



UNISUL

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
NEUZA MARIA TURNES BRUGGEMANN**

**A IMPORTÂNCIA DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA PARA O
ESTREITAMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS**

Palhoça

2009

NEUZA MARIA TURNES BRUGGEMANN

**A IMPORTÂNCIA DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA PARA O
ESTREITAMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS**

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

Orientador: Prof. Esp. Denis de Souza Luiz

Palhoça

2009

NEUZA MARIA TURNES BRUGGEMANN

**A IMPORTÂNCIA DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA PARA O
ESTREITAMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS**

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.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

Prof. e orientador Esp. Denis de Souza Luiz
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A IMPORTÂNCIA DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA PARA O ESTREITAMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS

Declaro, para todos os fins de direitos e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

NEUZA MARIA TURNES BRUGGEMANN

Dedico com imenso carinho e profundo respeito este trabalho a minha família, especialmente ao meu querido Evaristo e aos meus filhos Juliana e Bruno por ajudarem abrir as portas do meu futuro, iluminando-o com a luz mais brilhante que se pode encontrar: o Estudo. Trabalhou dobrado, sacrificando seus sonhos em favor dos meus: foram mais do que familiares, foram amigos e companheiros, mesmo nos momentos em que meus ideais pareciam tão distantes e inatingíveis. Hoje, dia da minha realização, apesar do saber, não aprendi ainda algo que seja eficiente e possa substituir o simples muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS pela vida, saúde e pela coragem nos momentos difíceis.

Agradeço sempre, e nunca em excesso, a minha família, em especial aos meus pais, Augusto e Dalila, (falecidos no decorrer do curso e que agora não podem compartilhar comigo esta conquista), pela educação e pelo amor incondicional e ao meu marido pelo incentivo e aos meus filhos Juliana e Bruno pela compreensão e apoio.

Agradeço ao meu neurologista, Dr. Edson Vieira, pela atenção e pelo carinho, pois se não fosse ele hoje eu não estaria aqui.

Aos professores do curso de direito pelos conhecimentos transmitidos e pela compreensão ao longo de todos esses anos de aprendizado.

A todos os colegas de universidade, em especial aos amigos Nilzete, Alechandre, Daniel, João, Robson, Marcelo, pelo companheirismo, amizade e apoio durante todo o curso e, principalmente, na oportunidade da realização deste trabalho.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Professor Esp. Denis de Souza Luiz.

Pense...

A gente pode morar numa casa mais ou menos,

Numa rua mais ou menos,

Numa cidade mais ou menos,

E até ter um governo mais ou menos.

A gente pode dormir numa cama mais ou menos, Comer um feijão mais ou menos,

Ter um transporte mais ou menos,

E até ser obrigado a acreditar mais ou menos no futuro.

A gente pode olhar em volta e sentir que tudo está mais ou menos

Tudo bem!

O que a gente não pode mesmo, nunca, de jeito nenhum,

É amar mais ou menos,

É sonhar mais ou menos,

É ser amigo mais ou menos,

É namorar mais ou menos,

É ser pai ou mãe mais ou menos,

É ter fé mais ou menos,

E acreditar mais ou menos.

Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos.

(Autor desconhecido)

RESUMO

Pesquisa monográfica realizada sobre a importância do modelo compartilhado de guarda para o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos com o objetivo geral de analisar o instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro. Os objetivos específicos, por sua vez, consistem no estudo da família, do instituto jurídico da guarda e, especialmente, da importância do modelo compartilhado de guarda para o convívio de pais e filhos, considerando o distanciamento provocado pela guarda unilateral na oportunidade da separação ou divórcio dos genitores. Desta maneira, com base em pesquisas realizadas no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina e, especialmente, na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código Civil, observou-se o grande valor da família e do relacionamento diário com os pais para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, tendo em vista que as trocas afetivas na família produzem marcas que o ser humano leva durante toda a sua existência. Além disso, foi possível verificar as espécies de guarda existentes no ordenamento, bem como as suas vantagens e desvantagens. Com base nesse contexto, pode-se concluir acerca dos pontos positivos do modelo compartilhado de guarda, principalmente acerca de sua contribuição para o fortalecimento afetivo da relação paterno-filial.

Palavras-chave: Família. Afeto. Guarda compartilhada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A FAMÍLIA	11
2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO E DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA	11
2.2 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADO	16
2.3 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA PARA O SADIO CRESCIMENTO FÍSICO E MENTAL DOS FILHOS	19
3 GUARDA	24
3.1 NOÇÕES GERAIS E CONCEITO DE GUARDA	24
3.2 A GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
3.3 MODALIDADES DE GUARDA.....	32
3.3.1 Guarda comum, desmembrada e delegada	33
3.3.2 Guarda originária e derivada	34
3.3.3 Guarda de fato	34
3.3.4 Guarda provisória e definitiva, guarda única e guarda peculiar	35
3.3.5 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários	36
3.3.6 Guarda jurídica e guarda material	37
3.3.7 Aninhamento ou nidação.....	38
3.3.8 Guarda alternada.....	38
3.3.9 Guarda compartilhada	40
4 A IMPORTÂNCIA DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA PARA O ESTREITAMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS	41
4.1 O MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA.....	41
4.2 O DEVER DE SUPERVISÃO DOS INTERESSES DO FILHO E OS REFLEXOS DO ABANDONO MORAL	49
4.3 PAIS E FILHOS E A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA	54
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	62
ANEXOS	67
ANEXO A – DECISÃO COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ	68

1 INTRODUÇÃO

A família, considerada célula fundamental da sociedade, constitui um elemento de suma importância para a vida humana, especialmente porque é por meio do ambiente familiar que se estréia o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da pessoa. Assim, percebe-se que as trocas afetivas e o convívio do filho com ambos os pais é medida de intensa relevância para o crescimento sadio e feliz da criança e do adolescente.

Todavia, com as transformações da sociedade e com o aumento significativo das dissoluções conjugais, o direito passou a estabelecer normas referentes à guarda dos filhos, instituindo modelos e maneiras de fazer com que o cônjuge que deixou de residir com o filho pudesse, de forma efetiva, participar da vida do mesmo e continuar com as responsabilidades inerentes às relações paterno-filiais.

De outro quadrante, ressaltam-se os efeitos devastadores da separação ou do divórcio dos pais na vida dos filhos, principalmente quando o genitor não guardador deixa de conviver habitualmente com o filho, assumindo a condição de mero visitante em ocasiões pré-determinadas.

Diante disso, a presente monografia tem como tema a importância do modelo compartilhado de guarda para o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos, considerando a necessidade da participação efetiva dos genitores para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

A relevância da pesquisa, por seu turno, consiste na análise dos modelos de guarda existentes do direito brasileiro, especialmente da guarda compartilhada, tendo em vista se tratar de um tema bastante interessante e regulamentado recentemente pela Lei 11.698/08 que, por seu turno, alterou o Código Civil Brasileiro para inserir o instituto no ordenamento.

As idéias centrais do trabalho, por sua vez, dizem respeito ao estudo das noções gerais de família, do instituto jurídico da guarda e, especialmente, na abordagem do modelo compartilhado de guarda e de suas vantagens.

O tipo de pesquisa utilizada na construção deste trabalho é a de técnica bibliográfica exploratória, baseada no levantamento doutrinário e no estudo da legislação vigente. No que se refere aos procedimentos metodológicos, partiu-se do

método de abordagem dedutivo, sistema que se baseia em teorias e leis gerais para a análise de fenômenos particulares. O método de procedimento utilizado, por sua vez, foi o monográfico, estudo de um único tema.

Destaca-se, também, que a presente monografia encontra-se estruturada em cinco capítulos, da seguinte maneira:

1) Introdução: capítulo inicial destinado a apresentação do tema, dos objetivos e da justificativa do trabalho acadêmico, assim como dos procedimentos metodológicos empregados para a realização da pesquisa.

2) A família: capítulo desenvolvido para análise de um breve esboço histórico e da definição de família; do novo modelo de família constitucionalizado e, ainda, acerca da importância da família para o sadio crescimento físico e mental dos filhos.

3) Guarda: constitui o momento da pesquisa destinado para a abordagem das diversas espécies de guarda, suas vantagens e desvantagens.

4) A importância do modelo compartilhado de guarda para o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos: última parte do desenvolvimento da pesquisa elaborado com o objetivo de verificar os benefícios e os malefícios do instituto da guarda compartilhada, bem como os efeitos negativos causados pela separação ou divórcio na vida dos filhos e a necessidade de participação efetiva do genitor não guardador nas ações habituais do menor.

5) Conclusão: o quinto e último capítulo é o momento reservado para os comentários finais sobre os resultados alcançados com a pesquisa.

2 A FAMÍLIA

A família, considerada célula fundamental da sociedade, é de extrema importância para o presente trabalho, pois, o modelo compartilhado de guarda, efetiva o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos.

Para tanto, inicialmente, apresenta-se um breve esboço histórico e a definição de família, bem como o novo direito de família constitucionalizado e a importância desta instituição para o sadio crescimento físico e mental dos filhos.

2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO E DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA

A família, segundo a doutrina, é considerada o primeiro elemento socializador do indivíduo. Por conseguinte, “há muito deixou de ser uma cédula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade”.¹

Da análise histórica verifica-se que, “entre os vários organismos sociais e jurídicos, a família foi, sem sombra de dúvida, uma das principais organizações que se alteraram no curso do tempo e da história.”²

Nesse sentido, sobre a formação de vínculos afetivos e do surgimento de agrupamentos, registra-se a doutrina de Maria Berenice Dias:

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do **instinto de perpetuação da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à **solidão**. Tanto é assim que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso.³ [grifo no original].

Todavia, considerando a instituição modelo de família patriarcal, a doutrina diz que “em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

² AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.

³ DIAS, 2007, p. 27.

merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**".⁴ [grifo no original].

No que se refere à família patriarcal, Flávio Guimarães Lauria afirma que:

O modelo de família patriarcal adotado pelo Código Civil adequava-se perfeitamente às necessidades de uma determinada conjuntura que inspirou a atividade legislativa. Tratava-se do modelo da tradicional família brasileira do século XIX, eminentemente **rural** (daí a exagerada preocupação com a disciplina dos bens imóveis), cujas características essenciais eram: a família como **unidade de produção** (exploração de agricultura e pecuária); como tal exigia uma **chefia centralizada**; grande número de membros (cada filho um par de braços para impulsionar a produção); chefia exercida pelo **pai** (daí a classificação de "família patriarcal"); mulher e filhos em posição de **inferioridade**; interesse dos membros em segundo plano; família fundada exclusivamente no **matrimônio**, e protegida pela disciplina da **legitimidade** da filiação (aspecto social ignorado; biológico em segundo plano); vínculo indissolúvel; caráter **patrimonial** (a família como "fluxo de propriedades").⁵ [grifo no original].

Nesse modelo, "a família tinha uma **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**". Por isso, os membros configuravam a força de trabalho e "o crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**".⁶ [grifo no original].

Quanto à situação dos filhos na família patriarcal, Maria Silvana Carbonera ensina que:

Os filhos também sentiam o poder paterno na direção de suas vidas. Uma vez que os integrantes da família patriarcal atuavam e dirigiam suas vidas em função da proteção dos interesses dela. [...] A esfera do exercício de poderes do pai restringia-se, juridicamente, à família legítima, construída por meio do matrimônio válido. Filhos ilegítimos não encontravam abrigo na original família codificada.⁷

Entretanto, algumas mudanças sociais transformaram o modelo de família patrimonial e patriarcal, assim como segue:

⁴ DIAS, 2007, p. 27-28.

⁵ LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003. p. 11.

⁶ DIAS, 2007, p. 27-28.

⁷ CARBONERA, Maria Silvana. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: OAB/MG/IBDFAM, 1999, p. 489.

Ao longo do século XX assistimos a uma série de transformações sociais que implicaram numa mudança sensível no modelo de família brasileira. Uma das transformações mais relevantes foi a urbanização, provocando a redução do número de membros, a sua aproximação, além do fato dos seus membros terem passado a prover os meios de renda fora do lar familiar, o que diminui o poder de chefia do *pater*. Em 1986, o Brasil tinha 135.000.000 de habitantes, divididos em 33.000.000 de famílias (média aproximada de 4 pessoas por família), contando com 99.000.000 (73,33%) vivendo nas áreas urbanas, contra 37.000.000 em áreas rurais. Segundo as informações preliminares do Censo 2000, divulgadas pelo IBGE, a população urbana no Brasil já alcança o índice de 81,2% (oitenta e um e dois décimos por cento), equivalentes a aproximadamente 137.000.000 dentre os 169.000.000 de habitantes apurados. Obviamente que uma tal mudança social teria que provocar adaptações no ordenamento jurídico.⁷

Logo, o reconhecimento dos filhos denominados ilegítimos, a luta pela emancipação da mulher, inclusive com a aquisição da “sua plena capacidade civil com o advento do estatuto da mulher casada de 1962, a mudança de perspectiva com relação ao exercício do poder familiar, com destaque para o interesse dos filhos, são exemplos dessa adaptação”.⁸

Segundo José Bernardo Ramos Boeira, a família patriarcal, com caráter hierarquizado, “[...] centrada no matrimônio, sofreu transformações que foram constatadas e reveladas por sociólogos, historiadores e juristas, chegando para muitos a ser considerada como um processo de desintegração familiar”. Essa variação, conforme já mencionado, é consequência de significantes alterações nas “[...] estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais, tais como a Revolução Industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina”.⁹

Acerca do tema, anota-se:

Esse quadro não resistiu à **revolução industrial**, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou **nuclear**, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou a aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas no momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, **cessado o afeto**, está ruída a base de

⁷ LAURIA, 2003, p. 18.

⁸ LAURIA, 2003, p. 18.

⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho – paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 22.

sustentação da família, e a **dissolução do vínculo** é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.¹⁰ [grifo no original].

Daí porque “[...] a necessidade de uma visão essencialmente *funcionalizada da família*, como o *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros”.¹¹

Com isso, quanto à definição de família, observa-se que, “na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, de proteção aos menores e dos deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade”.¹²

Frisa-se, ainda, que “o alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na própria conformação da família, que não possui mais um sentido singular”.¹³

Diante dessas transformações, pode-se concluir que “a família é uma **construção social** organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento.”¹⁴ [grifo no original].

Nesse viés, anota-se a seguinte lição de Rousseau sobre a família:

A família pode ser 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 este amor que o chefe não tem pelos seus povos.¹⁵

Considerando todas essas informações, mostra-se difícil a tarefa de conceituar família, especialmente em função das constantes transformações observadas nos agrupamentos humanos. Todavia, Tânia da Silva Pereira define família como:

¹⁰ DIAS, 2007, p. 28.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 113.

¹² AKEL, 2008, p. 5.

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 19.

¹⁴ DIAS, 2007, p. 27.

¹⁵ ROUSSEAU apud AKEL, 2008, p. 6.

um núcleo em torno do qual as pessoas se unem por razões afetivas, dentro de um projeto de vida em comum em que compartilham um cotidiano e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se, atendem os idosos, formam crianças e adolescente.¹⁶

Para Maria Berenice Dias, a família “dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”.¹⁷

Todavia, cumpre destacar a seguinte observação no que tange à conceituação de família:

Família não é um conceito unívoco. Pode-se até afirmar, radicalizando, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão-somente de descrições; ou seja, é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não defini-la ou encontrar algum elemento comum a todas as formas com que se apresenta este agrupamento humano.¹⁸

Segundo a doutrina, a família “é a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito”.¹⁹

Assim, “a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida”.²⁰ E, desta forma, “a família, forjada na *dignidade da pessoa humana*, passa a entender uma necessidade vital: ser feliz”.²¹

Depois dessas considerações, por oportuno, cumpre destacar, no próximo tópico deste capítulo, a noção de família frente às disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 622.

¹⁷ DIAS, 2007, p. 27.

¹⁸ OSORIO, Luiz Carlos. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 14.

¹⁹ DIAS, 2007, p. 27.

²⁰ DIAS, 2004, p. 20.

²¹ FARIAS, 2004, p. 113.

2.2 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADO

A CRFB/88 inaugurou uma nova era para o direito de família, por isso a utilização da expressão “novo direito de família constitucionalizado”. Nesse viés, o art. 226, *caput*, da norma constitucional declarou que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.²²

Ademais, no mesmo artigo, a CRFB/88 reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, bem como a família monoparental; declarou a igualdade entre homem e mulher e a possibilidade de dissolução do casamento, além de outros direitos e princípios.²³

Conforme lembra a doutrina, “raras vezes uma Constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como o fez a Constituição Brasileira de 1988”.²⁴

Nesse sentido, sublinha-se a lição da doutrina:

O movimento de constitucionalização do Direito Civil demonstrou ser imperativa a releitura dos institutos do direito privado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido na Constituição de 1988, em seu art. 1º, inciso III, com eficácia irresistível sobre todo o ordenamento jurídico nacional em razão da supremacia das normas constitucionais. Sob esse ponto de vista, faz-se necessário funcionalizar os pilares fundamentais da vida privada – família, contratos e propriedade – de forma a garantir a sua atuação como instrumentos de realização da pessoa humana, valor hierarquicamente superior. Uma vez que a pessoa humana é reconduzida ao núcleo do sistema jurídico, como valor máximo, não com o matiz liberal do indivíduo-centrismo do século XVIII, cunhado a partir da figura abstrata do burguês, mas sim sob a perspectiva concreta da sua dignidade, não podemos deixar de dedicar especial atenção a esta gama primeira de conflituabilidade que envolve a pessoa, ainda antes de nascer, com relevantes reflexos no desenvolvimento de sua personalidade.²⁵

A CRFB/88, segundo Maria Berenice Dias, “[...] num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou **a igualdade entre o**

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009.

²³ BRASIL, 1988.

²⁴ DIAS, 2004, p. 19.

²⁵ LAURIA, 2003, p. 2.

homem e a mulher e ampliou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros [grifo no original]”.²⁶

Ainda, de acordo com a autora, a CRFB/88:

Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como a **união estável** entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de **família monoparental**. Consagrou a **igualdade dos filhos**, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico [grifo no original].²⁷

Consoante doutrina de Luiz Edson Fachin, citada por Maria Berenice Dias, “[...] após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito a família”.²⁸

Sob a ótica da Constituição vigente, não só o casamento deixa de ser a “[...] única forma de família reconhecida pelo direito [...], como muda de função: passa a ser, como a família em geral, instrumento de realização pessoal dos cônjuges, não encontrando a sua tutela outro fundamento ou justificativa”.²⁹

Acerca do tema, anota-se:

A sociedade só aceitava a família constituída pelo **matrimônio**, por isso a lei regulamentava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as **relações extramatrimoniais** ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a constituição a albergar no conceito de **entidade familiar** o que chamou de **união estável**. Viu-se o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no livro do direito da família. Olvidou-se o Código Civil de disciplinar as **famílias monoparentais** reconhecidas pela Constituição como entidade familiar. Igualmente nada traz sobre as **uniões homoafetivas**, que vem recebendo da jurisprudência reconhecimento no âmbito do direito nas famílias [grifo no original].³⁰

Contudo, a despatrimonialização do Direito Civil não significa “[...] um abandono dos direitos patrimoniais ou da clássica dicotomia entre o direito público e o privado. Significa uma mudança no papel dessa classificação e da função dos direitos patrimoniais, agora subordinados à satisfação do princípio da dignidade da

²⁶ DIAS, 2007, p. 30-31.

²⁷ DIAS, 2007, p. 30-31.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson apud DIAS, 2007, p. 30-31.

²⁹ LAURIA, 2003, p. 21.

³⁰ DIAS, 2007, p. 33-34.

pessoa”. Além disso, sob a égide dos direitos ditos existenciais, “[...] antes absolutamente desprestigiados, ganham um papel de destaque, justamente pela sua ligação com o valor maior do ordenamento, que deixou de ser o patrimônio para ser a pessoa humana”.³¹

Trata-se de uma nova perspectiva do direito de família, baseada nos princípios constitucionais, que aduz:

Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o direito, principalmente o direito das famílias.³²

Desta maneira, verifica-se que, ao abandonar o caráter patrimonial, a Constituição cria “[...], portanto, um novo ideal de família, baseado no afeto, na igualdade e no respeito, e também voltada para o desenvolvimento de seus membros”.³³

Gustavo Tepedino, por sua vez, afirma:

A família torna-se, assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, locus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade. O campo para aplicação da principiologia constitucional é amplo, com especial destaque no caso das cláusulas gerais utilizadas pelo legislador, embora a estas não de limite, abrangendo cada uma das regras do direito de família codificado.³⁴

No que tange ao direito de filiação, a CRFB/88 declarou, no art. 227, § 6º, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.³⁵

Para Ana Carolina Silveira Akel, “Busca-se, através do novo significado do instituto do poder familiar, que haja, na família, a convivência e a participação de

³¹ LAURIA, 2003, p. 112.

³² DIAS, 2007, p. 75.

³³ BOEIRA, 1999, p. 23.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 306-307.

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2032.

todos os membros do grupo, lastreada, não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento”.³⁶

José Bernardo Ramos Boeira, por sua vez, conclui que “o modelo de família contemporâneo, valoriza o aspecto pessoal e igualitário de seus integrantes, buscando, conseqüentemente a felicidade e a realização pessoal dos seus membros”.³⁷

Nesse contexto, Maria Berenice Dias ensina que:

A supremacia da dignidade da pessoa humana, lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, é o grande artífice do novo Estado Democrático de Direito, que foi implantado no País. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito e se lhe assegurou de forma ampliada e consciência da cidadania.³⁸

Logo, tendo em vista a nova ordem constitucional, é possível perceber as profundas transformações sentidas no âmbito direito de família, considerando a valorização da pessoa humana, em detrimento do caráter patrimonial.

2.3 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA PARA O SADIO CRESCIMENTO FÍSICO E MENTAL DOS FILHOS

A família, de acordo com a doutrina, constitui um direito fundamental de suma importância para o desenvolvimento do indivíduo. Trata-se, na verdade, de “*direito difuso* que não pode ser negado a nenhum sujeito humano a respeito de nenhum objeto humano, indistintamente, sem nenhuma discriminação anti-humana ou exclusão desumana, mas em plenitude humana”.³⁹

José Sebastião de Oliveira, ao lecionar sobre os fundamentos constitucionais do direito de família, aduz que a família tornou-se um refúgio para os seus elementos. Ademais, “este refúgio exerce a função de proteção contra toda a

³⁶ AKEL, 2008, p. 5.

³⁷ DIAS, 2007, p. 39.

³⁸ DIAS, 2004, p. 19.

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 615.

sorte de intromissão alheia, ao mesmo tempo em que é espaço propício para o desenvolvimento pessoal de cada membro familiar”.⁴⁰

Por isso, “não se pode pensar na vida humana sem pensar na família. Uma implica a outra, necessariamente”. Por esse motivo, afirma-se que direito à vida implica o direito à família.⁴¹

Sobre os direitos fundamentais e a família, cita-se a doutrina:

Também não é possível pensar outros direitos humanos fundamentais sem pensar na família. O direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humana, à segurança social e à felicidade pessoal, bem como outros direitos humanos fundamentais, todos eles dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar – o lar -, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto.⁴²

Para Rosemiro Pereira Leal “o direito de família é o mais humano dos direitos, pois lida com as mais íntimas relações humanas, nas quais flagra de modo ímpar as grandezas e as pequenezas do ser humano”.⁴³

Nesse quadrante, destaca-se que a “importância do grupo familiar advém do fato de a família ser, ao mesmo tempo, o objeto das recordações dos indivíduos e o espaço no qual essas recordações podem ser avivadas”.⁴⁴

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por conseguinte, na visão da doutrina, “adota o termo família no conceito mais amplo possível, como o espaço natural e fundamental para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente”.⁴⁵

De igual sorte, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 no seu preâmbulo, declarou “que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”.⁴⁶

Desta feita, sublinha-se que tais conceitos vão ao encontro aos princípios da Carta Magna, “como o direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa

⁴⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 233-235.

⁴¹ LEAL, 2004, p. 612.

⁴² LEAL, 2004, p. 612-613.

⁴³ LEAL, 2004, p. 607.

⁴⁴ PEREIRA, 2004, p. 653.

⁴⁵ D'ANDREA, Giuliano. **Noções de direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 37.

⁴⁶ BRASIL, Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a convenção dos direitos da criança**. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

humana. Igualmente infirmam o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar”.⁴⁷

Colhe-se da lavra de Flávio Guimarães Lauria que, sem dúvida, constitui direito dos genitores conviverem de forma adequada com os seus filhos, todavia, “considerando a especial condição destes e a **prioridade** de seus interesses na hierarquia de valores constitucionalmente estabelecida, tal prerrogativa apresenta-se antes como um dever de sua parte para com seu filho”.⁴⁸ [grifo no original].

Tal afirmativa decorre do fato de que, conforme estabelece o art. 3º do Estatuto, devem ser asseguradas às crianças e aos adolescentes “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.⁴⁹

A propósito, importante sublinhar os ensinamentos abaixo transcritos:

A criança se mostra em uma condição especial, quando comparada aos adultos, necessitando de cuidados e assistência especiais, principalmente em seu ambiente familiar, onde sua educação deve seguir os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, juntamente com um clima de paz, tolerância, liberdade, tendo como finalidade o desenvolvimento pleno e harmônico de sua personalidade, por isso, fez-se necessário o reconhecimento de direitos próprios da criança e do adolescente.⁵⁰

Sublinha-se que, “durante a infância e a adolescência, o ser humano se encontra em uma fase peculiar da sua existência e as experiências que vai vivenciar ao longo desta etapa da vida terão repercussão na formação da sua estrutura psíquica”. Assim, “dentre os fatos mais importantes deste momento tão peculiar estão aqueles que dizem respeito ao relacionamento da criança com seu pai e sua mãe e que terão ligação direta com o exercício das respectivas funções materna e paterna”.⁵¹

De modo semelhante, denota-se que “a infância e adolescência merecem prioridade por seu caráter único [...] e pela natureza transitória, com possibilidade de

⁴⁷ DIAS, 2004, p. 106.

⁴⁸ LAURIA, 2003, p. 60.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

⁵⁰ ANDRADE, Larissa Leônia Bezerra de; CAVALCANTI, Jamille Lemos Henrique; LUCENA, Danielle Cabral de. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/crianca.html>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

⁵¹ LAURIA, 2003, p. 57-58.

seqüelas irreparáveis [...]. Essas as razões pelas quais se prefere a expressão “melhor interesse da criança”.⁵²

Nessa mesma diretriz, registra-se:

As trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente, e no modo de agir com as pessoas. Esse ser com os outros, apreendidos com pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e freqüentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente.⁵³

Logo, “os danos resultantes de problemas ocorridos durante a infância podem ter repercussão no psiquismo da pessoa já na fase adulta, algumas vezes passível de cura ou atenuação de seus efeitos por meio de psicoterapia”.⁵⁴ Ademais, conforme leciona a doutrina:

Além dessas conseqüências graves, há também o sofrimento específico causado pela frustração, em razão da falta de convívio com o pai ou com a mãe. Há uma distinção entre as situações: no primeiro caso, estamos diante de uma seqüela de caráter mais perene, forjada no psiquismo da pessoa. No outro caso, estamos diante de um fato específico, causador de sofrimento e dor.⁵⁵

Segundo Pedro Belmiro Welter, “Pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um *porto seguro*, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem”.⁵⁶

Acerca da importância do convívio da criança e do adolescente com os pais, cita-se a seguinte reflexão da doutrina:

O relacionamento da criança com ambos e os pais é de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento. Embora se reconheça que durante os primeiros meses de vida, a “díade mãe-bebê” vai representar a relação “fusional” entre a criança e sua mãe, dando continuidade à vida fetal pós-uterina e cuja ruptura se deve evitar em razão dos efeitos que pode provocar, não se pode excluir a triangulação com o pai, cujo início vai remontar ao período de gestação, onde a mãe parece para o feto “bivocal”, em razão deste perceber a voz do pai, que torna para criança a mãe ainda

⁵² LAURIA, 2003, p. 32-33.

⁵³ PEREIRA, 2004, p. 649.

⁵⁴ LAURIA, 2003, p. 150-151.

⁵⁵ LAURIA, 2003, p. 151.

⁵⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 83.

mais viva ao conversar com ela. Nesse período de fusão com a mãe, esta se apresenta, usando a expressão de Lacan, como o “outro absoluto”.

E, ainda, acrescenta:

Também vai caber ao pai, numa das etapas mais importantes deste desenvolvimento humano apontada pela psicanálise e fruto dos estudos de Sigmund Freud, interferir na relação simbiótica entre a mãe e a criança, no fenômeno identificado como “complexo de Édipo”. Esse intruso, o pai, vai dividir com a criança o desejo materno, imprimindo a primeira limitação ao seu desejo, pela qual a criança começa a perceber que o seu desejo depende do desejo do outro e com isso se humaniza e encontra condições de se relacionar com as outras pessoas. O pai intruso se torna pai simbólico e, com isso, liberta o filho para que se dirija ao mundo. Um complexo de Édipo mal resolvido pode ser fonte de uma série de problemas psicológicos ao longo de toda a vida.⁵⁷

Desta feita, nota-se que “o convívio entre filhos e pais apresenta-se fundamental para o desenvolvimento da criança” e, nesse caso, “o fator tempo é, portanto, essencial”.⁵⁸

Nesse viés, ressalta-se que:

Quantos pais não chegam a uma certa idade da vida e se ressentem de não ter acompanhado o crescimento dos filhos, por motivo de exagerada dedicação ao trabalho etc. logo, um final de semana perdido ou reduzido pela metade, uma parte das férias que se deixa de desfrutar como o filho, é um tempo perdido que não se recupera mais, independente de futuras compensações.⁵⁹

Assim, “o direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa”⁶⁰.

Por conseguinte, após o estudo dos principais aspectos da família e de sua importância para o crescimento sadio dos filhos, passa-se, no próximo capítulo monográfico, a análise do instituto jurídico da guarda.

⁵⁷ LAURIA, 2003, p. 58.

⁵⁸ LAURIA, 2003, p. 7.

⁵⁹ LAURIA, 2003, p. 7.

⁶⁰ CORNU, 2003, p. 325 apud LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 527.

3 GUARDA

Conforme se verifica, não é comum falar em guarda dos filhos enquanto os membros da família permanecem unidos. No entanto, o assunto torna-se recorrente a partir do momento que surgem os primeiros sinais de discórdia e os pais decidem pela separação ou divórcio.

Logo, verifica-se que a guarda dos filhos é tema obrigatório quando os pais resolvem por um fim na relação conjugal. Diante disso, este capítulo tem por objetivo principal analisar as noções gerais e o conceito de guarda, as disposições legais e, por fim, as modalidades de guarda apontadas pela doutrina.

3.1 NOÇÕES GERAIS E CONCEITO DE GUARDA

Sabe-se que, entre os encargos inerentes ao poder familiar, está o dever dos genitores de ter os filhos em sua companhia e de gerir a criação e educação deles. Além disso, constitui dever que incumbe a ambos os pais e a separação destes não o modifica. Apenas limita o direito de um deles de permanecer na companhia dos filhos.⁶¹

No entanto, até pouco tempo atrás, as decisões judiciais declaravam o “caráter quase que absoluto do ‘direito de guarda’ sobre os filhos, na moldura do pátrio poder de feição romana, sem nenhuma, ou quase nenhuma consideração ao melhor interesse do menor”.⁶²

Nesse sentido, destaca-se:

Tal perspectiva, contudo, nitidamente inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, torna-se ainda mais inadequada quando a legislação leva em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério para a atribuição da guarda. O papel da culpa torna-se assim determinante, associando-se à exigibilidade do pretense direito subjetivo a ausência de moral, tal qual nas relações patrimoniais.⁶³

⁶¹ DIAS, 2007, p. 406.

⁶² GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

⁶³ TEPEDINO, 2004, p. 309.

Entretanto, “o Direito, regulador das condutas humanas, apresenta um suporte fático que resulta imprescindivelmente tomar em consideração o tempo de seu tratamento normativo”. Por isso, o poder familiar:

,nele incondicionado o “direito de guarda”, passou a experimentar uma revisão do conceito e nova orientação foi se consolidando, com vistas à melhor formação do menor, perdendo sua característica de intangibilidade – agora sob o controle do Estado – e subordinado à nova ordem social. As exigências do bem comum atribuíram aos pais novas funções na regência da pessoa dos filhos menores.⁶⁴

A vista disso, nos últimos anos, tem-se buscado transformar ambos os genitores “co-responsáveis pela educação dos filhos, mesmo após a separação, para além de atribuições (poderes, faculdades, direitos e prerrogativas!) predefinidas, valendo-se nessa esteira de noções usuais em países estrangeiros”.⁶⁵

Acerca da transformação do sistema de guarda, registra-se a doutrina de Waldyr Grisard Filho:

A ruptura do regime de guarda como poder discricionário do pai, encarando-o, agora, em consideração ao melhor interesse do menor, tanto do ponto de vista biológico como psicológico, atuou vigorosamente no âmbito do Direito de Família e no do Menor, e neste encontrando um novo hábitat, sem renegar suas origens civilísticas nem desprezar a experiência doutrinária e jurisprudencial de muitas décadas.⁶⁶

Segundo Gustavo Tepedino, essa concepção mostra-se digna de aplausos, vez que proporciona um tratamento mais ético ao tema, capaz, inclusive, de romper o viés patrimonialista em que estavam inseridas as responsabilidades dos pais.⁶⁷

De acordo com a concepção atual, “a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor dos seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição, (dos filhos à vontade dos pais)”. É preciso “[...] buscar o conceito da autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação”.⁶⁸

⁶⁴ GRISARD FILHO, 2005, p. 65.

⁶⁵ TEPEDINO, 2004, p. 309.

⁶⁶ GRISARD FILHO, 2005, p. 65.

⁶⁷ TEPEDINO, 2004, p. 310.

⁶⁸ TEPEDINO, 2004, p. 313.

Nesse sentido, imprescindível entender que o sistema contemporâneo de guarda privilegia os interesses “do filho menor, ressaltando-se a singularidade das situações subjetivas aí abrangidas, eis que não tutelam posições de vantagens, mas o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente”.⁶⁹

Sobre o tema, sublinha-se o ensinamento da doutrina:

No estudo da guarda é inquestionável a prevalência do interesse dos filhos, naturalmente valorizado pelos pais, seus parentes mais próximos. A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psicologicamente. A vigilância é a outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas das feições, sendo proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação à pessoa dos filhos.⁷⁰

Com isso, denotam-se os atuais contornos do sistema contemporâneo de guarda dos filhos menores e as críticas dispensadas ao modelo anterior, tendo em vista a ausência de preocupação com o melhor interesse do filho menor.⁷¹

No que se refere ao conceito de guarda, de acordo com a doutrina, a “própria expressão semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, [...] e de troca, na educação e formação da personalidade do filho”.⁷²

Para Maria Berenice Dias, a expressão “guarda” “significa verdadeira ‘coisificação’ do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto, do que de **sujeito de direito**”.⁷³ [grifo no original]

Nas palavras de Ana Carolina Silveira Akel, “a ‘guarda’ sugere, também, o significado do verbo ‘guardar’ que, no sentido corrente, significa ‘manter consigo’, ter em depósito, conservar em seu poder”⁷⁴.

Na pura acepção da palavra, de acordo com De Plácido e Silva, o vocábulo guarda:

é derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir “*proteção, observância, vigilância ou administração*”, especificando que

⁶⁹ TEPEDINO, 2004, p. 320.

⁷⁰ GRISARD FILHO, 2005, p. 67.

⁷¹ GRISARD FILHO, 2005.

⁷² TEPEDINO, 2004, p. 309.

⁷³ DIAS, 2007, p. 393.

⁷⁴ AKEL, 2008, p. 74.

guarda de filhos “é locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou de *protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil”. E *guarda*, neste sentido, tanto significa *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.⁷⁵

Para Waldyr Grisard Filho é nítido que a guarda engloba a competência de “reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta. Na guarda está o dever de vigilância que, lenta e constantemente, atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor e na sua formação integral”.⁷⁶

Nesse diapasão, Mário Aguiar Moura afirma que a guarda, em seu aspecto jurídico, “representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico”.⁷⁷

Maria Helena Diniz, por sua vez, leciona que a guarda:

constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relação com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.⁷⁸

Ainda, segundo Waldyr Grisard Filho, a guarda pode ser entendida como “o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”.⁷⁹

Por conseguinte, Lopes de Oliveira conceitua guarda como “[...] um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade”.⁸⁰

Nesse viés, Guilherme Gonçalves Strenger diz que a guarda dos filhos constitui “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”.⁸¹

⁷⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 365-366.

⁷⁶ GRISARD FILHO, 2005, p. 64.

⁷⁷ MOURA, Mário Aguiar, 1993 apud GRISARD FILHO, 2005, p. 54-55.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 444.

⁷⁹ GRISARD FILHO, 2005, p. 54.

⁸⁰ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes, 1997 apud AKEL, 2008, p. 75.

⁸¹ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 22.

Com base nas citações mencionadas é possível verificar os diversos conceitos atribuídos ao vocábulo “guarda”. Todavia, sublinha-se que, na maioria deles, está presente a obrigação de proteção e assistência ao filho, inclusive com uma série de direitos e deveres atribuídos aos pais.

3.2 A GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro 1890, de acordo com a doutrina⁸², foi a primeira legislação brasileira a tratar da guarda dos filhos, visto que disciplinou o destino dos filhos dos pais divorciados, assim como segue:

Art. 90. A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim, como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

No Código civilista brasileiro de 1916, a guarda restou disciplinada no capítulo que tratava da dissolução da sociedade conjugal e da proteção dos filhos.⁸³ Nesse sentido, transcreve-se:

No Código Civil de 1916, o casamento não se dissolvia. Ocorrendo o **desquite**, os filhos menores ficavam com o conjugue **inocente**. Nitidamente repressor e punitivo o critério legal. Para a definição da guarda, era identificado o conjugue culpado. Não ficava ele com os filhos. O filho era entregue como **prêmio**, verdadeira recompensa ao conjugue “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole. Na hipótese de serem **ambos os pais culpados**, os filhos menores podiam ficar com a mãe, se o juiz verificasse que tal não acarretaria prejuízo de ordem moral a eles. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Deixava-se de priorizar o **direito da criança**, olvidando seu interesse em ter melhores condições de desenvolvimento. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.⁸⁴ [grifo no original].

Em seguida, ao normatizar a guarda de filhos naturais, o Decreto-lei nº 3.200/41, “determinou, no art. 16, que o menor ficaria com o genitor reconhecente e,

⁸² AKEL, 2008, p. 76.

⁸³ AKEL, 2008, p. 76.

⁸⁴ DIAS, 2007, p. 391.

se ambos o fossem, ficaria sob a guarda do pai, salvo se o juiz entendesse de forma diversa, levando em conta o interesse do menor”.⁸⁵

Já o Decreto-lei nº 9.704/46, que tratava da realização do desquite judicial, “[...] assegurava aos pais o direito de visita aos filhos nos casos em que a guarda, oficializada a desunião, não fosse fixada a favor destes, mas a pessoa idônea da família do cônjuge inocente”.⁸⁶

No entanto, em 1962, o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, passou a disciplinar a guarda dos filhos, declarando que, nas hipóteses de separação litigiosa:

(a) havendo cônjuge inocente, a este seria confiada a guarda; (b) sendo ambos os cônjuges culpados, via de regra, os filhos permaneceriam sob a guarda materna, salvo entendimento contrário do juiz, tendo em vista a prevalência do interesse da prole; (c) não devendo os filhos menores permanecer sob a guarda de nenhum dos pais, o juiz poderia conferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos genitores, assegurado o direito de visitas.⁸⁷

Todavia, registra-se que o já mencionado decreto-lei nº 3.200/41 restou modificado, em 1970, pela Lei nº 5.582 que, por sua vez, acrescentou alguns parágrafos “em seu art. 16, passando a estabelecer que o filho natural, quando reconhecido por ambos os genitores, ficasse sob a companhia materna, salvo se tal solução houvesse prejuízo ao menor”.⁸⁸

De acordo com a doutrina, essas regulamentações persistiram até o surgimento da Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, que aparentemente conservou o sistema até então vigente.⁸⁹

Sobre a Lei do Divórcio, destaca-se:

Prevalecendo até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a Lei do Divórcio regulamentava a matéria estabelecendo que: nas dissoluções consensuais, seria observado o acordo entre os cônjuges; nas litigiosas, o destino dos filhos menores obedeceria às peculiaridades de cada uma das dissoluções existentes, ou seja, na hipótese de divórcio-sanção, os filhos ficariam sob a guarda de quem não deu causa à ruptura conjugal; no caso do divórcio-falência, permaneceriam sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida comum; e, havendo o divórcio-remédio, a prole menor restaria sob a guarda do cônjuge que

⁸⁵ AKEL, 2008, p. 76.

⁸⁶ AKEL, 2008, p. 76.

⁸⁷ AKEL, 2008, p. 76.

⁸⁸ AKEL, 2008, p. 77.

⁸⁹ AKEL, 2008, p. 77.

possuía condições físicas e mentais de assumir o encargo e, conseqüentemente, todas as responsabilidades dele decorrentes.⁹⁰

Em que pese todas as contribuições das legislações acima mencionadas, a CRFB/88, no âmbito da regulamentação da guarda dos filhos menores, assim como em diversas outras áreas, constitui um grande marco evolutivo.

Nesse sentido, menciona-se:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5. °), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade do pai. Da mesma forma, o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em sujeitos de direito, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos.⁹¹

Desta feita, verifica-se que a CRFB/88 influenciou diametralmente na a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90.

Por derradeiro, o novo Código Civil, “em vigor desde 2002, aplicou os preceitos constitucionais e obedeceu ao disposto no art. 2 da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1990, consagrando o princípio da proteção integral do menor”.⁹²

Nesse passo, transcreve-se a seguinte lição de Sílvio Rodrigues:

O novo Código Civil manteve capítulo 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 a mulher, e da necessidade de preservação, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores.⁹³

No que se refere ao princípio do melhor interesse, sublinha-se que, atualmente, este deve ser considerado em primeiro lugar diante de “todas as ações direcionadas à população infanto-juvenil. O que significa que em qualquer

⁹⁰ AKEL, 2008, p. 77-78.

⁹¹ DIAS, 2007, p. 391.

⁹² AKEL, 2008, p. 78.

⁹³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. v. 6. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 273.

circunstância, em toda decisão referente a uma criança / adolescente, devemos escolher a melhor solução para ela”.⁹⁴

Nas palavras de Rosana Fachin, o melhor interesse da criança deve ser entendido “como aqueles essenciais cuidados para viver com saúde, incluindo física, emocional e intelectual, cujos interesses, inicialmente, são dos pais, mas, se negligenciados, o Estado deve intervir para assegurá-los”.⁹⁵

De outro quadrante, Maria Berenice Dias tece duras críticas às disposições do novo Código Civil em relação à guarda dos filhos:

O código Civil olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse, não atentando sequer à existência do paradigma ditado pelo ECA. Sob o título de **proteção da pessoa dos filhos**, de forma singela, estabelece algumas diretrizes com referência à **guarda**, quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto. Aliás, o instituto da guarda não é regulamentado, limitando-se a lei a identificá-lo como um atributo do **poder familiar**.⁹⁶ [grifo no original]

Desta maneira, destaca-se que o Código Civil “cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas: quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (1.611 e 1.612) e quando da separação dos pais (1.583 a 1.589)”.⁹⁷

Quanto às normas do Código Civil/2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o instituto da guarda, registra-se:

O instituto da guarda encontra abrigo tanto no Código Civil como no ECA, fato que, muitas vezes, dá margem a confusões, não só sobre qual legislação aplicar, mas também na ora de identificar o juízo competente. De forma bastante freqüente, é suscitado **conflito de competência** entre juízes das varas de família e os das varas da infância e da juventude, para definir quem deve apreciar as ações que envolvem guarda de crianças e adolescentes. O critério para identificar o juízo competente é a situação em que se encontra o jovem. O juízo das **varas da infância e da juventude** só será competente se a criança ou adolescente estiver com seus direitos ameaçados ou violados, por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão da sua conduta (ECA 98). A efetiva concorrência de ameaça ou violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é que

⁹⁴ PAIS, 1999 apud KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. **Conflitos interfamiliares de guarda e o princípio do melhor interesse: uma associação possível**. Ago. 2007. Disponível em: <http://www2.dbd.pucrio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_pretextual.pdf>. Acesso em: 03 set. 2008.

⁹⁵ FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito de família e o novo código civil**. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 125.

⁹⁶ DIAS, 2007, p. 391-392.

⁹⁷ DIAS, 2007, p. 393.

determina, com exclusividade, a competência do Juizado da Infância e da Juventude (ECA 148 parágrafo único a a h).⁹⁸ [grifo no original]

Nesse viés, sublinha-se que, recentemente, a Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou o Código Civil de 2002 para regulamentar a chamada guarda compartilhada, entretanto, analisar-se-á este tema no próximo capítulo monográfico.

Ainda, sobre a guarda, transcreve-se a importante lição da doutrina de Sílvio de Salvo Venosa:

A Maior questão nessa seara é definir o que representam, no caso concreto, “as melhores condições” para a guarda. [...] Nem sempre, por outro lado, as melhores condições financeiras de um dos cônjuges representarão melhores condições de guarda do menor. o carinho, o afeto, o amor, o meio social, o local de residência, a educação, a escola e, evidentemente, também as condições econômicas devem ser levados em consideração pelo magistrado, que deve valer-se dos profissionais auxiliares para ter diante de si um quadro claro da situação do lar dos cônjuges. [...] é importante, também, que o menor seja ouvido se já tiver idade de maior compreensão, bem como os pais, parentes próximos e pessoas relacionadas com o casal.⁹⁹

Pelo exposto, enfatiza-se que o instituto da guarda supera a noção de posse antes mencionada, configurando, atualmente, um importante comprometimento “dos genitores, da sociedade e do próprio Estado, na garantia da efetiva observação e aplicação dos direitos e garantias tutelados em prol da criança e do adolescente, o que redundará na função social da guarda”.¹⁰⁰

Logo, por intermédio de toda essa explanação, compreende-se a evolução legislativa do instituto da guarda no Brasil, bem como a importância de alguns diplomas jurídicos para a instituição de normas voltadas para o melhor interesse da criança e do adolescente.

3.3 MODALIDADES DE GUARDA

Cumprido destacar, no início deste tópico, que, embora se deva respeitar a vontade dos genitores, é preciso ponderar o momento de intensa fragilidade

⁹⁸ DIAS, 2007, p. 401-402.

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6. p. 250.

¹⁰⁰ AKEL, 2008, p. 80.

emocional em que ambos se encontram no momento de definir a guarda dos filhos e os ditames da visitação.¹⁰¹

Assim, “o estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum”.¹⁰²

Com isso, em muitos casos, “passa a haver verdadeira disputa entre os filhos, além de excessiva regulamentação das visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos”.¹⁰³

Por conseguinte, destacam-se, a seguir, as modalidades de guarda relacionadas na doutrina.

3.3.1 Guarda comum, desmembrada e delegada

A denominada guarda comum consiste “na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor”.¹⁰⁴

A guarda comum também é conhecida como guarda originária, assim como segue:

Com o vínculo matrimonial ou a união estável e a decorrência da maternidade e paternidade surge o primeiro modelo de guarda, conhecido como guarda comum ou originária, o qual não é judicial, mas sim natural, em que ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes do poder familiar, conseqüentemente a guarda, não existindo portanto a figura do não guardião.¹⁰⁵

Além disso, ressalta-se que a guarda comum é integrada ao poder familiar, por isso “não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei,

¹⁰¹ DIAS, 2007.

¹⁰² DIAS, 2007, p. 394.

¹⁰³ DIAS, 2007, p. 394.

¹⁰⁴ GRISARD FILHO, 2005, p. 80.

¹⁰⁵ PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício”.¹⁰⁶

Já na guarda desmembrada do poder familiar, o Estado intervém, “através de juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem não detém o poder familiar, para a devida proteção do menor”. Ademais, “é, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial”.¹⁰⁷ Nota-se, entretanto, que se trata de hipótese excepcional.

3.3.2 Guarda originária e derivada

A guarda originária, conforme já explicado acima, é aquela que corresponde aos pais, ou seja, integrada no poder familiar, “[...] como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção, a representação”.¹⁰⁸

A guarda derivada, por sua vez, é aquela decorrente da lei, na forma dos arts. 1729 a 1734 do Código Civil, e corresponde a quem exerça a tutela do menor, ou ainda pelo Estado, quando no desempenho de sua função social, [...] ¹⁰⁹ Essa é, basicamente, a diferença existente entre a guarda originária e a derivada.

3.3.3 Guarda de fato

A guarda de fato, de acordo com a doutrina, “[...] é aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial”.¹¹⁰

¹⁰⁶ GRISARD FILHO, 2005, p. 80.

¹⁰⁷ GRISARD FILHO, 2005, p. 80.

¹⁰⁸ GRISARD FILHO, 2005, p. 81.

¹⁰⁹ GRISARD FILHO, 2005, p. 81.

¹¹⁰ GRISARD FILHO, 2005, p. 81.

Nessa modalidade, a pessoa que detém a guarda de fato não possui nenhum direito de autoridade sobre o menor, porém apresenta “todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada como assistência e educação”.¹¹¹

Nesse passo, destaca-se, na forma como adverte o doutrinador Edgard de Moura Bittencourt¹¹², que existem inúmeros precedentes jurisprudenciais reconhecendo o direito de guarda, mesmo tendo sido esta originada do fato.

3.3.4 Guarda provisória e definitiva, guarda única e guarda peculiar

A guarda provisória, permanente e peculiar encontram-se previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. A provisória, igualmente denominada como “temporária, é a que surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar”.¹¹³

De acordo com o art. 33, §1º, do Estatuto, que regula a guarda provisória: “a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”.¹¹⁴

Segundo a doutrina, “trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto”. Todavia, “o menor, então, confiado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da guarda única”.¹¹⁵

A guarda única ou unilateral, conforme lição de Silvio de Salvo Venosa:

afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. Esse modelo, felizmente, está começando a ser questionado.¹¹⁶

¹¹¹ GRISARD FILHO, 2005, p. 81.

¹¹² BITTENCOURT, Edgard, [s/d] apud GRISARD FILHO, 2002, p. 74.

¹¹³ GRISARD FILHO, 2005, p. 81.

¹¹⁴ BRASIL, 1990.

¹¹⁵ GRISARD FILHO, 2005, p. 81.

¹¹⁶ DIAS, 2007, p. 395.

A guarda definitiva, por sua vez, é considerada, “paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz (artigos 35 e 149, p. ú., do ECA), pois sua concessão não faz coisa julgada”.¹¹⁷

Tem-se, ainda, no art. 33, §2º, do Estatuto, a chamada guarda peculiar. De acordo com lei, de forma excepcional, “deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”.¹¹⁸

Para a doutrina, “a guarda peculiar, prevista no § 2º, do artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, visa atender situações excepcionais ou eventuais, por exemplo, criança que necessite receber indenização securitária”.¹¹⁹

Assim, registra-se que esta modalidade de guarda concede ao juiz o poder de outorgar representação ao guardião da criança ou do adolescente para praticar certos atos que beneficiem o menor, tendo em vista o disposto no princípio do melhor interesse da criança.

3.3.5 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários

Importante destacar que, nem sempre, serão os genitores os titulares da guarda. Isso porque, em muitos casos, esta é deferida a terceiro, na condição de tutor, “ou a alguém que não exerça a tutela, como é o caso da guarda provisória no processo de adoção, ou da guarda provisória conferida a um parente, enquanto o pai e mãe disputam a guarda do filho menor”.¹²⁰

Registra-se que, a guarda exercida por terceiro “obriga este à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferido ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”, na forma do *art. 33, caput*, do Estatuto.¹²¹

¹¹⁷ GRISARD FILHO, 2005, p. 82.

¹¹⁸ BRASIL, 1990.

¹¹⁹ VENOSA, 2004, p. 250.

¹²⁰ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 991.

¹²¹ GRISARD FILHO, 2005, p. 83-84.

Entretanto, “não existindo parentes nem estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança será colocada em *instituição* governamental ou não”.¹²² Trata-se da denominada guarda exercida por instituições.

Quanto à guarda para fins previdenciários, sublinha-se que esta modalidade “assegura ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito e, de modo expresso, os previdenciários, como se vê no artigo 33, § 3º, do ECA, consolidando a proteção à saúde, que o artigo 227 da CF, impõem ao Estado”.¹²³

Anota-se que esta última espécie de guarda recebe duras críticas da doutrina, visto que favorece a simulação. De acordo com alguns doutrinadores, os benefícios previdenciários não configuram finalidade da guarda, apenas consequência, razão pela qual não pode constituir uma modalidade.¹²⁴

3.3.6 Guarda jurídica e guarda material

É sabido que o processo de formação dos filhos demanda a participação de ambos os genitores. Entretanto, com o fim da união, há um desdobramento da guarda, considerando que, a partir de então, um dos genitores passa a não residir mais sob o mesmo teto.¹²⁵

Segundo Orlando Gomes, o genitor detentor tem a guarda material e jurídica do menor, ou seja, “tem o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele”.¹²⁶

A guarda jurídica, por seu turno, é exercida pelo genitor que não teve a guarda deferida a seu favor. Acerca da diferença entre guarda material e jurídica, anota-se:

Quer isto dizer que se faz distinção, como ensina De Page, entre “o direito de guarda *stricto sensu* ou *guarda material*” e o “direito de *guarda jurídica*”, para aí compreender tudo o que concerne à educação intelectual e moral do menor. Assim a *guarda jurídica* é exercida a distância pelo genitor não-

¹²² GRISARD FILHO, 2005, p. 84.

¹²³ GRISARD FILHO, 2005, p. 84.

¹²⁴ GRISARD FILHO, 2005, p. 84.

¹²⁵ GRISARD FILHO, 2005, p. 84.

¹²⁶ GOMES, 1981 apud GRISARD FILHO, 2005, p. 85.

guardador. A *guarda material* prevista no artigo 33, § 1º, do ECA realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente, encerrando a idéia de posse ou cargo. Em verdade, o que obtenha a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão.¹²⁷

Desta feita, observa-se que o principal fator de distingue a guarda material da guarda jurídica é a convivência direta com o genitor guardador que, por esse motivo exerce a guarda material, ao passo que a guarda jurídica é exercida, à distância, pelo genitor não guardador.

3.3.7 Aninhamento ou nidação

O aninhamento ou nidação é “um tipo de guarda que raramente ocorre e consiste na moradia dos filhos num endereço fixo, cabendo aos pais se revezarem no convívio dos filhos, em períodos alternados de tempo”.¹²⁸

Leciona a doutrina que “tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos”.¹²⁹

De fato, verifica-se que, na prática, a nidação ou aninhamento configura uma modalidade de guarda de difícil materialização, especialmente em face da situação socioeconômica do povo brasileiro.

3.3.8 Guarda alternada

Na modalidade de guarda alternada, o menor, durante certo período, “estará submetida à guarda de um dos pais, restando, ao outro, o direito de visitas e,

¹²⁷ GRISARD FILHO, 2005, p. 85-86.

¹²⁸ PEREIRA, Clovis Brasil Pereira. **A guarda compartilhada, o novo instrumento legal para enriquecer e estreitar a relação entre pais e filhos**. 2008. Disponível em: <http://www.editoraimpetus.com.br/art_publicados.php?chave=170>. Acesso em: 05 de abr. 2009.

¹²⁹ GRISARD FILHO, 2005, p. 86.

findo o prazo estipulado, o visitador torna-se guardião, passando, para aquele que exerceu a guarda sob certo lapso temporal, o direito de visitas”.¹³⁰

Sobre o tema, anota-se a doutrina de Jorge Augusto Pais de Amaral:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante este período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No termo do período, os papéis invertem-se.¹³¹

A guarda alternada, segundo Oton Lustosa, “caracteriza-se pela distribuição de tempo em que a guarda deva ficar com um e com outro genitor”. Ademais, o autor registra que:

o direito de visita exercido pelo genitor não-guardião não implicará em transferência do direito de guarda; já na guarda alternada, transferem-se a coabitação e a responsabilidade legal e doméstica para a pessoa do novo guardião, passando essa 'guarda efêmera' a ser 'plena' e exclusiva enquanto durar.¹³²

Para Paulo Andreatto Bonfim, essa espécie de guarda não vem sendo aprovada pelos tribunais brasileiros, isso porque “ao menor cabe a perturbação quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz perplexidade e mal estar no presente, e nos futuros danos consideráveis á sua formação no futuro”.¹³³

Não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno.¹³⁴

Assim, frisa-se que a guarda alternada “caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente”. Frisa-se, no entanto, que, “durante esse período, o responsável pela guarda detém de forma exclusiva os

¹³⁰ AKEL, 2008, p. 93

¹³¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997. p. 168.

¹³² LUSTOSA, Oton. **Filhos do divórcio**. Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1951/FILHOS_DO_DIVORCIO#topo>. Acesso em: 05 de abr. 2009.

¹³³ BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

¹³⁴ BONFIM, 2005.

‘poderes’ e deveres com relação à criança, sendo que no término do período, os papéis se invertem”.¹³⁵

Conforme se verifica, trata-se de uma hipótese que também não respeita a continuidade, tendo em vista a alternância dos poderes-deveres inerentes ao instituto da guarda.

3.3.9 Guarda compartilhada

Por último, tem-se a guarda compartilhada. Essa espécie de guarda, mesmo quando ainda não havia legislação específica, já vinha sendo aplicada pelo judiciário brasileiro, com base no princípio do melhor interesse da criança.

Entretanto, haja vista o modelo compartilhado de guarda configurar o objeto principal desta monografia, deixa-se para aprofundar o tema no próximo e último capítulo monográfico que, além de estudar os aspectos da guarda compartilhada, abordará o antes e depois da Lei nº 11.698/2008, o dever de supervisão dos interesses do filho e os reflexos do abandono moral e, ainda, a importância do modelo compartilhado de guarda para pais e filhos.

¹³⁵ PEREIRA, 2008. p

4 A IMPORTÂNCIA DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA PARA O ESTREITAMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAIS E FILHOS

Ultrapassados os estudos iniciais sobre a família e o instituto da guarda, é chegado o momento de abordar o objetivo específico desta monografia, qual seja: a importância do modelo compartilhado de guarda para o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos.

Desta feita, analisar-se-á, neste derradeiro capítulo monográfico, o modelo compartilhado de guarda, o dever de supervisão dos interesses do filho e os reflexos do abandono moral e, por fim, a relação entre pais e filhos e a importância da guarda compartilhada.

4.1 O MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA

Compulsando a história, observa-se que o modelo compartilhado de guarda surgiu há algumas décadas, na Inglaterra, e expandiu-se para a França, Canadá, Estados Unidos e, posteriormente, para a Argentina e o Uruguai.¹³⁶

Na Inglaterra, baseada no sistema da *commom law*, a guarda compartilhada surgiu com o objetivo de desfazer o clássico costume de deferimento da guarda única em favor da mãe. Com isso, os tribunais ingleses, em suas decisões, passaram a priorizar sempre o interesse do menor e a igualdade dos pais, eliminando de uma vez por todas a expressão direito de visita e, desta maneira, possibilitando um maior contato entre pai/mãe e filho.¹³⁷

Entretanto, de acordo com a doutrina, foi nos Estados Unidos que o instituto adquiriu significativa proporção, considerando a “grande adesão por parte da sua população, como, por exemplo, no Estado do Colorado em que

¹³⁶ ALVES, Wellington Lopes. **Guarda compartilhada dos filhos**. 18/06/2001. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-2030446165>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

¹³⁷ PERES, 2002.

aproximadamente 90% das guardas é feita pelo modelo de guarda compartilhada”.¹³⁸

No Brasil, de igual sorte, as transformações verificadas na sociedade nas últimas décadas acabaram acarretando, também nas relações familiares, mudanças de comportamento que, por seu turno, exigiram um aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção das crianças e dos adolescentes.¹³⁹

Nesse sentido, transcreve-se a lição da doutrina:

Principalmente nas duas últimas décadas, cresceu de forma considerável o envolvimento dos pais com os filhos, o que acarretou uma luta maior pela possibilidade de estar com eles maior tempo e de compartilhar a guarda com a mãe, muitas vezes inclusive assumindo papéis outrora reservado à mulher. Dessas mudanças é que juristas, médicos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos etc., buscam novas alternativas para atenuar o impacto negativo de situações familiares conflitantes.¹⁴⁰

Pondera-se que, embora a condição de filho não decorra da mera presença física no domicílio da mãe ou do pai, o conceito de “guarda” termina identificando quem tem o filho junto de si. No entanto, o fato de o filho morar com um dos pais não quer dizer que o outro perdeu a guarda. De qualquer maneira, “com o rompimento da convivência dos pais, há a **fragmentação** de um dos componentes da autoridade parental”. Pai e mãe permanecem possuidores do poder familiar, entretanto, “em regra, o filho vive com um, e ao outro é assegurado o direito de visita, que é regulamentado minuciosamente, estabelecendo-se dias e horários de forma às vezes bastante rígida [grifo no original]”.¹⁴¹

Diante desse contexto fático e jurídico e com o intuito de preservar o melhor interesse do filho, bem como retirar o aspecto conflituoso das separações, “os legisladores passaram a rever a questão da autoridade parental, com nítida intenção de admitir o compartilhamento da guarda, atenuando as distorções ocorridas no regime de monopólio da autoridade parental”.¹⁴²

Assim, diversos doutrinadores passaram a reivindicar que, nos processos judiciais, quando em tela a disputa pela guarda dos filhos, os magistrados buscassem explicar para os pais a possibilidade e os benefícios do modelo

¹³⁸ PERES, 2002.

¹³⁹ ALVES, 2001.

¹⁴⁰ ALVES, 2001.

¹⁴¹ DIAS, 2007, p. 392.

¹⁴² ALVES, 2001.

compartilhado. Desta maneira, sustentavam que o modelo de guarda única só poderia ser estabelecido na hipótese de inviabilidade da instituição do modelo compartilhado.¹⁴³

Por isso, afirma-se que a guarda compartilhada, no Brasil, surgiu com o fim de reequilibrar os papéis parentais, especialmente em face da insatisfação da sociedade com os modelos de guarda até então vigentes e deferidas pelos Tribunais.¹⁴⁴

Nessa esteira, registra-se que, em 1967, o Supremo Tribunal Federal, já havia se pronunciado, em termos não específicos, acerca da relevância do modelo compartilhado de guarda, assim como segue:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DESQUITE E MANUTENÇÃO DE RELAÇÕES COM O FILHO DO CASAL - O JUIZ, AO DIRIMIR DIVERGÊNCIA ENTRE PAI E MÃE, NÃO SE DEVE RESTRINGIR A REGULAR AS VISITAS, ESTABELECIDO LIMITADOS HORÁRIOS EM DIA DETERMINADO DA SEMANA, O QUE REPRESENTA MEDIDA MÍNIMA. PREOCUPAÇÃO DO JUIZ, NESTA ORDENAÇÃO, SERÁ PROPICIAR A MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES DOS PAIS COM OS FILHOS. E PRECISO FIXAR REGRAS QUE NÃO PERMITAM QUE SE DESFAÇA A RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PAI E FILHO, ENTRE MÃE E FILHO. - EM RELAÇÃO A GUARDA DOS FILHOS, EM QUALQUER MOMENTO, O JUIZ PODE SER CHAMADO A REVISAR A DECISÃO, ATENTO AO SISTEMA LEGAL. - O QUE PREPONDERA É O INTERESSE DOS FILHOS, E NÃO A PRETENSÃO DO PAI OU DA MÃE. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.¹⁴⁵

No anexo desta pesquisa, por oportuno, encontra-se uma decisão da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz/SC, local de trabalho da autora deste trabalho, que, no ano de 1998, homologou um acordo de separação judicial consensual, com a decretação do modelo compartilhado de guarda dos filhos do casal postulante¹⁴⁶.

Já no ano de 2006, durante a realização da IV Jornada de Direito Civil, surgiu o enunciado n.º 335, com a seguinte redação: “A guarda compartilhada deve

¹⁴³ PERES, 2002.

¹⁴⁴ PERES, 2002.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 60265/RJ**. Relator: Min. Eloy da Rocha. Data de Julgamento: 12/05/1967. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(60265.NUME.%20OU%2060265.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(60265.NUME.%20OU%2060265.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 21 mai. 2009.

¹⁴⁶ SANTA CATARINA. Poder Judiciário. Comarca de Santo Amaro da Imperatriz. **Processo n.º: xxxxxxxxxxxxxx**. Segredo de Justiça. Disponibilizado em face do compromisso de sigilo inerente ao Servidor Público.

ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.¹⁴⁷

Por conseguinte, como resultado de significantes esforços de diferentes seguimentos da sociedade, em 13 de junho de 2008, restou sancionada a Lei 11.698, para alterar os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil – e, assim, instituir e disciplinar a guarda compartilhada no Brasil.¹⁴⁸

Neste contexto, verifica-se que a novel legislação inseriu, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da guarda compartilhada. No entanto, registra-se que, embora sancionada em 13 de junho de 2008 e publicada no Diário Oficial da União em 16 de junho do mesmo ano, a lei do modelo compartilhado de guarda apenas entrou em vigor no Brasil 60 (sessenta) dias após a sua publicação, em virtude da denominada da *vacatio legis* prevista em seu artigo 2º.¹⁴⁹

Consoante a opinião de especialistas, não há dúvida de que a Lei nº 11.698/08, ao inserir o instituto no ordenamento jurídico pátrio, fez cair por terra qualquer discussão sobre a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada pelos tribunais brasileiros.¹⁵⁰

A mencionada lei alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil e disciplinou o modelo compartilhado de guarda da seguinte maneira:

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.

¹⁴⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 21 mai. 2009.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 21 mai. 2009.

¹⁴⁹ ALVES, 2009.

¹⁵⁰ ALVES, 2009.

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.¹⁵¹

Verifica-se que no §1º do art. 1583 a Lei 11.698/08 inseriu um conceito legal de guarda compartilhada. No entanto, de acordo com a doutrina, essa definição possui uma falha que merece atenção, isso porque a mesma “restringe o exercício da guarda compartilhada aos pais, vedando a utilização deste instituto por outras pessoas que eventualmente venham a cuidar dos menores”. Ainda, segundo a doutrina, esta vedação distancia-se do conceito atual de família, “onde os vínculos de parentesco são muito menos jurídicos, muito mais afetivos (parentesco sócio-afetivo)”.¹⁵²

Em pese alguns problemas, a comunidade jurídica aplaude a Lei 11.698/08, assim como segue:

Em síntese, é positiva a modificação patrocinada pela Lei nº 11.698/08 ao substituir a regra geral da guarda unilateral a quem revelar melhores condições para exercê-la (antigo art. 1.584, parágrafo único) pela guarda compartilhada (atual art. 1.584, § 2º), por ser essa medida a que mais atende ao princípio do melhor interesse do menor. Na hipótese de não haver acordo entre os pais sobre tal medida, ela será aplicada "sempre que possível", ou seja, sempre que for proveitosa a mediação interdisciplinar, a qual deverá ser determinada pelo magistrado. Entretanto, se não houver sucesso na mediação, será aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, obviamente a quem relevar compatibilidade com a natureza desta

¹⁵¹ BRASIL, 2008.

¹⁵² ALVES, 2009.

medida, nos termos do art. 1.584, § 5º, tudo em atenção ao melhor interesse do menor.¹⁵³ [grifos no original].

No campo doutrinário, a guarda compartilhada é definida como “a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados”.¹⁵⁴

Já nas palavras da desembargadora Maria Raimunda Texeira de Azevedo, a guarda compartilhada configura:

A possibilidade de que os filhos de pais separados continuem assistidos por ambos os pais, após a separação, devendo ter efetiva e equivalente autoridade legal, para tomarem decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente, ter uma paridade maior no cuidado a eles.¹⁵⁵

Nessa mesma linha, Vicente Barreto conceitua o modelo compartilhado de guarda como “a possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais”.¹⁵⁶

Maria Berenice dias, por seu turno, analisando o instituto da guarda compartilhada, aduz que se trata de mais prerrogativas concedidas aos pais, considerando que o compartilhamento busca tornar os pais mais presentes e participantes da vida do filho. Além disso, de acordo com a autora:

*A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à **pluralização de responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.*¹⁵⁷ [grifo no original].

Nesse viés, a Professora Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que, na guarda compartilhada, o que se verifica é a possibilidade efetiva do exercício conjunto da autoridade parental, visto que o mesmo permite que os pais

¹⁵³ ALVES, 2009.

¹⁵⁴ PERES, 2002.

¹⁵⁵ AZEVEDO, Maria Raimunda Texeira de. **A guarda compartilhada**. 2001. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-358210601>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

¹⁵⁶ BARRETO, Vicente. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997. p 135.

¹⁵⁷ DIAS, 2007, p. 361-362.

compartilhem as principais decisões relativas à vida do filho. Logo, “a sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugalidade dos pais, garantindo aos filhos a vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o esfacelamento da vida em comum”. Na realidade, “o real mérito da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da co-participação parental na vida dos filhos”.¹⁵⁸

Acerca da importância do estabelecimento da guarda compartilhada na oportunidade da dissolução da união dos pais, anota-se a lição de Paulo Lôbo:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se ‘em casa’ tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias [grifo no original].¹⁵⁹

Desta feita, é possível observar que o modelo compartilhado configura uma espécie de guarda em que ambos os genitores repartem as responsabilidades, de forma conjunta e igualitária, visto que pai e mãe apresentam os mesmos direitos e deveres referente aos filhos.¹⁶⁰

Segundo a doutrina, a guarda compartilhada pressupõe o exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar. Com base nesse modelo, fixa-se a residência do filho na residência de um dos pais, entretanto, ao outro genitor, é concedida a obrigação de permanecer desempenhando plenamente o poder familiar, com base na “participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer”.¹⁶¹

Diante disso, frisa-se que um dos aspectos mais relevantes do modelo compartilhado diz respeito à possibilidade de, em conjunto, os pais decidirem sobre a educação, a saúde, bem como acerca dos atos habituais do filho.¹⁶²

¹⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 110.

¹⁵⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 176.

¹⁶⁰ GRISARD FILHO, 2005, p. 86.

¹⁶¹ ALVES, 2009.

¹⁶² ALVES, 2001.

É claro que a guarda compartilhada não retira alguns deveres dos pais, como, por exemplo, o pagamento de pensão alimentícia. Na realidade, o instituto procura estender “os horizontes da responsabilidade dos pais, fomentando, em verdade, uma co-responsabilidade, uma pluralidade de responsabilidades na educação do filho, enfim, uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor”.¹⁶³

De acordo com uma parcela da doutrina, não há, para o compartilhamento da guarda, qualquer problema na existência de dois lares. No entanto, é preciso obedecer alguns requisitos para que o instituto alcance o seu objetivo, tais como: “que os pais tenham domicílios próximos, ambos queiram a guarda do menor, que os arranjos de alternância de lares não sejam em períodos longos e que os pais possuam os mesmos valores”.¹⁶⁴

De outro modo, “quando fixado em residência única, o genitor não guardador tem a obrigação de visita, pois o que mora com o filho tem a guarda material e física, mas ambos, é bom frisar, possuem a guarda jurídica”.¹⁶⁵

No que se refere à guarda compartilhada e à guarda alternada, registra-se a seguinte distinção colacionada pela doutrina:

Nesse contexto, impende esclarecer que a guarda compartilhada não pode jamais ser confundida com a chamada *guarda alternada*: esta, não recomendável, eis que tutela apenas os interesses dos pais, implica em exercício unilateral do poder familiar por período determinado, promovendo uma verdadeira divisão do menor, que convive, por exemplo, 15 (quinze) dias unicamente com o pai e outros 15 (quinze) dias unicamente com a mãe; aquela, por sua vez, altamente recomendável, eis que tutela os interesses do menor, consiste no exercício simultâneo do poder familiar, incentivando a manutenção do vínculo afetivo do menor com o genitor com quem ele não reside.¹⁶⁶

Com base nessas informações é possível compreender o conceito da guarda compartilhada, sua finalidade e, ainda, a questão da pluralidade de lares, tendo em vista o compartilhamento, por parte dos pais, das decisões inerentes aos filhos.

¹⁶³ ALVES, 2009.

¹⁶⁴ PERES, 2002.

¹⁶⁵ ALVES, 2001.

¹⁶⁶ ALVES, 2009.

Assim, no próximo tópico, passa-se à análise do dever dos pais de supervisão dos interesses do filho, bem como os reflexos suportados pelos filhos quando do abandono moral causado pelos genitores.

4.2 O DEVER DE SUPERVISÃO DOS INTERESSES DO FILHO E OS REFLEXOS DO ABANDONO MORAL

A cada dia que passa constata-se o aumento do número de separações e divórcios no Brasil e, conseqüentemente, do distanciamento entre pais e filhos, especialmente porque, na maior parte dos casos, estes acabam sob a responsabilidade e guarda da mãe.¹⁶⁷

Entretanto, é preciso ter em mente que “a dissolução dos vínculos afetivos não se resolve simplesmente indo um para cada lado, quando da união nasceram filhos”. O término do relacionamento dos pais não importa a extinção dos direitos nem tampouco dos deveres referentes aos filhos.¹⁶⁸

Nesse sentido, destaca-se que “o rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação”. Além disso, sabe-se que o estado de família é indisponível. Desta feita, a unidade familiar prossegue mesmo depois da separação de seus membros, ou seja, trata-se de um elo que se perpetua.¹⁶⁹

A definição da família atual, baseada no afeto e na valorização dos seus membros, “exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar”.¹⁷⁰

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte reflexão acerca da noção de paternidade responsável:

¹⁶⁷ PEREIRA, Clovis Brasil. **A guarda compartilhada, como um ato de amor**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1192278506>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

¹⁶⁸ DIAS, 2007, p. 392.

¹⁶⁹ DIAS, 2007, p. 392.

¹⁷⁰ DIAS, 2007, p. 407.

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a encarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em **paternidade responsável**. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo [grifo no original].¹⁷¹

O dever de supervisão dos interesses do filho, segundo a doutrina, “não se trata de um mero dever moral, desprovido de sanção, com já se sustentou, pois está fundamentado em um valor consagrado em nível constitucional”.¹⁷²

Acerca do direito de visita e a sua proteção constitucional, transcreve-se a lição de Paulo Lôbo:

O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (art. 227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica). O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho ‘em sua companhia’ e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o art. 1.589 do Código Civil. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restringido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou convivência. O direito de visita, entendido como direito à companhia, é relação de reciprocidade, não podendo ser imposto quando o filho não o deseja, ou o repele [grifo no original].¹⁷³

Observa-se que a guarda tem um conceito bem amplo, visto que consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação ao filho menor. Desta feita, verifica-se que a guarda do filho consiste na “mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas”. Existe, inclusive, quem inclua no conceito de guarda também o aspecto afetivo, “que embora de difícil aferição, reveste-se de marcante relevância para o pleno desenvolvimento psíquico da criança”.¹⁷⁴

Assim, considerando a relevância da guarda para a vida das crianças e adolescentes, afirma-se, com base no art. 227 da CRFB/88, fundamento do princípio

¹⁷¹ DIAS, 2007, p. 407.

¹⁷² LAURIA, 2003, p. 60.

¹⁷³ LÔBO, 2008, p. 174.

¹⁷⁴ LAURIA, 2003, p. 62.

constitucional do melhor interesse, que toda a criança tem direito a proteção do regime de guarda, “[...] a ser exercida, seja no seio de sua família, seja por membro da sociedade idôneo para tanto, seja, em último caso, pelo próprio Estado, diretamente ou através de instituições para tanto habilitadas”.¹⁷⁵

Assim, nesse contexto, entende-se que a “rotineira fixação de visitas pré-estabelecidas, em dias e condições pactuadas entre os pais, se mostra muitas vezes insuficiente para atender a expectativa dos filhos, notadamente quando na tenra idade”.¹⁷⁶ Isso ocorre, também, porque grande parte das crianças e adolescentes envolvidos “não consegue assimilar e entender a nova situação criada, pois de um dia para o outro, se vêm distanciados do convívio do pai, antes sempre ou quase sempre presente, e agora um mero visitante ocasional”.¹⁷⁷

Nesse quadrante, considerando os reflexos da separação dos pais na vida dos filhos, registra-se a doutrina de Maria Berenice Dias:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo conseqüências desse desenlace. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura o melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações de paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo. O fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento da relação de conjugalidade não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.¹⁷⁸

O reflexo da separação, na maioria das vezes, se faz sentir no cotidiano dos filhos, que passam a se sentir desamparados, abandonados, esquecidos, notadamente pelo pai, quando é este que deixa o lar. Tal insatisfação, acaba resultando em “rebeldia, baixo rendimento escolar, dificuldade no relacionamento com outras crianças, descontrole emocional, dentre outras atitudes negativas, que acabam por afetar grande parte das crianças e adolescentes”.¹⁷⁹

¹⁷⁵ LAURIA, 2003, p. 63.

¹⁷⁶ PEREIRA, 2009.

¹⁷⁷ PEREIRA, 2009.

¹⁷⁸ DIAS, 2007, p. 392.

¹⁷⁹ PEREIRA, 2009.

Ademais, o filho que permanece sob os cuidados de apenas um dos pais, na maioria dos casos a mãe, fica sem o referencial paterno, que acaba se transformando em mera figura de visitas e provedora de pensão alimentícia.¹⁸⁰

Por conseqüência, sublinha-se que “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **seqüelas psicológicas** e comprometer o desenvolvimento saudável da prole [grifo no original]”.¹⁸¹ Acerca da importância dos elementos da família para o desenvolvimento do indivíduo, transcreve-se:

A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação pela interdisciplinaridade, cada vez mais presente no âmbito do direito das famílias, tem levado ao reconhecimento da indenização obrigatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso [grifo no original].¹⁸²

Com base na citação acima, tendo em vista os graves danos causados pela ruptura do convívio entre pais e filhos, tais como: “conflitos, sentimentos de perda e abandono que abalam, de forma direta, a psique da criança e do adolescente”, observa-se que a doutrina e a jurisprudência têm aceitado a condenação do progenitor culpado a reparação dos danos morais causados ao filho.¹⁸³

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado. A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando

¹⁸⁰ AKEL, 2008, p. 91

¹⁸¹ DIAS, 2007, p. 407-408.

¹⁸² DIAS, 2007, p. 407-408.

¹⁸³ AKEL, 2008, p. 92

clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai.¹⁸⁴

Em que pese essa questão, pondera-se que “quem lida com conflitos familiares certamente já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome: **alienação parental** ou implantação de **falsas memórias** [grifo no original]”.¹⁸⁵

Sobre o tema, importante destacar a explicação de Wellington Lopes Alves:

Não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, se utilize dos seus próprios filhos como "arma", instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca do mesmo, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como *Fenômeno da Alienação Parental*, responsável pela *Síndrome da Alienação Parental* (SAP ou PAS).¹⁸⁶

De acordo com a doutrina, na hipótese da alienação parental, o filho é usado como meio reprodutor de agressividade, visto que o mesmo é induzido a odiar o outro genitor numa verdadeira campanha de desmoralização. Nesse caso, a criança é obrigada a afastar-se de um dos pais, situação que acaba gerando “contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado”.¹⁸⁷

No mesmo talante, registra-se:

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido **abuso sexual**. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive

¹⁸⁴ DIAS, 2007, p. 408.

¹⁸⁵ DIAS, 2007, p. 409.

¹⁸⁶ ALVES, 2009.

¹⁸⁷ DIAS, 2007, p. 409.

com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias [grifo no original].¹⁸⁸

Com base nessas informações, verifica-se a importância do convívio com ambos os pais para o crescimento sadio dos filhos, na forma como pressupõe o princípio do melhor interesse da criança, bem como os reflexos devastadores causados pelo abandono moral de um dos genitores, especialmente o desenvolvimento da denominada síndrome da alienação parental.

4.3 PAIS E FILHOS E A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA

No campo jurídico atual, o homem encontra-se localizado no centro do ordenamento jurídico, “superando a neutralidade da pandectística¹⁸⁹ e impondo a todos um novo olhar sobre os chamados direitos extra-patrimoniais”.¹⁹⁰

Nesse novo contexto da sociedade moderna, a mulher, diante da conquista da igualdade de direitos, ocupa um novo espaço, não mais identificada apenas como mãe cuidadora de crianças. Desta feita, “cada vez mais, o casal contemporâneo é levado a compartilhar as tarefas domésticas e a educação dos filhos”.¹⁹¹

Por isso, reconhece-se que o estabelecimento de um convívio harmonioso “entre os pais é um passo de grande valor para o desenvolvimento psicológico sadio da criança, havendo, inclusive, uma relação direta entre o nível de harmonia entre os pais e o nível de saúde mental da criança”.¹⁹²

É nesse quadrante que se insere a importância da guarda compartilhada, considerando que se trata do reflexo mais fiel do que se entende por poder

¹⁸⁸ DIAS, 2007, p. 409-410.

¹⁸⁹ “A pandectística era uma escola de linha positivista, na medida em que não buscava analisar o direito segundo critérios de uma justiça natural, não tentava extrair normas da própria racionalidade humana nem intentava fundamentar a obrigatoriedade do direito em uma teoria metafísica [...]”. COSTA, Alexandre Araújo. **A jurisprudência dos conceitos**. Disponível em: <www.arcos.adv.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo.../3-a-jurisprudencia-dos-conceitos>. Acesso em: 24 mai. 2009.

¹⁹⁰ LAURIA, 2003, p. 01.

¹⁹¹ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 360.

¹⁹² LAURIA, 2003, p. 68.

familiar.¹⁹³ Além disso, configura uma medida de efetivação do princípio do melhor interesse do menor, assim como assevera o autor Rodrigo da Cunha Pereira

É comum vermos os filhos se tornam 'moeda de troca' dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental [...]. Muito pertinente, por isso, a discussão acerca do cabimento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Este novo arranjo familiar atenderia aos Princípios do Melhor Interesse do Menor? A guarda compartilhada é um modelo novo, cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais importantes em relação à vida do filho, mesmo após o término da sociedade conjugal [...]. O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste ínterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioria ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone [...] [grifo no original].¹⁹⁴

O modelo compartilhado de guarda mostra-se relevante e deve ser efetivado ao passo que “contribui para a recuperação de uma apreciação ética das relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício conjunto da autoridade parental”.¹⁹⁵

Diante disso, afirma-se, com precisão, que o direito de visita não possui mais espaço nas relações paterno-filiais. Na medida em que, a cada dia, se reconhece a relevância da manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos, acaba-se desdobrando o direito de visita também a parentes outros. Por conseqüência, “avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos, etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, quando os elos de afetividade existente merecem ser resguardados”.¹⁹⁶

Acerca da situação dos filhos nos diferentes lares dos pais separados, colhe-se da doutrina o seguinte trecho:

Entende-se também que, após a separação conjugal, a criança deve se sentir em casa tanto na residência de seu pai quanto na de sua mãe, identificando cada um desses espaços como um porto seguro onde sente firmeza para ancorar suas alegrias, tristezas e dificuldades. Se os genitores

¹⁹³ DIAS, 2007, p. 395.

¹⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2006 apud ALVES, 2009.

¹⁹⁵ TEPEDINO, 2004, p. 322.

¹⁹⁶ DIAS, 2007, p. 399.

não querem ser qualificados ou rotulados como visitantes, a criança também não deve se identificar como visita na casa de um dos pais, onde possui um colchonete para um eventual pernoite ou, ainda, aonde vai com dia e hora estabelecidos previamente. Não se pode desprezar que o vínculo principal a ser mantido é com pai e com a mãe, e não com o domicílio ou imóvel.¹⁹⁷

Desta feita, verifica-se que “o incremento da convivência do menor com ambos os genitores, não obstante o fim do relacionamento amoroso, e a diminuição dos riscos de ocorrência da Alienação Parental” configuram as duas principais vantagens do modelo compartilhado de guarda.¹⁹⁸

Constata-se, portanto, que a guarda compartilhada, na realidade, tem como função principal concretizar o princípio do melhor interesse do menor, visto que se trata de medida que deve ser aplicada sempre e exclusivamente em benefício do filho menor.¹⁹⁹

Por conseguinte, elencam-se as seguintes vantagens do modelo compartilhado de guarda que, por sua vez, contribuem para o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos:

- 1 - Pai e mãe separados podem acompanhar as fases de crescimento do filho;
- 2 - Ambos podem transmitir seus valores ao filho, contribuindo para a educação dele;
- 3 - O filho pode dispor de duas casas. Não se sente mais uma visita na residência do pai ou da mãe;
- 4 - Por morar em duas casas, a criança precisa se adaptar às regras e aos costumes de cada família. A criança se torna mais flexível para entender diferentes padrões;
- 5 - A separação dos pais abala um filho, mas ele passa a se sentir mais seguro quando os adultos vivem em sintonia e compartilham suas responsabilidades;
- 6 - O filho não desenvolve o sentimento de culpa, comum entre crianças disputadas por pais separados;
- 7 - Ao poder dividir o filho com o ex-cônjuge, o pai e a mãe ganham mais tempo para si;
- 8 - A criança não perde o vínculo com o pai ou a mãe. Se está em situação de guarda única, pode ocorrer o afastamento, porque somente os contatos esporádicos não garantem a manutenção do vínculo.²⁰⁰

¹⁹⁷ BRITO, 2004, p. 362.

¹⁹⁸ ALVES, 2009.

¹⁹⁹ ALVES, 2009.

²⁰⁰ DIAS, Maria Berenice; FALCETTO, Olga. Guarda compartilhada. **Zero Hora**: Reportagem Especial. p. 4. Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/sharerwords/?org=AJURIS&depto=Dep.%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20Social&setor=Clipping%20Di%C3%A1rio&public=35655>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

Para Maria Berenice Dias, “compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere”.

Já segundo Maria Antonieta Pisano Motta, a guarda compartilhada deve ser entendida como uma postura ou um reflexo, segundo a qual pai e mãe são considerados igualmente importantes para os filhos, independente da idade, e que, por esse motivo, “essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer”.²⁰¹

A declaração de que, no Brasil, o poder familiar pertence a ambos os genitores, igualmente responsáveis, acaba por ratificar a teoria de que não é preciso, portanto, dividi-los, após a separação conjugal, em duas categorias: a dos guardiões e as dos visitantes.²⁰² Ademais,

A exemplo do que foi decidido em outros países, podemos abolir o termo guarda, mantendo apenas a expressão poder familiar. Caso a manutenção do termo guarda seja necessária, este deve estar acompanhado do adjetivo conjunta, facilitando a interpretação da equidade entre pai e mãe, assim como a indicação de um amplo contato da criança com ambos os genitores.²⁰³

Logo, a guarda conjunta ou compartilhada importa mais prerrogativas aos pais, tornando-os mais participantes da vida dos filhos. A proposta busca manter os elos de afetividade, diminuindo os reflexos da separação na vida dos filhos e atribuindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.²⁰⁴

No que se refere às desvantagens, a doutrina aponta as tentativas de instituir a guarda compartilhada quando não há harmonia entre os pais, bem como “na exploração da mulher se a guarda compartilhada é usada como meio para negociar menor valor da pensão alimentícia, e na sua viabilidade para famílias de classe socio-econômica mais baixa”.²⁰⁵

Destarte, como pressuposto, verifica-se que o compartilhamento da guarda requer uma comunicação efetiva, ágil e respeitosa entre os genitores, assim

²⁰¹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano, [s/d] apud DIAS, 2007, p. 397.

²⁰² BRITO, 2004, p. 364-365.

²⁰³ BRITO, 2004, p. 364-365.

²⁰⁴ DIAS, 2007, p. 395.

²⁰⁵ ALVES, 2001.

como uma maior disponibilidade para “atender as necessidades dos filhos, não para simplesmente vigiá-los, mas para que sintam segurança, amparo, retaguarda, para um crescimento harmonioso, notadamente no plano emocional e psicológico”.²⁰⁶

Em últimas linhas, cumpre destacar que o ordenamento vigente obriga e responsabiliza os pais no que se refere aos cuidados com os filhos. Assim, a “ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o **princípio da solidariedade familiar**, valores protegidos constitucionalmente [grifo no original]”.²⁰⁷

Em descompasso, sabe-se que não compete apenas ao Direito de Família, com decisões mágicas, transformar “pais litigantes em cooperativos, acreditando-se na necessidade de mudanças em diversas vertentes da sociedade, inclusive na legislação, para reafirmar o princípio da co-parentalidade”. De igual sorte, “compreende-se que também não faz sentido exigir que pais e mães, sozinhos, tratem esta como uma questão pessoal”.²⁰⁸

De outra banda, a consciência dos pais acerca de suas responsabilidades com relação aos filhos e da necessidade de compartilhamento de suas vidas é medida necessária para o estreitamento dos laços afetivos na relação paterno-filial, bem como para o desenvolvimento sadio da sociedade contemporânea. Filhos frustrados, de certo, construirão uma sociedade cada vez mais individualista e decadente, sujeita a desmandos cometidos por adultos marcados pelo abandono e pela ausência de afeto durante o desenvolvimento de suas personalidades.

²⁰⁶ PEREIRA, 2009.

²⁰⁷ DIAS, 2007, p. 408.

²⁰⁸ BRITO, 2004, p. 364-365.

5 CONCLUSÃO

Consoante o vasto material bibliográfico pesquisado para a construção deste trabalho, verifica-se que a família, na visão contemporânea, encontra-se pautada no afeto, na valorização de seus membros, bem como na proteção dos filhos menores à luz do princípio do melhor interesse da criança.

Nesse contexto, a CRFB/88 acabou concedendo nova roupagem ao instituto, consagrando a família como base da sociedade e detentora de especial proteção. Desta maneira, denota-se que o Direito Pátrio apenas reconheceu a relevância da família como direito fundamental e indispensável para o desenvolvimento do indivíduo.

Ao longo da pesquisa, foi possível entender que a infância e a adolescência constituem fases decisivas na vida de uma pessoa, razão pela qual merecem especial atenção, considerando o reflexo que tal período de desenvolvimento pode acarretar na fase adulta.

Assim, com base nessas informações, tendo em vista o reconhecimento da importância da família na vida do homem, o direito passou a buscar medidas capazes de transformar ambos os genitores em co-responsáveis pela educação dos filhos, mesmo após a separação, para além de atribuições pré-definidas.

Ressalta-se, que o instituto da guarda, até o momento da separação, é um tema desinteressante para os pais, todavia, após o afastamento do casal, quando um dos genitores passa a residir longe do filho, o assunto torna-se imperioso em todas as discussões.

Nesse passo, frisa-se que a guarda pode ser definida como um ato de vigilância e de troca. Entretanto, tendo em vista o momento de intensa fragilidade emocional que enfrentam os pais na oportunidade da separação, a guarda dos filhos, muitas vezes, acaba se transformando em disputa e motivo de distanciamento.

Já no que se refere às modalidades de guarda, destacou-se a existência de diversas espécies, a guarda comum, desmembrada e delegada, a guarda originária e derivada, a guarda de fato, provisória e definitiva, a guarda única e peculiar, a guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários, a guarda

jurídica e guarda material, o aninhamento ou nidação, a guarda alternada e, por fim, a compartilhada.

Em que pese a existência das diferentes modalidades acima mencionadas, a doutrina tece várias críticas a chamada guarda unilateral, ou seja, deferida a um só dos genitores. Diante disso, com o intuito de preservar o melhor interesse do filho, os operadores do direito passaram a rever a questão da autoridade parental, com intensa vontade de admitir o compartilhamento da guarda no Brasil.

Com isso, sancionou-se, em 13 de junho de 2008, a Lei 11.698 para alterar o Código Civil e instituir, de uma vez por todas, o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, com base nas fontes pesquisadas, verifica-se que o compartilhamento da guarda significa um aumento das prerrogativas pertencentes aos pais, com o fim de tornar os genitores mais presentes e participantes da vida do filho, tendo em vista a repartição das responsabilidades.

Assim, conclui-se que um dos aspectos mais relevantes do modelo compartilhado de guarda diz respeito à possibilidade de, em conjunto, os pais decidirem sobre a sua educação e saúde, bem como acerca dos atos habituais do filho.

Além disso, percebe-se que o divórcio termina distanciando pais e filhos e, ainda, que a rotineira fixação de visitas pré-agendadas não atende as expectativas ao filho, pelo contrário, causa desconforto e insegurança.

Ademais, denota-se que, como reflexo da separação, os filhos passam a se sentir desamparados, abandonados e esquecidos, sem falar no desenvolvimento da chamada síndrome da alienação parental. Nessa última hipótese, o filho é usado como meio reprodutor de agressividade, visto que o mesmo é induzido a odiar o outro genitor numa verdadeira campanha de desmoralização.

Desta maneira, sustenta-se a afirmação de que o fim da relação conjugal não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, visto que o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação.

Ressalta-se, portanto, a importância do convívio com ambos os pais para o crescimento sadio dos filhos. Não obstante, frisa-se também a importância da manutenção de uma relação harmoniosa entre os pais para a saúde mental das crianças e adolescentes.

Logo, observa-se que os principais objetivos da guarda compartilhada consistem no estreitamento dos laços afetivos inerentes à relação paterno-filial e na diminuição dos casos de alienação parental.

Em últimas linhas, conclui-se pela contribuição desta pesquisa para o reconhecimento da importância da família, do convívio fraterno e responsável entre pais e filhos e, ainda, para a valorização do modelo compartilhado de guarda como instrumento capaz de promover o estreitamento dos laços afetivos nas relações paterno-filiais no caso de filhos de pais separados.

REFERÊNCIAS

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

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>>. Acesso em: 21 mai. 2009.

ALVES, Wellington Lopes. **Guarda compartilhada dos filhos**. 18/06/2001. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-2030446165>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

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

ANDRADE, Larissa Leônia Bezerra de; CAVALCANTI, Jamille Lemos Henrique; LUCENA, Danielle Cabral de. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/crianca.html>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

AZEVEDO, Maria Raimunda Texeira de. **A guarda compartilhada**. 2001. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-358210601>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

BARRETO, Vicente. **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho – paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

BRASIL, Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a convenção dos direitos da criança**. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2009.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 21 mai. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 60265/RJ**. Relator: Min. Eloy da Rocha. Data de Julgamento: 12/05/1967. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(60265.NUM.E.%20OU%2060265.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(60265.NUM.E.%20OU%2060265.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 21 mai. 2009.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARBONERA, Maria Silvana. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: OAB/MG/IBDFAM, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo. **A jurisprudência dos conceitos**. Disponível em: <www.arcos.adv.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo.../3-a-jurisprudencia-dos-conceitos>. Acesso em: 24 mai. 2009.

D'ANDREA, Giuliano. **Noções de direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice; FALCETTO, Olga. Guarda compartilhada. **Zero Hora: Reportagem Especial**. p. 4. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sharerwords/?org=AJURIS&depto=Dep.%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20Social&setor=Clipping%20Di%C3%A1rio&public=35655>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito de família e o novo código civil**. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. **Conflitos interfamiliares de guarda e o princípio do melhor interesse: uma associação possível**. Ago. 2007. Disponível em: <http://www2.dbd.pucRio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_pretextual.pdf>. Acesso em: .

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 176.

LUSTOSA, Oton. **Filhos do divórcio**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1951/FILHOS_DO_DIVORCIO#topo>. Acesso em: 05 de abr. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OSORIO, Luiz Carlos. **Família hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PEREIRA, Clovis Brasil Pereira. **A guarda compartilhada, o novo instrumento legal para enriquecer e estreitar a relação entre pais e filhos**. 2008. Disponível em: <http://www.editoraimpetus.com.br/art_publicados.php?chave=170>. Acesso em: 05 de abr. 2009.

PEREIRA, Clovis Brasil. **A guarda compartilhada, como um ato de amor**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1192278506>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais do IV congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 05 abr. 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 6. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ANEXOS

ANEXO A – DECISÃO COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ