determinadas escolas dogmáticas. Essas escolas têm fundamento nas teorias naturalistas, evolucionistas ou sociológicas.⁴

Para Gama o estudo sobre a origem da família como instituição grupal não despertou grande interesse dos juristas, “por considerarem não ser necessária a compreensão da organização familiar atual, pelo menos no que se refere às noções ocidentais.”⁵

Mesmo não despertando interesse em pesquisar a origem o mesmo autor enfatiza que a família sempre é objeto de referência nos estudos e nos trabalhos de pesquisa realizados sobre aglomerados que congregam certo vínculo de união, com relativa duração e sentimento de necessidade de convívio comum. Para ele, no entanto, “há fortes suspeitas de que a família não tenha sido o primeiro aglomerado humano, diante da existência de certas características no grupo familiar.”⁶

Fraga aponta que são duas as teorias mais comentadas sobre a origem da família: a matriarcal e a patriarcal.

Para a primeira, o núcleo familiar teria se originado em grupamentos onde não havia vinculações entre parceiros sexuais: todos os homens e mulheres do grupo se relacionavam entre si. Os adeptos da segunda teoria negam tal fato e sustentam que os grupamentos se originaram tendo a figura do pai como centro organizacional do núcleo familiar.⁷

Akel discorre que a família foi uma das principais organizações que se alteraram no curso do tempo e da história. Na Babilônia, por exemplo, a família fundava-se segundo a autora no casamento monogâmico. Outro fator perfeitamente notável nesse tempo “é o caráter único e de exclusividade de perpetuidade do casamento, como dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como principal finalidade a procriação e criação dos filhos.”⁸

⁴ FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação**: sob o prisma do afeto. Niterói: Impetus, 2005. p. 8.

⁵ GAMA, 2008, p. 13.

⁶ Ibid., p. 13.

⁷ FRAGA, op. cit., p. 9.

⁸ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33.

Akel ressalta ainda que:

No Direito Romano, assim como no Grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família, que era concebida como um dever cívico, para que os jovens pudessem servir aos exercícios de seus países, visando, assim, à constituição da prole, principalmente masculina, com a finalidade de perpetuação da espécie.⁹

Para Grisard Filho o poder pátrio é um dos institutos do Direito com marcante presença na história do homem civilizado. “Suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma.”¹⁰

É importante salientar que a autonomia do poder pátrio foi o grande propulsor do que se constitui hoje como instituição família. O poder da figura paterna nas civilizações antigas era severo e incontestável, sendo o pai o condutor até mesmo da religião a ser seguida por todo o grupo familiar. “Ao *pater* era permitido, inclusive, punir, vender e matar os membros de seu clã, embora a história não noticie que chegasse a este extremo.”¹¹

Independente da consanguinidade a família era definida como o conjunto de pessoas que se encontravam sob o poder do ascendente vivo mais velho. Já no plano patrimonial os filhos e a esposa não possuíam bens próprios, tudo pertencia ao pai.

Vale mencionar aqui a evolução no transcorrer do tempo:

No decorrer dos tempos, com uma compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros, à evolução da família foi no sentido de restringir a autoridade do *pater*, conferindo-se maior autonomia à mulher e aos filhos, excluindo-se o *ius vitae naciue*, direito de vida e morte sobre seus membros, bem como se adotando outra forma de administração do patrimônio da família que, antes *uno*, passou a se individualizar, cuidando os filhos de seus pecúlios.¹²

Após a Revolução Industrial e os movimentos pela emancipação e liberação social da mulher, mudaram as relações familiares. Mesmo com essas mudanças a ideia romana ainda se fez presente na Idade Moderna por mais algum tempo, como por exemplo, no Brasil, quando os senhores de engenho e barões do café dominavam com seus poderes, fato que marcou a história do país. “Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, de proteção aos menores e dos deveres inerentes e irrenunciáveis da paternidade e maternidade.”¹³

⁹ AKEL, 2009, p. 33.

¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30.

¹¹ AKEL, op. cit., p. 4.

¹² Ibid., p. 4.

¹³ Ibid., p. 5.

Mesmo sobrando alguns resquícios do passado, Fraga destaca que para o Direito Brasileiro atual a família não está representada somente pelos laços sanguíneos e pelos laços de afinidade originados exclusivamente pelo casamento, com isso ganha um novo conceito.¹⁴

Temos novas figuras como a união estável, a família monoparental, a unilinear, e a sócio afetiva. A conceituação de família atualmente é realizada em função dos membros que as compõem. O novo conceito de família está conectado pelo cordão umbilical da afetividade, na busca da solidariedade, da felicidade, do afeto e na promoção da dignidade da pessoa humana.¹⁵

Para Ramos citado por Fraga, tendo por fundamento as normas estatuídas no CC de 1916, o conceito de família seria “o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ou seja, unidos por laços de sangue.”¹⁶ Sendo assim, a família representaria o grupo formado estritamente pelos pais e filhos.

Com a Constituição de 1988, passou a ser empregada no Direito Pátrio a expressão entidade familiar, que tem por significação “as diversas formas de representatividade de um núcleo familiar, não só originado pela consanguinidade ou pelo casamento.”¹⁷

Pode-se mencionar segundo a mesma autora que a partir dessa nova ordem constitucional é que:

O legislador constituinte passou a valorizar o afeto como base da criação de uma nova espécie de família – união estável – com o ‘prestígio do elemento amoroso’, alicerce da maior parte do moderno Direito de Família. É o reforço da outra grande característica do atual Direito de Família, vinculada à veracidade e autenticidade das relações humanas.¹⁸

Ainda que o CC de 1916 não previsse outras formas de família, no novo CC, Lei nº 10.406/02, aparece expressamente a figura da união estável como entidade familiar. “Todavia, pode-se afirmar que outras formas de família sempre existiram, embora sem que recebessem um tratamento legal protetivo do Estado.”¹⁹

A verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológica genética. A primeira e importante ideia que se apresenta é a de que poderemos ter, como sujeitos de direitos, os pais e filhos sociais, em virtude de um novo modelo familiar.²⁰

¹⁴ FRAGA, 2005, p. 11.

¹⁵ Ibid., p. 12.

¹⁶ RAMOS, José Bernardo apud FRAGA, op. cit., p. 12.

¹⁷ FRAGA, 2005, p. 12.

¹⁸ Ibid., p. 12.

¹⁹ Ibid., p. 13.

²⁰ Ibid., p. 27.

Exercer o poder familiar é bem mais que relação sanguínea, é relação de proteção, cuidado, carinho e convivência. Pais e filhos são mais que semelhança de parentesco, é cada vez mais relação de amor.

Com esse breve histórico sobre a evolução da família constata-se que:

A família pode se considerada, então, o primeiro modelo das sociedades políticas: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos; e todos, nascidos iguais e livres, alienam sua liberdade apenas pela sua utilidade. Toda diferença reside em que, na família, o amor do pai por seus filhos é o pagamento dos cuidados que lhes presta; e que, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor que o chefe não tem pelos seus povos.²¹

2.2 PODER FAMILIAR: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Buscando compreender o conceito constata-se que por conta das novas considerações jurídicas e da reformulação de novos valores sociais o conhecido termo Poder Pátrio evoluiu e passou a ser chamado de Poder Familiar, que abrange o estudo a seguir. Com isso, as duas expressões serão usadas ao longo do texto, visto que depende da escolha do autor o uso do termo.

Conceituando Grisard Filho coloca que o poder familiar “é o todo que resulta do conjunto de diversos direitos que a lei concebe ao pai sobre a pessoa e bens do filho e da família.”²² O mesmo autor discorre ainda que os pais são os responsáveis pela guarda, educação e sustento dos filhos menores, cabendo-lhe ainda, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

No entender de Grisard Filho o poder familiar “é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores.”²³

Sendo assim, Diniz define o poder familiar como um “conjunto de direitos e deveres de ambos os pais, para com os filhos menores, tanto em relação à pessoa física como com os bens, para que estes possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.”²⁴

²¹ AKEL, 2009, p. 6.

²² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

²³ Ibid., p. 44.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. In: _____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito da família. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 5v. p. 475.

Prossegue a mesma autora afirmando que:

[...] esse poder atribuído simultaneamente e igualmente aos pais, e em algumas exceções, a um deles, na falta de outro, é exercido para o proveito, interesse e proteção da prole, surge de uma necessidade natural, vez que todas as pessoas, durante sua infância, necessitam de alguém que os defenda, eduque, ampare, guarde, crie e zele por seus interesses, administrando seus bens e sua pessoa.²⁵

Seguindo afirma Akel que:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na formada 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.²⁶

Portanto, entende-se que o poder pátrio hoje denominado poder familiar deverá ser exercido de forma conjunta pelos pais, enfatizando que todo menor deve ver esse poder sendo exercido como uma função imposta pelo Estado aos genitores em relação à prole.

Sendo assim, Levy discorre que o poder familiar é “indisponível (os pais não podem dispor, ou seja, transferir este direito a título oneroso ou gratuito), irrenunciável (os pais não podem abdicar desse direito) e imprescritível (não se extingue pelo não exercício, salvo nas hipóteses previstas em lei).”²⁷

Ainda conceituando, Silvio Rodrigues citado por Silva define poder pátrio como “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.”²⁸

Nioac de Salle coloca que o poder pátrio é o verdadeiro direito de proteção e que deve ser constituído de direitos e deveres, tanto dos pais para com os filhos, quanto dos filhos para com os pais. Assim sendo, a autora define o poder pátrio “como sendo a soma de direitos e deveres concedidos aos pais, para que possam desempenhar os encargos que a lei lhes confere, no tocante à criação e educação dos filhos e consequente administração de seus bens.”²⁹

O poder pátrio não poderá ser delegado a outras pessoas. “Tanto o pai quanto à mãe exercem-no em favor de todos os filhos.”³⁰ Concebe-se hoje o pátrio poder ou poder

²⁵ DINIZ, 2004, p. 447.

²⁶ AKEL, 2009, p. 8.

²⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 22.

²⁸ RODRIGUES, Silvio apud SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada: direitos e deveres decorrentes do poder familiar, a guarda de filhos na legislação brasileira, a guarda compartilhada na prática**, a lei 11.698, de 13.06.2008. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008. p. 22.

²⁹ NIOAC DE SALLE, Karen Ribeiro Pacheco. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9.

³⁰ Ibid., p. 10.

familiar, como uma missão confiada a ambos os pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção até a idade adulta.

Ao definir pátrio poder Arnaldo Rizzardo citado por Silva destaca a importância da necessidade de proteção e direcionamento de todo ser humano, enquanto menor e/ou incapaz.

Trata-se de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir uma abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão somente um encargo, ou um *mínus*, mas um encaminhamento para impor certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.³¹

Venosa assim conceitua: “Conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.”³²

O poder familiar, no entanto, não é extensivo a todos os filhos, havendo a delimitação no que tange a maioria deste. A redação que impõe tal restrição é a do art. 1.630³³ do CC que informa que os filhos enquanto menores estarão sujeitos ao poder familiar. Este por sua vez, é constituído por um conjunto de direitos e deveres.

Salientando, Silva reafirma que o pátrio poder é hoje aceito e denominado como poder familiar, sendo que os direitos e obrigações sobre os filhos decorrem de uma relação conjugal, sexual ou ainda de uma adoção. “Talvez até mais obrigações que direitos, em grau igualitário entre o pai e a mãe.”³⁴

Caracterizando, o poder familiar se constitui em responsabilidade comum dos genitores. Cabe aos pais o dever de prestar aos filhos, enquanto civilmente menores, o necessário ao seu sustento, o que se inclui alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde dentre outros.

Segundo o CC, o poder familiar possui um caráter protetivo, onde há muitos deveres a cargo do titular. É de interesse do Estado segundo Rodrigues assegurar a proteção das novas gerações, pois elas constituem matéria-prima da sociedade do futuro.³⁵

³¹ RIZZARDO, Arnaldo apud SILVA, 2008, p. 23.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 355.

³³ BRASIL. **Vade mecum**. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 276.

³⁴ SILVA, 2008, p. 23.

³⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. atual. Francisco José Cahali 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6. p. 347.

Para Ishida o poder familiar se caracteriza como sendo “irrenunciável, não podendo aos pais abrir mão dele; indisponível; inalienável, não podendo ser transferido pelos pais; imprescritível; e é incompatível com a tutela.”³⁶

O mesmo autor citado acima aponta a seguir essas características marcantes do poder familiar:

a) É um *mínus* público uma espécie de função correspondente a um cargo privado (poder-dever); b) é irrenunciável: dele os pais não podem abrir mão; c) é inalienável: não pode ser transferidos pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, todavia, os respectivos atributos podem, em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa (ou seja, na adoção e na suspensão do poder dos pais); d) é imprescritível: dele não decai o genitor pelo simples fato de deixar de exercê-lo, somente poderá o genitor perdê-lo nos casos previstos em lei; e) é incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do art.36 do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁷

Venosa coloca que os pais não podem modificar, dispor ou renunciar a titularidade ao exercício do poder familiar, abdicando-se dos direitos e deveres que são o seu conteúdo, por serem estes de ordem pública.³⁸

Sendo assim, observa-se o disposto no art. 27 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça.”³⁹

De acordo com Elias ainda que por qualquer circunstância, o poder familiar não possa ser exercido por aqueles que o detém, é um direito imprescritível.⁴⁰ Para o autor, no entanto, nada impede que os pais percam o poder familiar temporariamente ou até mesmo definitivamente. Os poderes exercidos pelos pais são reconhecidos, baseado no interesse dos filhos, portanto os mesmos devem ser exercidos com essa finalidade. “Por isso, o poder familiar não é perpétuo, termina com a emancipação ou a maior idade, quer dizer, quando o filho pode prescindir da tutela de seus genitores.”⁴¹

A emancipação no Direito Brasileiro acontece aos dezoito anos como descrito no art. 5º do CC, em seu parágrafo único, incisos I a V:

Art. 5º - [...] Parágrafo único. Cessará, para os menores a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público,

³⁶ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2003. p. 239.

³⁷ Ibid., p. 239.

³⁸ VENOSA, 2005, p. 355.

³⁹ BRASIL. Ministério da Educação. **Estatuto da criança e do adolescente**: hora de fazer valer. Brasília: MEC, 2005. p. 16.

⁴⁰ ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder**: guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31.

⁴¹ Ibid., p. 31.

independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.⁴²

Assim, conclui-se que poder familiar é muito mais uma obrigação dos pais para com os filhos e seus bens, do que um direito. “O direito é da prole, de receber, de quem a gerou ou adotou, os cuidados de que necessita. O cumprimento desse direito tem apoio no ordenamento jurídico e é supervisionado pelo Estado.”⁴³

2.3 A ABRANGÊNCIA DO PODER FAMILIAR

Refere-se nessa pesquisa sobre abrangência familiar a averiguação de quais são as pessoas que estão sujeitas a ela e com isso descobrir a quem compete esse poder no instituto da família. Baseado nessa descoberta é que se pode entender com mais clareza qual o papel do pai e da mãe no poder familiar.

O século XX foi cenário de uma grande transformação na família, que passou a ser baseada nos laços afetivos. A mulher e a criança tornaram-se focos de atenções e leis garantindo os seus direitos. “Em relação à criação dos filhos, nasce uma nova parceria parental, uma atribuição de tarefas para cada um dos pais, gerando a figura do pai participativo.”⁴⁴

Atualmente o pai não se contenta mais em ser apenas o provedor, em pagar as despesas do filho, deixando sua educação e criação a cargo da mãe. O pai é participativo. “Este novo pai é pai de verdade, não tem vergonha de demonstrar o imenso amor que sente por seus filhos. Não teme mais arquétipos ultrapassados, cria um novo modelo, estabelece novos parâmetros.”⁴⁵

Akel coloca que o novo conceito familiar aconteceu de um lento processo evolutivo que possibilitou a gradativa conquista feminina no campo social. Sob o aspecto conjugal, “o papel da mulher brasileira teve seu apogeu com a CF de 1988, que expressamente estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres.”⁴⁶

⁴² BRASIL, 2009, p. 143.

⁴³ SILVA, 2008, p. 23.

⁴⁴ LEVY, 2008, p. 13.

⁴⁵ Ibid., p. 14.

⁴⁶ AKEL, 2009, p. 29.

Em conformidade à CF, a legislação civil em vigor tem como tônica principal, a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, conforme preceitua o art. 1.567 do CC, estabelecendo que a direção da sociedade conjugal, deverá ser exercida em mútua colaboração e, sempre, buscando, o melhor interesse tanto do casal como dos filhos. Assim dispõe o referido artigo: “Art. 1.567 – Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração àqueles interesses.”⁴⁷

Complementando, Carvalho coloca que embora vinculado etimologicamente à figura paterna, o “pátrio poder, na constância do casamento, é exercido, atualmente, por ambos os pais, em igualdade de condições.”⁴⁸

A prioridade que a legislação preterea ao pai no art. 380 do CC, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, que estabelecia que “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.”⁴⁹

Mas essa prioridade deferida ao pai é algo apenas ilusório como constata o mesmo autor.

A prioridade que o legislador defere ao pai, no exercício do pátrio poder, é apenas aparente, ou não passa de um tímido resquício do poder patriarcal. Se o pátrio poder ‘compete aos pais’, é totalmente destituída de sentido qualquer distinção quanto ao seu exercício. [...] Assim sendo, a expressão ‘exercendo-o o marido com a colaboração da mulher’ não passa apenas de um pleonasma jurídico. É uma redundância que se torna marcadamente desnecessária, na medida em que a lei outorga ao juiz o poder de dirimir as controvérsias, os entrosques de opinião [...].

Diniz assegura que no Direito Brasileiro atual o poder familiar é amplamente exercido por ambos os pais e que se houver qualquer divergência entre estes, deve-se recorrer à jurisdição para requerer a solução, evitando, assim, que a decisão seja implacável.⁵⁰ Essa competência está estabelecida no art. 1.631 do CC que ressalta: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.”⁵¹

Ressalta ainda Diniz que enquanto os cônjuges estiverem vivos e casados, o poder familiar será só exercido pela mãe se o pai estiver impedido de exercê-lo.⁵² Nos casos de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, o poder familiar não se altera.

⁴⁷ BRASIL, 2009, p. 271.

⁴⁸ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 182.

⁴⁹ Ibid., p. 182.

⁵⁰ DINIZ, 2004, p. 449.

⁵¹ BRASIL, op. cit., p. 276.

⁵² DINIZ, op. cit., p. 449.

Nesses casos a mudança ocorrida se refere apenas à guarda dos menores. Dispõe o CC no seu art. 1.632 que: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundo.”⁵³

Através do revelado observou-se que na família constituída normalmente com base fixada no casamento, o poder familiar está atrelado a ambos os genitores, exceto quando um dos genitores venha a falecer. Nesse caso, o poder familiar passa a ser de exclusivo exercício do cônjuge sobrevivente.

Confirmando, Diniz esclarece que “se o vínculo conjugal vier a dissolver-se pelo falecimento de um dos cônjuges, havendo filhos menores, o poder familiar competirá ao consorte sobrevivente, mesmo que venha a convolar nova núpcia.”⁵⁴

Akel discorre que:

Embora muito se discuta, não resta dúvida de que o legislador moderno entendeu mais do que necessária e urgencial a adaptação da nova legislação civil, considerando as alterações paulatinamente sofridas pela sociedade moderna, principalmente no que se refere às relações de direito de família.⁵⁵

Conforme se observou o instituto do poder familiar em muito se alterou no curso da história, mas acompanhou com muito sucesso a trajetória da própria família e, conseqüentemente, da sociedade.

2.4 DIREITOS E DEVERES DE PAIS E FILHOS

O poder familiar é imposto aos pais pelo Estado, que é quem fiscaliza o seu exercício. “Essa competência do Estado é direcionada para fiscalizar e controlar as relações entre os sujeitos pai-filhos para que os direitos e deveres sejam cumpridos com o respeito devido à lei e nos limites por ela permitidos.”⁵⁶

Akel ressalta que a família por ser o elemento fundamental da sociedade, deve ela receber a proteção necessária para desempenhar plenamente o seu papel, que é possibilitar o bem-estar de todos os seus membros, em particular as crianças.⁵⁷

⁵³ BRASIL, 2009, p. 276.

⁵⁴ DINIZ, 2004, p. 454.

⁵⁵ AKEL, 2009, p. 10.

⁵⁶ SILVA, 2008, p. 24.

⁵⁷ AKEL, op. cit., p. 32.

Os pais têm a difícil tarefa de preparar seus filhos para a vida, ensinando-os os valores capazes de norteá-los. Assim, a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar em clima de felicidade, amor e compreensão, sendo educada num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade, com vistas para prepará-la para viver uma vida individual na sociedade.⁵⁸

Esse complexo percorrer de acertos e desacertos, de atos e omissões, e, por que não, incertezas e medo, fez segundo a mesma autora com que o legislador traçasse objetivos a serem alcançados e apontasse alguns meios de atingir essa meta.

A família tem direitos porque tem deveres. Tem deveres por haver uma missão insubstituível para o bem da pessoa e da sociedade, consistente em permitir que as pessoas colaborem com uma transmissão digna da vida e com a proteção, nutrição e educação dos filhos desde o momento da concepção. [...] Em sua esfera mais profunda, a família permite captar que o sentido da vida se reconhece quando se está disposto a entregá-la, pois se faz imprescindível para compreender [...].⁵⁹

Sendo assim, Akel complementa citando o que estabelece a Convenção Internacional dos Direitos da Criança: “A criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.”⁶⁰

Embora a legislação prescreva que compete aos pais o cuidado aos filhos menores, nada dispõe sobre o modo como devem criá-los, e muito menos, como devem fazer para que consigam criá-los como seres íntegros. Isso se justifica, pois a entidade família é constitucionalmente protegida, e com isso desenvolve-se de acordo com seus fundamentos internos.

Mesmo sem manual de instrução o descumprimento do dever moral e legal de educação e criação dos filhos poderá acarretar aos genitores a perda do poder familiar, bem como a aplicação de sanções previstas pelos art. 1.638, II do CC que trata sobre deixar o filho em abandono e nos arts. 244 e 245 do Código Penal (CP) que trata sobre entregar o filho menor:

Art. 244 - Abandono material:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país.

⁵⁸ AKEL, 2009, p. 32.

⁵⁹ Ibid., p. 32.

⁶⁰ Ibid., p. 33.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Art. 245 - Entrega de filho menor a pessoa inidônea:

Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.⁶¹

Diniz ressalta que os pais “devem dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando o seu espírito e caráter, aconselhando-os e dando-lhes uma formação religiosa.”⁶² Para elencar os direitos e deveres incumbidos aos pais em relação aos filhos nossa constituição em seu art. 226, § 5º, expressamente declara: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”⁶³

Diante disso, o exercício do poder familiar no CC vigente quanto à proteção e promoção do desenvolvimento da pessoa dos filhos, está no artigo 1.634, que assim estabelece.

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 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 os dezesseis anos, nos atos da vida civil 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.⁶⁴

Assim, o conteúdo do poder familiar não está mais apenas voltado para a proteção da pessoa e do patrimônio dos filhos menores. O novo perfil do poder familiar busca estabelecer expressamente que os pais têm o dever de assistir, educar e criar os filhos de forma digna. O amor e a afeição devem ser o eixo central na relação familiar.

Sendo assim, Levy discorre:

Sabemos que nossa realidade social e econômica, muitas vezes, não permite aos pais a criação e educação idealizada de seus filhos. Assim, nessa sagrada relação, pode faltar dinheiro, pode faltar a melhor escola, a melhor alimentação, o melhor lazer. Só não pode faltar amor, carinho e compreensão. O abraço faz esquecer o frio e o beijo, a dor. É a união familiar que perpetua e distingue nossa espécie.⁶⁵

⁶¹ BRASIL, 2009, p. 565.

⁶² DINIZ, 2004, p. 443.

⁶³ BRASIL, op. cit., p. 70.

⁶⁴ Ibid., p. 276.

⁶⁵ LEVY, 2008, p. 31.

Estabelecido à competência dos pais em relação aos filhos, Silva explica que os filhos também devem ter deveres para com os pais e que os mesmos podem repreendê-los quando necessário estando isso implícito no inciso VII do referido art. 1.634.⁶⁶

O respeito e a obediência filial serão consequência exata dos valores transmitidos pelos pais. Nesse inciso está implícito o direito dos pais em aplicar, moderadamente, corretivos aos filhos menores se lhes forem desatenciosos e grosseiros. Porém, se houver exageros os pais se sujeitarão à perda do poder familiar.⁶⁷

A orientação na escolha de trabalho compatível com a idade e condição do filho também fazem parte da missão dos pais ao criá-los e educá-los. Destaca-se nesse ponto, “a possibilidade de os pais exigirem que seus filhos executem serviços, independentemente da finalidade a ser atingida, ou seja, contribuição na renda familiar para o sustento da família ou, ainda, para mero desenvolvimento de suas aptidões.”⁶⁸

Quanto à administração dos seus bens o CC no art. 1.689 equipara pai e mãe para usufruir os bens dos filhos menores sob sua autoridade. “Por se tratar apenas de direito de administração não é dado aos pais o direito de alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, nem contrariar em nome deles obrigações que ultrapassem os limites da simples administração.”⁶⁹

Como exceções ao direito dos pais de usufruir e administrar os bens dos filhos menores está às indicadas no art. 1.693 do CC.⁷⁰

Art. 1.693 - Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

- I - Os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;
- II - Os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;
- III - Os bens deixados ou doados ao filho, sob condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;
- IV - Os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

2.5 SUSPENSÃO, PERDA OU DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O cumprimento dos deveres e obrigações dos pais para com os filhos é fiscalizado pelo Estado, como citado anteriormente, e, quando não respeitado pode acarretar sanções ao

⁶⁶ SILVA, 2008, p. 27.

⁶⁷ Ibid., p. 27.

⁶⁸ AKEL, 2009, p. 41.

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 28.

⁷⁰ BRASIL, 2009, p. 281.

instituto do poder familiar. Com propósito integral dos filhos sob o poder familiar, o CC dedica a seção III do capítulo V (Do Poder Familiar) para tratar das hipóteses de suspensão, perda ou destituição e extinção do poder familiar. Sobre isso é que acompanharemos a seguir.

2.5.1 Suspensão do poder familiar

A suspensão do poder familiar é uma medida que depende de decisão judicial e é a “medida menos grave, facultativa ao juiz, pode atingir somente um dos filhos ou parte do conteúdo do poder familiar.”⁷¹

Silva destaca que se o comportamento dos pais prejudicar os filhos, “seja a pessoa ou os bens do menor, terão os pais seu poder familiar suspenso por sentença judicial, pelo tempo que o juiz entender conveniente.”⁷²

Outras normas que também estipulam as formas para provocar a suspensão do poder familiar estão no Estatuto da Criança e do Adolescente art. 24. O art. 129, inciso X do referido estatuto confirma a suspensão ou destituição do pátrio poder.

“Art. 24 - A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações.”⁷³

A suspensão pode atingir todos os poderes a ele inerentes ou apenas alguns deles, a critério do juiz, o qual se baseará na análise do que lhe for apresentado e comprovado. “A gravidade do caso é que determinará a decisão judicial.”⁷⁴

Cessará a suspensão se ficar comprovada a regularização dos atos que a gerarem.

2.5.2 Perda ou destituição do poder familiar

Como medida drástica, pode ocorrer nos casos em que gravíssimos atos de agressão aos deveres paternos restarem comprovados. A perda ou destituição “poderá atingir

⁷¹ LEVY, 2008, p. 38.

⁷² SILVA, 2008, p. 29.

⁷³ RASIL, 2005, p. 16.

⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 29.

apenas um dos genitores, passando os direitos e obrigações do poder familiar, integral e unicamente, ao outro. Caso este não tenha condições de assumir o encargo, o juiz deverá nomear tutor ao menor.”⁷⁵

Outro fator preponderante para a perda ou destituição está no art. 1.638 do CC como visto anteriormente, que fala que pai e mãe perderão o poder familiar “se castigar imoderadamente o filho, se o deixar em abandono e se praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.”⁷⁶ A mesma autora destaca ainda que o poder familiar também será destituído se o menor tiver, de seu genitor, “permissão ou obrigação a trabalhos não adequados à sua idade, agressivos à sua moralidade ou formação.”

Igualmente se destaca que o pai sem moral, que aceita libertinagens por parte dos filhos como aquele que força ou mesmo persuade a filha a prostituir-se ou incita os filhos menores à prática de atos imorais na sanção que é a privação do poder familiar, além da sanção penal pertinente.⁷⁷

2.5.3 Extinção do poder familiar

O artigo 1.635 do CC trata das hipóteses de extinção do poder familiar que pode ocorrer pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial. O art.1.635 assim estabelece:

Art. 1.635 - Extingue-se o poder familiar:
 I - pela morte dos pais ou do filho;
 II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
 III - pela maioridade;
 IV - pela adoção;
 V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.⁷⁸

A extinção do poder familiar pode ainda segundo Levy⁷⁹ se dá por decisão judicial como medida protetiva aos filhos e sancionatória aos pais quando ocorrer grave infração aos deveres paternais.

⁷⁵ SILVA, 2008, p. 29.

⁷⁶ Ibid., p. 30.

⁷⁷ Ibid., p. 31.

⁷⁸ BRASIL, 2009, p. 277.

⁷⁹ LEVY, 2008, p. 38.

3 INSTITUTO JURÍCO DA GUARDA

O número de rompimentos dos laços familiares, infelizmente, cresce a cada dia. Embora as causas sejam as mais diversificadas, nota-se que os casais não conseguem manter a união diante das dificuldades, afrouxando assim, os elos de afetividade. Quando há uma ruptura familiar, muitas vezes é difícil consolidar uma relação após a separação. Quando há filhos envolvidos essa relação deveria permanecer, mas nem sempre isso acontece.

Enquanto os casais permanecem unidos, pais e filhos, sobre o mesmo teto, “a prole desfruta da presença física e do apoio psicológico de seus genitores, situação que não permanece integralmente nas ocasiões em que o casal põe fim à sua convivência.”¹

Sendo assim, os problemas pessoais entre os membros da família tornam-se mais complexos, pois se potencializam após a separação e/o divórcio, “abalando a estrutura psicológica de todos os seus membros e dificultando, a cada dia, a solução pacífica das dificuldades.”²

Nioac de Salle ressalta que, durante a vigência da sociedade conjugal de fato ou de direito, os filhos desta união vivem em companhia de ambos os pais. Com a separação de fato ou de direito “passam os cônjuges a terem domicílios distintos, sobrevivendo o problema da guarda dos filhos menores. [...] Contudo, não há modificação nos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.”³

Após essa fase de dissolução conjugal, os filhos se veem em uma situação difícil, onde as maiores modificações acontecem justamente em suas vidas. A ruptura é brusca e modifica o cotidiano de uma forma definitiva. O que resta aos filhos é saber o que mudará em suas vidas.

Decidir sobre a guarda dos filhos após a ruptura conjugal é tarefa difícil, pois aos pais recai a culpa e aos filhos a tristeza da separação da família. Decidir a guarda nesse momento se torna essencial para amenizar a situação criada.

A guarda é um complexo de deveres e (direitos) que tem por objetivo a proteção integral do filho menor não emancipado. Estão inseridos no instituto da guarda os deveres de cuidar, vigiar, criar, educar e ter os filhos em companhia e de persegui-

¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 57.

² Ibid., p. 57.

³ NIOAC DE SALLE, Karen Ribeiro Pacheco. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 57.

los e reavê-los de quem injustamente os detenha. Pode ser oposta perante terceiros e mesmo entre pais.⁴

Sobre o tema a ser abordado nesse capítulo, não se pode ignorar que os pais têm além de deveres, o direito à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal. Separam-se os pais, não os filhos.

Com base nas informações sobre como acontecem às modificações na família e conseqüentemente na vida dos filhos, a sequência a seguir abordará a evolução do instituto da guarda na legislação brasileira, bem como os conceitos e definições, acerca do tema proposto.

3.1 EVOLUÇÕES DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O caminho da evolução do instituto da guarda na Legislação Brasileira foi extenso e de grandes discussões no Direito Pátrio. Akel ressalta que a prevalência do interesse do menor sempre esteve em evidência, quando o assunto era acerca de sua guarda.⁵

A primeira regra que regulou o destino dos filhos de pais separados foi segundo Silva o Decreto 181 de 1890, que em seu artigo 90 estipulava: “a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles.”⁶

Com a entrada em vigor do antigo CC de 1916, Silva⁷ coloca que em seu art. 325, mandava que na ocorrência de dissolução amigável de um casamento se respeitasse o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos e, no art. 326, estipulava que fosse observado, com rigor, se a ruptura fora gerada por culpa de um ou de ambos os cônjuges e a idade e o sexo dos filhos.

A referida legislação também previa que:

Havendo motivos substanciais, ou seja, motivos graves, o magistrado consideraria, sempre, a prevalência do interesse do menor, decidindo da maneira mais conveniente para este, diferenciando, portanto, do estabelecido pelo antigo ordenamento jurídico.⁸

⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44.

⁵ AKEL, 2009, p. 76.

⁶ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**: direitos e deveres decorrentes do poder familiar, a guarda de filhos na legislação brasileira, a guarda compartilhada na prática, a lei 11.698, de 13.06.2008. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008. p. 41.

⁷ Ibid., p. 42.

⁸ AKEL, op. cit., p. 77.

Em 1941 surgiu o Decreto-Lei nº 3.200, que, em seu art.16, regulou a guarda de filho natural, “determinando que o mesmo ficasse com o progenitor que o reconheceu e, sob o poder do pai, caso ambos o tivessem reconhecido.”⁹ Ainda segundo a mesma autora também era delegado ao juiz arbítrio para decidir de modo diverso, se o interesse do menor, assim o exigisse.

Esse Decreto teve seu art. 16 modificado pela Lei 5.582/70 que assim determinou:

Que filho natural, quando reconhecido pelo pai e pela mãe, ficasse sob a guarda da mãe, não mais do pai, a não ser que fosse prejudicial ao menor ou, caso necessário, deveria ocorrer a colocação do menor sob a guarda de alguém idôneo da família de qualquer um dos pais. O interesse do menor deveria sempre ser a base da decisão judicial.¹⁰

Silva complementa ressaltando que o surgimento da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada foi o motivador, em relação à guarda, alterações no desquite litigioso, mas não no desquite amigável.¹¹ Nesse contexto, os filhos menores passaram a ficar após a separação com a mãe. Caso fosse verificado que os progenitores não tinham condições de assumir a guarda, “a mesma poderia ser definida a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando aos pais o direito de visitas.”

As disposições constantes no CC de 1916 foram revogadas com a entrada em vigor da chamada Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77 – que pode ser resumida da seguinte maneira por Gama.¹²

(a) no caso de dissolução consensual da sociedade conjugal, seja na via judicial ou por escritura pública (Lei nº 11.441/07), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (CF. art. 9º da Lei e art. 1.121, inciso II, do Código de Processo Civil); (b) nas hipóteses de dissolução não consensual, o destino dos filhos menores obedecerá ao seguinte esquema: (b.1) havendo acordo apenas quanto à guarda dos filhos, observar-se-á o acordado, ainda que em relação aos demais aspectos da dissolução da sociedade conjugal tenha havido litígio e julgamento do mérito do conflito; (b.2) não havendo acordo também no que tange à guarda dos filhos, esta será atribuída a um dos pais que revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584, *caput*, CC); (b.3) na hipótese de se verificar que nenhum dos dois pais tem condições de permanecer com a guarda dos filhos menores, o juiz deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a medida, levando em conta, preferencialmente, o grau de parentesco e o grau de afinidade e de afetividade entre a criança ou o adolescente e a pessoa do guardião (art. 1.584, parágrafo único, CC). Finalmente, o art. 1.586 atribui poderes ao juiz de afastar as regras acima mencionadas sobre a guarda, podendo estabelecer a guarda de maneira diversa, sempre a bem dos filhos e sempre que houver motivos graves.

⁹ SILVA, 2008, p. 42.

¹⁰ *Ibid.*, p. 42.

¹¹ *Ibid.*, p. 43.

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 203.

Grisard Filho coloca que:

[...] todos esses critérios são gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender os interesses dos filhos menores. Tais interesses, e não a autoridade paterna é o eixo de todo o problema. Eles limitam até a livre avença dos pais em uma separação consensual, podendo o juiz recusar sua homologação se restar comprovado que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos, na dicção do art. 34, § 2º. O direito de visita, e o de ter os filhos em sua companhia e de fiscalizar lhes sua manutenção e educação foram ampliados pelo art.15, como foram estendidas, através do art.16, todas as disposições referentes a guarda de filhos menores aos maiores inválidos.¹³

Silva coloca que no CC de 2002 as determinações sobre a guarda dos filhos estão estabelecidas nos arts. 1.583 a 1.590, abolindo, “no art. 1.583, o critério da culpa pela separação, que impedia o genitor, que deu causa à separação, de ficar com a guarda dos filhos. Em caso de acordo entre os pais, a eles pertence a decisão sobre a guarda dos filhos.”¹⁴

O novo CC trouxe, em seus dispositivos, disciplinas que, anteriormente eram tratadas à luz da Lei do Divórcio, tais como dissolução da sociedade conjugal e proteção à pessoa dos filhos. O atual texto do CC não trouxe a previsão de prevalência da mãe como guardiã dos filhos. “Na nova disciplina legal, o exercício da guarda deverá ser conferido àquele que tenha melhores condições.”¹⁵

Nesse sentido, como citado anteriormente, o CC de 2002 afasta o mito da culpa como fator determinante da guarda, nas separações judiciais litigiosas. Não mais se atribui culpa a um dos genitores pela separação e sim analisa o fator da guarda por um conjunto de possibilidades para o melhor interesse do menor.

Silva destaca que é de suma importância ressaltar que a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, “alterou os arts. 1.583 e 1.584 do CC, fazendo referência explícita à guarda compartilhada, afirmando que ela poderá ser requerida, por consenso entre os pais, bem como decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho.”¹⁶

Silva conclui ainda que:

Deste modo, uma vez escolhido este modelo de guarda pelos pais, deverá haver sua aceitação pelo juiz da causa. Até porque a destruição do casal conjugal não deve provocar o desaparecimento do casal parental. Além disso, o risco de desacordo ou conflito entre os ex-cônjuges existe igualmente na guarda única, não podendo se *erigido* como impedimento à fixação da guarda compartilhada. Não se pode olvidar também que a sentença que estabelece a guarda está sempre sujeita à revisão, se as respectivas regras deixarem de preservar os interesses do menor.¹⁷

¹³ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 51.

¹⁴ SILVA, 2008, p. 44.

¹⁵ FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação**: sob o prisma do afeto. Niterói: Impetus, 2005. p. 37.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 45.

¹⁷ Ibid., p. 45.

Vale mencionar diante desse posicionamento que a guarda compartilhada é o tema central desse estudo, portanto, será aprofundado no próximo capítulo do referido trabalho.

Assim, observando todas as modificações ocorridas acerca da regulamentação da guarda dos filhos menores, o que se nota é que “os direitos e garantias dos filhos menores evidenciaram sobremaneira o instituto da guarda, obrigando o genitor guardião a observar e cumprir todos os deveres que lhes são impostos.”¹⁸

Resumindo Rodrigues citado por Akel coloca que:

O novo CC manteve destinado à proteção da pessoa dos filhos, como específico àquelas situações decorrentes da dissolução do casamento. Reproduz praticamente o conteúdo das disposições vigentes, considerando que muitas daquelas constantes da redação apresentada na Lei do Divórcio foram revogadas ou merecem nova leitura diante da igualdade constitucional entre marido e mulher, e da necessidade de preservação, em primeiro lugar, do interesse dos menores.¹⁹

Independente da forma que exista de união entre os genitores, a guarda dos filhos deve ser estabelecida de forma que os interesses dos menores sejam da melhor maneira atendidos, conforme enfatiza Bittencourt citado por Akel:

Os pronunciamentos judiciais sobre a guarda do menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixados nos seguintes pontos: o interesse da criança e as condições e comportamento dos pretendentes à guarda e a lateralidade desta a qualquer tempo.²⁰

Diante de todo o exposto sobre a evolução do instituto da guarda na Legislação Brasileira, é preciso enfatizar segundo Akel que a guarda ultrapassa a ideia de posse e de mero direito dos pais garantidos pelo CC.²¹ É um comprometimento dos genitores, da sociedade e do próprio Estado que garante a aplicação efetiva dos direitos e garantias, na função social da guarda.

Apesar da notória evolução na legislação pertinente, ainda não houve a eliminação completa das diversas controvérsias existentes entre os pais, principalmente com questões delicadas como visitas e atribuições financeiras.

As peculiaridades de cada caso concreto exigem do julgador extrema habilidade no trato dos conflitos apresentados entre as partes que, muitas vezes, causam situações embaraçosas e constrangedoras, inclusive, para os filhos, uma vez que, no direito de família, é muito difícil discernir o que é certo e errado, dificultando a realização da justiça quando os sentimentos de amor e ódio estão tão próximos e interligados.²²

¹⁸ AKEL, 2009, p. 78.

¹⁹ RODRIGUES, Silvio apud AKEL, 2009, p. 79.

²⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura apud AKEL, 2009, p. 81.

²¹ AKEL, op. cit., p. 81.

²² Ibid., p. 81.

Em razão desses possíveis conflitos entre os pais é que surge a importância do instituto da guarda, que visa assegurar a toda a criança o direito de ter um guardião para protegê-la.

Após essa explicação sobre a evolução do instituto da guarda, os conceitos e definições serão apresentados em seguida.

3.2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DE GUARDA

Como seguimento ao texto anterior sobre a evolução do instituto da guarda na Legislação Brasileira faz-se necessário à definição e o conceito do tema guarda de filhos.

Para Strenger a guarda assim se define:

Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-nos à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício como um poder-dever.²³

Levy coloca que no âmbito do Direito, a expressão guarda relaciona-se a vários institutos jurídicos, mas o tema em estudo guarda de filhos, assume o sentido de proteção integral do filho menor, no âmbito do Direito de Família. A guarda de filhos, no Direito Brasileiro, tem previsão legal na Lei nº 6.515/77 do CC e no Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei nº 8.090/90.²⁴

Gama afirma que se deve pensar o instituto da guarda como uma perspectiva de inclusão da criança e/ou adolescente no processo de definição ao qual ela deva ser inserida. O mesmo autor defende que por mais que haja um rompimento afetivo entre os pais, os filhos devem ficar imunes a qualquer problema que por acaso venha a acontecer, não deixando que essa ruptura seja “fator de rejeição, de solidão, de falta de diálogo, de comunicação e de amor entre pais e filhos.”²⁵

Akel coloca que conceituar adequadamente e de forma precisa, o vocábulo “guarda” não é tarefa das mais fáceis. “Com maior precisão a “guarda” sugere, também, o

²³ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 31.

²⁴ LEVY, 2008, p. 42.

²⁵ GAMA, 2008, p. 235.

significado do verbo “guardar”, que, no sentido corrente, significa “manter consigo”, ter em depósito, conservar em seu poder.”²⁶

Santos Neto citado por Akel coloca que há, contudo que se analisar o termo guarda, pois este pode passar uma falsa ideia. “O traço principal e característico da guarda consiste em ter garantia de posse do menor.”²⁷ O mesmo autor adverte ainda que o termo guarda é muito forte de significação.

Assim, Akel complementa:

Alertamos, assim, que a ciência do Direito, adota linguagem própria e nomenclatura técnica, vale dizer, não pode haver palavras com mesmo significado para situações diversas. O vocábulo *posse* é termo jurídico designativo de um instituto de direito das coisas, com origem na terminologia jurídica romana, *possessio*, de forma que, inserido no campo do Direito de Família, induz à ideia de que “companhia e guarda” são palavras de idêntica significação, quando na realidade, assim não ocorre. Ter alguém em companhia significa estar com essa pessoa, acompanhando seu desenvolvimento, orientando e conversando, enquanto que manter alguém sob guarda envolve mais que isso, abrangendo a vigilância e a posse.²⁸

Carvalho ressalta que não há qualquer vínculo etimológico ou de significação histórica entre as palavras guarda e posse. “Em verdade, tanto em seu significado histórico como em sua acepção jurídica, desentranhada dos fins a que são destinados os textos legais, o vocábulo “guarda” tem o sentido de proteção e custódia.”²⁹

Carbonera propõe uma reflexão sobre a definição de guarda. Para a autora guarda “tem como conteúdo geral o ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, proteção e amparo. Dentro da linguagem comum, ter alguém sob a guarda representa zelar por ela, estar na companhia e sob os seus cuidados.”³⁰

Para se concretizar, a guarda se dá por meio de um guardião, que atuará para evitar qualquer dano ao protegido. “Dessa forma, guardar significa colocar em lugar seguro e tomar todos os cuidados para que nada aconteça, pois o “objeto” tem valor e não pode sofrer qualquer avaria ou ofensa.”³¹

²⁶ AKEL, 2009, p. 74.

²⁷ SANTOS NETO, José Antônio de Paula apud AKEL, 2009, p. 74.

²⁸ AKEL, 2009, p. 74.

²⁹ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 140.

³⁰ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 42.

³¹ *Ibid.*, p. 43.

Conforme salienta Guimarães a guarda poderá ser deferida “aos avós, tios ou quaisquer parentes da criança ou adolescente ou mesmo a qualquer pessoa, desde que haja ambiente familiar adequado.”³²

Ainda sobre o tema, Santos Neto citado por Grisard Filho formula o seguinte conceito: “guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este.”³³

Sendo assim, Silva coloca que a guarda é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida à terceiro, não implica a transferência desses. “Em resumo, por ser a guarda atributo do poder familiar e tendo possibilidade de se separar dele, não se exaurindo nem se confundindo com o mesmo, pode existir sem ele.”³⁴

Ensina Leite citado por Silva:

O direito de guarda, exercido pelos pais em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos. Embora o CC tenha privilegiado a noção de direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente imprimiu nova característica ao instituto, favorecendo a ideia de dever, em favor dos menores.³⁵

Interessante destacar o posicionamento de Viana sobre não ser segundo ele, a guarda da essência do poder familiar, mas sim, de sua naturalidade: “A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio poder, podendo ser confiada a terceiros. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro.”³⁶

Akel se pronuncia contra, afirmando que a guarda é sim um dos atributos do poder familiar, referindo-se à custódia natural, que segundo a autora é “a proteção que é devida aos filhos, por um ou ambos os pais.”³⁷

Leciona ainda Akel que:

Independente de direitos e obrigações inerentes ao próprio instituto da guarda dos filhos, no direito contemporâneo, os pais compartilham seu efetivo exercício, seja na constância de uma união, como no desenlace, tendo em vista que guarda é muito mais do que poder, dever e obrigações.³⁸

³² GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda: conforme estatuto da criança e adolescente.** Questões processuais, esquemas gráficos dos procedimentos, legislação aplicável, jurisprudência, modelos de petições. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000. p. 19.

³³ SANTOS NETO, José Antônio de Paula apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

³⁴ SILVA, 2008, p. 40.

³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira apud SILVA, 2008, p. 40.

³⁶ VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 38.

³⁷ AKEL, 2009, p. 76.

³⁸ Ibid., p. 76.

Encerrando as definições de guarda, Neto citado por Akel simplifica o que é segundo ele a forma mais coerente de conceituar o termo:

Guardar é antes de tudo amar, estar presente, na medida do possível, comparecer a todos os atos e festividades escolares, religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, esporte e turismo.³⁹

Visando a continuação do estudo acerca do instituto jurídico da guarda, os critérios de determinação da guarda serão abordados na sequência.

3.3 CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA GUARDA

Com a ruptura que constitui a separação ou divórcio, fica evidente que os filhos menores não mais continuarão a viver sob o mesmo teto, ao mesmo tempo, com o pai e a mãe.

Sendo assim, Lima coloca que havendo essa ruptura, “tanto o exercício da autoridade parental, como o da guarda, são alterados, pois a guarda sofre uma cisão, passando a ser exercida de maneira desmembrada.”⁴⁰ Consequentemente, há um distanciamento natural do genitor não guardião, o que vem a enfraquecer o próprio exercício da autoridade parental na prática.

Enquanto a família permanece unida, as decisões acerca dos filhos são prioridades. Quando acontece a ruptura, os pais acabam segundo Pereira se priorizando, pensam em si e não no que será melhor para o desenvolvimento da criança. “Acabam que se envolvendo com o conflito e esquecem o menor, fato este que não pode ocorrer.”⁴¹

Sendo assim, quando há a desunião dos pais surge à problemática da guarda dos filhos, sendo que “ou haverá um acordo entre os genitores ou a determinação da guarda será via judicial.”⁴²

Levy leciona que o ordenamento jurídico brasileiro sempre prestigiou o acordo parental sobre a guarda dos filhos. Entretanto, “em face à discórdia parental, parâmetros

³⁹ LAGRASTA NETO, Caetano apud AKEL, 2009, p. 76.

⁴⁰ LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3101/1/2007_SuzanaBorgesViegasdeLima.pdf>. Acesso em: 5 maio 2011.

⁴¹ PEREIRA, Dorival Bernardino. **A guarda compartilhada e seus aspectos frente ao ordenamento jurídico atual.** Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Dorival%20Bernardino%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2011.

⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira apud PEREIRA, op. cit.

legais de atribuição do exercício se fizeram e ainda se fazem necessário para regular tão difícil questão.”⁴³

Grisard Filho discorre sobre a regulamentação da guarda dos filhos.

Nos casos de dissolução da sociedade conjugal, legítima ou natural, pela via consensual, o destino dos filhos é regulado por acordo dos pais (a isso lhes obriga o art. 1.121, II, do CPC), sujeito à homologação do juiz, recusável, porém, se não preservar suficientemente os interesse dos filhos, conforme lhe autoriza o parágrafo único do art. 1.574 do CC. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai e da mãe, o juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade, o que reafirma a orientação do direito moderno no sentido de, efetivamente, resguardar o bem estar dos filhos.⁴⁴

Confirmando o que descreveu o autor na citação anterior, o art. 1.121, II, do CPC trás a seguinte formulação: “Art. 1.121 – A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà: II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas.”⁴⁵

Diante de tais afirmações acerca dos critérios de determinação da guarda, confirma-se que a prioridade para tal fator é sempre o interesse do menor. Sendo assim, alguns aspectos devem ser imprescindíveis para a melhor atribuição desse poder.

3.3.1 Quanto ao interesse do menor

Segundo o entendimento de Silva a questão da guarda evoluiu conforme as novas realidades civis foram surgindo, através de várias legislações específicas, como o Código dos Menores, Lei do Divórcio, Estatuto da Criança e do Adolescente e, “pela especial circunstância de ter de colocar como prioridade os interesses do menor, em consonância aos seus direitos fundamentais destacados no art. 227 da CF de 1988.”⁴⁶

O artigo da CF que deu significativa importância à criança e ao adolescente assim pode ser visto.

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

⁴³ LEVY, 2008, p. 98.

⁴⁴ GRISARD FILHO, 2005, p. 69.

⁴⁵ BRASIL. **Vade mecum**. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 470.

⁴⁶ SILVA, 2008, p. 46.

liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴⁷

Do artigo exposto, Silva acentua que é nesse sentido que a prioridade conferida ao interesse do menor emerge como ponto central, a questão maior, que deve ser analisada pelo juiz na disputa entre os pais pela guarda dos filhos. “A palavra interesse engloba uma gama variada, absorvendo os interesses materiais, morais, emocionais e espirituais do filho menor, não se podendo esquecer de que cada caso é um caso e deve seguir o critério de decisão do juiz.”⁴⁸

Assim Grisard Filho destaca que a guarda é facultada ao juiz para que o mesmo disponha da maneira que julgar mais conveniente, amparado pelo art. 1.586 do CC.⁴⁹ “Art. 1.586 – Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.”⁵⁰

O fundamento desse critério “é o caráter de sujeito de direito que tem o menor, que não é objeto de direito dos pais, senão uma pessoa que tem direito à proteção, assistência e educação.”⁵¹

Com referência a análise do que exatamente a lei deseja expressar como interesse do menor, explica Leite citado por Silva.⁵²

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.

Continua Leite citado por Silva:

As transformações sofridas pela noção (do interesse do menor) se constatou que os papéis tradicionalmente reservados à mãe e ao pai na sociedade conjugal estão sofrendo alterações devido à evolução da família em consequência da própria evolução da mulher na sociedade e no mercado de trabalho. Desse modo, o critério único de guarda materna e visita paterna vem sendo contestado, pois não há mais a divisão das funções materna e paterna dentro do lar na família atual. É por esse motivo que os profissionais atuantes no meio familiar, como juízes, advogados,

⁴⁷ BRASIL, 2009, p. 70.

⁴⁸ SILVA, 2008, p. 47.

⁴⁹ GRISARD FILHO, 2005, p. 70.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., p. 273.

⁵¹ GRISARD FILHO, op. cit., p. 70.

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira apud SILVA, op. cit., p. 49.

assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras expõem que o critério do interesse do menor deve preponderar e ser analisado pelo juiz para avaliar e decidir o que é melhor para ele nos embates judiciais.⁵³

A decisão acerca do melhor interesse do menor deve-se levar em conta também as condições pessoais dos genitores. Assim expõe Silva:

Levando-se em consideração também as condições pessoais dos genitores, tais como: condições materiais (atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares) ou condições morais (vínculo de afetividade entre o pai e o filho, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidados e investimento paterno etc.). Esses são alguns dos elementos que podem servir de caminho ao juiz, que lhes permitem descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o interesse do menor.⁵⁴

Portanto, o princípio do melhor interesse prevalece a quaisquer outros interesses, seja dos genitores ou de terceiros, quando submetidos à apreciação do poder judiciário.

Para Strenger “consideram-se interesse do menor todos os critérios de avaliação que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde.”⁵⁵

3.3.2 Quanto à idade e ao sexo

A idade e o sexo da criança são aspectos que merecem acolhida para que seja aferido o interesse do menor na atribuição da guarda.

Quanto à idade, Silva coloca que de fato, efetivamente, na primeira infância o menor tem mais ligação com a mãe e dependência dela especialmente pelo aleitamento materno, e, “a guarda é definida pela necessidade de uma especial sensibilidade, afeto e ternura, valores esses mais inseridos na maternidade, nessa fase inicial da vida.”⁵⁶

Grisard Filho ressalta a mesma regra, entretanto, não prevalece assim tranquila, quando o menor inicia sua vida escolar, onde já pode compreender e julgar as atitudes dos progenitores. “O interesse do menor quando adentra o mundo dos adultos exige pesquisa do juiz para saber da capacidade educativa dos pais, o ambiente cultural em que vivem e o tempo disponível à dedicação de seus filhos.”⁵⁷

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira apud SILVA, 2008, p. 50.

⁵⁴ SILVA, 2008, p. 51.

⁵⁵ STRENGER, 1998, p. 92.

⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 51.

⁵⁷ GRISARD FILHO, 2005, p. 74.

Quanto ao sexo, não existe qualquer impedimento segundo Silva, que se atribua a guarda de uma filha ao pai que tenha bons costumes, com boa visão educativa, em vez de confiá-la a uma mãe que não saiba valorizar as exigências morais e as relações sociais. “Do mesmo modo que não se pode negar a guarda de filho menor a uma mãe que, embora não possua grande cultura, é moralmente sã, contra um pai que apresenta vida irregular, com maus hábitos e comportamento reprovável.”⁵⁸

O perigo maior adverte Leite citado por Silva é o preconceito decorrente do sexo, sempre negativo em relação ao homem, quando se trata de guarda.⁵⁹

A referência ao papel tradicional da mãe ‘naturalmente’ boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, as mulheres são muito mais mães do que os homens, pais.⁶⁰

A ideia parece ser a de que a mãe é figura imprescindível, enquanto o pai é dispensável na criação dos filhos. “Seguramente, há momentos especiais nos quais é necessária a presença imediata do genitor do mesmo sexo, pois existem conflitos e problemas que podem afetar o menor nessa etapa de vida.”⁶¹

3.3.3 Quanto aos irmãos juntos ou separados

Outro critério que normalmente é seguido pelos tribunais é não separar os irmãos. “Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada.”⁶²

Entretanto, para Carbonera essa orientação nem sempre é seguida. “Se a guarda disser respeito a mais de um filho, não há necessidade de a decisão ser idêntica para todos. É preciso, pois, respeitar as particularidades de cada relação paterno-filial.”⁶³

Levy leciona que:

Estabilidade e continuidade nas relações familiares devem ser preservadas ao máximo. A continuidade das relações da criança com o ambiente extrafamiliar de

⁵⁸ SILVA, 2008, p. 51.

⁵⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira apud SILVA, *ibid.*, p. 52.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁶¹ GRISARD FILHO, 2005, p. 75.

⁶² *Ibid.*, p. 75.

⁶³ CARBONERA, 2000, p. 122.

origem, seus amigos, seus avós, tios e primos, enfim, seus laços afetivos não podem ser rompidos, salvo se configurarem uma ofensa o seu melhor interesse.⁶⁴

Para Grisard Filho esse critério de manter unido o que resta da família, perde razão quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades.⁶⁵ Quando for impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se segundo o mesmo autor um amplo e geral regime de visitas.

3.3.4 Quanto à opinião do menor

Um aspecto relevante é a oitiva judicial do filho disputado. “Há quem seja contra esse procedimento alegando trazer traumas à criança e que o depoimento estaria comprometido em razão da imaturidade do depoente. Outros são favoráveis à oitiva, desde que respeitada sua condição especialíssima.”⁶⁶

Silva destaca que a Convenção dos Direitos das Crianças da ONU, em seu art. 12, ressalta o direito do menor de expressar sua opinião e de ser ouvido nos temas de seu próprio interesse.⁶⁷ Essa tendência segundo a autora, já encontra respaldo na prática de alguns juízes de família.

Grisard Filho ressalta que: “Ouvir sim, mas exigir que os filhos escolham, nunca.”⁶⁸ Seria, segundo o autor um conflito muito doloroso para a criança, ter que decidir com quem gostaria de ficar, pois a escolha vai acarretar a mágoa de um dos pais. Na verdade os filhos gostariam que sua família permanecesse unida.

Desse modo, não se pode submeter uma criança a tais questionamentos, sem maiores considerações a respeito das fantasias relativas à lealdade, medos, traições, vinganças. “Essas são algumas das fantasias que habitam o mundo inconsciente infantil e que pode ser manipulado pelo genitor que possui mais ascendência ou domínio psicológico sobre ela.”⁶⁹

Vale destacar ainda segundo Silva duas observações acerca da oitiva com os filhos menores. “Pode o juiz ouvir o menor se for necessário para a avaliação do que está a

⁶⁴ LEVY, 2008, p. 110.

⁶⁵ GRISARD FILHO, 2005, p. 75.

⁶⁶ LEVY, op. cit., p. 107.

⁶⁷ SILVA, 2008, p. 53.

⁶⁸ GRISARD FILHO, op. cit., p. 76.

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 54.

ocorrer no ambiente familiar, mas essa prova pode também gerar efeitos nocivos ao menor, porque a sua idade, o meio social, a formação escolar e outras circunstâncias acabam por influir em seu depoimento.”⁷⁰

A psicóloga Eliana Ripert Nazareth citado por Silva detalha como pode ficar confuso para o menor entender a separação dos pais:

Uma criança, ao ter seus pais separados, não se separa internamente; ao contrário, eles continuam juntos em seu mundo interno [...]. Essa é uma das razões para o aparecimento da depressão que, às vezes, se observa em crianças após a separação de seus pais. Há o desejo de que as figuras amadas permaneçam unidas, não separadas, em contraste com o que é vivido na realidade. Essa disparidade entre desejo e realidade, junto com a perda do casal de pais, demanda um processo de elaboração do luto, frequentemente muito penoso para elas.⁷¹

Contudo há que se observar, e isso, é missão do magistrado, em caso de preferência por um dos genitores pela criança, se a mesma não está escolhendo, baseado em ser esse o genitor menos exigente para com ela. “Algumas vezes, sabe-se que os filhos optam pelo pai relapso, preocupado em agradar, ausente nas horas que o pulso forte deve atuar.”⁷²

Os meios de apreciação para determinar o interesse do menor continuam sendo, a manifestação da vontade dos pais, quando há acordo e o recurso à assistência social, quando o tribunal dispõe desse meio, e, excepcionalmente, os sentimentos expressos pelas crianças.

Arremata Leite citado por Silva que “o acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que os pais, conhecem seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos menores.”⁷³

Assim, vários critérios foram abordados para que se chegue a um consenso na decisão pela guarda dos mesmos. Isso se explica pela diversidade de particularidades que um processo de guarda apresenta. Entretanto, Pereira citado por Levy faz a seguinte conclusão: “Enfim, o fato determinante para se garantir a guarda a um dos pais deve estar na habilidade de se colocar o interesse da criança acima dos próprios interesses.”⁷⁴

Um acordo de guarda bem sucedido na opinião de Wallersteins citado por Levy está em:

Em síntese, depende da criança, dos pais e de como os pais tratam um ao outro e aos filhos. É importante que os acertos reflitam com precisão as necessidades e os desejos das crianças. É um empreendimento complexo. O que funciona numa criança em determinada idade pode ser prejudicial à mesma criança em outra fase do

⁷⁰ SILVA, 2008, p. 53.

⁷¹ NAZARETH, Eliana Ripert apud SILVA, *ibid.*, 2008, p. 54.

⁷² *Ibid.*, p. 54.

⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira apud SILVA, 2008, p. 55.

⁷⁴ PEREIRA, Tânia da Silva apud LEVY, 2008, p. 111.

desenvolvimento. Um mesmo formato não é válido para todas as crianças e todas as famílias.⁷⁵

3.3.5 Outros fatores que podem influenciar na determinação da guarda

Ainda dentro dos critérios de determinação da guarda, o juiz a fim de auxiliá-lo na sua decisão, pode determinar a realização de exame pericial, por especialista ou equipe multidisciplinar especializada no tema. “O exame pericial é um meio de prova utilizado pelo juiz a fim de auxiliá-lo na formação de sua convicção, quando a prova do fato necessitar de conhecimentos técnicos ou científicos de outras áreas de conhecimento.”⁷⁶

Portanto, Levy assim define o cerne da questão: “A questão é avaliar quem, ou qual dos pais, possui as melhores condições de exercício da guarda, ou seja, qual dentre os pais litigantes atende melhor ao superior interesse dos filhos.”⁷⁷

Para tanto, profissionais de diversas áreas da saúde mental, psicologia, psiquiatria e serviço social, são chamados a atuarem junto ao poder judiciário, a fim de realizar avaliação nas pessoas envolvidas na disputa pela guarda, e, por fim opinarem na constante da determinação pelo juiz. Esta avaliação segundo Levy pode ter por objeto uma das partes, ambas as partes, a criança ou toda a família em litígio.⁷⁸

Outro ponto importante e discutível na atribuição da guarda está na divergência paternal sobre a educação religiosa dos filhos. Levy coloca que a liberdade religiosa consta entre os direitos fundamentais, expressos na CF. “Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente que entre seus direitos consta da liberdade e respeito (art.15), nele compreendidos crença e culto religioso (art.16, III) e a preservação das crenças (art. 17).”⁷⁹

Por outro lado, sabe-se que compete aos pais a educação dos filhos, incluído nesse pressuposto a educação religiosa e a decisão sobre a existência e maneira como ela será ministrada no lar. “Entretanto, nem sempre isso é possível. O problema surge quando os pais professam religiões diferentes, mudam de religião ou mesmo decidem deixar de comungar uma religião e pretendem que seus filhos os sigam em sua decisão.”⁸⁰

Mesmo em desacordo entre os genitores quanto à religião, o juiz deve formar sua decisão. Entende Diniz “que ao guardião se defere o poder familiar em toda sua extensão,

⁷⁵ WALLERSTEINS, Judith apud LEVY, 2008, p. 111.

⁷⁶ LEVY, 2008, p. 112.

⁷⁷ Ibid., p. 112.

⁷⁸ Ibid., p. 113.

⁷⁹ Ibid., p. 115.

⁸⁰ Ibid., p. 115.

cabendo-lhe decidir sobre educação e formação religiosa do menor, cabendo ao outro genitor apenas o direito de visita e o de fiscalizar a criação do filho, não tendo qualquer poder decisório.”⁸¹ São situações difíceis que requerem muita reflexão sobre o assunto e decisões ainda mais particularizadas.

A mudança geográfica dos genitores é outro ponto que requer muita ponderação e dificultando a convivência entre pais e filhos. Nesse caso ocorre o embate do direito de convivência paterno-filial com o direito de fixar domicílios dos genitores.

Por razões profissionais ou pessoais pode acontecer de um dos genitores, ou mesmo de ambos decidirem mudar para outra cidade, estado ou país. Segundo Levy o sistema brasileiro “reconhece ao genitor que exerça o poder familiar o direito de fixar seu domicílio (e consequentemente o do filho) onde bem lhe aprouver, mesmo que isto implique mudanças de localidade.”⁸²

O tema é difícil. Qualquer decisão no que se refere a tão delicada situação, deve levar em consideração o caso concreto em questão, analisando o impacto que tal mudança poderá ocasionar à criança, sendo que, no caso de efetiva mudança, a regulamentação do tempo de convivência com o genitor descontínuo deve ser adequada à nova situação. Mais uma vez, é o melhor interesse do filho o critério a ser aplicado no caso concreto.

Contudo, explica Guimarães que cada caso é específico e deve ser rigorosamente avaliado, para que sejam evitados abusos por parte do guardião, que pode usar de seu poder para impedir o contato do pai ou mãe não guardião.⁸³

A paternidade homoparental é mais um dos aspectos considerados nas decisões sobre a guarda. A realidade atual segundo Levy nos contempla com um enorme número de pessoas que se unem em relações homossexuais, modernamente denominadas de homoafetivas.⁸⁴

A realidade aponta para processos de reprodução assistida, permitindo à mulher homossexual gerar um filho que será criado com sua companheira, ou mesmo a adoção por pessoa que se apresenta como solteira e vive unida por laços afetivos com pessoa do mesmo sexo.⁸⁵

Assim, cabe ao Direito assegurar o melhor interesse da criança diante dessas relações. A opção sexual dos pais só deve ser levada em conta na apreciação do exercício do poder familiar se influenciar negativamente no desenvolvimento do filho em questão.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. In: _____. **Curso de direito civil brasileiro: direito da família**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v.5. p. 253.

⁸² LEVY, 2008, p. 116.

⁸³ GUIMARÃES, 2000, p. 21.

⁸⁴ LEVY, op. cit., p. 118.

⁸⁵ Ibid., p. 119.

O que decide se um pai ou uma mãe pode exercer o poder familiar é sua capacidade em oferecer ao filho os cuidados necessários visando ao seu melhor interesse. Se este pai ou mãe são homossexuais e são bons cuidadores, não há porque privá-los do convívio com seu filho, biológico ou afetivo, assim como um filho não deixa de ser filho porque é homossexual.⁸⁶

3.4 OS MEIOS DE EXERCÍCIO DA GUARDA

Diante das transformações vividas pelas famílias bem como as mudanças comportamentais, novas fórmulas de guarda foram sendo adaptadas para assegurarem aos pais desunidos em igualdade de condições.

Silva coloca que é preciso diferenciar os modelos de guarda, para evitar confusão na deliberação daquele que será o mais adequado num determinado e específico caso de família, que terá que se adaptar ao processo de transformação que certamente ocorrerá.⁸⁷

Essa questão segundo Grisard Filho recebeu o consenso social no sentido de que era geralmente a mãe a pessoa mais habilitada ao seu exercício e excepcionalmente o pai.⁸⁸ De qualquer forma, a guarda cabia a um só dos genitores. É a que se conhece por guarda única, exclusiva e uniparental.

Confirmando, Silva discorre:

No Brasil, antes da aprovação da lei sobre a guarda compartilhada predominava a guarda única, exclusiva, de um só dos progenitores, o qual detém a guarda física, que é a de quem possui a proximidade diária do filho, e a guarda jurídica, que é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor.⁸⁹

A guarda que trataremos como única apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não detém a guarda.

Grisard Filho critica esse tipo de guarda.

As visitas periódicas tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas. São os próprios pais, hoje, que contestam esse modelo e procuram novos meios de garantir uma participação maior e mais comprometida na vida de seus filhos depois de finda a sociedade conjugal.⁹⁰

⁸⁶ LEVY, 2008, p. 119.

⁸⁷ SILVA, 2008, p. 55.

⁸⁸ GRISARD FILHO, 2005, p. 120.

⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 56.

⁹⁰ GRISARD FILHO, op. cit., p. 123.

Além da guarda única, que pode ser chamada também de tradicional, cabe ainda conceituar mais modelos de guarda de filhos, que na verdade são os meios de exercer a guarda.

Outra modalidade de guarda é a chamada alternada que assim conceitua Grisard Filho:

Caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deterem a guarda do filho alternadamente, seguindo um ritmo de tempo que pode ser de um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal.⁹¹

A guarda alternada raramente é concedida, e, ocorre geralmente por escolha das partes. “A jurisprudência desabona esse modelo de guarda, não sendo aceito em quase todas as legislações mundiais, por ser uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados a dividir pela metade o tempo passado com os filhos.”⁹²

Leandro citado por Grisard Filho aponta que a guarda alternada não está em harmonia com o menor. Assim sendo, no ordenamento jurídico brasileiro não existe a guarda alternada, ela é substituída pelo chamado direito de visita.⁹³

O aninhamento ou nidação é também outro tipo de guarda que segundo Silva é um tipo raro, no qual os pais se revezam, mudando para a casa onde vivem as crianças, em períodos alternados de tempo. “Parece ser uma situação irreal, por isso, pouco utilizada.”⁹⁴

Por fim, temos a guarda compartilhada ou conjunta, o tema central deste trabalho. Diante disso, será feita apenas uma descrição superficial, para logo no capítulo seguinte ser tratado especificamente cada segmento desse novo modelo de guarda, que possui nuances peculiares.

Segundo Silva a guarda compartilhada permite que os filhos vivam em estreita relação com o pai e a mãe, havendo uma co-participação deles, em igualdade de direitos e deveres. “É também uma aproximação da relação materna e paterna, visando ao bem-estar dos filhos. São benefícios grandiosos que essa nova proposta oferece às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos genitores e evitando ansiedades e desgastes.”⁹⁵

Complementando, a psicanalista e psicóloga Maria Antonieta Pisano Motta citado por Grisard Filho assim define guarda compartilhada:

⁹¹ GRISARD FILHO, 2005, p. 120.

⁹² SILVA, 2008, p. 57.

⁹³ LEANDRO, Armando apud GRISARD FILHO, op. cit., p. 122.

⁹⁴ SILVA, op. cit., p. 59.

⁹⁵ Ibid., p. 59.

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos.⁹⁶

Após o conhecimento sobre o Instituto Jurídico da Guarda e sua evolução e aplicabilidade, o próximo capítulo como relatado anteriormente abordará com profundidade o foco dessa pesquisa que a Guarda Compartilhada e seus aspectos. O tema central a ser abordado terá enfoque em responder a problemática aferida para a realização deste.

⁹⁶ MOTTA, Maria Antonieta Pisano apud GRISARD FILHO, 2005, p. 126.

4 A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS

O paradigma denominado família sofreu alterações ao longo do tempo. Essas mudanças não foram apenas na sua estrutura, mas também envolveu uma mudança de pensamento e valores individuais por parte de seus membros. Couto coloca que “a família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser um espaço de amor, companheirismo e afeto.”¹

Diante dessas várias mudanças ocorridas, talvez a mais significativa seja segundo coloca Oliveira a igualdade perante a lei dos cônjuges no ambiente familiar. “A participação de marido e mulher de forma equitativa e equilibrada, na administração do lar conjugal e na contribuição para a criação dos filhos e na questão que se refere à guarda.”²

Como estudado no capítulo anterior, a guarda tem origem na dissolução conjugal e abrange os interesses de pais e filhos. No que tange à realidade, a guarda no modelo brasileiro ainda carrega alguns traços da tradição patriarcal, “onde se conferia a mulher os afazeres domésticos, sendo-lhes atribuída à função de educar os filhos, cuidar destes e também do marido.”

A mesma autora citada acima coloca ainda que no caso de uma ruptura conjugal, “era natural à atribuição da guarda apenas para a mãe, por entender o judiciário e sociedade, que seria a mãe a pessoa mais idônea para dar continuação à criação do menor.”

Abreu citado por Oliveira justifica essa modalidade de guarda e sua aplicação. “A guarda única é a modalidade de guarda mais comum e que impera com maior ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, na qual é dado à mãe a preferência de deter a guarda e ao pai o direito de visitas quinzenais.”³

Mediante a justificativa apresentada acima sobre a empregabilidade da guarda e as muitas mudanças ao longo dos tempos na instituição família, e, principalmente nas relações entre pais e filhos que foi instituída em forma de lei a guarda compartilhada, objeto de estudo desse capítulo. “O modelo tradicional de guarda exclusiva, atribuída na maior parte das vezes à mãe, se mostrou falho e insuficiente, na maior parte dos casos.”⁴

¹ COUTO, Lindajara Ostejen. **A separação do casal e a guarda compartilhada dos filhos**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/a_separacao_do_casal_e_a_guarda_compartilhada_dos_filhos.pdf>. Acesso em: 12 maio 2011.

² OLIVEIRA, Daniela dos Santos. **Guarda compartilhada: visão Legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285>. Acesso em: 12 maio 2011.

³ ABREU, Francielle Seemann apud OLIVEIRA, op. cit.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p 214.

Após o aprofundamento sobre a família e o poder familiar no primeiro capítulo, e, sobre o instituto da guarda no segundo, a sequência a seguir abordará o tema central dessa pesquisa, com pretensão de compreender a guarda compartilhada, a fim de responder à problematização e aos objetivos propostos para este estudo.

Sabemos apenas mediante o estudo dos capítulos anteriores que houve uma evolução das relações familiares, e essas, ajudaram a incluir a guarda compartilhada nos modelos de guarda, no ordenamento jurídico brasileiro atual.

4.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA

Após o capítulo anterior ter tratado do tema guarda, faz-se necessário aprofundar nesse capítulo os conhecimentos a respeito da guarda compartilhada, que vem a ser segundo Vieira e Goulart uma modalidade da guarda jurídica atribuída a ambos os genitores. “Esta nova modalidade busca atenuar o impacto negativo da ruptura conjugal dos pais sobre o relacionamento com os filhos.”⁵

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá segundo Nioac de Salle uma nova e inédita conotação ao instituto do poder familiar, “já que tem por finalidade romper com a ideia de poder e vincular a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do convívio familiar.”⁶

Leciona ainda a mesma autora que a partir deste novo conceito, “é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a ideia de estar, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e conseqüentemente dos pais.”⁷

Definindo o tema guarda compartilhada, Levy coloca que a mesma tem por finalidade minimizar os danos sofridos pelos pais e filhos em razão da quebra ou mesmo da inexistência prévia de um relacionamento conjugal. “Busca preservar os laços paterno-filiais em condições de igualdade entre os genitores.”⁸

⁵ VIEIRA, Aparecida Maria; GOULART, Elzira Maria. **Análise da guarda compartilhada no contexto brasileiro**. Disponível em: <<http://posglosadores.blogspot.com/2010/01/jurid-analise-da-guarda-compartilhada.html>>. Acesso em: 12 maio 2011.

⁶ NIOAC DE SALLE, Karen Ribeiro Pacheco. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 91.

⁷ *Ibid.*, p. 91.

⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 54.

Conceituando, Quintas assim dispõe:

Compartilhada é a modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.⁹

Na visão de Gama a guarda compartilhada ou conjunta é “um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família.”¹⁰

O pressuposto maior desse modelo de guarda é a permanência dos laços que uniam pais e filhos antes do rompimento afetivo. Akel discorre que “a premissa sobre a qual se constrói esta guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos e que estes sejam educados por ambos os pais e não por um deles, conforme ocorre em milhares de relações familiares.”¹¹

Diante disso o instituto da guarda compartilhada assim se define.

A guarda compartilhada não deve ser igualada à livre visitação. Compartilhar a guarda é muito mais do que isso e não apenas isso. É fazer os pais colocarem-se como pais em uma postura totalmente diferente. É assumir responsabilidades. É comprometer-se em proporcionar as melhores condições possíveis ao adequado desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.¹²

Carles e Caldas ressaltam que a guarda compartilhada é um sistema de responsabilidade entre os pais em relação à vida dos filhos, oportunizando que ambos decidam a respeito do desenvolvimento da prole. “Esse tipo de guarda oportuniza o contato diário, havendo a continuidade do envolvimento emocional dos filhos com os pais, afastando a impressão de abandono causado pela separação dos mesmos.”¹³

Em relação ao conceito de guarda compartilhada, Grisard Filho citado por Carles e Caldas escreve:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em

⁹ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a lei n° 11.698/08. Rio de Janeiro: Forence, 2009. p. 28.

¹⁰ GAMA, 2008, p 214.

¹¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 104.

¹² NAZARETH apud GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. Organização: APASE – Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 95.

¹³ CARLES, Fabiana David; CALDAS, Gabriel Ap. Anízio. **Guarda compartilhada**: um novo direito? Seus aspectos e problemáticas no atual direito de família. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/4036.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

relação a eles. Neste contexto, os pais podem planejar como convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visitas).¹⁴

Epagnol citado por Carles e Caldas conceituam guarda compartilhada da seguinte forma:

A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.¹⁵

Assim, com a guarda compartilhada mãe e pai continuam a exercer de forma conjunta as mesmas responsabilidades na participação diária na vida dos filhos, como ocorria antes da ruptura do casamento. Passam a decidir juntos, coisas simples do cotidiano dos filhos, como escola, cursos extracurriculares, esportes a serem praticados, dentre outras, e, também, sobre as coisas mais complexas como, por exemplo, saúde, alimentação, moradia.

Duarte ao refletir sobre a guarda compartilhada ou conjunta definiu-a da seguinte maneira:

A guarda compartilhada, de possível aplicação no nosso Direito, deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que a criança tem uma residência principal (na casa do pai ou da mãe) – única e não alternada – próxima ao seu colégio [...], que define ambos os genitores do ponto de vista legal como os detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também bem-sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.¹⁶

O instituto da guarda compartilhada atribui aos pais, separados, o direito “de convivência e de decisão sobre saúde, educação e formação de seus filhos. Dessa forma, tem como objetivo preservar as relações filiais com ambos os pais.”¹⁷

Levy acentua que a essência da guarda compartilhada está refletida na palavra cooperação, já que “livremente e por mútuo consentimento os pais geraram um filho, não podem se desfazer, através desse mútuo consentimento, das responsabilidades integrais sobre a vida desses filhos. O caráter conjunto do ato de concepção dá aos filhos o direito de ter pai e mãe.”¹⁸

Árduo defensor dessa modalidade, Leite citado por Levy afirma que:

Mesmo quando o conflito se instaurou, mesmo quando a hostilidade existe, a guarda conjunta aviva um sentimento de justiça, que a disputa faz negligenciar, e acomoda

¹⁴ GRISARD FILHO apud CARLES; CALDAS, loc. cit.

¹⁵ EPAGNOL, Rosângela Paiva apud CARLES; CALDAS, loc. cit.

¹⁶ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Guarda de filhos na família em litígio**: uma interlocução da psicanálise com o direito. 3. ed.rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.

¹⁷ Ibid., p. 12.

¹⁸ LEVY, 2008, p. 56.

as suscetibilidades. Ela é conciliadora. E a tão-só consideração desse aspecto já lhe garante um lugar de destaque na esfera familiar.¹⁹

O exercício conjunto proposto pela guarda compartilhada torna segundo Quintas os pais mais presentes, ao permitir que participem das atividades que compõem o dia-a-dia de seus filhos. “É de fundamental importância na vida de uma criança o contato com o pai e a mãe.”²⁰

Lôbo citado por Quintas ressalta que:

O filho sentiria a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamentos da educação, do lazer e do sustento material e moral, razão pela qual conceitua guarda compartilhada como o envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e de mãe, malgrado, residindo em lares distintos.²¹

Diante das definições de guarda compartilhada apresentados, constata-se que a mesma vem para suprir a falta que o genitor não guardião (na modalidade de guarda única ou exclusiva), sentia em relação aos filhos. Resumindo, iguala pais e mães em direitos e obrigações, como manda a lei.

Compreendendo os conceitos e definições o estudo que segue aponta para a História da Guarda Compartilhada, tentando desvendar o surgimento desse instituto, e, também, procura descobrir se o modelo brasileiro apresentado na forma da Lei nº 11.698/08, sofreu influências dos diferentes países onde já era praticada antes essa modalidade de guarda.

4.2 BREVE HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA

Após o estudo sobre os conceitos e definições do termo guarda compartilhada, passamos agora a apresentação de um breve histórico sobre esse tema, que apesar de ser significativo apresentarmos, é importante salientar que as experiências vivenciadas na realidade familiar são diferentes de país em país, no tocante aos costumes e práticas cotidianas de cada um.

Segundo coloca Silva vários fatores podem influenciar e entre esses estão o grau de desenvolvimento cultural e a formação e características particulares de cada povo. Assim, a

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira apud LEVY, 2008, p. 56.

²⁰ QUINTAS, 2009, p. 28.

²¹ LÔBO, Paulo apud QUINTAS, *ibid.*, p. 28.

mesma autora coloca que “os exemplos bem-sucedidos tendem a ser copiados em todas as esferas da vida, especialmente na social e familiar.”²²

A trajetória da guarda compartilhada antes de chegar ao Brasil é longa. Após a Revolução Industrial, o mundo todo teve a necessidade de mudar e a guarda de filhos também acompanhou essa evolução, equiparando os direitos dos genitores, bem como priorizando os interesses dos filhos.

Visando os interesses dos menores, Silva ressalta que a partir daí houve a necessidade de um estudo conjunto entre juristas, psicólogos e sociólogos para buscar uma nova fórmula de comunicação. “consubstanciando-se no exercício conjunto do poder familiar, considerando-se a criança como sujeito de direitos civis humanos e sociais e garantindo-lhe uma melhor qualidade de relações com seus pais após a dissolução da vida comum em família.”²³

A noção de guarda conjunta, já se ressaltou, surgiu na *Common Law* do Direito Inglês, com denominação de *Joint custody*. Estendeu-se à França e ao Canadá, firmando jurisprudência em suas províncias e espalhando-se por toda América do Norte. O termo *custody* equivale, *lato sensu*, ao poder familiar do nosso direito civil. Assim, no Direito Inglês a atribuição de custódia (*custody*) confere ao seu titular em conjunto de direitos que se assemelha ao poder familiar.²⁴

Assim nasceu a guarda compartilhada esclarece Grisard Filho: “a ideia do fracionamento encarregou a mãe dos cuidados diários dos filhos e recuperou o pai o poder de dirigir a vida do menor.”²⁵ Nesse sentido, as decisões inglesas privilegiaram os princípios do melhor interesse do menor em igualdade entre homens e mulheres.

As decisões que consolidaram a guarda compartilhada na Inglaterra possuem grande valor jurídico e histórico, pois romperam tradições e colocaram em primeiro lugar, o interesse dos menores.

A guarda compartilhada “nasceu há pouco mais de 20 anos na Inglaterra e de lá trasladou-se para a Europa continental, desenvolvendo-se na França. Depois atravessou o Atlântico, encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos. Presentemente desenvolveu-se na Argentina e no Uruguai.”²⁶

²² SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**: direitos e deveres decorrentes do poder familiar, a guarda de filhos na legislação brasileira, a guarda compartilhada na prática, a lei 11.698, de 13.06.2008. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008. p. 79.

²³ *Ibid.*, p. 79.

²⁴ *Ibid.*, p. 79.

²⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 123.

²⁶ *Ibid.*, p. 123.

Foi na França segundo Silva que surgiu a primeira lei sobre a guarda compartilhada, “que harmonizou o CC francês com a jurisprudência existente desde 1976.”²⁷

Chamada de “Lei de Malhuret” “estabeleceu que a autoridade deve ser exercida pelo casal que a tem, divorciado ou não, compete reger e determinar os detalhes da vida cotidiana dos filhos.”²⁸

Na França, se o casal se separa o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo a um dos pais e ao outro ser dado o direito de visita, ou compartilhado por ambos. A nova lei veio para confirmar a jurisprudência, fazendo da guarda compartilhada um referencial legal.

O Estados Unidos também adotou essa tendência que se desenvolveu em larga escala. Segundo Loch “as estatísticas mostram que os pais são francamente favoráveis a ela, pelos vários aspectos em que beneficiam os filhos, como auto estima, atividade, relacionamento, adaptação e melhor desenvolvimento psicoemocional.”²⁹

A maioria dos Estados americanos já dispõe de leis que incluem a guarda compartilhada no leque de opções de guarda. É o tipo de custódia que mais cresce nos Estados Unidos. “A guarda compartilhada não é imposta aos pais, que optam por esta, e o pai não se desobriga de pagar a pensão alimentícia, na maioria dos casos é feito um acordo entre eles para ver quanto cada um contribuirá para as despesas dos filhos.”³⁰

Em Portugal, a guarda compartilhada foi batizada de guarda conjunta, e sua importância decorre do fato de permitir a opção dos pais pelo exercício comum do poder familiar.

Os arts. 1.905 e 1.906 do CC português assim dizem:

Art. 1.905 - Divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento.

1 - Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e formas de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade.

2 - Na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no art. 1.918, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência.

Art. 1.906 - (Alterado pela Lei nº 59 / 99, de 30 de junho).

Exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento.

²⁷ SILVA, 2008, p. 80.

²⁸ Ibid., p. 81.

²⁹ LOCH, Gisele Schmitz. **Guarda compartilhada**. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2047>>. Acesso em: 17 maio 2011.

³⁰ Ibid.

- 1 - O poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado.
- 2 - Os pais podem, todavia, acordar, nos termos do nº1 do artigo anterior, o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do casamento.
- 3 - Os pais podem ainda acordar, nos termos do nº 1 do artigo anterior, determinados assuntos que eram resolvidos por acordo de ambos os pais, ou sobre a administração dos bens do filho assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado.
- 4 - Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.³¹

Em Portugal há a “Associação Pais Para Sempre”, uma instituição particular que tem como objetivo assegurar às crianças e aos pais a regularidade, o significado e a continuidade dos contatos dos filhos com os seus pais e com o resto da família. Foi no ano de 1999 que o CC de Portugal recebeu a emenda que privilegiou a guarda compartilhada, tornando-a lei.

Na Alemanha até o ano de 1992 predominava a guarda unilateral, onde era submetida à apreciação da corte institucional. Essa regra foi considerada inconstitucional por entender que o Estado não poderia “interferir, quando ambos os pais, depois do divórcio, são capazes e estão dispostos à guarda conjunta dos filhos e quando tal arranjo não se mostra prejudicial a eles.”³²

A legislação Argentina adotou, como regra básica, o exercício compartilhado, correspondendo-o ao pai e à mãe conjuntamente, sendo estes casados ou não. Loch salienta que “também é condicionado o melhor interesse do menor, cabendo ao juiz decidir que qualquer conflito será levado até ele, de forma favorável ao menor. Os pais têm direito e obrigação de criar, educar e alimentar os seus filhos conforme sua condição e fortuna.”³³

No Canadá a guarda compartilhada só é deferida se os pais optam por ela, mas cabe ao juiz orientar que essa modalidade é a mais benéfica aos filhos e a eles próprios. “A lei do divórcio canadense diz que se deve garantir a criança o constante contato com ambos os pais.”³⁴

Os tribunais canadenses baseiam a limitação da aplicação da guarda conjunta apenas em casos de pedido conjunto das partes, na argumentação de que não se pode compelir um pai a cooperar em uma guarda compartilhada quando ele não a deseja, sob o risco de não se atingir o objetivo.³⁵

Grisard Filho assim resume:

Pais em conflito constante, não cooperativo, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação e proporcionam aos

³¹ SILVA, 2008, p. 86.

³² Ibid., p. 89.

³³ LOCH, loc. cit.

³⁴ Ibid.

³⁵ SILVA, op. cit., p. 91.

filhos e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada não podem ser muito lesivo aos filhos.³⁶

Após essa incursão no universo histórico da guarda compartilhada no mundo, o estudo a seguir trará a guarda compartilhada no Direito Brasileiro, destacando a recente inovação que a mesma trouxe para a realidade familiar.

4.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

No item anterior destacou-se a guarda compartilhada no ordenamento jurídico de diversos países onde a mesma consolidou-se, permitindo uma melhor verificação do seu funcionamento.

No Direito de Família Brasileiro a guarda compartilhada ou conjunta é a mais recente inovação. No dia 15 de agosto de 2008, entrou em vigor a Lei nº 11.698, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do CC, transformando a guarda compartilhada em guarda legal.

Há algum tempo a guarda compartilhada “já vinha sendo objeto de homologações de acordos, perante juízes de família, que respaldados nos princípios constitucionais e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em alguns casos já aplicavam a guarda compartilhada.”³⁷

Numa análise de sua evolução jurídica, percebe-se segundo Quintas que a guarda compartilhada acompanhou os anseios e necessidades de cada época.³⁸

A sociedade de hoje divide-se entre o paradigma da família patriarcal e a nova realidade que se instala. A igualdade entre homens e mulheres no tocante a seus papéis dentro da família, a noção de filiação desassociada do casamento e os interesses das crianças como prioridade absoluta, conceitos trazidos pela CF de 1988, interferem na forma como a família se estruturará, bem como as decisões a respeito da guarda de filhos, e o CC de 2002 traz algumas importantes modificações neste tocante quando da ruptura familiar, não obstante ainda hoje se atribuir à mãe a responsabilidade de assumir sozinha esta tarefa, impedindo o pai de um convívio maior com seu filho, sem motivos que justifiquem esta divisão, prejudicando o melhor interesse da criança.³⁹

Embora já se tenha um amplo conhecimento sobre o funcionamento perante a legislação brasileira da guarda compartilhada, pode-se observar segundo Oliveira que sua aplicação em nosso ordenamento jurídico ainda é feita com cautela, pois há que se verificar

³⁶ GRISARD FILHO, p. 174.

³⁷ OLIVEIRA, loc. cit.

³⁸ QUINTAS, 2009, p. 115.

³⁹ Ibid., p. 123.

sempre se sua aplicação vai está contribuindo com o melhor interesse do menor, e isso depende da análise de cada caso em especial.⁴⁰

A guarda compartilhada surgiu como uma modalidade de guarda bem quista em nosso meio jurídico, e as alterações feitas nos art. 1.583 e 1.584, que serão aprofundadas a seguir no item 4.4, foi uma quebra de paradigma e um divisor de águas no Direito de Família Brasileiro.

O fato é que ao inseri-la no ordenamento, o legislador civil criou um novo modelo de exercício de guarda que enseja alterações nas relações paterno-filial e materno-filial, proporcionando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor, que não sentirá da mesma forma a perda de referência de seu pai ou de sua mãe.⁴¹

Segundo dispõe a mesma autora citada acima, nessa nova modalidade de guarda, reduzem-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam na adequação à nova rotina e aos novos relacionamentos após a separação de seus genitores. “Na vivência da guarda conjunta, embora a criança resida apenas com um dos genitores, é garantido ao outro uma convivência ampla e efetiva, tanto na vida cotidiana do infante, como nas decisões relevantes sobre a vida dos menores.”⁴²

No entanto, apesar de essa nova modalidade de exercício de guarda ter se tornado uma realidade jurídica para o direito brasileiro, “não dispôs o legislador da forma de sua aplicabilidade, deixando à jurisprudência a explicação de sua funcionalidade.”⁴³ Desse modo, o julgador, conhecendo o assunto, analisará todos os requisitos e condições necessárias para concessão ou não da guarda compartilhada.

Ao analisarmos a guarda compartilhada no Direito Brasileiro nos deparamos com a Lei n ° 11.698/08 que faz a regulamentação da referida guarda no ordenamento jurídico atual. Tal lei será o objeto de estudo a seguir, intitulado de A Lei da Guarda Compartilhada.

4.4 LEI N ° 11.698/08 - A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

A Lei 11.698/08 aprovada em 13 de junho de 2008 modifica a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do CC de 2002, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁰ OLIVEIRA, loc. cit.

⁴¹ AKEL, 2009, p. 121.

⁴² Ibid., p. 121.

⁴³ Ibid., p. 122.

Assim, destacam-se na íntegra as referidas modificações dos arts. citados acima.

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.

§ 4º (VETADO). (NR)

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 a 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.⁴⁴ (NR)

Ao ser analisado a questão legal da guarda compartilhada, verifica-se segundo Oliveira que mesmo antes de ser positivada esta modalidade de guarda no Direito Brasileiro, a CF já apresentava indícios para que sua aplicação fosse possível.⁴⁵

A guarda compartilhada mostrava-se lícita e possível em nosso direito e nos aliávamos, para sua aplicação, destacando primeiramente a CF, que em seu art. 5º prevê a absoluta igualdade entre o homem e a mulher, bem como a mesma igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, estampada no § 5º do art. 226 e a devida proteção à criança, elevada em absoluta prioridade pelo art. 227. Em consonância, o art. 229 confere a ambos os pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.⁴⁶

⁴⁴ BRASIL. **Vade mecum**. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lúvia Céspedes. 7. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272.

⁴⁵ OLIVEIRA, loc. cit.

⁴⁶ SILVA, 2008, p. 95.

Desse modo a mesma autora continua destacando os indícios da possível presença da guarda compartilhada mesmo antes de sua legalização.

Do mesmo modo, a Lei 8.060/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, no caput do art. 4º, transmite o mesmo regramento do art. 227 da CF. Expressa o art. 6º: “na interpretação desta lei levar-se-ão em conta [...] e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.” O art. 16, caput: ‘o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos [...] ‘V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.’ E, finalmente o art. 22 transmite: ‘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. A Lei 9.278/96, em seu art.2º, caput, coloca que ‘são direitos e deveres iguais dos conviventes [...] - III - Guarda, sustento e educação dos filhos comuns.” A Lei 6.515/77, do art. 9º ao 16º traz as regras estabelecidas para a atribuição da guarda de filhos, e novamente destacamos o art. 13, que faculta ao juiz dispor sobre a guarda da maneira que julgar mais conveniente aos filhos. Ao utilizar-se desse dispositivo legal o magistrado pode também aplicar a guarda compartilhada, se o caso revelar que é a modalidade que melhor atende aos interesses do menor e se for recomendada por equipe interprofissional de assessoramento, cuja competência vem descrita no art.151 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴⁷

No CC de 2002 não se falava ainda em guarda compartilhada, como pode ser observado no ANEXO A, apenas havia projeto de lei para alterar os arts. 1.583 e 1.584 que visavam acrescentar tal instituto. O legislador preocupou-se em disciplinar a matéria, começando pela substituição do pátrio poder pelo poder familiar, estabelecido no art. 1.630, onde relata que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

Continuando a análise da alteração ocorrida no CC/02, verifica-se segundo Oliveira que o art. 1.584 foi o que apresentou uma mudança significativa em um primeiro momento. “Afirma-se que a guarda compartilhada (ou unilateral também) pode ser decretada por requerimento consensual dos pais ou de qualquer deles, inciso I, ou ainda judicialmente, inciso II.”⁴⁸

Nota-se também no parágrafo primeiro do art. 1.584 que: “na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, as similitudes de direitos e deveres atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.”⁴⁹

Ainda no parágrafo segundo do art. 1.584 Souza resume que:

A lei ainda representa um avanço ao colocar a guarda compartilhada como regra e a guarda única como exceção, ao estabelecer não havendo acordo entre o pai e a mãe quanto a guarda dos filhos menores, será aplicada sempre que possível pelo juiz a guarda compartilhada.⁵⁰

⁴⁷ SILVA, 2008, p. 95.

⁴⁸ OLIVEIRA, loc. cit.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ SOUZA, Camila Barbosa. **Guarda compartilhada: nova concepção no cuidado de filhos de pais separados.** Disponível em: <<http://promovebh.com.br/revistapensar/art/a29.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2011.

Silva resume quais as alterações que os arts. 1.583 e 1.584 trouxeram para a continuação das relações entre pais e filhos.

A lei traz ao juiz a necessidade de que ele evidencie às partes as vantagens da guarda compartilhada, antes mesmo de homologar a conciliação. Talvez essa tarefa seja mais executada por parte do Ministério Público, quando as partes o procurarem para sua manifestação quanto às cláusulas de separação consensual. Só a prática *forense* assim o dirá. A lei define a guarda compartilhada como um sistema de coresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar. A nova lei preconiza que, se as partes não chegarem a um acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.⁵¹

A mesma autora coloca que estas alterações no CC merecem a sua devida interpretação. “A lei não está dispondo que o juiz deverá estabelecer sempre o regime de guarda compartilhada, quando não houver consenso entre as partes quanto à guarda dos filhos. Ao contrário, a ressalva é clara: sempre que possível.”

A determinação segundo compreende Silva se dará sempre que possível e para casais que estejam dispostos ao diálogo, uma vez que esse é o requisito essencial. “Sem diálogo não há guarda compartilhada.”⁵²

Outro fator incluído nessa modificação dos referidos arts. de acordo ainda com a mesma autora, é que o legislador acrescenta uma disposição que antes não havia: acena com a aplicação de sanções no caso de alterações ou descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada. “A penalidade prevista é a redução de prerrogativas atribuídas àqueles que detêm a guarda, com a possibilidade de redução do tempo de convivência com o filho.”

Concluindo, tem-se que a guarda compartilhada é viável, possível, e, com a mudança ocorrida também é legal. Espera-se que com a sua aplicabilidade,

o vínculo da paternidade e da maternidade não se dissolve, não se apaga, não morre, não se derroga por nenhuma norma jurídica. Esse vínculo natural, biológico ou não, afetivo de constante caminhada nos meandros da vida em sociedade, não se rompe com a ruptura do casamento, dos laços conjugais.⁵³

A batalha pela igualdade de direitos entre homens e mulheres quanto ao trato com os filhos, no exercício do poder familiar, está consolidada com a guarda compartilhada. Cabe

⁵¹ SILVA, 2008, p. 98.

⁵² *Ibid.*, p. 99.

⁵³ CARLES; CALDAS, loc. cit.

agora aos pais exercê-la da melhor maneira possível, sempre pautando em primeiro lugar os interesses dos filhos menores.

Após a compreensão sobre a Lei 11.698/08, que modificou os arts. 1.583 e 1.584 do CC/02 e instaurou a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, os estudos seguintes apontarão para as novas concepções trazidas por ela e também os benefícios legais possibilitados aos pais e filhos com a aplicação na prática dessa lei.

4.5 NOVAS CONCEPÇÕES TRAZIDAS PELA GUARDA COMPARTILHADA

Ao se tomar conhecimento da lei que decretou a guarda compartilhada no Brasil e avaliar as mudanças que foram proporcionadas para a sua aplicação, precisa-se com esse estudo considerar quais as novas concepções que foram englobadas e trazidas com o surgimento dessa nova modalidade de guarda. Como se viu, a guarda compartilhada trouxe novos fatores para somar no ambiente familiar, mesmo que este esteja quebrado ao meio por causa da separação ou dissolução da estrutura conjugal.

A guarda compartilhada trouxe novas concepções para a realidade das famílias, pois ela atribuiu novos valores ao próprio ambiente familiar.

Com a separação, a família não se dissolve, mas transforma-se. Cessa o vínculo e a relação da conjugalidade, aflorando a relação de parentalidade que vai ser exercida e compartilhada entre genitores e filhos, através do exercício da autoridade parental que se efetiva e imediatiza através da guarda, com a recomendação de partilhamento entre os genitores.⁵⁴

Os aspectos referentes ao bem-estar do menor devem sempre ser valorizados, para que ao definir a guarda, a criança não sofra traumas.

A separação dos genitores ao mesmo tempo em que acaba com o conflito parental, gerando um fator positivo, ocasiona uma série de perdas aos filhos, afetando-os de forma negativa, pois a disponibilidade de relacionamento com o pai ou a mãe que não detém a guarda fica diminuída, desta forma, surge o exercício compartilhado, justamente para tentar amenizar tais perdas, beneficiando a criança na medida em que ambos os pais estão envolvidos em sua criação e educação. Esse modelo diminui o tempo de ausência dos pais, uma vez que independe do sistema de visitas.⁵⁵

⁵⁴ CARLES; CALDAS, loc. cit.

⁵⁵ Ibid.

Uma das novas concepções trazidas pela guarda compartilhada segundo os mesmos autores acima citados, é que os filhos não perdem o seu referencial com os pais. “A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com as duas casas. O grau de intimidade da criança com os pais garantir-lhe á segurança e permitirá que ela tenha experiências para além da extensão do lar.”

A guarda compartilhada traz como concepção também que a relação de afeto e carinho que ambos, pais e filhos, sentem não pode ser apagada simplesmente porque a relação conjugal acabou. A afetividade é um dos elementos essenciais para a união familiar. Com a guarda compartilhada essa relação afetiva não acaba, pois sempre haverá o contato entre ambos.

A dimensão da guarda compartilhada está pautada juntamente com o novo Direito de Família, em bases principiológicas.

O argumento da presunção legal da guarda compartilhada encontra fundamento nos princípios constitucionais, informadores do direito de família, que são: o princípio da dignidade humana, o princípio da convivência familiar, o princípio da continuidade das relações familiares, o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da igualdade entre os cônjuges.⁵⁶

Os princípios não definem as condições, mas estabelecem a razão e as diretrizes na qual a Lei da guarda compartilhada está embasada.

Entre os princípios que a lei da guarda compartilhada está embasada estão o princípio da dignidade humana, onde visa segundo Melgaço “salvaguardar a pessoa humana sob todos os aspectos.”⁵⁷ Conclui ainda a mesma autora.

Por causa deste princípio a família transformou-se em sociedade democrática, ou seja, o que se visa atualmente é a realização da personalidade de seus membros; a despatrimonialização das relações entre os consortes e entre os pais e filhos e a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação existente entre os genitores.

O princípio da continuidade das relações familiares tem como fundamento jurídico segundo a mesma autora citada acima, “a consolidação do elo que se perpetua entre pais e filhos.”

Esse princípio está elencado nas novas concepções da guarda compartilhada, que procura manter a união. “Se ambos os pais não vivem juntos, mas estão aptos a exercer o

⁵⁶ CARLES; CALDAS, loc. cit.

⁵⁷ MELGAÇO, Fernanda A. Tizôco. **Guarda compartilhada: dificuldades para aplicação da sistemática na realidade familiar brasileira.** Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/200/227/00001244.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2011.

poder familiar, a princípio, o melhor interesse da criança é ter a presença de ambos em sua vida.”⁵⁸ Confirmando, a mesma autora assim define:

Se os pais não vivem juntos, a guarda compartilhada é um arranjo de guarda que possibilita a manutenção das relações pessoais e do contato direto com ambos os pais. Os dois genitores são importantes na vida da criança, não se podendo determinar qual deles exercerá melhor a guarda se ambos estiverem capacitados.

A guarda compartilhada é a maior expressão do princípio da convivência familiar. Além de garantir ao filho o contato direto com ambos os pais, “facilita o controle de sua educação, saúde, alimentação, integridade física e formação moral de uma forma mais ampla, diminuindo os riscos de desmandos por parte de um dos genitores, propiciando à criança um desenvolvimento mais sadio e feliz.”⁵⁹

Akel coloca que:

O exercício compartilhado da guarda, dentre outras vantagens a serem apontadas, preserva os vínculos afetivos, uma vez que pai e mãe não perdem o filho, nem este aquele, ressaltando, por mais uma vez, que a conjugalidade pode se romper, mas nunca a parentalidade.⁶⁰

A guarda compartilhada também tem a concepção de manter a igualdade entre homens e mulheres estabelecida pela CF/88. Segundo Carles e Caldas esse princípio é destacado, pois atualmente os pais exercem a mesma função dentro de casa.

Essa evolução demarca um espírito de cooperação entre os cônjuges, e revela que a criação/educação de uma criança não é exclusivamente ínsita à natureza feminina. Nesse cenário de igualdade, o pai apresenta as mesmas condições para continuar o exercício do poder familiar.⁶¹

A guarda compartilhada privilegia e envolve, de forma igualitária, ambos os pais nas funções ligadas à formação e educação dos filhos menores, buscando “reorganizar as relações entre os genitores e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles, maiores responsabilidades e garantindo a ambos um relacionamento melhor do que o oferecido pela guarda uniparental.”⁶²

Outro princípio norteador da guarda compartilhada é o do melhor interesse da criança e do adolescente. “Os direitos dos filhos predominam em relação aos dos pais, ou melhor, predominam os direitos dos filhos e os deveres dos pais.”⁶³

⁵⁸ QUINTAS, 2009, p. 61.

⁵⁹ RAMOS, Patrícia apud MELGAÇO, loc. cit.

⁶⁰ AKEL, 2009, p. 106.

⁶¹ CARLES; CALDAS, loc. cit.

⁶² AKEL, op. cit., p. 107.

⁶³ MELGAÇO, loc. cit.

Neiva citado por Akel assim salienta sobre a guarda compartilhada e o melhor interesse da criança e do adolescente.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e eficiente formação sociopsicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.⁶⁴

Diante das argumentações que justifiquem as novas concepções trazidas pela guarda compartilhada Carles e Caldas fundamentam as razões para a aplicabilidade de tal modelo de guarda.

Por essas razões é que o modelo da guarda exclusiva revela-se incompatível com as vicissitudes porque passa a família. Se o princípio norteador é o melhor interesse da criança, como justificar, para o principal interessado, que, em razão da dissolução do vínculo jurídico dos pais, ele será obrigado a aceitar que, a partir daquele momento, passará a viver apenas com um e ser visitado pelo outro? Há vários princípios subjacentes ao princípio do melhor interesse da criança, o que mais uma vez ratifica a tese de que somente o modelo da guarda compartilhada está em consonância com o novo formato familiar.⁶⁵

A guarda compartilhada também possui o importante efeito de impedir a ocorrência do Fenômeno da Alienação Parental e conseqüentemente da Síndrome da Alienação Parental, já que sendo o poder familiar exercido conjuntamente, “não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com o mesmo, situação típica da guarda unilateral ou exclusiva.”⁶⁶

Melgaço faz um resumo sobre a conjunção de modelos de guarda existentes para destacar as novas concepções acerca da guarda compartilhada. Assim dispõe.

A diferença básica entre os modelos de guarda única, alternada, nidação e compartilhada é que nos três primeiros modelos não há o compartilhamento físico e jurídico da guarda, ao contrário da compartilhada, em que há o compartilhamento jurídico e físico. Estas outras formas de exercício da guarda, que não a compartilhada propriamente dita, são bastante criticadas por psicólogos, assistentes sociais e pelos operadores do Direito em geral. Ao contrário da guarda única, alternada e nidação, a guarda compartilhada mantém a ligação dos dois genitores (sem excluir o outro por um período de tempo) com os filhos após a separação ou divórcio, assegurando a ligação emocional, moral e assistencial entre genitores e filhos, proporcionando estabilidade a estes.⁶⁷

⁶⁴ NEIVA, Deirdre apud AKEL, 2009, p. 107.

⁶⁵ CARLES; CALDAS, loc. cit.

⁶⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei 11.698/08**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-no-11-698-08>>. Acesso em: 23 maio 2011.

⁶⁷ MELGAÇO, loc. cit.

Assim, como se viu, a guarda compartilhada trouxe novas concepções para as famílias em guerra por causa da separação. A seguir os aspectos da guarda compartilhada serão abordados para que se possa conhecer melhor o funcionamento dessa modalidade de guarda.

4.6 ASPECTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o estudo apresentado até o presente momento sobre a guarda compartilhada pôde-se conhecer seus conceitos, descobrir quais são suas funções legais e também suas novas concepções. Para que se compreenda o melhor funcionamento desta modalidade de guarda vamos tratar os aspectos que necessitam ser abordados.

A guarda compartilhada visa equilibrar os direitos e deveres parentais e permitir que ambos os genitores participem ativamente, como já estudado anteriormente. Dentre os aspectos segundo Melgaço estão:

Na modalidade de guarda compartilhada estudada, os pais conjuntamente e consensualmente decidem as questões (sobre educação, lazer, saúde, etc.) referentes ao menor. [...] Em relação ao patrimônio, participam, tanto um como o outro, no governo do menor e na administração de seus bens.⁶⁸

A questão da responsabilidade civil dos pais também está entre os aspectos da guarda compartilhada. Os pais possuem os deveres de assistência (prestação material e moral) e de vigilância segundo a mesma autora.

No modelo de guarda compartilhada a responsabilização civil pelos danos cometidos pelos filhos menores será imputada a ambos os pais, pois os dois continuam exercendo, mesmo após a separação, o pleno e total poder familiar, como quando da constância do casamento.⁶⁹

Continua a mesma autora destacando outros aspectos: “No que tange ao poder de assistência e representação, os terceiros de boa fé presumirão tal poder de ambos os pais. No que se refere à educação do menor, ela deve ser discutida pelos genitores, como era na constância do casamento.”

Outro aspecto a ser destacado é quanto à residência, que segundo Dias citado por Melgaço se destaca da seguinte maneira:

⁶⁸ MELGAÇO, loc. cit.

⁶⁹ Ibid.

[...] não existe no conceito da guarda compartilhada a divisão da residência. Na verdade, como os dois são responsáveis pelos filhos, não haverá impedimento para a fixação da residência com um ou com outro. Esta opção é feita pelos pais conforme o interesse e a possibilidade da divisão do tempo de convivência que cada um pode dispor para a criança.⁷⁰

Outro aspecto referente à guarda compartilhada é a questão dos alimentos, que englobam vestuário, habitação, tratamento de saúde, lazer, etc. Ramos citado por Melgaço anota que “as despesas do filho, assim, serão divididas por ambos os genitores na proporção dos recursos de cada um, e pagas diretamente pelo responsável por aquela determinada despesa [...]”⁷¹

Por último, tem-se o aspecto da visitação.

Diferentemente do modelo de guarda única, na guarda compartilhada as visitas passam a ter o sentido de convívio, ou seja, neste modelo ambos os pais são guardiões do filho, ambos estão em constante e efetivo contato com a prole mesmo após a separação ou divórcio, não gerando dessa forma, prejuízos em relação ao convívio entre pais e filhos.⁷²

Após expor os aspectos da guarda compartilhada, o último item a ser estudado nesta pesquisa será os benefícios legais possibilitados aos pais e filhos com a guarda compartilhada.

4.7 BENEFÍCIOS LEGAIS POSSIBILITADOS AOS PAIS E FILHOS

Os argumentos para estudar os benefícios legais baseiam-se principalmente, segundo Melgaço, na necessidade pessoal e jurídica da igualdade de condições entre os genitores e no melhor interesse do menor.⁷³

A guarda compartilhada proporciona benefícios legais tanto para os filhos quanto para os pais. A mesma autora citada acima resume assim os benefícios em relação aos pais:

Compartilhamento da educação e do cuidado aos filhos, tornando a tarefa de educar mais fácil para ambos; maior satisfação por estarem em consenso, diminuindo assim, as diferenças e rancores advindos da separação; mais e melhor acesso à prole; divisão das dificuldades e das soluções relativas ao futuro dos filhos; maior disponibilidade de tempo para outros interesses; diminuição da sobrecarga, injustiça e revolta; ambos os genitores participam mais direta e igualmente dos critérios de imposição de limites e proibições a cada idade, aumento do grau de cooperação e de comunicação.

⁷⁰ DIAS, Rodrigo apud MELGAÇO, loc. cit.

⁷¹ RAMOS, Patrícia apud MELGAÇO, loc. cit.

⁷² MELGAÇO, loc. cit.

⁷³ Ibid.

Em relação aos filhos Melgaço cita os benefícios:

Direito de convivência mais constante e igualitária com ambos os pais, tornando assim, menos angustiante e sofredor; inexistência do vínculo exclusivo e sufocante com apenas um genitor, menores são mais ajustados emocionalmente; pais, em regra, mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação; incentivo ao pagamento da pensão alimentícia; melhores escores de visitação; os filhos não perdem o contato frequente com ambos os pais; desenvolvimento psicoemocional de grau mais elevado que de crianças sob guarda única; probabilidade menor de ter problemas emocionais, baixa estima ou comportamentais.⁷⁴

Diante dessas constatações conclui-se que na guarda compartilhada os filhos continuam a ser amados pelos pais, e a separação não muda a ligação afetiva entre eles.

Assim afirma Brandão citado por Melgaço:

A guarda compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião; aumenta o respeito mútuo entre os genitores, pois terão de conviver amistosamente para tomar as decisões relativas à vida dos filhos; a criança ou adolescente deixa de ser a tradicional moeda usada nos joguetes apelativos que circundam as decisões sobre o valor da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais.⁷⁵

Fontoura coloca que “o verdadeiro espírito dessa lei é manter o convívio saudável entre pai, mãe e filho, cultivando o crescimento sem abalos à criança, ainda que os genitores não compartilhem a mesma filosofia de casamento e o mesmo teto.”⁷⁶

Ao final dessa análise sobre a guarda compartilhada, pode-se verificar que a conclusão é única e simples, porém de extrema importância: o casamento ou a união estável podem acabar um dia, mas os filhos são para sempre, e devem ser tratados como filhos e não como troféus.

⁷⁴ MELGAÇO, loc. cit.

⁷⁵ BRANDÃO, Débora apud MELGAÇO, op. cit.

⁷⁶ FONTOURA, Wilson. **Guarda compartilhada**: mais liberdade para pais e filhos após a separação.

Disponível em: <<http://papodehomem.com.br/guarda-compartilhada-mais-liberdade-para-pais-e-filhos-apos-a-separacao/>>. Acesso em: 23 maio 2011.

5 CONCLUSÃO

A sensibilidade atribuída ao Direito de Família fez com que o mesmo acompanhasse a constante e necessária adaptação às evoluções da sociedade, em especial, como apresentado nesse estudo às relações entre homens e mulheres e entre pais e filhos. Dentre as mudanças que o Direito de Família acompanhou está a promulgação da lei nº 11.698/08 que tornou a guarda compartilhada uma guarda legal, possibilitando que os pais após a separação possam exercer em conjunto todos os direitos e deveres em relação aos filhos menores.

Essa lei veio fortalecer as tais mudanças por qual a sociedade vem passando, como a prevalência do princípio do melhor interesse do menor e da igualdade entre homens e mulheres.

Não há dúvidas que a dissolução da relação entre pai e mãe acarreta traumas, sofrimentos e angústias nos menores, visto que para eles a incerteza da continuidade da relação com os pais é constante.

De todo o exposto durante o trabalho deduziu-se que o ordenamento jurídico atual tem feito sua parte e assegurado à efetividade dos princípios norteadores do Direito de Família que visam à paternidade responsável, a continuidade das relações familiares, a convivência familiar, a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os sexos e principalmente a tônica desse estudo que é o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, respondendo o objetivo geral desse trabalho, que é pesquisar se a guarda compartilhada promove mudanças no âmbito da convivência entre pais e filhos, pode-se concluir que a mesma é relativamente segura na promoção da convivência entre pais e filhos. Sendo a convivência um dos objetivos da guarda compartilhada, pois, “a aplicação da guarda compartilhada, além de preservar os laços entre pais e filhos, possibilita a garantia do exercício do poder familiar em sua totalidade por ambos os pais.”¹

A lei da guarda compartilhada trouxe inúmeros benefícios aos pais e filhos em relação à convivência. Com sua aplicabilidade os encontros perdem a conotação de compromisso e passam a ter uma conotação de sentimentos, visto que tanto os pais quanto os filhos tem a liberdade de escolha, e, estão ali porque se amam e querem estar juntos, e não porque é o dia de visita. No modelo de guarda exclusivo quando acontecia imprevistos

¹ MELGAÇO, Fernanda A. Tizôco. **Guarda compartilhada**: dificuldades para aplicação da sistemática na realidade familiar brasileira. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/200/227/00001244.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011.

naquele dia estipulado de visita, esta seria programada para 15 dias depois. Essa questão responde positivamente à problematização desse estudo, que na sua indagação procurava saber quais os benefícios que a lei da guarda compartilhada trouxe em favor do menor e dos pais na questão da convivência com os filhos.

Ainda respondendo sobre os benefícios que a legalidade da guarda compartilhada trouxe, destaca-se a maior responsabilidade de ambos os genitores ao atendimento das necessidades dos filhos, dando continuidade ao relacionamento existente antes da dissolução da união; maior interação entre os pais, que repercute de maneira positiva nos filhos, minimizando, assim, os desgastes e as probabilidades de desenvolvimento de problemas emocionais e sociais futuros; divisão equilibrada entre os pais no tempo dispensado aos filhos; motivação para o genitor homem, que antes quase sempre era discriminado, não lhe atribuindo à guarda, por supor que era incapacitado para exercer tal função; desaparecimento da síndrome da alienação parental; igualdade entre os pais na criação dos filhos; menos atritos entre os ex-cônjuges e também a responsabilidade pela provisão do lar e pelos cuidados dispensados aos filhos divididos entre ambos de maneira igualitária, ou como acordarem os pais.

Conclui-se com a realização desse estudo monográfico que o compartilhamento da guarda é um modelo inovador e pode trazer benefícios a toda a família. É uma maneira de amenizar o desgaste emocional ocorrido com a crise, que pode implicar de forma positiva para o futuro dessas relações. Conclui-se ainda que esse modelo possa funcionar muito bem na realidade brasileira como funciona nos diversos países a qual foi inserido, mas para isso os pais devem ter consciência que precisam colocar seus interesses em segundo lugar e priorizar os interesses dos filhos, para que a falta de amor que provocou a ruptura do casal, não cause também o rompimento com os filhos.

Se o período da separação foi conturbado e dolorido, gerando nos menores um sentimento de perda e abandono, o compartilhamento da guarda poderá trazer o conforto, pois é o modelo mais recomendável. É necessário que haja um estreito vínculo de amor, afeto e respeito entre pai, mãe e filhos, para que se possa ter um bom desenvolvimento.

Por todo o estudo acerca do tema, tem-se que a guarda compartilhada tende a atenuar ou até mesmo suprir os prejuízos e os fatores negativos causados pela ruptura conjugal. Isso beneficia tanto o pai quanto os filhos, destacando aqui que o Direito de Família não pode criar a afetividade, mas fornece as condições necessárias para que ela se desenvolva. A essência da guarda compartilhada está refletida na palavra cooperação, que preserva o direito dos menores de ter pai e mãe.

Por todo o exposto pôde-se constatar que mesmo o tema guarda compartilhada não sendo novidade no meio acadêmico e no campo das pesquisas, é ainda cheio de muitas perguntas sem respostas, o que me inspirou a descobri-las.

O trabalho apresentado elaborou a questão da guarda compartilhada sob o enfoque legal, como forma de fazer valer os direitos dos menores, o que mostra, que a guarda compartilhada é capaz de unir pais e filhos para a continuidade da família, mesmo em meio às mudanças típicas de um mundo que não para nunca, mas que precisa criar seres equilibrados para continuar de forma harmoniosa as relações familiares que virão no futuro.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei 11.698/08**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-no-11-698-08>>. Acesso em: 23 maio 2011.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de família**: teoria e prática. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Vade mecum**. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**: hora de fazer valer. Brasília: MEC, 2005.

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

CARLES, Fabiana David; CALDAS, Gabriel Ap. Anízio. **Guarda compartilhada**: um novo direito? Seus aspectos e problemáticas no atual direito de família. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4036.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

COUTO, Lindajara Ostejen. **A separação do casal e a guarda compartilhada dos filhos**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/a_separacao_do_casal_e_a_guarda_compartilhada_dos_filhos.pdf>. Acesso em: 12 maio 2011.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>>. Acesso em: 31 maio 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. In: _____. **Curso de direito civil brasileiro: direito da família**. 19. ed. rev. atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Guarda de filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito**. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

FONTOURA, Wilson. **Guarda compartilhada: mais liberdade para pais e filhos após a separação**. Disponível em: <<http://papodehomem.com.br/guarda-compartilhada-mais-liberdade-para-pais-e-filhos-apos-a-separacao/>>. Acesso em: 23 maio 2011.

FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação: sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito da família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr et al. **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Organização: APASE – Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda: conforme estatuto da criança e adolescente**. Questões processuais, esquemas gráficos dos procedimentos, legislação aplicável, jurisprudência, modelos de petições. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Adisson Tavera Rocha. **Alienação parental: por uma visão conceitual ampla**. Disponível em: <<http://www.adissonleal.com.br/wp-content/uploads/InConsulex-ALIENACAO-PARENTAL-Adisson-Leal.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2011.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada**: efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Disponível em:

<http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3101/1/2007_SuzanaBorgesViegasdeLima.pdf>. Acesso em: 5 maio 2011.

LOCH, Gisele Schmitz. **Guarda compartilhada**. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2047>>. Acesso em: 17 maio 2011.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: para o curso de direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MELGAÇO, Fernanda A. Tizôco. **Guarda compartilhada**: dificuldades para aplicação da sistemática na realidade familiar brasileira. Disponível em:

<<http://www.oabdf.org.br/sites/200/227/00001244.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2011.

NIOAC DE SALLE, Karen Ribeiro Pacheco. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, Daniela dos Santos. **Guarda compartilhada**: visão Legal e seus aspectos técnicos, psicológicos e sociais. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4285>. Acesso em: 12 maio 2011.

PEREIRA, Dorival Bernardino. **A guarda compartilhada e seus aspectos frente ao ordenamento jurídico atual**. Disponível em:

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Dorival%20Bernardino%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2011.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. De acordo com a Lei nº 11.698/08. Rio de Janeiro: Forence, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. atual. Francisco José Cahali. 28. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a guarda compartilhada**: direitos e deveres decorrentes do poder familiar, a guarda de filhos na legislação brasileira, a guarda compartilhada na prática, a lei 11.698, de 13.06.2008. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

SOUZA, Camila Barbosa. **Guarda compartilhada**: nova concepção no cuidado de filhos de pais separados. Disponível em: <<http://promovebh.com.br/revistapensar/art/a29.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2011.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIEIRA, Aparecida Maria; GOULART, Elzira Maria. **Análise da guarda compartilhada no contexto brasileiro**. Disponível em: <<http://posglosadores.blogspot.com/2010/01/jurid-analise-da-guarda-compartilhada.html>>. Acesso em: 12 maio 2011.

ANEXOS

ANEXO A - Artigos 1.583 e 1584 no Código Civil de 2002**Código Civil****LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.*****Institui o Código Civil.***

Art. 1.583 – No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos.

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

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

ANEXO B - Lei nº 11.698/08: Alterações dos artigos 1.583 e 1.584

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos
LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008

Mensagem de veto

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faz saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

“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.

§ 4º (VETADO).” (NR)

“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 a 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.” (NR).

Art. 2º—Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008.