

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade delinear sobre a guarda compartilhada. Foi sistematizado seu discurso em três capítulos.

No capítulo inicial, será feita uma abordagem sobre a evolução do poder familiar, suas origens e seus institutos, tomando como ponto partida o Direito Romano, porém, através dos tempos até a atualidade vem se assimilando a aplicação de preceitos consuetudinários oriundos do Direito Germânico.

No capítulo seguinte estabeleceu-se sobre a guarda dos filhos, delimitando o conceito de guarda, os diversos tipos de guarda, os direitos e deveres dos genitores, a administração dos bens e a responsabilidade civil.

Por fim, no terceiro, e último capítulo, será feita uma análise mais detidamente acerca do instituto da guarda compartilhada, demonstrando a sua importância no campo teórico e prático e, os efeitos da mesma em relação aos filhos, sobretudo os de tenra idade, após a separação conjugal.

Tratar-se-á de focalizar os interesses do menor, em especial no campo afetivo, baseando-se nos elementos da convivência e da responsabilidade parental compartilhada entre os pais.

A importância do tema se justifica devido às profundas transformações ocorridas na sociedade, sociais, culturais, políticas, econômicas e, principalmente as familiares e às relações entre pais e filhos após o crescente número de ruptura dos laços conjugais.

É um tema atual e de grande relevância social, pois os modelos atuais de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apenas privilegiam um dos genitores em detrimento do outro. Assim, o instituto da guarda compartilhada vem à baila para socorrer as deficiências que outros modelos de guarda possuem principalmente o da guarda dividida onde há o tradicional sistema de visitas. Tais modelos, ao privilegiar sobremaneira a mãe, na esmagadora maioria dos casos, levam a profundos prejuízos aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social, no seu desenvolvimento. Estes reveses atingem também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores e cultura.

Os efeitos psicológicos negativos também se fazem presentes na pessoa dos genitores, uma vez que, envolvidos em um ambiente repleto de animosidade, quase sempre verificado

diante de uma separação, as decepções, frustrações, e o sentimento de culpa, assolam uma ou ambas as partes.

A guarda compartilhada tem como finalidade privilegiar os interesses da criança e do adolescente ao minimizar os impactos causados pela separação dos pais.

O novo modelo busca atingir esse objetivo ao proporcionar o cumprimento dos direitos inerentes à sua condição de pessoa em desenvolvimento, em particular a participação conjunta dos pais no seu cotidiano.

Por ser um instituto novo, ainda sem grande penetração no Brasil, traz consigo inúmeras dificuldades quanto à sua compreensão, seus benefícios e sua aplicabilidade. Sem grandes pretensões, este trabalho visa promover apenas algumas considerações, a fim de evidenciar pontos importantes, a merecerem um maior aprofundamento pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Para ao final concluir-se pelo que de mais moderno a doutrina e a jurisprudência vem admitindo.

1 DO PODER FAMILIAR

1.1.Noções Históricas

O poder familiar é um dos institutos do Direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem as fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma. A doutrina, em geral e de modo amplo, toma o Direito Romano como ponto de partida para o seu estudo evolutivo. Contudo, através dos tempos até os dias de hoje, vem se assimilando a aplicação de preceitos consuetudinários oriundos do Direito Germânico.

1.2 O instituto no Direito Romano

Sua organização era baseada na ilimitada autoridade familiar, objetivando apenas o interesse do chefe de família, concentrando-se na figura do pai, o que caracterizava o patriarcalismo. Assim, o pai poderia dispor do filho da forma que bem lhe aprouvesse. Dita autoridade patriarcal abrangia até o direito de dispor da vida, desde que ouvidos os demais integrantes da família para o *judicium domesticum*, indo até a mercancia.

Esta faculdade exercida pelo chefe da família, hoje odiosa, tem razão de ser no princípio da agnação. Este era o fundamento para a relação de dependência e subordinação existente àquela época, oriunda do parentesco civil, não sendo necessário o parentesco consanguíneo.

Neste norte, José Virgílio Castelo¹ afirma que, pessoas que possuíam os mesmos laços de sangue poderiam não pertencer à mesma família, dependendo do *pater familiae* a que estariam sujeitos. Em decorrência do matrimônio, a filha casada *in manu*, ou seja, aquela que estava sob a sujeição do marido, abdicava de sua família de origem e sujeitava-se à autoridade do marido, passando a fazer parte do seu culto e adorando os mesmos deuses. O mesmo ocorria com os adotivos e outros tantos agregados, que só passariam a ter vínculo familiar caso se sujeitassem à potestade e ao culto doméstico do chefe do lar.

Pelo princípio da agnação, todos àqueles que integrassem à mesma família estariam sob a dependência do mesmo patriarca, e, portanto, seriam considerados membros familiares. Esta autoridade tinha fundamento político, mas, principalmente, religioso.

Os poderes conferidos ao chefe da família não eram puramente domésticos, havendo uma unidade política, religiosa e econômica. Daí se extrai a amplitude e soberania do poder patriarcal em Roma, onde o *pater familiae* exercia, exclusivamente, para si e em seu proveito, as funções de sacerdote, de juiz, de chefe e administrador absoluto de seu lar.

Faz-se mister explicar que essa potestade, com os mais amplos e ilimitados poderes, não tem razão de ser puramente doméstica, mas sim numa visão de que tais sociedades eram mais ou menos homogêneas, uma vez que a estratificação social era quase nula, proporcionando a concentração dos poderes nas mãos do *pater familiae*. Tal conclusão extrai-se da afirmativa de José Virgílio Castelo Branco da Rocha²:

é de se ver, portanto, que a pátria potestas, inspirada em objetivos políticos e alimentada no prestígio decorrente da autoridade religiosa, que possuía o *pater familiae* como chefe do culto doméstico, assentava as suas colunas mestras no profundo espírito de unidade e coesão da família romana.

De acordo com Karen Pacheco³, havia a possibilidade de se condenar à morte o próprio filho, mas este direito não era exercido arbitrariamente, deveriam antes ser ouvidas as opiniões e conselhos dos parentes para avaliar a conveniência ou não de tal pena.

Com relação à mulher casada *in manu*, poderia ser aplicada a pena de morte quando tivesse bebido vinho ou cometido adultério. Esse segundo caso justificava-se na medida em que o lar era transmitido de pai para filho e o adultério perturbava esta ordem.

O adultério só era admitido na hipótese em que o chefe familiar fosse estéril. A mulher era obrigada a relacionar-se carnalmente com um irmão ou parente de seu marido para proporcionar a concepção, sendo que este filho era considerado descendente de seu

¹ CASTELO, José Virgílio, *apud* SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**, 2 ed. 2000, Ed. Lúmen Júris, p. 02.

² *Op. Cit.*, p. 03.

³ *Op. Cit.*, p. 03

próprio esposo. O adultério, assim, nesta hipótese, tinha como função perpetuar a família, fator principal na antiguidade.

O direito ao *jus vitae et necis* perdurou por muito tempo. Com a evolução e grande influência do cristianismo, esse direito transformou-se no *jus domesticae emendationis*, pelo qual castigar os filhos e entes familiares só seria admitido em faltas graves.

O direito de vender a prole (*jus vendendi*) também era encontrado no direito antigo, como já foi dito. Decorria do fenômeno do patriarcalismo, que fazia do filho uma propriedade do pai. O pai poderia dar ao seu filho *in mancipium* com de amealhar os recursos necessários à sobrevivência de sua família.

Por qualquer ato praticado por um membro da família, quem respondia era o chefe do lar. Caso um ilícito fosse cometido por alguma pessoa sob a tutela familiar de determinado chefe, o *pater familiae* poderia, para exonerar-se de tal responsabilidade, permitir a vingança privada contra o autor do dano, ou entregá-lo a parte lesada, definitiva, ou provisoriamente. No caso de ser escravo, o infrator era entregue para a parte prejudicada, *ad eternum*. Sendo filho, deveria trabalhar para a pessoa lesada e, com o fruto de sua atividade pessoal, recompensar o dano causado. Logo, para o filho, a *noxae deditio*, modalidade do *jus vendendi*, era temporária.

Conforme Karen Pacheco⁴, o pátrio poder, hoje poder familiar, concedia ao chefe da entidade familiar a função política e econômica. Daí justifica-se o direito de escolha de quem iria ou não fazer parte desta entidade em benefício da comunidade patriarcal. Assim sendo, o *jus expoendi* poderia ser aplicado em caso de partos com proles defeituosas ou débeis, e, com os mesmos fins, os anciãos poderiam ser sacrificados.

O princípio da agnação deixou de ser absoluto, à medida que a gentilidade foi enfraquecendo. O parentesco por agnação foi sendo substituído pelo parentesco por cognição.

A *patria potestas* não é privativa de Roma. O que torna seu estudo do maior interesse é o fato de lá se ter mantido por muito mais tempo do que em qualquer outro lugar do mundo.

1.3 O patriarcalismo entre os germanos e a *munt*

Há a prevalência do domínio do *pater familiae* entre os antigos germanos, contudo diferenças são encontradas entre a *patria potestas* e a *munt*.

De acordo com Karen Pacheco⁵, estudiosos da História acreditam que, entre os povos germânicos, inicialmente as mulheres e os filhos eram tutelados e tratados quase que da forma

⁴ *Ob cit.* p. 04.

⁵ *Ob cit.*, p. 05.

preconizada pelos romanos, mas com certos abrandamentos. Contudo, com a evolução natural, as diferenças caracterizadoras foram-se acentuando.

Existia a possibilidade do pai repudiar seu filho, mas só no momento do nascimento. Aceitando-o, deveria exercer sobre ele a autoridade paterna (*munt*) como medida de proteção. A faculdade de dispor da vida do filho também não existia, pois não havia o caráter de perpetuidade na relação do pai com sua prole.

O casamento da mulher não importava em quebra dos laços de parentesco com sua família de origem, que continuava a defendê-la e protegê-la.

A *munt* é um abrandamento do instituto da *patria potestas*. Nela se observa a diminuição do elemento despótico, que caracterizou a autoridade do chefe de família romana.

Conclui-se, então, que, nos países de Direito escrito, foi mantida a tradição romana. Por outro lado, nos países onde o Direito costumeiro se fazia presente, a autoridade paterna estabelecida em benefício dos filhos era considerada medida de proteção e meio para que se pudesse atingir aquele fim.

Assim sendo, conforme salienta Karen Pacheco⁶, pode-se sistematizá-lo: o exercício do poder familiar é temporário, por isso que condicionado ao interesse do filho; a função do seu exercício é também atribuição da mãe, na falta do pai; e, por fim, ele não obsta que o filho tenha bens próprios.

Atualmente, o conceito evoluiu de tal forma que passou a se aproximar mais do sistema utilizado nos países de Direito consuetudinário germânico do que na tradição romana, sendo que, com liberdade maior, nos dias de hoje.

1.4 O pátrio poder no antigo Direito Luso-Brasileiro

No antigo Direito luso-brasileiro, é evidente a influência romana no tratamento e disciplina da matéria relativa ao pátrio poder.

Transplantou-se para o nosso país o preconizado no Direito português. Na proclamação da independência política, permaneceram vigorando as Ordenações Filipinas, leis e decretos promulgados pelos reis portugueses até aquela data. Assim sendo, os princípios do direito português continuaram a existir entre nós, mesmo após a revogação das Ordenações.

As características eram várias, dentre elas, destacam-se:

- A. Somente o pai exercia o pátrio poder, à mãe competindo apenas direitos relativos à obediência filial;

⁶ *Ob cit.* p. 06.

- B. A menoridade terminava aos vinte e cinco anos; caso o filho ainda fosse dependente economicamente do pai, esta não cessaria;
- C. Estariam sujeitos ao pátrio poder apenas os filhos legítimos e legitimados, não se estendendo aos filhos naturais (a estes o pai poderia nomear tutor) ou espúrios.

Assim Karen Pacheco⁷ preleciona que, ao pai eram atribuídos vários deveres e obrigações com relação aos seus filhos. Como exemplo, tem-se a obrigação de educá-los e dar-lhes profissão, observadas as suas condições financeiras. Havia a possibilidade de castigá-los moderadamente; caso o filho fosse incorrigível, teria a faculdade de entregá-lo ao magistrado de polícia, para que fosse recolhido à cadeia a fim de corrigir o desvio, permanecendo, contudo, a obrigação de sustentá-lo enquanto lá estivesse. Também era direito do pai aproveitar o trabalho do filho, sem lhe pagar salário, caso não o tivesse prometido. O pai tinha o dever de substituí-lo pupilarmente, defendê-lo em juízo ou fora dele.

Com relação aos bens dos filhos, ao pai caberia a propriedade e usufruto do pecúlio profectício, dado ao filho em administração; a propriedade, administração e usufruto do pecúlio (ou quase) castrense que são devidos ao filho; em caso de pecúlio adventício, a propriedade seria do filho, mas o uso e o fruto de tal bem seriam do pai enquanto o filho estivesse sujeito ao poder familiar.

Os pais não teriam ingerência nos bens dos filhos que fossem adquiridos pelo seu próprio trabalho e do qual não tivessem participado, ainda que o filho ainda estivesse em sua dependência. Ocorria o mesmo com os bens que o filho adquirisse, com a condição de lhe pertencerem imediatamente, quer fossem por propriedade ou usufruto.

Seguindo o entendimento de Karen Pacheco⁸, a extinção do pátrio poder, hoje poder familiar se daria pela morte do pai ou do filho, pelo banimento do filho da família à qual pertencia, pelo casamento, pela emancipação (quer de filhos maiores ou menores), pelo exercício de cargos públicos (nessa hipótese deveria o filho ser maior de 21 anos), pela colação em grau acadêmico, pela entrada do pai ou do filho em religião aceita institucionalmente, pela investidura em ordens sacras maiores, com o aceite de legado que implicasse emancipação do filho. Alguns exemplos de extinção do pátrio poder são: o abandono do filho, tratamento cruel, indução a maus costumes, exposição vexatória do filho, caso em que a criança passaria a ser criado por outrem.

⁷*Ob cit.* p. 07.

⁸*Ob cit.* p. 08.

Atualmente, adota-se em nosso país a idade de dezoito anos para o término da menoridade, situação em que o indivíduo adquire a plena capacidade civil, donde se conclui que esta também passou a ser outra forma de extinção do desse instituto.

A Consolidação das Leis Civis previu que o poder familiar seria exercido sobre os menores de dezoito anos, quer pelo pai, quer pela mãe. Caso a mãe fosse viúva, esta o exercerá em sua plenitude se não fosse bínuba.

Desta forma, esclarece Karen Pacheco⁹ dá para perceber que o Direito pátrio foi se afastando, gradativamente, da tradição romana e do Direito português, pois, nestas fontes originárias de nosso ordenamento, apenas à mulher era concedida a prerrogativa de servir de tutora aos filhos menores, se não lhes fosse deixado, em testamento, tutor ou curador.

1.5 Posicionamento no Direito Brasileiro

Atualmente, o conceito do instituto *patria potestas* visa apenas o interesse e ao bem estar do menor, passando a ser, na verdade, um pátrio dever, de acordo com o qual os pais têm a obrigação de cuidar da pessoa dos filhos e de seus bens; é um verdadeiro direito de proteção. Não é mais uma tirania do pai sobre o filho, mas sim uma servidão do pai para tutelar o filho. Este direito, outrora, considerado como direito subjetivo, é definido, em nossos dias, como poder jurídico, ou melhor dizendo, um poder familiar, exercido pelo pai e pela mãe, por delegação do Estado, no interesse da família. E deve ser compreendido como uma função que é constituída de direitos e deveres. Ao direito do pai corresponde o dever do filho e vice-versa. São direitos e deveres que se ajustam, formando uma verdadeira coerência funcional para a satisfação de fins que transcendem a interesses puramente individualistas.

Assim, Karen Pacheco¹⁰ esclarece que, considerando poder familiar, podemos defini-lo “como sendo a soma de direitos e deveres concedidos aos pais, para que possam desempenhar os encargos que a lei lhes confere, no tocante à criação e educação dos filhos e conseqüentemente a administração de seus bens.”

Em consonância com este deslocamento conceitual do pátrio poder, é mais apropriado alterar a nomenclatura de poder familiar ou seja dever do casal. Na verdade, usa-se a sinonímia entre as diversas denominações: patria potestas, pátrio poder, pátrio dever, poder paternal, autoridade parental e poder-dever.

⁹ *Ibi idem.*

¹⁰ *Ob cit.* p. 09.

José Augusto Pais de Amaral¹¹ afirma que “atualmente existe uma concepção filiocêntrica do poder paternal. O fulcro deslocou-se dos pais para a pessoa do filho.”

O poder paternal não poderá ser delegado a outrem. Tanto o pai quanto a mãe exercem-no em favor de todos os filhos, e existindo, frente à nossa Carta Magna de 1988, qualquer distinção entre eles. Percebe-se que o poder familiar não se explica puramente pelo fato de gerar-se uma criança, independe dos laços de sangue, pois será exercida da mesma forma em relação a um filho adotivo.

O poder é simultâneo, mas o exercício é do pai com a colaboração da mãe, de acordo com o art. 1631 do CC/02.

Este dispositivo infraconstitucional não vige mais em sua totalidade e deve ser mitigado frente ao artigo 226, §5º, da Constituição Federal, que consagra o princípio da isonomia. Consagrou-se a bilateralidade nas relações entre pai e filho, mas a autoridade parental pertence a ambos os cônjuges. Todos os direitos e deveres em relação à pessoa e bem dos filhos deverão ser exercidos em colaboração e com igualdade de condições, quer pelo genitor, quer pela genitora. Posteriormente, este princípio foi consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, que prevê que a *patria potestas* deverá ser exercida da mesma forma pelo pai e pela mãe.

Karen Pacheco¹² afirma em sua obra que: “o poder público tem função meramente fiscalizatória, mas, em casos especiais, poderá suprir as faltas ou abuso em que o detentor do poder – dever venha a incorrer. Daí decorre a idéia de que o poder familiar é um *munus* (encargo) público. O Estado não pode ser indiferente àqueles que ainda não atingiram a maturidade e o discernimento necessário para regerem suas próprias vidas e bens.”

José Virgílio Castelo Rocha¹³, neste mesmo norte afirma que:

o individualismo gera o desinteresse do Estado, nas relações da família. O estatismo conduz à absorção da família. São duas atitudes igualmente condenáveis. A família necessita de ambiente favorável em que possa expandir-se. Daí, a legitimidade da interferência do poder público na tutela das relações familiares, ressalvadas, porém a liberdade e a iniciativa individuais. A autoridade do Estado não pode substituir a autoridade do chefe de família, mas esta é supervisionada pelo poder público.

Neste contexto, segundo Karen Pacheco¹⁴, o poder paternal, sendo um direito de família puro, possui algumas características intrínsecas:

a) é indisponível; os pais não podem abrir mão dele;

¹¹ AMARAL, José Augusto Pais de. In: SALLES, Karen Ribeiro Pacheco de. *Ob. cit.* p. 9.

¹² *Ob. cit.* p. 10.

¹³ *Ob. cit.* p. 10-11.

¹⁴ *Ob. cit.* p. 11.

b) não pode ser transferido a outrem, mas isso não significa que o filho não possa ser confiado a terceiros para ser criado e educado sob tutela, mas o genitor se torna penalmente responsável pela entrega do menor a pessoa inidônea;

c) o poder familiar é organizado para um fim especial, que corresponde ao exercício de uma função, sendo o desempenho de um encargo personalíssimo, adstrito à observância de deveres; pelo mesmo fato de serem deveres, não podem ser renunciados, sendo incompatível com a transação;

d) não decai o poder familiar se o genitor não exercitá-lo, mas, para evitar que o menor caia em situação irregular, poderá ser delegado a outra pessoa.

Na formação da família pelo casamento existem dois tipos de relações, que são as pessoais e as patrimoniais,.

Da lição doutrinária do professor e magistrado Sérgio Gischkow Pereira¹⁵, extraímos o seguinte ensinamento, “o poder familiar tem um caráter social, onde aos genitores é imposto velar pela formação dos filhos, tornando-os úteis a si, à família e à sociedade. A não observância desse dever gera sanções, quer civis, quer penais. Em nosso ordenamento não há um critério definidor do que significa preparar o filho para a vida, mas sabe-se que a instrução primária deverá ser obrigatoriamente proporcionada; a educação deverá ser compatível com sua posição sócia e seus recursos, sob penalidade estatuída na Lei nº. 8.069/90.

Aos pais cabe o direito de guarda do filho menor. Em caso de separação, não há preferência à virago para o exercício. Os direitos são iguais, pois a guarda é apenas um elemento do poder familiar, não fazendo parte de sua essência. Os pais devem exercer vigilância sobre os filhos. Caso os deixem abandonados, sem os devidos cuidados que requerem a sua idade, haverá a quebra de um dos deveres assistenciais do poder familiar.

Os pais podem conceder ou negar o direito aos filhos menores púberes de se casarem com determinada pessoa, sendo que tal recusa deverá ser justificada. Nesta hipótese, pode haver suprimento judicial. A nomeação de tutor por um dos pais a seus filhos é válida, desde que o outro genitor não possa exercer a autoridade parental. Nenhum dos genitores, seja por manifestação de última vontade, através de via testamentária, seja por qualquer outro documento público, pode elidir do outro a autoridade parental.

Conforme Sérgio Gischkow Pereira¹⁶, os pais têm a obrigação de representarem ou assistirem seus filhos menores, dependendo da idade em que se encontrem, nos atos da vida civil. Para os menores de dezesseis anos será utilizado o instituto da representação e, para

¹⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow, *apud* SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *ob cit.* p. 12.

¹⁶ *Ob. cit.* p. 12..

aqueles entre dezesseis e dezoito anos de idade, será a denominada assistência. Caso a prole tenha praticado algum ato que dependa da assistência para se tornar efetivo, é lícito haver o efeito confirmatório. Esta representação alcança o nascituro, não obstante faltar-lhe a personalidade, nos termos da Lei Substantiva Civil.

Desta forma, o filho também terá direito ao nome paterno que resulta do aspecto público do direito ao nome, com inscrição obrigatória no Registro de Nascimento levado a termo no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

1.6. Suspensão, destituição e extinção do poder familiar

A suspensão e destituição do poder familiar constituem uma sanção imposta aos pais por terem ou estarem cometendo alguma infração ao dever do exercício do poder

A suspensão corresponde à sanção mais branda, enquanto a destituição é uma sanção de maior gravidade, sendo que qualquer uma das sanções depende de sentença judicial.

Os casos de suspensão estão transcritos no art. 1637, caput, e parágrafo único do CC, enquanto os de perda no art. 1638 do CC.

Seguindo o entendimento de Karen Pacheco¹⁷, a diferença existente entre a perda e a suspensão do poder familiar reside nos conceitos de temporalidade e disponibilidade. Assim, a perda do poder familiar é de caráter permanente e compulsório, sendo extensivo a todos os filhos. Já a suspensão é transitória e facultativa. Desaparecendo a causa que a originou, retorna-se ao exercício do poder familiar. Será preciso que a mãe ou o pai ou ambos intentem ação com o objetivo de retornarem à posição anterior.

Esta sanção tem por objetivo punir os atos que, presentemente, desatendam os deveres dos pais para com os filhos. Não abrange os fatos pretéritos. A lei zela pelo bem estar do menor, não permitindo que este fique com os pais descuidados, viciados ou brutais.

A extinção do poder familiar dá-se pela morte dos pais ou filhos (não existe mais a figura do titular do direito), pela emancipação, pela maioridade e adoção (regra do instituto), a qual encontra-se enumerado no art. 1635 do CC.

Assim sendo, conclui Karen Pacheco¹⁸ que, nos dias atuais a função deste instituto visa à proteção e salvaguarda da prole, aproximando-se cada vez mais do campo das obrigações e retirando-se da esfera do poder puramente patriarcal.

¹⁷ *Ob cit.* p. 17.

¹⁸ *Ob cit.* p.17.

2 DA GUARDA DOS FILHOS

2.1 Conceito

O vocábulo, como informa De Plácido e Silva¹⁹

é derivado do antigo alemão *wargem*, do inglês *warden* (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 guarda dos 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.

Apesar da difícil missão de conceituar a expressão guarda, dada a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda dos filhos enseja, podemos citar dois conceitos que chegam próximos ao melhor entendimento da expressão:

Segundo a definição de Guilherme Gonçalves Strenger²⁰, “a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar.”

Para Mário Aguiar de Moura²¹, compreendendo a guarda como um controle objetivo do desenvolvimento do menor, entende que, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para a sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico.”

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. É um instituto altamente ligado ao poder familiar, conforme se vê pelos art. 1634, II do nCC e arts. 21 e 22 do ECA, nos remete a uma forte idéia de *posse do menor*, em virtude do art. 33, § 1º do ECA.

Portanto, a guarda integra o conjunto de deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais em relação às pessoas e bens dos filhos.

A doutrina ainda faz uma distinção entre a guarda jurídica e a guarda física. Sendo que a primeira refere-se às relações de caráter pessoal que surgiram do pátrio poder, como o sustento, educação, respeito e honra, enquanto que a segunda caracteriza-se pela idéia de posse, custódia.

2.2 Das diversas modalidades de guarda

¹⁹ SILVA, De Plácido e, *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 48,49

²⁰ STRENGER, Guilherme Gonçalves, *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *ob. cit.*, p.49

²¹ MOURA, Mário Aguiar de, *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *ob. cit.* p.49

A doutrina é conhecedora de diversas modalidades de guarda, conforme a sua origem e seus fins. Aqui, trataremos de apenas três delas, quais sejam, guarda alternada, guarda dividida e guarda jurídica e material conjunta.

2.2.1 Guarda alternada

Nesta modalidade de guarda, a esta é atribuída a um e a outra dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor habita com cada um dos pais, sendo que esta opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

Jorge Augusto Pais de Amaral²² tem o seguinte pensamento acerca da guarda alternada:

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

Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado ao outro transfere-se o direito de visita. A guarda alternada, embora descontínua, não deixa de ser única.

Nesse modelo de guarda os ex-cônjuges são obrigados pela lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade, e é devido a isso que a Jurisprudência a desabona.

A vantagem que este modelo oferece, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. Por sua vez, as desvantagens são nítidas, visto que, há um elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, causando ao menor instabilidade emocional e psíquica.

No plano jurídico, Eduardo de Oliveira Leite²³ atenta para os seguintes pontos:

Qual dos genitores é o responsável pelo menor? É possível se admitir que os atributos sobre os bens da criança mudem periodicamente de titular? Como ficaria a posição dos terceiros em relação aos bens do menor? A alternatividade não criaria um estranho estado de incerteza relativamente à titularidade?

²² AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *Ob. cit.* p. 110.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira, *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *Ob. cit.* p. 111.

Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente a continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

Em nosso direito não existe a guarda alternada, posto que ela é substituída pelo chamado direito de visita, conforme artigo 15 da Lei do Divórcio, revogado pelo art. 1.632 do Novo Código Civil.

2.2.2 Guarda Dividida

Esta modalidade de guarda apresenta-se mais favorável ao menor, enquanto viver em um lar fixo, determinado, recebendo a visita do genitor que não detém a guarda. No entanto, o sistema de visitas periódicas tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais, que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior e mais comprometida participação na vida dos filhos, após a ruptura do vínculo conjugal.

2.2.3 Guarda jurídica e material conjunta.

Primeiramente, faz-se necessário entendermos que a guarda jurídica é exercida a distância pelo genitor não-guardião e que a guarda material, por sua vez, encontra-se prevista no artigo 33, §1º do ECA, e realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente, encerrando a idéia de posse ou cargo.

Waldyr Grisard Filho²⁴ diz que: “a guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente”.

Nesse contexto, ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Paralelamente a isso, é um tipo de guarda onde os filhos do divórcio adquirem o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Adverte Maria Antonieta Pisano Mota²⁵ que:

tal modelo aproxima-se da chamada guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempos alternados, porém diferencia-se daquela, pois a guarda legal conjunta implica que os guardiões legais sejam ambos os pais.

²⁴ *OB cit.* p.79.

²⁵ MOTA, Maria Antonieta Pisano *apud* GRISAD FILHO, Waldyr. *Ob. cit.* p.79

2.3. Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

O ECA não regula a guarda que decorre da separação dos pais, e sim, aquela onde esteja visíveis o estado de abandono, a orfandade, a omissão ou abuso dos pais, conforme o artigo 98 do ECA. No entanto, somente o fato da orfandade não basta para a determinação da guarda pelo ECA; é preciso envolvê-la às hipóteses do artigo 98 da referida Lei (direitos ameaçados ou violados), quando, então, emerge a competência da Justiça especializada, de acordo com o artigo 148, parágrafo único, alínea “a”.

O deferimento da guarda prevista no Estatuto atribui ao guardião, mesmo que de forma precária, a obrigação correspondente à criação, educação, assistência material e o direito de exigir do menor respeito e obediência.

A guarda, vem disciplinada nos artigos 33 a 35 do ECA. De acordo com Waldyr Grisard Filho²⁶, “uma vez estabelecida, obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais, como se depreende do artigo 33. E, conforme Marco Aurélio Viana²⁷, visa regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, salvo naquela feita por estrangeiros, em que é juridicamente impossível, conforme se vê no artigo 33,§1º do ECA.

De acordo com Waldyr Grisard Filho²⁸, são previstas duas modalidades de guarda pelo ECA, quais sejam, definitiva e provisória. A primeira regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiro, onde é juridicamente impossível, de acordo com o artigo 33,§1º do ECA. É provisória, precária, especial, a que se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção, e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses, segundo o artigo 33, §2º do ECA.

A definitividade da guarda é relativa, pois pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado, conforme o artigo 35 do ECA, tendo em vista que sua concessão não faz coisa julgada. A coisa julgada, nestas questões, está subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, vale ressaltar que a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do CPC. Pelo contrário, tratando-se de relação

²⁶ *Ob. cit.* p.55

²⁷ VIANA, Marco Aurélio S., *apud* GRISARD FILHO, Waldyr, *ob. cit.* p.56

²⁸ *Ob. cit.* p.56

jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito pode o juiz reverter a situação anterior.

Waldyr Grisard Filho²⁹, comenta ainda que, há quem distinga três modalidades de guarda: provisória, permanente e peculiar. A primeira exsurge do art. 33,§1º, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção. A segunda, prevista no art. 33,§2º, primeira hipótese, destina-se a atender situação peculiar onde não se logrou sucesso a uma tutela ou adoção. É medida perene, estimulada pelo art. 34. A terceira, pelo art. 33,§2º, segunda hipótese, apresenta-se como uma novidade no Estatuto e visa suprir a eventual falta dos pais.

O Estatuto ainda prevê uma forma diferenciada de guarda fora dos casos de Tutela e Adoção, qual seja, a guarda excepcional para fins de representação dos pais biológicos ou responsáveis para determinado ato, atentando-se não se tratar de representação plena, mas de atos a serem praticados por um guardião temporário com a autorização para o casamento em virtude de estarem os pais ausentes ou em local incerto e não sabido.

Há possibilidade ainda, da guarda subsidiada, quando não for viável a tutela ou adoção, por não existirem candidatos para tal mister, crianças ou adolescentes portadores de anomalia física ou mental necessitando de ambiente e tratamento especial.

O artigo 34 do ECA vem ao encontro dessas necessidades, exigindo ao Estado a criação de um programa de lares remunerados com pessoas credenciadas para atendimento a casos específicos de abandono comprovado, sem possibilidade de retorno dos menores à família original, por estarem os pais desaparecidos, falecidos, internados em hospitais psiquiátricos ou cumprindo pena em estabelecimento prisional.

A guarda uma vez deferida permanece sob o controle do Estado, podendo a qualquer hora, por outra decisão judicial, ser revogada se a situação denunciada o reclamar, recomendando a remoção do guardião. Nesse caso, onde o interesse da criança ou adolescente deve ser resguardado, o Juiz, fazendo uso do poder discricionário, pode determinar a intimação do guardião para que preste esclarecimentos quanto ao comportamento que vem sendo adotado com o menor, ou até mesmo determinar que preste informações periodicamente sobre o exercício da guarda.

2.4. Guarda previdenciária

²⁹ *Ob. cit* p.56

O ECA em seu artigo 33,§3º, estabelece como um dos efeitos da guarda o de conferir “à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

Assim, aparece a questão denominada guarda previdenciária, assunto controverso, e que consiste em saber se é admissível a guarda exclusivamente para fins previdenciários. Este tipo de guarda, comumente utilizada por avós, no intuito de incluir os netos como dependentes, apesar de ser criticada e muitas vezes indeferida, é exercitada com frequência.

Sabendo-se que a finalidade da guarda é dar um lar substituto para o menor nos casos de ausência da família original ou impossibilidade de ser criada por ela, é um ato contraditório deferir-se a guarda para os avós, quando a criança esteja morando com os pais biológicos e por estes seja mantida.

É fato muito comum os filhos ao se casarem, continuarem morando com os pais, e com o nascimento dos filhos, enxergando a possibilidade de no futuro, esses usufruírem de direitos previdenciários dos avós, é que se pleiteia a guarda previdenciária.

Como já foi dito, esta espécie de guarda é muito criticada e vem ocorrendo inúmeros casos de indeferimento nos tribunais, no entanto, deve ser analisado caso a caso, pois há situações em que se faz necessária essa medida, como por exemplo, menor em estado precário de saúde.

Com a evidente precariedade da previdência social, onde muitos exames e cirurgias básicas deixam de ser oferecidos, é que a guarda previdenciária faz sentido, apresentando maiores garantias a seus beneficiários. Além do que, o ECA não proíbe esse tipo de guarda, mas, ao contrário, prevê, no artigo 33, § 2º, alínea “a”, a excepcionalidade da guarda fora dos casos da tutela e da adoção.

2.5 Guarda na vigência da sociedade conjugal

O Código Civil dispõe que durante o poder familiar, o casamento compete aos pais; na falta ou no impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Divergindo os progenitores quanto ao seu exercício, qualquer deles pode recorrer ao juiz para a solução da divergência.

Ordinariamente, os filhos permanecem na guarda dos pais, em face do exercício conjunto do poder familiar e aquela representar uma pequena parcela deste. Entretanto, poderá surgir a necessidade de serem os filhos confiados a terceiros, parentes ou não dos genitores, mesmo sem a suspensão ou a destituição do poder familiar, quando deste se

destacará a guarda em função da menor gravidade das causas previstas no artigo 1637 do CC/02.

Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda à pessoa idônea e estranha, sempre que houver motivos graves e a bem do menor, como preleciona a Lei do Divórcio, aplicáveis analogicamente as hipóteses de cisão da guarda independentemente da dissolução da sociedade conjugal. Atribuída a guarda a terceiros os pais conservam, entretanto, sua autoridade parental, ficando privados do essencial de seus direitos: ter os filhos em sua companhia e guarda.

2.5.1 Guarda na separação de fato

Configura-se a separação de fato quando os cônjuges manifestam a disposição de não mais viverem juntos nem coabitarem, rompendo o vínculo conjugal sem intervenção do Judiciário.

A lei silencia sobre a destinação ou permanência dos filhos em poder de cada cônjuge quando separados apenas de fato. Tal não afeta, por si só, o poder familiar, como não o abala a própria separação judicial, pois o vínculo filial continua existindo. Ambos os genitores conservam os mesmos direitos e os mesmos deveres, dentre eles o de ter os filhos em sua companhia e guarda, como ocorre na sociedade conjugal íntegra.

Há antigo julgado a respeito do assunto, o qual prevalece até hoje, como lembra Edgard de Moura Bittencourt³⁰: “estabelecendo a lei que a ambos os pais cabe igualmente o direito de ter o filho sob sua guarda e zelar pelo seu bem-estar, cumpre, em face da separação de fato existente entre os cônjuges, declarar com qual deles deve o menor ficar”.

2.5.2 Guarda na separação judicial e no divórcio consensuais

O artigo 1.121 do CPC estabelece que os cônjuges, na petição inicial de separação consensual, estabelecerão sobre a guarda dos menores, bem como o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Por sua vez, o art. 1583 do CC/02 prevê que, “no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Não obstante, em relação ao divórcio, não haver dispositivo diretamente a ele aplicável quanto à guarda dos filhos menores, o artigo 1579 do CC/02 esclarece que: “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

³⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**, apud GRISARD FILHO, Waldyr. *Ob. cit.* p. 87.

Nesse caso, em princípio, respaldado no artigo 1583 do CC/02, os filhos permanecerão com o genitor livremente escolhido, considerando a lei serem os pais os melhores juízes para deliberarem sobre o destino dos próprios filhos. Em princípio, pois a teor do artigo 1586 do CC/02, pode juiz regular a guarda de forma diversa, tendo em conta o melhor interesse do menor.

Cumpra ao juiz, em sua decisão, ser extremamente cauteloso, pois qualquer alteração no regime vigente pode trazer grandes repercussões na sensibilidade infantil e, este não deve ser severo demais ao analisar o comportamento alheio, nem excessivamente tolerante, por mera negligência.

2.5.3 Guarda na separação judicial e no divórcio não consensuais

Neste caso, não havendo o consenso entre os cônjuges quanto à separação e ao divórcio, sempre ao império do juiz, desdobram-se as seguintes hipóteses que encontram-se discriminadas nos artigos 1584 a 1586 do CC/02.

Com atribuição de culpa, os filhos menores ficarão com o genitor que a ela não deu causa, isto é, com o cônjuge inocente, perdendo o outro a guarda dos filhos (artigo 10, *caput*), como regra geral. A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade.

Havendo culpa recíproca, os filhos menores ficarão em poder da mãe, confirmando a lei divorcista o privilégio em favor da mulher casada introduzido pela Lei 4.121/62, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles (artigo 10, §1º da lei do Divórcio). A reciprocidade da culpa só se pode ser verificada se posta reconvenção e julgando o juiz procedentes ambas as ações. Sendo a regra básica a de que ao culpado não se defere a guarda, o impasse provocado pela reciprocidade da culpa é resolvido com a entrega do menor a terceiros se não for conveniente a sua permanência com um dos pais, pois nem sempre a responsabilidade pela separação acarreta a inconveniência. A orientação da lei é a entrega, preferentemente, à mãe, que cede, entretanto, ante fatos graves (artigo 13 da Lei do Divórcio).

Verificando o juiz que os filhos não devem permanecer nem com a mãe nem com o pai, deferirá a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges (artigo 10, §2º).

Havendo ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, os filhos ficarão sob a guarda do cônjuge em cuja companhia estavam durante o período do afastamento (artigo 11).

Em caso fundado em doença mental, que se manifestou após o casamento e se prolonga por cinco anos e se mostra de cura improvável, os filhos ficarão sob a guarda do

cônjuge que estiver em condições de assumir essa responsabilidade e de sua educação (artigo 12).

O artigo 13 da Lei do Divórcio estabelece que toda decisão sobre guarda deve privilegiar o melhor interesse do menor, pelo que fica o juiz plenamente autorizado, havendo motivo grave, em qualquer caso e a bem do menor, a regular de maneira diferente da estabelecida pelos genitores.

Segundo a regra do artigo 1579 do CC/02: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. E o parágrafo único: “O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”. Sendo assim, relativamente aos filhos, o divórcio não traz efeitos quanto aos direitos e deveres dos pais, o que sucede, também, se houver novo casamento de qualquer deles.

2.6 Guarda na união livre

Reconhecendo, para efeito de proteção do Estado, a união livre, a Constituição Federal de 1988, através do artigo 226 em seu §3º, criou um novo modelo de família, a entidade familiar.

Sua regulamentação veio com a Lei 9.278/96, prevendo, no artigo 2º, III, entre os direitos e deveres dos companheiros, o de guarda, sustento e educação dos filhos comuns, nos moldes do inciso IV do artigo 1566 do CC/02.

2.7 Guarda na invalidade do casamento

O artigo 1561 §2º do nCC, regulou a situação dos filhos concebidos dentro do casamento nulo ou anulável, ainda que ambos os cônjuges estejam de má-fé: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”. Ainda que, “se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos comuns aproveitarão”.

Relativamente aos filhos, pois, decorrem a seu benefício todos os efeitos de um casamento válido. Em razão disso, a questão da guarda segue os mesmos princípios estabelecidos para a dos filhos de um casamento íntegro quando da separação judicial litigiosa de seus genitores. Têm total cabimento para a invalidade do casamento as soluções às hipóteses de determinação da guarda preconizadas nos artigos 10 a 16 da Lei do Divórcio.

Afirma Guilherme Gonçalves Strenger³¹:

³¹ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**, *apud* GRISAD FILHO, Waldyr. *Ob cit.* p. 90.

mesmo que se tenha em conta que, em decorrência do casamento anulado, os cônjuges voltam ao estado de solteiro, a autoridade parental e suas conseqüências não se regulam segundo o artigo 1612 do CC/02, mas sim consoante à regra dos arts. 1631 e 1632 do mesmo estatuto, tendo em vista que os filhos sempre serão legítimos ou legitimados.

2.8 As funções do genitor guardião

Guarda, como se disse, é o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe a residência, levando implícita a convivência cotidiana com o menor. Nesse viés, compete ao genitor guardião escolher a residência de ambos, velar e proteger ao filho, educá-lo e sustentá-lo (artigo 1.703 do CC/02), nos limites, porém, que conhecia antes da ruptura. Seus direitos encontram fronteiras nos de visita, companhia e fiscalização do outro, o não guardião, como ressalvados pelo artigo 1589 do CC/02.

2.8.1 Administração dos bens

A co-gestão da sociedade conjugal estabelecida pelo artigo 226, §5º, da Carta Magna impõe releitura do artigo 1689, II do CC/02: “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

2.8.2 Responsabilidade civil

Quando falamos em responsabilidade civil, primeiramente é necessário diferenciarmos a responsabilidade civil objetiva da subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva pressupõe a culpa. Segundo Santos Neto³² "em não havendo a culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável."

No que tange a responsabilidade objetiva, podemos dizer que é aquela que prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Essa teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente da culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano.³³

³² SANTOS NETO, José de Paula. *op cit.*, 1993, p. 139, *apud* APASE - Associação de Pais e Mães Separados. *Guarda de Menores*. TJ-SP. Disponível em: <<http://www.apasesp.com.br/jurisprudencia/> jurisprudência_30_04_06.html. Acesso em: 30.ab.2006.

³³ *Ob. cit.* p. 47

Dessa forma, o CC/16 e o novo CC/02 adotaram a responsabilidade civil subjetiva como regra e a objetiva como exceção, como se percebe nos art. 159 do CC/16 e 186 c/c o art. 927 do novo CC/02:

Art.159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Art.186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 - Aquele que por ato ilícito(arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigá-lo a repará-lo.

O novo CC/02 praticamente transcreveu o CC/16, a única diferença foi a introdução do complemento: ainda que exclusivamente moral.

Após essa introdução, nos remetemos a responsabilidade civil dos menores, englobando tanto o menor impúbere quanto o púbere. Para o menor púbere o CC/16 trazia a sua regra no art. 156.

Portanto, o que o legislador quis foi, caso o menor também tenha bens, poderá ser ele também responsável solidariamente com o pai ou sozinho. O novo CC/02 não traz artigo semelhante a esse, mas diminui a maioria para 18 (dezoito) anos.

Com relação ao menor impúbere, o novo CC/02 adotou posicionamento diferente do CC/16. Para o CC/16, a responsabilidade civil do menor impúbere é subjetiva, em que não havendo culpa não há motivo para indenizar com é demonstrado no art. 1521, inc. I c/c o art. 1523, *in verbis*:

Art. 1521 – [...] I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

Art. 1523 – Excetuadas as do art. 1521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando – se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

Já, no novo CC/02, conforme transcreve o art. 932, inc. I c/c o art. 933, modifica o pensamento do CC/16 e qualifica a responsabilidade dos menores como objetiva, impondo-se a teoria do risco.

Art. 932 – [...] I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Art. 933 – As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Na constância do casamento/união estável, quando falamos da responsabilidade civil dos filhos, estamos nos referindo a uma responsabilidade civil solidária.

Quando ocorre a ruptura conjugal, e conseqüentemente o deferimento da guarda única (modelo de guarda que o magistrado sempre adota), cessa a solidariedade da responsabilidade civil dos pais, passando o encargo apenas para o cônjuge/companheiro que fica com a guarda do menor, seja ele impúbere ou púbere, lhe restando apenas atribuir todas as provas lícitas para se isentar da responsabilidade, como por exemplo a "inexistência de dependência material, não ter cometido falta na educação ou vigilância do menor, além das causas gerais: força maior, caso fortuito, culpa do terceiro." ³⁴

Portanto, na guarda única fica claro que o legislador incumbiu o detentor da guarda pela responsabilidade civil, salvo suas excludentes.

Porém, caso a opção seja pela guarda compartilhada, seja ela somente jurídica ou jurídica/física, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união; ou seja: continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais, uma vez que o quadro não se alterou e dessa forma não existe a figura da imediatidade e fiscalização.

2.9 As funções do genitor não guardião

Com o genitor a quem não foi atribuída a guarda, subsistem certos direitos que os exercerá concorrentemente com o outro: conceder ou negar consentimento para casar; consentir na adoção; reclamar de quem ilegalmente detenha o menor; exigir-lhe obediência. São direitos próprios o de visitação e o de fiscalização. É dever, que não se extingue com a desunião, o de alimentos.

2.9.1 Direito de visita

Para Augusto Belluscio³⁵, “falar de visita pressupõe que a guarda já esteja definida, seja por convenção dos pais, seja por imposição legal. O que acarreta, pois, o surgimento do direito de visita é o desdobramento da guarda quando os pais se separam.”

Tanto o Código Civil/02, pelo artigo 1632, como a Lei do Divórcio, artigo 15, asseguram aos genitores, em cuja guarda não estejam os filhos menores, o direito de visitá-los e de tê-los em sua companhia, em contrapartida ao despojamento da guarda. Visa, na medida do possível e do desejável, satisfazer a plena e adequada comunicação entre pais e filhos que não convivem.

³⁴ APASE - Associação de Pais e Mães Separados. *Guarda de Menores*. TJ-SP. Disponível em <http://www.apasesp.com.br/jurisprudencia/jurisprudencia_08_04_02.html. Acesso em: 30.ab..2006.

³⁵ BELLUSCIO, Augusto C. *Apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *Ob. cit.* p.97.

Revela-se, assim, o instituto, diz Eduardo de Oliveira Leite³⁶ “como meio de sobrevivência da co-responsabilidade parental, como recurso extremo de permanência dos laços com o outro genitor, aquele que exerce o direito de visita”.

Essas escassas regras sobre as quais se assenta o direito de visita do genitor não-guardião, tratado, parece, acessoriamente pelo ordenamento jurídico, são, porém, suficientes para permitir o exercício da tolerância dos pais e da prudência e discricionariedade pelo juiz. Seria desejável, entretanto, abandonar a orientação exclusivamente jurisprudencial para fincar-se em uma legislação própria e capaz de precisar o conteúdo, a extensão e o modo de exercício desse Direito.

O direito de visita, ou de adequada comunicação e supervisão da educação dos filhos, do pai ou da mãe não convivente a respeito dos filhos, cuja guarda foi outorgada ao outro, a parente, a terceiro, ou, mesmo, a instituição, consiste no direito de manter um contato pessoal com o menor, da maneira mais ampla e fecunda que as circunstâncias possibilitam. Apesar de lei referir-se, somente, ao direito dos pais em ter os filhos em sua guarda e companhia, também é o menor titular de igual direito: o de ser visitado.

Funda-se o direito de visita em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz.

Neste contexto, Waldyr Grisard Filho³⁷ diz que: “Diante de uma desunião, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais, encurtando, quanto possível, o contato que existiria no seio da família unida. A pendência desses processos deve repercutir minimamente sobre os filhos. Mediante o regime de visita pretende-se, de certa maneira, mitigar a necessidade de convivência dos filhos com seus pais, quando estão sob a guarda de um só desses.”

À falta de normas claras a respeito, a doutrina e a jurisprudência, a *práxis*, adotaram três usuais modalidades de visitação: livre, de mínima regulamentação e extremamente regulamentada.

O sistema de visitação livre, amplo, requer maior compreensão, tolerância e adaptação circunstancial. Também o visitado deve contribuir para que a maior liberdade não conspira contra a existência do modelo. Ele atende melhor aos interesses dos adolescentes por não lhes subordinar suas outras atividades, próprias de sua idade.

³⁶ *Ob. cit.* p.97.

³⁷ *Ob. cit.* p.98.

Na compreensão de Waldyr Grisard Filho³⁸, "o modelo excessivamente regulamentado, que possibilita um controle rigoroso de seu cumprimento, permite também maior planificação das tarefas, ao mesmo tempo que pode embaraçar a relação paterno-filial. Ele não se aplica a todas as idades. O sistema mais adotado é o segundo, que consiste em o visitador ter os filhos em sua companhia nos finais de semana alternados."

Em qualquer caso, e sempre que possível, deve ser ouvido o menor. Pelo artigo 16, II, do ECA, o direito de opinião e expressão compreende-se no rol dos direitos à liberdade do menor, sendo obrigatória sua oitiva no caso de adoção do maior de doze anos, conforme o artigo 45,§2º, do ECA.

2.9.2 Direito de fiscalização

A fiscalização, num primeiro momento, aparece como um substituto permanente da autoridade parental que passa a ser exercido de modo indireto pelo genitor não guardião após a ruptura do laço matrimonial, e que lhe permite, como destaca R. Legeais, "controlar se o cônjuge (detentor da guarda) utiliza de forma correta as prerrogativas que lhe foram conferidas, no interesse da criança."³⁹

Num segundo momento, a fiscalização nos dá uma idéia de acessoriedade e relatividade da prerrogativa conferida pelo legislador que, efetivamente se manifesta, somente quando não há mais o exercício eficaz da guarda pelo pai-guardião. A fiscalização pode ser, portanto, constante, quando a guarda é mal exercida, ou pode nunca se manifestar, se a guarda é realizada de maneira satisfatória.

O artigo 1589 do CC/02, confere ao genitor não guardião o direito de fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro, de permanente vigilância a respeito das condições da guarda, com a conseqüente responsabilidade maior do genitor a quem coube diretamente o exercício da autoridade paternal.

O legislador ao reconhecer ao genitor não guardião o direito de fiscalização, pretendeu equilibrar a divisão da autoridade parental que permanece integral a ambos os pais. Assim, a existência do direito de fiscalização cria, implicitamente, para o genitor guardião, a obrigação de informar ao outro genitor as decisões importantes que ele toma relativamente ao filho comum. Por sua vez, o direito de fiscalização do genitor não guardião deve se transformar em um direito de controle sobre o genitor guardião.

³⁸ *Ob. cit.* p. 99.

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p. 227.

2.9.3 Dever de alimentos

O artigo 1566, inciso IV, do CC/02, prevê uma das obrigações fundamentais dos pais em relação aos filhos, independentemente de suas relações futuras, que é a obrigação de sustento, ou seja, satisfazer as necessidades vitais da criança, tais como, alimentação, moradia, educação e saúde.

O dever de alimentos, ou de prover o sustento dos filhos, integra a triologia do artigo supracitado, qual seja, sustento, guarda e educação. No entanto, decorre da parentalidade e se legitima através dos laços sanguíneos, não do casamento. Nas palavras de Grisard⁴⁰ é “efeito de caráter patrimonial da união.”

Os artigos 1696 e 1697 do CC/02, inclui entre os legitimados passivos, parentes consanguíneos do alimentando.

Com efeito, dispõe o artigo 1696 do CC/02, que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”, cabendo tanto ao genitor guardião como ao outro, devendo no feito onde for estabelecido, fixar-se a soma com que cada genitor participará. O artigo 1121, inciso III, impõe que na petição inicial de separação consensual seja fixado o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Essa obrigação, descumprida, leva o dever de alimentos à prisão, como se vê nos artigos 244 do CP; 733, §1º do CPC e §5º, LXVII da CF/88.

Na hipótese de separação, de divórcio, ou de mera separação de corpos, o genitor não guardião fica responsável pela prestação de alimentos na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, segundo o artigo 1694, §1º do CC/02.

A necessidade desta obrigação se faz presente, tanto no caso de dissolução da sociedade conjugal como naqueles casos em que a filiação decorre de um vínculo meramente natural.

No caso de dissolução do casamento, a obrigação permanece porque a dissolução só retira do genitor não-guardião o exercício da autoridade paterna, mas não a autoridade propriamente dita que subsiste, para quem não tem a guarda, no direito de controle.

Não há, portanto, distinção entre genitor-guardião e genitor não-guardião quanto ao dever de sustento dos filhos menores. Yussef Said Cahali⁴¹, em seus ensinamentos nos esclarece assim: “Como tanto o pai quanto à mãe são ambos igualmente obrigados, (...), à

⁴⁰ *Ob. cit.* p.102.

⁴¹ *Ob. cit.* p.103.

manutenção da prole, exclui-se daí que se possa considerar a obrigação materna como meramente subsidiária, em relação àquela do pai.”

O dever de alimentar, como vimos, está vinculado às possibilidades econômicas do obrigado, inexistindo regras fixas a respeito. O juiz deve ater-se, como se deduz do texto legal, à “proporção de seus recursos”, quando não acordados pelas partes. São elementos no momento da fixação do *quantum* alimentar, o número de filhos, a idade deles, se estudantes ou não, se o prestador de alimentos recompôs sua família e tem outros filhos.

Tal dever perdura até o filho atingir a maioridade civil, quando cessa o poder familiar. Entretanto, a jurisprudência vem admitindo que, se o filho maior de 18 anos de idade estiver fazendo curso superior, terá direito a que permaneçam os alimentos fixados, até atingir vinte e quatro anos de idade.

3 A GUARDA COMPARTILHADA

3.1 A evolução do instituto

A guarda compartilhada tem sua origem na Inglaterra, ou seja, nasce dentro do sistema do *common law*.

Os Tribunais ingleses, diante da controvérsia surgida em relação à guarda exclusiva da criança em caso de divórcio, na tentativa de não injustiçarem a nenhuma das partes, começaram a expedir uma ordem judicial denominada *split order*, que significa dividir ou repartir, ou seja, impor, legalmente, a responsabilidade conjunta da autoridade parental entre os genitores.

Essa ordem judicial estipulava o exercício da guarda entre ambos os genitores, assim, privilegiando os interesses do menor, sobretudo por garantir a participação ativa dos pais na criação dos filhos.

Leite⁴² (2003, p. 266), descreve que:

a manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d' Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa X Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperarem, em 1980, a *Court d' Appel* denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper X Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81012-soboefoque.htm>, acesso em 20.mai.2006.

Dessa maneira, a mãe estaria encarregada dos cuidados diários dos filhos, enquanto que o pai se encarregaria de dirigir a vida do menor, havendo, no caso, uma nítida distinção dos papéis de cada um dos genitores.

Logo o novo modelo de guarda ganharia uma maior importância, recebendo um tratamento científico mais atencioso, não apenas do Direito, mais de outras ciências, como a Psicologia, por exemplo.

Na França, a influência do novo instituto não demorou a se manifestar de maneira mais contundente, tendo como resultado a edição da Lei Malhuret (Lei 87.570, de 22/07/1987), que veio a modificar o Código Civil Francês, no que dizia respeito à autoridade parental.

De acordo com a nova lei, o poder familiar deverá ser exercido por ambos os genitores, mesmo após o fim da sociedade conjugal, retirando a característica da divisibilidade da guarda após o divórcio, e impondo a responsabilidade compartilhada em relação à vida e aos bens do menor.

O Código Civil Francês trouxe consideráveis avanços no campo da guarda compartilhada que, mesmo no caso de casais não casados, ou seja, de união livre, unidos ou não, é reconhecido ao pai o direito de solicitar ao judiciário, o exercício conjunto da guarda.

Os avanços trazidos pela referida lei, em muito privilegiaram os cuidados relativos aos interesses da criança, sobretudo no planejamento familiar no tocante às decisões sobre a vida do menor, mesmo após a separação dos pais.

Nos Estados Unidos, a influência também foi grande, chegando-se à edição do *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, que buscou uniformizar a jurisprudência em todo o país.

Na mesma linha de raciocínio, objetiva-se assegurar ao menor um contato ininterrupto com os seus pais, sendo que a estes caberia a divisão dos direitos e das responsabilidades.

Atualmente, em todos os estados norte-americanos, a guarda compartilhada é aceita legalmente, sendo autorizada de forma expressa, presumida ou decorrente do acordo entre os pais.

De acordo com Suélen da Costa Perez⁴³, a maior contribuição do Direito norte-americano ao instituto em análise foi admitir uma presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses do menor, pois é o que se pretende resguardar

⁴³ PEREZ, Suelen da Costa. *Guarda compartilhada*. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81012-soboenfoque.htm>. Acesso em: 30.abr. 2006.

através do novo modelo. A mesma presunção natural, em relação aos interesses do menor, é reconhecida no Direito Canadense, tornando-se, dessa maneira, um dos principais argumentos dos defensores do instituto. Anteriormente, a guarda era atribuída somente a um dos pais, reservando-se ao outro o direito de visita.

Posteriormente, se passou a atribuir a guarda compartilhada, quando houvesse acordo entre os genitores nesse sentido.

Os Tribunais canadenses têm decidido pela atribuição do novo modelo, principalmente por atender às necessidades psicológicas de todos os envolvidos, ou seja, dos pais e filhos.

Diante do grande desenvolvimento do instituto da guarda compartilhada em diversos países, nota-se que qualquer Tribunal ou Corte, ao decidir sobre a guarda, terá como ponto de referência os interesses da criança.

Conforme salienta Suélen da Costa Perez⁴⁴, a proteção física ou o bem-estar psicológico e emocional tem, desde o início, preponderado em relação a outros fatores, demonstrando que o fator econômico não deve ser decisivo no tocante à decisão judicial.

O surgimento e a evolução da guarda compartilhada em diversos países, contribuiu para que o instituto chegasse ao Brasil de forma consistente, baseando-se nos princípios fundamentais da pessoa humana.

No que diz respeito à criança e ao adolescente, a legislação brasileira passou a tratar os mesmos como pessoas em especial condição de desenvolvimento, merecedoras da proteção integral do Estado, da família e da sociedade em geral.

3.2 Conceito

A guarda compartilhada surgiu com a árdua tarefa de reequilibrar os papéis parentais, uma vez que a sociedade encontra-se insatisfeita com o modo vem sendo deferida a guarda nos tribunais.

Para tentar acabar com essa desigualdade que impera em nossos tribunais, vários doutrinadores começaram a reivindicar que na disputa da guarda de menores o magistrado primeiro tentasse expor para os pais a possibilidade do modelo da guarda compartilhada e os benefícios que traria para o menor, e, só depois dessa tentativa se não obtivesse êxito é que partiria para o modelo da guarda única.

Várias são as opiniões sobre o conceito dessa modalidade de guarda, dentre eles destacam-se:

⁴⁴ *ib. idem.*

Para o Desembargador Sergio Gischkow⁴⁵, a guarda compartilhada é a “a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor pessoas residentes em locais separados.”

A desembargadora Maria Raimunda Texeira de Azevedo⁴⁶, define a guarda compartilhada como:

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 frequentemente, ter uma paridade maior no cuidado a eles.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Vicente Barreto⁴⁷, define o instituto como sendo “a possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais.”

Esses três conceitos expostos acima, seguem a tendência que a guarda compartilhada tem a finalidade de que ambos os pais dividam a responsabilidade e as principais decisões relativas aos filhos, como educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer (...), ou seja, defendem a guarda compartilhada jurídica.

Para esse grupo é primordial que o menor tenha uma residência fixa; seja ela na casa do pai da mãe ou de terceiro; ficando apenas compartilhado as responsabilidades e decisões, mas devendo os “filhos passarem um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, a residência continua sendo única.”⁴⁸

Porém, entendemos que essa liberdade de deslocamentos de lares sem pré-determinação só terá efeito em ex-casais que tenham um bom relacionamento. Em ex-casais que não tem um bom relacionamento ficaria muito difícil.

Contudo, é importante lembrarmos que a principal perda do genitor não guardião é com relação à guarda física e não jurídica, uma vez que no nosso ordenamento jurídico o não guardião não perde a guarda jurídica, já que não deixa de ser pai ou mãe, mas o que ele perde é a sua imediatidade, ou seja, uma decisão tomada pelo guardião só poderá ser modificada pelo não guardião pelo poder judiciário.

Portanto, a principal reivindicação dessa corrente é que a guarda jurídica seja de ambos, sem existir a figura da fiscalização ou da imediatidade.

⁴⁵ GISCHKOW, Sergio *in* GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.*, p. 111.

⁴⁶ AZEVEDO, Maria Raimulda Texeira. *A guarda compartilhada*. Evento realizado no dia 25/04/01, no Clube dos Advogados/RJ. Disponível em: <<http://www.apase.com.br>. > Associação de Pais e Mães Separados. Acesso em: 11.jun.2006

⁴⁷ BARRETO, Vicente. **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p 135.

⁴⁸ GRISARD FILHO., Waldyr. *Op. cit.*, p 147.

Essa questão de imediatidade e do poder de fiscalização sempre gerou muita dúvida para o não guardião que se achava impedido de questionar qualquer atitude praticada pelo guardião, uma vez que entendiam que seu único direito era o de pagar pensão e de visita.

Foi com a intenção de dirimir essa dúvida que o legislador elaborou no novo C.C. o art. 1632, *in verbis*: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Portanto, fica claro que o legislador quis demonstrar é que num rompimento conjugal o não guardião continuará a exercer na totalidade todos os direitos inerentes a guarda jurídica, devendo acompanhar a criança ou adolescente no seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, através do seu poder de fiscalização, como é demonstrado no art. 1589 do novo C.C.:

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

Portanto, a reivindicação desse grupo ainda é válida, mas somente essa mudança "não garante uma convivência estreita entre a criança e os genitores"⁴⁹

A prova disso encontramos por exemplo é no ordenamento jurídico português, em que o magistrado ao decidir uma guarda concedia ao não detentor apenas o direito de visita.

Porém, o modelo da guarda compartilhada ainda não completou seu ciclo de evolução, e, conseqüentemente existe uma outra corrente que defende que o instituto deve ir além de deferir a guarda jurídica para ambos, mas também deve ser feito um acordo em relação a guarda física; ou seja; deverá ser pactuado que o menor tenha dois lares, tenha dois domicílios.

Defendendo essa segunda corrente, encontramos o Dr. Pedro Augusto Lemos Carcereri⁵⁰, que em artigo publicado define a guarda compartilhada como uma "*situação jurídica onde ambos os pais, separados judicialmente, conservam, mutuamente, o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando, em períodos determinados, sua posse.*"

Para nós essa segunda corrente parece mais justa, uma vez que coloca os envolvidos na separação em grau de igualdade, já que entendemos que o deferimento da guarda

⁴⁹ VILELA, Sandra. *Guarda compartilhada: jurídica x física*. Disponível em: < <http://www.pailegal.net>.> Grupo PaiLegal. Acesso em 29.abr.2006.

⁵⁰ CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. *Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil*. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=56>>jusnavigandi. Acesso em 30.abr.2006.

compartilhada com o menor possuindo apenas um lar (domicílio fixo), continuará a existir uma falta de contato entre o pai ou mãe que não esta frequentemente com o seu filho, uma vez que já está comprovado que a visita não é mesma coisa que ter seu filho em sua companhia.

Destarte esclarecer, que essa "alternância de lares" (guarda compartilhada) não é a mesma da guarda alternada, uma vez que nesta, primeiro, a criança possui dois lares em períodos normalmente longos, quebrando assim a continuidade das relações, enquanto naquela são períodos curtos, segundo, porque nesta não existe um critério que determine que os pais devem ter seus domicílios próximos, enquanto naquela existe esse critério, e por último, que na alternância de lares a guarda jurídica da primeira também se altera, enquanto na segunda não existe alternância, a guarda jurídica sempre é de ambos.

Assim não encontramos obstáculo para que a guarda compartilhada tenha dois lares, devendo apenas obedecer quatro critérios: 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 possuem mesmos valores.

Portanto, podemos chegar a conclusão que o melhor conceito para a guarda compartilhada é: uma situação jurídica onde ambos os pais, após uma separação judicial, um divórcio ou uma dissolução de união estável, conservam mutuamente sobre seus filhos o direito da guarda jurídica e da guarda física tendo como obrigação domiciliarem próximos, possuírem mesmos valores e determinarem que o arranjo de alternância de lares não seja longo, para não quebrem a continuidade das relações parentais.

3.3. A guarda compartilhada no Direito Brasileiro

As profundas e sucessivas mudanças ocorridas na realidade social, em um passado não muito distante, atingiram o Direito como um todo e o Direito Civil em particular, nele seu sistema familiar, então de feição conservadora.

Isso aconteceu através da edição de estatutos especiais, como por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada, a lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente e se consolidaram na Carta Constitucional de 1988, que viabilizou a plena realização do homem e da mulher como seres humanos, com ênfase ao bem-estar do menor, pessoa em desenvolvimento.

A família é uma realidade sociológica, que precede ao "surgimento do Estado" e é "anterior ao próprio direito"⁵¹, como expõe Eduardo de Oliveira Leite, e, como tal, é

⁵¹*Ob. cit.*, p. 141.

compelida a trilhar novos e revolucionários caminhos projetados pelos fenômenos sociais verificados.

Desta forma, buscou-se, então, escolher um modelo novo que privilegiasse a idéia, quando da ruptura conjugal, de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltado para o melhor interesse das crianças.

A escolha desse modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e falta de diálogo.

Nesse passo, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois “mantém”, apesar da separação, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança.

Seguindo a trilha aberta pelos diplomas internacionais e pela legislação alienígena mais avançada, o Direito brasileiro igualmente elegeu o interesse do menor como fundamental para diminuir os efeitos patológicos que o impacto negativo das situações familiares conflitivas provoca na formação da criança.

A guarda compartilhada já é estudada no Brasil como um modelo que propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que esses não foram negligenciados após o divórcio. As decisões mais importantes na vida do menor, são repartidas entre ambos os genitores, ensejando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e minimizando o afastamento do genitor que não detém a guarda.

Embora não exista na nossa legislação atual norma expressa encorajadora da guarda compartilhada e nem seja corriqueira na nossa prática forense, ela mostra-se lícita e possível em nosso direito.

Existem nas leis vigentes vários dispositivos que mostram a possibilidade de utilização da guarda compartilhada em nosso direito. A Constituição de 1988, ao prever em seu art. 5º, a absoluta igualdade entre homem e mulher, e em seu art. 226, §5º, a igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal a serem exercidos pelo homem e pela mulher, reclama uma paternidade responsável conforme reza o art. 226, §7º. O ECA, em seu art. 1º, impõe a família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o direito de assegurar ao menor uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento. Por isso é garantido ao menor o direito de participar da vida familiar, conforme art. 16, inc. V, e de “ser criado e educado no seio da família”, conforme art. 19.

Fica claro que o ECA privilegiou o convívio da criança com seus pais e ressalta a importância dessa convivência sobre seu integral desenvolvimento, sendo portanto, favorável à guarda compartilhada.

Importando, inafastavelmente, nas decisões sobre guarda o interesse do menor, princípio básico e determinante de todas as avaliações, está o juiz subordinado a esse critério preponderantemente sobre direitos e prerrogativas, a que, porventura, se arroguem aos pais.

Waldyr Grisard Filho⁵² observa que,

se se colima o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor e, com absoluta prioridade, se lhe deve assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, como se vê nos artigos 3º e 4º do ECA, robustece-se de motivos o Direito brasileiro para adotar a guarda compartilhada.

Dos vários dispositivos legais mencionados, foi possível anotar que, antes de impedir, nosso Direito favorece a modalidade de guarda compartilhada, reafirmando a discricionariedade do juiz nessa matéria, cuja competência vem descrita no artigo 151 do ECA.

O artigo 1584, do Novo Código Civil, determina que *in verbis* “Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la.” Esse artigo elimina o privilégio nas decisões sobre guarda de filhos e ressalta a importância de se preservar os interesses do menor, contribuindo para a possibilidade da guarda compartilhada no direito pátrio.

3.4. Possibilidade do deferimento dessa modalidade de guarda no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro para que uma ação possa ser decidida no seu mérito, é necessário que o autor preencha três requisitos, sob pena de ser carecedor da ação: legitimidade ad causum, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Apesar de inexistir norma expressa regulamentando o instituto da guarda compartilhada, também não existe nenhuma norma que o impossibilite de ser pleiteado em nossos tribunais. Portanto, não ser exercido não quer dizer que não exista possibilidade jurídica para o pedido.

O primeiro artigo em que a guarda compartilhada encontrava respaldo era o art. 9º da Lei 6.515/77, Lei do Divórcio, ao qual o nCC inspirou seu art. 1583 praticamente com a mesma redação, como se percebe na comparação, a seguir:

⁵² *Ob. cit.* p. 145.

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

Art.1583 – No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mutuo consentimento ou pelo divorcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Dessa maneira, os artigos transcritos acima são bem claros ao expor: "observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos"; não restando nenhuma dúvida que tratando-se de uma separação judicial consensual, um divórcio consensual ou uma dissolução de união estável consensual, o magistrado deverá sempre obedecer o que os cônjuges decidirem, porém é importante mencionarmos que esse acordo referente a guarda dos filhos deverá sempre estar em consonância com o interesse do menor, sob pena de não ser ratificado pelo magistrado.

Portanto, essa é a primeira regra que possibilita aos cônjuges/parceiros optarem pela guarda compartilhada.

Destarte, que tratando-se de uma separação judicial consensual, um divórcio consensual ou uma dissolução de união estável consensual, tem-se o entendimento de que não haverá problema em relação ao valor da pensão alimentícia, da partilha de bens e da guarda do menor

Analisando esse artigo (1583), o casal pode optar por dois modelos de guarda: guarda única e guarda compartilhada, já que a guarda alternada, dividida e nidação não são bem vistos pelos magistrados. Caso seja a primeira a opção do casal, torna-se necessário fazer algumas colocações.

Entendemos que na prática ocorrem duas espécies de guarda única.

A primeira é aquela em que temos um casal que consensualmente não quer mais manter o vínculo conjugal, mas um deles não tem um apego com o filho e não se importa de ser nomeado não guardião, ficando apenas com o direito de visita com os finais de semana alternados, mesmo que o guardião lhe de visita livre, o que caracteriza a verdadeira guarda única.

O segundo tipo é aquele casal que também quer se separar, mas que existe um afeto muito grande de ambos os pais com seu filho, mas um deles concorda em se colocar na figura de não guardião, já que o guardião irá lhe conceder direito de visita livre, podendo até a

criança ficar alguns dias ou mais com ele, mantendo assim um relacionamento bom com ambos.

Assim, numa dissolução consensual não vislumbramos problema no deferimento da guarda compartilhada jurídico-física, uma vez que já é isso que vem ocorrendo na prática.

Com os tribunais retificando esse modo de guarda única para guarda compartilhada, e, conseqüentemente ratificando esses arranjos da guarda física, trará para os ex-casais uma proteção jurídica ao qual não possuem atualmente, não permitindo que seja descumprido tal acordo pela simples vontade de um dos parceiros.

O segundo artigo que traz a possibilidade do deferimento da guarda compartilhada é o art. 13 da Lei 6.515/77 e o art. 1586 do novo CC, que são praticamente idênticos com se percebe *in verbis*:

Art. 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Art. 1586 – Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

Esses artigos são considerados pelos doutrinadores como a "regra das regras" no exercício da guarda. Eles têm o poder de destituir todos os outros artigos referentes à guarda, possibilitando ao magistrado determinar a guarda sempre visando o interesse do menor.

Esses artigos ganham grande importância no nosso estudo quando se está em disputa a guarda do filho; ou seja; na existência de um litígio.

Alguns doutrinadores não admitem que a guarda compartilhada possa ser deferida quando houver uma dissolução conjugal litigiosa.

Porém, seguindo uma outra corrente entendemos perfeitamente possível, que a guarda compartilhada seja proferida nesse caso, pois como relata Sandra Vilela⁵³ :

um casal que resolvem digladiar, fará mal a seu filho, independente do tipo de guarda adotado. Alguns psicólogos são da opinião que o mal que uma criança terá diante do litígio de seus pais, será idêntico na guarda única ou na compartilhada.

⁵³ VILELA, Sandra. *Guarda compartilhada*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 10.jun.2006.

Dessa maneira, entendemos que é mais importante o deferimento da guarda compartilhada em casais em litígio desde que preencham os requisitos, do que em casais que tem um bom relacionamento, porque nessa hipótese normalmente já existe a guarda compartilhada.

Assim, o que ocorre na prática é que se o casal está em litígio, o deferimento da guarda única acaba sendo muito prejudicial para a criança, pois o guardião como se sente o "ser supremo", acaba sempre dificultando o não guardião a ter um maior contato como seu filho, ocorrendo conseqüentemente uma distanciamento entre o não guardião e filho, que normalmente só o vêem quinzenalmente.

Porém, a pergunta que se faz é: como esses casais que não se relacionam bem poderiam compartilhar a guarda de uma criança? Será que somente o magistrado usando o art. 13 e expondo para os pais que essa seria a melhor solução para o seu filho, seria suficiente?

A resposta é bem simples e já existente em legislação alienígena e na nossa.

Apesar de o juiz ter uma função social, já está provado que casais em litígio não conseguem resolver suas desavenças em uma ou duas audiências com ocorrem numa dissolução conjugal, existindo no final do processo sempre um vencedor e um perdedor, continuando assim a existir o rancor entre o casal e acarretando grande prejuízo para seus filhos.

Partindo desse pensamento que estudiosos da área de psicanálise como Ana Florinda Dantas, Hain Grunspum e Celio Garcia defendem a implantação de um órgão auxiliar as Varas de Família, conhecidos como mediadores.

Para Huns Grunspum⁵⁴, a mediação familiar é:

é um processo onde a terceira parte é imparcial e neutra. Não opina, não sugere e nem decide pelas partes. O mediador está proibido por seu código de ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados, como os de advogado ou psicólogo por exemplo para influir nas decisões.

Já, de acordo com Luiz Felipe Lyrio Peres, o Centro de Mediação Familiar⁵⁵, tem a mediação familiar como:

um método de resolução de conflitos, largamente utilizado na Europa e nos Estados Unidos por casais em fase de separação, que procuram o auxílio de um profissional com conhecimentos específicos, o mediador, para ajudá-los na busca de um acordo mais satisfatório e menos desgastante.

⁵⁴ GRUNSPUM, Huns. *Mediação familiar*. Rev. Psic. Catharsis. Disponível em http://www.revista-psicologia.com.br/materias/entrevistaAutor/mediador_familiar.html. Acesso em: 10.jun.2006.

⁵⁵ PERES, Luiz Felipe Lyrio. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533> em 10.jun.2006.

Conforme Felipe Lyrio Peres, para entidade denominada Mediadores Associados⁵⁶, a mediação familiar consiste em:

um poderoso instrumento para ser utilizado pelas pessoas que buscam a desejada *solução* de seus conflitos, *sem* contudo, culpar os seus parceiros pelo insucesso de suas escolhas, visando sempre resguardar os interesses dos filhos.

Portanto, quando ocorrer uma lide, o mais sensato e o que ocorre em outros países, é que o magistrado exponha para as partes o que significa e o que possibilita a mediação familiar, facultando as partes aceitarem ou não, uma vez que é muito difícil para o magistrado em uma ou duas audiências decidir com precisão quem é melhor para ficar com a guarda do filho.

Aceitando essa mediação, o magistrado deverá suspender o processo e determina a mediação familiar que poderá durar até seis meses.

A mediação familiar pode ser feita tanto por profissionais liberais, como por entidades sem fins lucrativos, como Igrejas, Universidades ou ONGs.

Na mediação familiar o mediador tem o objetivo de facilitar a comunicação e o entendimento entre as partes, considerando os aspectos emocionais, psicológicos e legais do processo, informando para os cônjuges os meios de guarda que existem e a consequência que cada uma acarretaria para o menor.

Assim, a mediação possibilita as partes expor suas discordâncias para que assim possam resolvê-las e ao final decidam qual o melhor modelo de guarda, sempre prevalecendo o interesse do menor, que entendemos como a guarda compartilhada ou uma guarda única com visita livre.

Ao final ou até antes do término do prazo, o mediador deverá expor um relatório para o juiz informando se teve acordo ou não sobre a guarda do menor, para que este baseado no relatório possa aí sim fazer uma decisão justa.

Apesar de não existir uma legislação regulamentando a mediação familiar, não quer dizer que ela não poder ser instituída.

Recentemente foi criado no Estado de Alagoas, mais precisamente, no Município de Maceió, uma parceria entre o Tribunal de Justiça de Alagoas com a CAMEAL (Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas), para viabilizar a mediação familiar.

Portanto, a mediação familiar é um importante parceiro para a guarda compartilhada, uma vez que preenchidos os seus requisitos, o mediador imparcialmente mostrará os

⁵⁶ *Ib idem*

benefícios que ela traz, e assim os cônjuges terão uma oportunidade para refletirem sobre o assunto e posteriormente optarem por esse modelo.

Contudo, mesmo que a maioria dos estudiosos de direito tenham o posicionamento da possibilidade da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, existe sempre alguns que defendem o pensamento oposto.

Foi pensando em dirimir esse impasse que no período de 11 a 13 de setembro de 2002, foi aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciário do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado, o Enunciado 101, referente ao artigo 1583 do novo Código Civil, no qual a Corte Suprema analisando tal dispositivo, declarou que o termo "guarda de filhos" do artigo 1583 refere-se tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, como se vê transcrito abaixo:

101 – Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão "guarda de filhos", à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.⁵⁷

É importante ressaltar que o Enunciado 101⁵⁸ já foi aprovado e editado a partir de colocação do Ministro Ruy Rosado relator final, já se pode afirmar, portanto, que a guarda compartilhada é totalmente recepcionada pelos membros do STJ.

Portanto, na atual sistemática do direito brasileiro a guarda compartilhada encontra respaldo no art. 9º e 13 da Lei 6.515/77, os quais foram revogados pelos arts. 1583 e 1586 do novo CC e com guarita no Enunciado 101 do STJ.

3.5 Efeitos da guarda compartilhada

O exercício em comum, pelos pais, dos direitos de guarda e educação, não provoca dificuldade se a família permanece unida. Nesse caso, presume-se que toda decisão necessária tomada por um dos genitores foi aceita pelo outro. Assim, não há divisão do poder de decisão, que se exerce conjuntamente.

Quando o conflito se instaura, por meio da separação ou do divórcio, a situação se torna diversa da anterior e a guarda compartilhada surge como meio de suavizar os efeitos do conflito sobre a pessoa dos filhos.

⁵⁷ ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS. *Guarda compartilhada se consolida nos Tribunais*. São Paulo. Disponível em: <<http://apase.com.br>>. Acesso em 10.jun.2006.

⁵⁸ Enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ.

No momento em que desaparece o casal conjugal, há veemente necessidade de se preservar o casal parental.

Observou Clóvis Beviláqua⁵⁹, ao seu tempo, que “o desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados.”

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações paterno-filiais no âmbito da família desunida, atribuindo aos pais responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento.

O que a guarda conjunta deseja conservar, em princípio, são os mesmos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura. A premissa sobre a qual se constrói essa guarda é a de que o desentendimento entre os pais não pode atingir o relacionamento destes com os filhos. A família desunida permanece biparental.

Para a operacionalização desse modelo, considera-se como primeiro aspecto, a fixação da residência do menor. A determinação da residência é fundamental porque ela é indispensável à estabilidade da criança que possui, assim, um centro de referência de onde irradiam todos os seus contatos com o mundo exterior.

O local da residência do menor dependerá da situação fática vivenciada pelo casal, podendo ser a casa materna ou paterna, ou até esmo a casa de um terceiro (avós, por exemplo) se nenhum dos pais detém condições para o desenvolvimento da criança.

A residência é única e não alternada, logo, ao outro genitor fica assegurado o direito de visita. Um possuirá a guarda física a criança, mas ambos detém a guarda jurídica do filho.

O segundo aspecto a ser considerado na viabilização desse modelo de guarda, é a educação, compreendendo tanto a instrução, como meio de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos, quanto, em um sentido mais amplo, o desenvolvimento de todas as atividades físicas e psíquicas do menor.

É a principal missão dos pais dirigir a formação de seus filhos. É tão importante esse direito que mereceu ser proclamado entre os direitos fundamentais do Homem pelas Nações Unidas.

A Constituição Federal, no art. 6º, estabelece a educação como sendo um dos direitos sociais do cidadão, a ela referindo-se de forma específica como direito de todos e dever de família, no artigo 205, reafirmando o princípio no artigo 227.

⁵⁹ in GRISARD FILHO. *Ob. cit.* p. 148.

No dever de educação compreende-se o de assistência moral e material, traduzido este na obrigação alimentar, que tem a relação de parentesco, e no dever de sustento.

A guarda compartilhada, como meio de preservar os laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos. Eduardo de Oliveira Leite⁶⁰ afirma que, “quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão.”

Como último aspecto a ser examinado, aparece a responsabilidade dos pais perante os atos dos filhos. Em regra, são os pais solidariamente responsáveis pela reparação civil, conforme o artigo 932 do CC/02.

Na constância do casamento, ou da união estável, e nas separações de fato, há uma presunção *juris tantum* de responsabilidade, relacionada com o exercício do poder familiar.

Na hipótese de separação judicial ou divórcio, com atribuição de guarda única, será considerado responsável àquele que exerça a guarda exclusiva, por falha na educação ou no dever de vigilância, salvo se no momento da produção do evento danoso o filho se encontrar aos cuidados do outro genitor.

Tratando-se de guarda compartilhada, ambos os pais serão solidariamente responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores, uma vez que exercem conjuntamente o direito de guarda.

3.6 Vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

O exame da referida guarda, para que sua utilização se torne aceitável e de correta aplicação, deve conter uma análise de seus prós e contras, pois, a princípio, nada é perfeito ou de total inutilidade, com raras exceções, principalmente quando se encontra em jogo o desenvolvimento da personalidade de um ser em constante desenvolvimento.

A guarda compartilhada não está imune a uma profunda e, as vezes, longa conscientização daqueles profissionais que com ela trabalham. Ao longo desta necessária maturação do processo de acolhimento do que é novo, necessária é a constatação principal dos sinais internos e externos de cada caso, a subjetividade e a objetividade de todas as nuances precisam ser exorcizadas, para que possa a citada guarda ser incluída entre as práticas da determinação de guarda em nossos Tribunais. A passagem da teoria à prática só será efetiva após profundos estudos e, só a formação firme, o aporte de condições humanas e materiais poderão fazer com que o juiz de família tenha condições de, passando da teoria à prática,

⁶⁰ In GRISARD FILHO. *ob. cit.* p. 148.

utilizar-se deste novo instituto.

Através do estudo para apresentação deste trabalho monográfico, serão demonstrados alguns dos pontos favoráveis e desfavoráveis da guarda compartilhada em relação à sua aplicação, ao benefício dos filhos, bem como em relação aos pais dos mesmos, para que cada envolvido tenha consciência dos direitos e deveres, não só na guarda compartilhada, mas em qualquer tipo de guarda.

3.6.1 Vantagens

No desenvolvimento dos estudos realizados podemos observar que a guarda compartilhada possui pontos favoráveis e desfavoráveis à sua aplicação, em relação ao benefício dos filhos menores envolvidos, bem como aos pais dos mesmos. O presente subitem tem como pretensão apresentar e analisar as vantagens geradas por essa modalidade, sabendo que existem muitos estudos acerca deste assunto, pois que o mesmo está longe de ser esgotado.

Sabe-se que a melhor vantagem que a guarda conjunta acarreta ao menor é a possibilidade de continuar convivendo com ambos os genitores e desta forma, usufruir à assistência intelectual, moral, física, religiosa, o amor e carinho de ambos. Devemos também ter a compreensão de que não só ambos os pais têm o direito de conviverem com seus filhos, como também de se responsabilizarem igualmente pelos mesmos, e que tal convivência é fundamental para a construção da identidade social e subjetiva das crianças.

Para tanto, deve existir um relacionamento sem atritos entre os ex-cônjuges e que ambos saibam separar a relação conjugal da parental, pois deverão, em conjunto, atender às necessidades dos filhos por um caminho de cooperação mútua, devendo haver também uma maior interação dos pais no desenvolvimento físico e mental das crianças.

Ainda, neste norte, ressalta Karen Ribeiro⁶¹:

a escolha da residência é essencial para que os ex-cônjuges definam o contexto no qual eles passam a exercer suas responsabilidades, entre si e entre os filhos e, entre si e os terceiros submetidos a esta condição para beneficiar as presunções legais daí decorrentes.

Na guarda compartilhada, a guarda jurídica é atribuída aos dois pais, porém a guarda física deve ser preferencial a um deles, aquele que apresentar melhores condições de acompanhamento e desenvolvimento da criança, pois é importante observar que deve ser preservado o direito de residência única e definida do menor, pois que o mesmo tem que possuir um referencial, um lugar que será encontrado e que manterá suas raízes. A residência

⁶¹ *Ob. cit.*, p. 102.

definida servirá de forma essencial para o desenvolvimento da criança, de modo que contribuirá para estabelecer padrões de convivência, formar um juízo crítico, além de formar a personalidade do menor.

Karen Ribeiro⁶² ressalta que, “[...] Ela funcionará como ponto de referência a partir do qual se irradiam os direitos e deveres de ambos os genitores.”

Há de se ressaltar, porém, que a residência única não impede em contrapartida o regular direito-dever de visita e estadia em casa de outro genitor, de modo que permaneça em constante contato com o menor e contribua para a formação do mesmo, ou seja, para que sejam mantidos os laços existentes entre eles.

Desta forma, não há que se falar em pagamento de pensão alimentícia, pois que ambos os cônjuges tem responsabilidades para com o menor e devem arcar com as despesas e necessidades financeiras do mesmo em comum acordo, de modo que o genitor que tiver a guarda física sujeita a um menor encargo financeiro, inverteria no período seguinte.

É importante salientar que a guarda redundante, acima de tudo, em: transmitir carinho; amar; estar presente na vida da criança; participar da vida escolar do mesmo; estabelecer um diálogo constante acerca de todos os assuntos, tais como, arte, lazer, religião, turismo, esporte, cultura, etc. Assim, guardar engloba, sobretudo a educação, pois que educar significa mais que manutenção financeira e, abrange, inclusive a manutenção moral. Para tanto, é fundamental que seja observado e respeitado os interesses e os sentimentos do menor.

Para os pais, o fato de exercerem em conjunto o cuidado em relação ao filho, possibilita a ambos inúmeras vantagens, pois que além de acompanhar o crescimento, a formação e a instrução do mesmo, será diminuída a sensação de culpa e frustração de não poder cuidar da criança. Ainda, será preservado o convívio entre o genitor não-guardião do menor, pois que de outra forma seria restringido o relacionamento a meras visitas, o que impossibilitaria a continuidade da relação parental. Conforme salienta Karen Pacheco⁶³, “Esta participação conjunta é de suma importância para os filhos, pois estes últimos tenderão a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura.”

Destarte, o exercício da autoridade parental conjunta traz grandes benefícios para os pais, pois que poderão atingir seus objetivos de resguardo e atenção acerca da relação parental, de modo que estarão compartilhando responsabilidades e atividades em prol do melhor interesse moral e material para o menor.

⁶² *Ob. cit.* p. 108.

⁶³ *Ob. cit.*, p.108.

De acordo com Karen Ribeiro⁶⁴ “ao tomarem decisões conjuntas, estão a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos; são considerados os pais cooperativos.”

Neste mesmo contexto, Waldyr Grisard Filho⁶⁵ observa que ela apresenta vantagens não só aos filhos, como também aos pais, pois:

[...] além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos mesmos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos, significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. A guarda compartilhada oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoal, profissional, social e psicológica. As estatísticas comprovam que somente 25% das mães com guarda única constituem novas famílias, enquanto 45% delas, do grupo da guarda compartilhada, formam novas uniões. Não deixa a citada guarda de reafirmar a igualdade parental desejada pela Constituição Federal.

Ainda, poderão os pais dispor de mais tempo para reconstruir suas vidas pessoais e realizar atividades de ordem profissional e social.

De acordo com Karen Ribeiro⁶⁶, a responsabilidade dos pais para com o menor é solidária, inclusive com relação a danos que possam ser ocasionados pelo menor, pois que a guarda compartilhada implica na responsabilidade jurídica de ambos os genitores; ambos educam, ambos devem ser responsabilizados. Isto salvo se o menor é incentivado por um dos genitores a praticar atos abusivos ou proibidos em nossa legislação, caso em que este genitor é quem deve assumir a reparação.

3.6.2 Desvantagens

Entre as desvantagens dessa modalidade de guarda, a principal contra indicação centra-se no fato de ocorrer conflito contínuo entre os pais, conforme outrora exposto, a ruptura conjugal quase sempre acarreta mágoas e ressentimentos, dificultando um relacionamento livre de conflitos entre o ex-casal. Podendo assim surgir daí uma dificuldade de não haver o consentimento de ambos os genitores para qualquer ato que diga respeito à vida e ao desenvolvimento do filho, de modo a prejudicá-lo ou constituir um obstáculo, visto que toda decisão deve ocorrer da ponderação de ambos os genitores.

⁶⁴ *Ob. cit.*, p.108.

⁶⁵ *Ob. cit.*, p.175.

⁶⁶ *Ob. cit.* p. 106.

A desvantagem acima citada pode assumir relevância nos casos em que a guarda compartilhada for decidida ou homologada judicialmente, ou seja, quando ela não acontece na forma de um arranjo espontâneo entre o ex-casal ou de acordo com a vontade dos mesmos. Ainda, cabe enfatizar que o bem estar da criança não está preservado, pois que o menor será sempre o “alvo” dos conflitos existentes.

Ainda, a guarda conjunta é desaconselhável quando a criança for muito pequena, pois que necessita de um contexto estável para formar sua personalidade de forma satisfatória.

Alguns autores acrescentam mais uma desvantagem, qual seja, a instabilidade proveniente das freqüentes mudanças de ambiente que tal arranjo pode gerar nas crianças envolvidas, porém, tal ressalva é válida nos casos da guarda alternada.

Por fim, o fato de haver desvantagens, interrogações não devem inibir o questionamento de aplicabilidade do instituto, pois que deve tratar-se de tentar de todas as maneiras possíveis analisar caso a caso e buscar atenuar as perdas de uma separação.

CONCLUSÃO

Após o resultado da prática e do profundo conhecimento obtido por este trabalho monográfico, a conclusão é a de que, podemos compreender o instituto da guarda compartilhada como um avanço no sentido de se efetivar os direitos inerentes à proteção dos interesses da criança e do adolescente diante de uma eventual ruptura conjugal dos pais.

No Brasil, estamos construindo, de forma lenta e tímida, uma aceitação e cultura a respeito da guarda compartilhada, ao contrário do que já acontece em países, como os Estados Unidos e o Canadá.

No presente trabalho, defendemos a utilização da guarda compartilhada, atendendo sempre o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, não podendo esquecer de que o modelo de responsabilidade parental não pode ser seguido à risca.

Esse novo instituto tem como escopo a manutenção dos vínculos familiares existentes entre pais e filhos, baseando-se na cooperação entre os genitores nos cuidados diários dos menores.

Priorizam-se assim, os interesses dos filhos, ao mesmo tempo em que os pais se encontram resguardados dos inúmeros inconvenientes causados pelo ambiente quase sempre hostil de uma separação.

Evitar que os pais se sintam culpados, ou ainda, manter afastado qualquer sentimento de frustração, além de colaborar para que não se intensifique a hostilidade entre as partes, ajuda no equilíbrio necessário para o exercício da guarda conjunta.

Nesse sentido, a guarda compartilhada colabora na medida em que evita a difícil escolha de um dos genitores por parte dos filhos, pois para o menor não há diferença entre ambos, uma vez que sempre serão os seus pais.

As vantagens oferecidas com a adoção do novo modelo ultrapassam os limites estritamente familiares e alcançam a toda sociedade, pois contribui para minimizar os impactos nefastos causados em crianças e adolescentes, por uma eventual separação dos pais.

Talvez esse seja o principal efeito gerado pela aplicação da guarda compartilhada, pois na medida em que se busca proteger o menor das pressões causadas pela ruptura conjugal, impede que os desajustes de personalidade possam surgir ou se perpetuar nos mesmos.

O novo modelo não deve ser encarado como um instituto que surge para substituir os modelos de guarda já existentes no direito brasileiro.

Ao contrário, o exercício da guarda conjunta pelos pais após ruptura da sociedade conjugal, deve ser encarado como mais uma opção para o magistrado, ou, indo mais além, verificando a possibilidade da aplicação do novo instituto, o julgador deverá concedê-la de imediato.

A guarda compartilhada não encontra no Ordenamento Jurídico Brasileiro uma legislação específica a seu respeito. Mesmo assim, encontra dispositivos legais para sua aplicação, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.609/90 e no novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/02.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da guarda às crianças e adolescentes é abordado de duas maneiras distintas: uma referente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz respeito a colocação destas em família substituta sobre a forma de guarda, tutela ou adoção, e a outra forma de guarda é referente aos casos de separação conjugal, dissolução da sociedade conjugal de fato e divórcio.

O ideal é que a guarda compartilhada não apenas passe a ser devidamente regulamentada, mas que se torne a regra, ao passo que os demais modelos sejam somente adotados caso o julgador verifique a sua impossibilidade diante das circunstâncias do caso concreto.

O ordenamento jurídico pátrio se mostra amplamente receptivo à guarda conjunta, não se justificando qualquer resistência à sua regulamentação.

Conforme consta da própria Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, trata-se de uma responsabilidade de toda a sociedade, e não apenas da família, a efetiva proteção da criança e do adolescente.

O melhor interesse do menor deve nortear qualquer decisão a respeito de sua vida, principalmente àquelas relativas à educação, à saúde, à segurança, ao lazer e ao convívio no seio da família.

Separa-se o casal conjugal, mas o casal parental continua unido, sendo fundamental para que as crianças e os adolescentes tenham o referencial e o contato direto com o pai e a mãe. Desta maneira, o(s) filho(s) sentem-se seguros, sabendo que quando precisarem o pai e a mãe estarão perto e poderão contar com os dois.

A guarda compartilhada busca uma maior participação do pai na vida do(s) filho(s), ao contrário da guarda monoparental, única e exclusiva, em que o pai era e, ainda continua sendo, visto como aquele pai provedor e de final- de semana.

O homem está mais participativo nos cuidados referentes ao(s) filho(s). A própria rotina familiar, da relação conjugal, contribui para a necessidade da guarda compartilhada. Separa-se o casal, mas as relações sociais e profissionais dos ex-cônjuges, continuam.

Pelo mesmo princípio acima invocado, tem-se que nenhuma decisão relativa à guarda dos filhos terá caráter definitivo, ou seja, se ficar evidenciado o desrespeito às obrigações relativas ao exercício da guarda, esta poderá ser revista a qualquer momento pelo juiz que a fixou.

Para o sucesso da guarda compartilhada, é necessário que os ex-cônjuges mantenham um relacionamento baseado no diálogo, na confiança, no respeito, na maturidade, haja vista que precisam estar em contatos freqüentes para compartilharem as responsabilidades e decisões referentes aos melhores interesses do(s) filho(s).

A guarda compartilhada surge para o direito brasileiro como a mais importante fonte de proteção aos interesses dos filhos, diante da dissolução da sociedade conjugal, sendo, antes de tudo, um direito da criança e do adolescente.

Esperamos que, a Justiça, possa, de alguma forma, incorporar este modelo de guarda seja ao ordenamento jurídico brasileiro, como forma de promover os interesses dos menores.

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Raquel Alcântara de. *Guarda compartilhada: a continuidade da relação entre pais e filhos*. Disponível em: <http://www.oab-sc.com.br/oab-sc/revista/revista113/guarda.htm>. Acesso em: 11.jun.2006.

ALVES, Wellington Lopes. **Guarda compartilhada dos filhos**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-2030446165>. Acesso em: 10.jun.2006.

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

APASE - Associação de Pais e Mães Separados. *Guarda de menores. TJ-SP*. Disponível em: http://www.apasesp.com.br/jurisprudencia/jurisprudencia_08_04_02.html. Acesso em: 30.ab.2006.

AZEVEDO, Maria Raimulda Texeira. *A guarda compartilhada*. Evento realizado no dia 25/04/01, no Clube dos Advogados/RJ. Disponível em: <http://www.apase.com.br>. Associação de Pais e Mães Separados. Acesso em: 11.jun.06.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Considerações sobre a guarda compartilhada*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>. Acesso em: 10.jun.06.

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

BELLUSCIO, Augusto C., *apud* MATTIA, Fábio Maria de. **Direito de visita**. Revista Forense, v. 273,1981.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. São Paulo: Universitária do Direito, 1984.

BRANDÃO, Débora. *Guarda compartilhada: só depende de nós*. Disponível em: http://spaces.msn.com/cemir1969/PersonalSpace.aspx?_c11_blogpart_blogpart=blogview&_c=blogpart&partqs=amonth%3D11%26ayear%3D2005. Acesso em: 11.jun.2006.

BRUNO, Denise Duarte. *Guarda compartilhada (pesquisa)*. Disponível em: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextoId=1317415677>. Acesso em: 11.jun. 2006.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. *Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=56> jusnavegandi. Acesso em 30.ab.2006.

DIAS, DÉBORA. **Pela guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.noolhar.com/opovo/fortaleza/474347.html>. Acesso em 11.junh.06.

GONTIJO, Segismundo. *Guarda de filho*. Belo Horizonte: Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo, 2002. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex226.htm> Acesso em: 20.mai.06.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de Responsabilidade parental. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRUNSPUN, Haim. *A importância da mediação no processo de divórcio*. Disponível em: <<http://www.revistapsicologia.com.br>> Acesso em 11.jun.2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81012-soboefoque.htm>. Acesso em 20.mai.06.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Diretrizes psicológicas para uma abordagem interdisciplinar da guarda e das visitas*. In: **Direito de família e ciências humanas**. Caderno de estudos n.2. Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta (Coords.). São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

MOURA, Mário Aguiar de. *A família na evolução do direito brasileiro*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**, Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. *Guarda compartilhada*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 11.jun.06.

PEREZ, Suelen da Costa. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81012-soboefoque.htm>

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. Porto Alegre: Ajuris, 1986.

RODRIGUES, Silvío. **Direito civil**: direito de família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 6.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda compartilhada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SANTOS NETO, José de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de trabalhos acadêmicos**: normas e técnicas. 4. ed. Juiz de Fora: Templo, 2006.

TAVEIRA, Alberto Atência. *Guarda compartilhada*: uma nova perspectiva sobre os interesses psicológicos, sociais e culturais do menor integrante de famílias monoparentais. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1088275524>. Acesso em 11.mai.06.

VIANA, Marco Aurélio S. *A tutela da criança e do adolescente. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Curso de direito civil: direito de família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v.2:

VILELA, Sandra Regina. *O que é a guarda compartilhada?*. Disponível em: <http://sandravilela.tripod.com>. Acesso em 11.mai.06.