



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANA MARIA PIRES DE PAIVA

UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA FRENTE À AUTORIDADE PARENTAL

SOUSA - PB
2008

ANA MARIA PIRES DE PAIVA

UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA FRENTE À AUTORIDADE PARENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Petrucia Marques Sarmiento Moreira.

SOUSA - PB
2008

Ana Maria Pires de Paiva

UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA FRENTE À AUTORIDADE PARENTAL

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: _____ de _____ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a Petrucia Marques Sarmiento Moreira – UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Dedico ao meu pai, irmãos e sobrinhos pelo apoio incondicional em todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Pai, que sempre iluminou meu caminho, me fazendo perseverante diante das dificuldades e confiante nas vitórias vindouras.

À minha mãe, que foi capaz de me ensinar bons princípios mesmo com pouco tempo de convivência física e com tantas dificuldades, a qual é presença espiritual forte e necessária em minha vida.

À meu pai, irmãos e sobrinhos, meus incentivadores, com os quais pude e posso contar irrestritamente e que são a razão de tudo que faço, e de tudo pelo qual luto.

Aos amigos, pelo companheirismo demonstrado de perto ou longe, me ajudando a construir minha história. Em especial à Júnior e Dinorah, pela amizade sincera durante cinco anos, os quais nunca serão esquecidos.

À Aline, Diana, Lidiana, Liliane, Shirley, Vânia e Zaíra, por terem sido mais que colegas de casa, se tornaram verdadeiras irmãs, já que suas companhias suavizava qualquer dificuldade e era sinônimo de simplicidade e alegria. Com elas vivi os melhores momentos dos últimos anos.

À minha Professora Orientadora, Petrócia, que além do estimável saber jurídico transmitido, foi fortaleza paciente que me ajudou na construção deste trabalho.

À todos que de suas formas particulares passaram por minha vida e contribuíram de alguma forma para minha formação.

Se existe amor, há também
esperança de existirem verdadeiras
famílias.

Dalai Lama

RESUMO

A ruptura da vida conjugal de um casal gera efeitos de ordem pessoal e patrimonial para todos que fazem parte dessa família, merecendo destaque as questões relativas aos filhos, como o direito de guarda. / Nesse diapasão a guarda compartilhada desponta como alternativa segura, ao possibilitar o exercício conjunto da autoridade parental, baseando-se no princípio constitucional que põe em igualdade homens e mulheres, principalmente quanto aos deveres conjugais, e no do melhor interesse do menor. / Para a realização do presente estudo, recorre-se à pesquisa bibliográfica, aos métodos histórico-evolutivo e ao exegético-jurídico, objetivando analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como discutir sobre a continuidade do exercício do poder familiar por ambos os pais ao se adotar tal modalidade de guarda e, ainda, abordar-se-á o instituto da guarda. Para tanto, o trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro tratará do instituto do poder familiar e suas peculiaridades; o segundo fará uma análise ampla da guarda; e o terceiro se deterá à guarda compartilhada, examinando as vantagens e desvantagens de seu deferimento, como também as conseqüências de sua aplicabilidade. Verificar-se-á que a relevância do tema é buscar uma solução para o destino dos filhos a partir do fim da união de seus pais da forma menos agressiva e que traga menos traumas para os menores. Dessa forma, a problematização feita foi a respeito se a adoção da guarda compartilhada apresenta mais benefícios para pais e filhos do que as outras modalidades de guarda. A hipótese apresentada é de que, como a guarda conjunta permite que pais separados participem em igualdade de condições na vida dos filhos, sua adoção é a melhor forma de resguardar os direitos dos menores, bem como dos pais. Conduzindo-se assim, a constatação é de que para os filhos de casais separados que mantêm um clima de respeito e cordialidade entre si, a guarda compartilhada deve ser a medida adotada nas decisões judiciais que deferem a respeito de tal instituto.

Palavras-chave: Autoridade Parental. Ruptura de Relacionamento. Guarda Compartilhada.

ABSTRACT

The disruption of marital life of a couple generates effects of order for all personnel and assets that are part of that family, deserving highlight issues relating to children, such as the right of custody. In this crotch Topping the shared custody as an alternative safe, to enable the joint exercise of parental authority, based on constitutional principle that puts equality in men and women, mainly about the conjugal duties, and in the best interest of the child. For the realization of this study are used to search literature, the history-changing methods and the exegetic-legal, to examine the applicability of shared custody in Brazilian law as well as discuss the continued exercise of power by both family parents when adopting this type of custody and, moreover, will address the institute's custody. To that end, the work was structured into three chapters. The first deal of the Office of the family and its peculiarities, the second will be a broad analysis of the guard, and the third was to have shared custody, examining the advantages and disadvantages of its acceptance, but also the consequences of their applicability. There will be that the relevance of this issue is to seek a solution to the fate of the children from the end of the union of his parents in the way that brings less aggressive and less trauma to minors. Thus, the problem has been made about whether the adoption of shared custody has more benefits for parents and children than the other forms of custody. The hypothesis put forward is that as a joint custody allows parents separated participate on equal terms in the lives of children, their adoption is the best way to protect the rights of children and parents. Driving is so, the finding is that for the children of separated couples who maintains a climate of respect and cordiality among themselves, the shared custody should be the measure adopted in judicial decisions that accept the observance of this institute.

Keywords: Parental Authority. Relationship of rupture. Shared custody.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1- DO INSTITUTO DO PODER FAMILIAR.....	12
1.1 Poder familiar: aspectos históricos e noções gerais.....	12
1.2 Do exercício do poder familiar e sua abrangência.....	15
1.3 Da extinção, suspensão e destituição do poder familiar.....	20
CAPÍTULO 2 - ANÁLISE JURÍDICA DA GUARDA DE FILHOS.....	23
2.1 Da guarda: noções gerais.....	23
2.2 Critérios para atribuição da guarda.....	28
CAPÍTULO 3 - A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	32
3.1 Abordagem histórica e conceitual da guarda compartilhada.....	32
3.2 Do deferimento da Guarda Compartilhada: desvantagens e vantagens sócio-jurídicas.....	36
3.3 Dos efeitos jurídicos da aplicação da guarda compartilhada.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

Diante das mudanças, principalmente as constitucionais, introduzidas na família brasileira, as quais trazem a paridade entre os cônjuges, e ao se equiparar a família não-matrimonial à matrimonial quanto aos direitos de seus membros, se verifica uma solidez na formação familiar, trazendo segurança para as relações dela oriundas, como a de pais e filhos.

Com base nisso e amparado no princípio do melhor interesse do menor é que o legislador pátrio passou a disciplinar a respeito de como ficará a pessoa e os bens dos filhos menores quando o casamento ou união estável de seus pais se dissolver.

O presente trabalho tratará da adoção da guarda compartilhada quando do desfazimento da união do casal, resguardando não só o exercício do poder parental, como também a relação próxima entre genitores e filhos menores, demonstrando que, apesar de sua positividade ser recente, é um modelo de guarda que já vinha sendo adotada em algumas decisões judiciais.

Dessa forma, tem como objetivo geral apresentar uma problematização a respeito da aplicabilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro analisando o deferimento desse instituto antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 11.698/2008. Os objetivos específicos partem da discussão sobre a continuidade do exercício pleno da autoridade parental mediante a aplicação da guarda conjunta, como também da análise do instituto da guarda, a fim de ter parâmetros para se posicionar pela guarda compartilhada.

Verifica-se a relevância do tema desde o momento da separação conjugal, divórcio ou fim da união estável do casal que tem filhos, quando então passa a discutir a respeito de como ficará a situação dos menores a partir de então. As crianças e os adolescentes são atingidos diretamente com a ruptura da união de seus pais, por isso estes terão de tomar decisões visando primeiramente o bem-estar dos seus filhos, uma vez que o fim do relacionamento entre cônjuges não interfira na manutenção da relação entre pais e filhos.

Diante disso, visando a preservação do melhor interesse do menor, a guarda compartilhada é uma modalidade de guarda segura, que visa manter intacta a relação dos genitores com seus filhos, fazendo com que aqueles continuem a participar efetivamente da formação dos menores.

Os filhos que antes perdiam o contato com o genitor visitante após passado algum tempo do afastamento do casal, com o deferimento da guarda compartilhada poderão tê-lo sempre em sua companhia, minimizando os prejuízos, principalmente psicológicos, que a separação de seus pais lhes trazia.

A guarda conjunta surge, assim, como uma alternativa de aplicação da autoridade parental no caso de fragmentação da família, estabelecendo uma coresponsabilidade parental, que além garantir a presença de ambos os pais na criação dos filhos, reaproxima estes daquele, protegendo os menores dos sentimentos de desamparo que a que fica submetido com o fim do enlace dos genitores.

Para uma melhor abordagem do tema, a pesquisa foi sistematizada em três capítulos. No primeiro, abordar-se-á o instituto do poder familiar, apresentando uma análise histórica a fim de se obter uma melhor compreensão do instituto em questão, analisando seu conceito, peculiaridades, abrangência e, posteriormente, as causas e formas de cessação, quais sejam: suspensão, destituição e extinção do poder familiar.

O segundo capítulo tratará da guarda de filhos menores a partir da dissolução da união de um casal, destacando-se a fase histórica e conceitual. Mostrará os critérios usados para atribuição da guarda, bem como suas modalidades, ponderando a aplicabilidade de cada uma diante do princípio do melhor interesse do menor.

Por fim, o terceiro capítulo discorrerá acerca da guarda compartilhada, fazendo explanação sobre as consequências de sua aplicação para os genitores e para os filhos na esfera civil e psicológica. Por conseguinte, a pesquisa examinará razões para o indeferimento da guarda compartilhada, como também, verificará as vantagens da sua adoção.

No sentido de viabilizar um suporte teórico que proporcione bases consistentes, adotar-se-ão como métodos de estudo o bibliográfico, por meio do qual serão realizadas consultas a doutrinas e sites jurídicos com o propósito de enriquecer e dirimir a discussão sobre o tema em questão; o exegético-jurídico por meio da análise da legislação pátria pertinente, combinado com o método histórico-evolutivo, o qual permitirá, com base na remissão histórica dos institutos abordados, uma melhor compreensão da temática ora suspeitada.

Tais fatores conduzirão à problematização e à hipótese previamente formuladas, sendo a primeira disposta por meio do seguinte questionamento: A adoção da guarda compartilhada apresenta mais benefícios para pais e filhos do que as outras modalidades de guarda? E a hipótese: Sim, pois ao proporcionar aos pais a chance de participar ativamente e em igualdade de condições da vida de seus filhos, a guarda compartilhada é a melhor modalidade de guarda a ser adotada no sistema jurídico brasileiro.

Destarte, pretender-se-á, ante a temática exposta, contribuir para continuidade do vínculo entre pais e filhos a partir da escolha pela guarda compartilhada quando entre o casal se mantiver uma relação amigável, possibilitando assim, um desenvolvimento sadio e equilibrado para o menor com a participação de ambos os pais.

CAPÍTULO 1 DO PODER FAMILIAR

O instituto do poder familiar da forma como é conhecido atualmente acompanhou as transformações pelas quais passaram as relações familiares ao longo da história. O conteúdo desse poder abandonou as idéias de hierarquia, soberania e patriarcalismo contidas no Direito romano, priorizando os interesses do menor, atentando para sua condição de ser humano em fase de desenvolvimento.

Pode ser entendido como um conjunto de direitos e deveres conferidos por lei aos pais sobre a pessoa dos filhos e seus bens. É fruto da diferença entre gerações da família, onde às mais antigas cabe atender às necessidades dos mais vulneráveis, no caso em tela, os menores.

1.1 Poder familiar: aspectos históricos e noções gerais

A partir do momento em que os bens deixaram de ser abundantes, exigindo um esforço maior para obtê-los, surgiu a necessidade dos homens organizarem-se em grupos para facilitar a sobrevivência. Com isso veio à tona também a idéia de coletividade, já que agrupados seria mais fácil sobressair-se das dificuldades cotidianas.

É sabido que inúmeros conflitos se desencadearam, algumas vezes por comida, território, ou por poder. Surgiram então sociedades organizadas, como em Roma, onde a família tinha grande poder e era comandada pela figura do *pater familias*, o qual exercia um poder absoluto sobre o grupo familiar, alicerçando-se na religião. O *pater* era uma espécie de Senhor do lar, respeitado como um verdadeiro Deus, que tinha capacidade para organizar sua família, educando-a e regendo-a da forma que mais lhe convir, já que era o sacerdote do culto doméstico, o juiz, o comandante, enfim, a grande autoridade.

E era importante para manter a autoridade e para consolidar a união e a solidez da família, célula essencial do Estado, e não tinha limites. O *pater* exercia o direito de vida e de morte sobre o filho, o qual era tido como um escravo daquele, não possuindo nada próprio já que tudo que adquirisse seria do *pater*, exceto as

dívidas. Porém, esse rigor foi aos poucos moderando, e a partir do século II o *filius familias* tendo alguma autonomia, como adquirir o pecúlio castrense.

Assim, nota-se a conexão entre a origem do pátrio poder e a da própria evolução da família, encontrando na civilização romana, considerada como o berço da sociedade, fortes traços desse poder.

O instituto do pátrio poder sofreu inúmeras alterações, com a criação do Código Napoleônico, onde foi introduzida a idéia de supremacia do interesse do menor. Dessa forma, o pátrio poder aparece com características de ser mais protetivo do que autoritário, marca que se manteve, tornando-se uma constante na caracterização do instituto desde então.

Como bem expõe Westermarck (*apud* MONTEIRO, 2007, p.347): “Outrora o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje o poder familiar é uma servidão do pai e da mãe para tutelar o filho”.

No Brasil, a idéia de proteção em relação ao filho menor surge primeiramente no Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, onde a mulher poderia exercer como colaboradora e juntamente com seu marido o pátrio poder.

Esse instituto foi ratificado pelo Código Civil de 1916 o qual trazia também em seu bojo a idéia de submissão da mulher em relação ao homem. Sendo assim, em relação ao exercício do pátrio poder ela continuava sendo apenas colaboradora do marido, já que a tradição machista ainda imperava e o pai quem detinha verdadeiramente o poder de decisão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 consagrou-se expressamente a igualdade entre os sexos. Acompanhando essas mudanças sociais e as conquistas femininas, em 1990 foi promulgada a Lei 8.069, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, efetivamente igualando homens e mulheres no seio familiar, trazendo a noção de divisão de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores.

Com essa paridade legal entre os sexos e a mulher-mãe participando ativamente do feixe de direitos e obrigações quanto aos filhos, a expressão “pátrio poder” tornou-se ultrapassada, vindo a ser retificada por “poder familiar” no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil em vigor, o qual traz capítulo expreso sobre tal instituto.

É evidente a importância dessa mudança de nomenclatura, porém, há quem defenda, como Dias, o uso da expressão “autoridade parental”, pois tiraria a idéia de

dominação que “poder” traz consigo, refletindo o exercício de um *múnus* baseado no interesse do menor e destacaria a relação de pais-filhos, decorrente do estado de filiação.

O poder familiar, antigo pátrio poder, apresenta-se hoje como a responsabilidade do pai e da mãe em relação a tudo que envolva seus filhos não emancipados, e, é exercido em plena igualdade de condições por ambos. Devido a sua extrema relevância para o pleno desenvolvimento do menor, ele não pode ser renunciado, delegado ou alienado.

Diniz (2007, p. 514) conceitua o poder familiar como:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Já Rodrigues (2006, p.356) define poder familiar como sendo o “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

O poder familiar passa, então, a ser dever da sociedade conjugal e por isso deve ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher, conforme consagra o artigo 226, §5º da Constituição Federal de 1988.

No caso de falta de um dos genitores, o outro arcará com esse *munus* público, já que, devido a sua condição de ser humano em desenvolvimento, os filhos menores necessitam de alguém que cuide de sua vida e de seus bens, guiando-os para uma vida adulta sadia e controlada.

Ressalta-se que no caso de divergência quanto à decisão ou orientação a ser dada ao menor por parte dos pais, qualquer um deles pode recorrer à via judicial para solução desse conflito, cabendo ao juiz da Vara da Infância e Juventude decidir, sempre observando o melhor para o menor.

Essa intervenção tem por fim evitar a sobreposição da vontade de um dos pais e fazer com que nenhum deles seja excluído das decisões quanto à criação e educação do filho, como também com que o menor tenha oportunidade de ter a participação de ambos os pais em seu desenvolvimento.

Assim, para assegurar a plena efetivação da missão confiada aos genitores, o poder público atua vigiando, corrigindo, complementando e em algumas vezes suprindo a atuação de quem exercer o poder familiar.

É cediço esclarecer que no pólo ativo do poder familiar se incluem apenas os pais, já que são os únicos capazes de exercer esse *múnus*. Pelo fato de ser um *múnus* público ele tem como características peculiares a irrenunciabilidade e a indelegabilidade, pois do contrário estaria permitindo aos mesmos ficarem isentos de tal responsabilidade.

Destaca-se ainda a única exceção que consiste na adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, observando sempre a conveniência desse ato e mediante decisão judicial. Dessa forma, só há a possibilidade de se perder seu exercício nas formas e casos previstos nos artigos 1.625 ao 1.638 do Código Civil.

1.2 Do exercício do poder familiar e sua abrangência

Como o poder familiar é exercido por ambos os pais, que são os titulares exclusivos desse poder-dever, deve ser analisado nas diversas formas de família que se constituem na sociedade atual.

Sob justificativa de manter a ordem social, tanto o Estado como a Igreja acabaram intervindo na vida das pessoas. Na tentativa de regular as relações afetivas assumiram postura conservadora, estabelecendo interditos e proibições a fim de preservar a moralidade. A Igreja consagrou a união entre homem e mulher como sacramento indissolúvel, ao passo que o Estado solenizou o casamento como instituição e o regulamentou exaustivamente.

A partir dessa idéia de família, pode-se falar na matrimonial, que é aquela formada entre o homem e a mulher que contraíram matrimônio. Nesses casos ambos os pais exercem igualmente o poder familiar, exceto se um deles estiver impedido, ou tenha sido suspenso ou destituído desse *múnus* público, quando o outro sozinho desempenhará a função.

Porém, é preciso mencionar que, por motivos diversos, a relação conjugal estabelecida entre os cônjuges pode não lograr êxito e pôr fim a sociedade conjugal,

acarretando numa separação ou até mesmo num divórcio. Mas, a relação pais-filhos não é alterada pelo fim da relação marido-esposa, no que tange ao exercício da autoridade parental muda apenas quem terá a companhia do filho, já que, dependendo da decisão judicial, um terá a guarda e o outro o direito de visita do filho ou até mesmo a guarda conjunta, conforme observa Bernardes (2008):

A separação dos pais traz como consequência o debate sobre quem deve permanecer com a guarda dos filhos, a ruptura conjugal dá início à família monoparental, ou seja, a criança passa a residir com a mãe ou com o pai, e a participação dos pais que até então era conjunta na educação dos filhos se concentra num só, ficando o outro somente com o direito de visitas.

É preciso destacar que no caso de morte de um dos cônjuges ou conviventes, o menor não pode ficar desamparado, cabendo ao sobrevivente o exercício do poder familiar. Se este vier a contrair novas núpcias, ou mesmo manter união estável, não transmitirá parte do poder familiar ao novo esposo ou convivente, exercendo esse *múnus* até ele ser extinto natural ou legalmente.

A família pode ainda ser não-matrimonial, ou seja, aquela formada a partir da união estável entre os companheiros; monoparental, a qual tem como principal característica ser formada por qualquer dos pais e seus descendentes; e a homoafetiva. Em relação a essa última, não há previsão constitucional expressa, apesar de já ser reconhecida em algumas decisões dos Tribunais brasileiros a união homossexual. Para compartilhar tal entendimento e reconhecer a convivência homossexual, são oportunas as palavras de Dias (2005, p.43):

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º. III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, nos tipos de família não-matrimonial, se o filho for reconhecido pelos progenitores, ambos exercerão igualmente o poder familiar. Mas se apenas um dos genitores reconhecer a filiação, apenas a este caberá o exercício do instituto

em questão. Contudo, se os pais não forem conhecidos ou não tiverem capacidade de exercê-lo, será nomeado um tutor para o menor, ou este será colocado em família substituta, através da adoção.

Como fica evidente, tal instituto está presente em praticamente todas as espécies de família, ou melhor, onde há relação de parentalidade pais-filhos. Sendo assim, como o filho adotivo é equiparado ao natural, a partir da sentença que decreta a adoção, o poder familiar dos pais biológicos será extinto, passando a exercê-lo os pais adotivos.

É salutar mencionar que no caso de morte, interdição ou ausência dos adotantes não se restaura o poder em questão em relação aos pais consaguíneos, pois tal instituto é irreversível.

O poder familiar enquanto um *múnus* público, impõe uma série de deveres a seus titulares como forma protetiva, resguardando assim, a pessoa do menor, bem o patrimônio deste no que atine à administração de seus bens, e, principalmente, assegurar um desenvolvimento sadio e equilibrado.

Nesse sentido posiciona-se Brochado (*apud* DIAS, 2005, p. 348):

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciado pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Nesse instante é importante verificar que o interesse do menor é o que prevalece, cabe aos pais, de acordo com suas possibilidades, prover os meios materiais para que aquele tenha acesso à educação e a uma boa criação. Na direção da educação dos filhos devem ser ofertados além de bens materiais, valores morais, éticos e espirituais a fim de formar o caráter do menor.

Nesse sentido, Groeninga (2008, p. 222):

Os deveres relativos ao exercício do Poder Familiar transcendem o campo material, atendendo à finalidade da família em criar e educar os filhos. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente implica no atendimento não só das necessidades materiais dos filhos – sendo de

fundamental importância o suprimento das necessidades emocionais para a formação de indivíduos saudáveis nos aspectos físicos e psíquicos.

Ressalta-se ainda que os direitos de personalidade dos menores têm absoluta prioridade, os pais enquanto detentores do exercício do poder familiar devem usar de todas as medidas legais disponíveis para garantir seu desenvolvimento físico, espiritual, moral, psicológico e social.

Além das medidas legais é importante observar os costumes da família, o bom senso, e a conveniência das decisões tomadas na criação e educação do menor para inseri-lo na família a qual faz parte, bem como no contexto social.

Dessa forma, o sistema jurídico brasileiro não estabelece a forma de criação dos filhos, cabendo aos pais a liberalidade de orientar da maneira que melhor lhes convir, observando sempre os ditames legais.

É sabido que a infração desse dever acarreta sanções civis e criminais para o infrator, dentre elas a inibição do poder familiar, além de responder pelos delitos de abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal brasileiro, e intelectual de menores, previsto no artigo 246 do mesmo estatuto.

Na escolha da forma de criar e educar os filhos, os pais podem até mesmo fazer uso de castigos moderadamente, desde que não cometam excessos, pois a ocorrência se enquadra num dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal brasileiro, ficando à mercê das sanções previstas e, conseqüentemente, à perda do poder familiar.

Do dever de criação e educação pode ser extraído um complemento indispensável, qual seja, a guarda e companhia, as quais competem a ambos os pais. Caso estes estejam separados, usualmente se inclina a deixar o menor com quem ele estava, conforme entendimento de Gonçalves (2007, p. 374) é:

A tendência é manter o *status quo*, deixando-se os filhos com quem se encontram, até que, no procedimento da separação judicial, o juiz resolva definitivamente a situação, decidindo em favor do que revelar melhores condições para exercer a guarda.

A que se falar também da responsabilidade civil dos pais por atos dos menores sob sua autoridade. Nas palavras de Zebulum (*apud* DIAS, 2007, p. 350):

cuida-se de responsabilidade objetiva, o que confere plena atuação aos princípios de paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que os pais devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos menores.

Cabe destacar que a guarda subentende em prestação de assistência ampla, dessa forma, ambos os genitores devem contribuir com recursos para o sustento dos filhos, desde que os tenham e na medida de suas possibilidades. A falta de meios econômicos de um dos genitores não implica em perda da guarda, já que ao outro também cabe contribuir com a manutenção do filho prestando-lhe pensão alimentícia, no caso de pais separados.

Assim, cabe aos pais representar os filhos na vida civil até que estes completem dezesseis anos de idade, de onde decorre a responsabilização daqueles por atos destes. Após essa idade, deverão assisti-los nos atos em que forem partes até os dezoito anos.

No pleno exercício do poder parental, compete aos pais fazer uso de todos os meios legais para reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha por meio de ação de busca e apreensão. No entanto, não terá direito de reclamar o filho o genitor que se descuida inteiramente daquele por um longo período, ou ainda se vive em lugar prejudicial à saúde física, ao bom desenvolvimento moral e psicológico ou à educação dos filhos.

Dentre as inúmeras atribuições dos pais, lhes cabe, ainda, conceder ou negar consentimento para os filhos menores casarem. Assim, como a idade mínima para convolar núpcias é de dezesseis anos, os filhos nessa faixa etária e até atingirem a maioridade civil estão sob a autoridade parental, necessitando, portanto, de autorização para contrair matrimônio, embora o diploma civil preveja expressamente que tal ausência de consentimento de forma injustificada pode ser suprida por consentimento judicial.

Em relação ao estado de filiação, se um dos genitores vier a falecer, não tiver reconhecido a filiação ou não puder exercer o poder familiar, o outro genitor pode

nomear tutor para o filho por meio de testamento ou escritura pública. Dessa forma, de acordo com Gonçalves (2007, p. 376) “aqui se presume que ninguém melhor que os próprios pais saberá escolher a pessoa a quem confiar a tutela do filho menor”.

Nesse momento, oportunas são as palavras de Rodrigues (2006, p.361):

Esse é o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercitar o poder paternal, pois não pode um dos cônjuges privar o outro do direito que a lei lhe confere.

Além dos deveres inerentes ao poder familiar há também direitos de que gozam os titulares ativos desse poder, como exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Ao se fazer essa exigência, principalmente quanto à prestação de serviços, deve-se obedecer as vedações trazidas no texto constitucional, como também as da Consolidação das Leis Trabalhistas. Ainda, se o menor estiver trabalhando, deverá ter condições de conciliar com a escola, não podendo em nenhuma hipótese abrir mão desta em detrimento daquele.

No que atine a administração dos bens do filho pelos pais, vale ressaltar que administrar não se confunde com dispor. Pois havendo colisão entre os interesses dos pais com os do filho o juiz nomeará um curador especial para atuar no feito como representante do menor, defendendo seus bens, e, ainda, se for praticado ato que viole os direitos e interesses dos menores, este será passível de nulidade.

É preciso esclarecer que, para evitar que pais reconheçam seus filhos apenas objetivando o acesso a seus bens, são excluídos do usufruto os bens dos filhos havidos fora do casamento antes do reconhecimento. Bem como se excluem os bens deixados ou doados ao filho sob condição de não serem administrados pelos pais.

Os valores auferidos pelos filhos maiores de dezesseis anos no exercício de atividade profissional ou os bens com tais recursos adquiridos, e os que aos filhos couberem na herança quando os pais forem excluídos da sucessão também não terão os pais acesso a seu usufruto.

1.3 Da extinção, suspensão e destituição do poder familiar

O poder familiar se apresenta no cenário jurídico como sendo um poder-dever de resguardar e proteger a pessoa dos filhos menores e seus bens. Com o fim de defender os interesses dos menores, o Estado é legitimado a intervir nessa relação familiar, reservando-lhe o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo.

Contudo, há situações que sem a intervenção estatal o mencionado poder pode ser extinto, nos casos de morte de ambos os pais ou do filho, quando o filho atingir a maioridade civil ou nas hipóteses de emancipação.

É preciso esclarecer ainda que na eventualidade de adoção a situação é peculiar, pois decorre a extinção do exercício da autoridade parental em relação aos pais biológicos, mas nasce em relação aos pais adotivos, que passam a ser titulares e podem exercê-lo plenamente. Portanto, não se restabelece o exercício daquele instituto dos pais de sangue, mesmo sobrevivendo o óbito dos adotantes, conforme ensinamentos de Gonçalves (2007, p.382):

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

Uma outra hipótese de extinção do exercício do poder familiar decorre de decisão judicial que decreta a sua perda na forma prevista no art. 1.638 do Diploma Civil brasileiro.

Salienta-se que a suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres inerentes ao exercício daquele *múnus* público. Segundo Dias (2007, p. 352) “o intuito não é punitivo, visa muito mais a preservar o interesse dos filhos, afastando de influências nocivas”.

Dessa forma, a sentença judicial, ao decretar pena de suspensão, após a constatação que um dos pais, ou ambos, abusaram de seu poder, faltaram aos seus deveres ou arruinou os bens do filho menor, como também se foi condenado por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Sendo que uma vez suspenso, o pai ou a mãe perde totalmente os direitos em

relação ao filho, inclusive o usufruto de seus bens, apesar de que o encargo alimentar persiste, uma vez que "é intransmissível, decorrente da condição de filho, independente do poder familiar" (Comel *apud* DIAS, 2005, p. 352)

Essa pena não tem prazo ou tempo limite, sendo definido e estipulado até que os interesses do menor estejam resguardados, quando se restaura o poder familiar, já que se presume desaparecida a causa que motivou a suspensão.

A perda do poder familiar é a mais grave sanção imposta àquele que faltar com seus deveres impostos por esse *múnus* e, em regra, é permanente, apesar de que, conforme ensinamentos de Diniz (2007, p. 527), "pode ser restabelecido, excepcionalmente, se provada a regeneração do genitor ou desaparecida a causa que determinou"

Via de regra, o poder familiar dura por toda a menoridade e a sua suspensão ou destituição deve ser deferida pelo juiz com muita sensibilidade e diante do caso concreto, uma vez que tal imposição não pode prejudicar a criança ou o adolescente já que é tomada com o fim primordial de protegê-la.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE JURÍDICA DA GUARDA DE FILHOS

A expressão “guarda” indica ato de vigilância, se afeiçoando ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, no caso, dos pais em relação aos filhos menores. E, ainda, na relação pais-filhos, traz também uma noção de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade dos menores.

A idéia de guarda surge a partir do momento em que há uma cisão no relacionamento do casal, quando se passa a discutir a respeito da futura companhia dos filhos.

Tradicionalmente, a guarda é tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação destes, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgado esta posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se.

Contudo, isso não significa que este é o único caminho a ser trilhado, já que, com o fim de salvaguardar o melhor interesse do menor, é possível encontrar algumas modalidades distintas de guarda.

Com a ruptura do relacionamento afetivo dos pais, o menor passa a ser vítima das mazelas provocadas pela separação conjugal. Diante disso aplica-se a lei, a qual tem como objetivo primordial proteger os interesses do menor.

2.1- Da guarda: noções gerais

Do poder familiar surge o instituto da guarda, sendo que com o fim do casamento ou união estável aquele perdura para ambos os cônjuges uma vez que permanece intacta a relação dos pais para com seus filhos e deste para com aqueles.

No sistema jurídico brasileiro a primeira regra que regulou o destino de filhos de pais separados trata-se do Dec. nº 181 de 1890, no qual havia uma espécie de punição para o cônjuge que desse causa à separação, qual seja, a perda da guarda dos filhos comuns e menores, como também uma cota, espécie de pensão alimentícia que contribuísse com a educação dos mesmos.

Nessa esteira, o Código Civil de 1916 elencava duas possibilidades para a guarda: se o desquite fosse amigável cabia aos cônjuges, em comum acordo, decidirem sobre a guarda dos filhos; já se o desquite fosse litigioso, sendo ambos os cônjuges culpados, se o juiz verificasse que não adviriam prejuízos de ordem moral para os filhos a mãe ficaria com as filhas menores e os filhos até seis anos, após essa idade o pai ficaria com a guarda para dar-lhes a primeiras orientações masculinas para se comportar na sociedade.

No entanto, havendo cônjuge inocente no desquite, a este caberia a guarda dos filhos menores já que o que se considerava era unicamente a postura dos genitores como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.

O Decreto-Lei nº 3200 de 1941 trouxe uma inovação ao estabelecer que a guarda do filho natural ficasse com o progenitor que o reconheceu. Se ambos o reconheceram, ficava sob a guarda do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso. Sendo, portanto, alterado pela Lei nº 5582/70 a qual determinou que o filho natural que fosse reconhecido por ambos os genitores ficasse sob a guarda da mãe, a não ser que o juiz decidisse de modo diferente visando o melhor para os menores.

Com o advento da Lei nº 4121/62, Estatuto da Mulher Casada, no desquite litigioso por culpa de ambos os cônjuges os filhos menores ficariam sob a guarda da mãe, se descartando, com isso, o critério anterior de sexo e idade. Ao arbítrio do juiz foi incluído que, no caso de se verificar que nenhum dos progenitores teria condições para a guarda, a mesma poderia ser deferida a pessoa idônea da família de qualquer um dos cônjuges, assegurando aos pais o direito de visitas.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da igualdade conjugal cessou com a discriminação entre os sexos, o que trouxe reflexos significativos no poder familiar e, conseqüentemente, na guarda. Assim, assegura ao menor como dever da família, sociedade e Estado o direito à convivência familiar e comunitária.

Da mesma forma o Estatuto da Criança e do Adolescente, que ao regular a guarda como posse de fato do menor, assumindo a condição de sujeito de direitos com absoluta prioridade. Observa-se ainda a preocupação legislativa no Diploma Civil em vigor, no que atine a incorporação do princípio do melhor interesse do menor quando os pais deixam de conviver sob o mesmo teto, trazendo assim mais

atenção e respeito às necessidades daqueles e lhes garantindo um desenvolvimento sadio e equilibrado.

Quando um enlace matrimonial ou união estável não logram êxito, seja pelo motivo que for, a solução mais adequada é a separação do casal. Contudo, é importante que o fim do relacionamento dos pais não deve atingir também o relacionamento destes com seus filhos, preservando os laços de parentalidade o efetivo exercício do poder familiar e conservando a participação de ambos os genitores em todas as esferas da vida de seus filhos menores.

Conforme entendimento de Lamartine e Ferreira (*apud* DIAS, 2007, p. 358):

O rompimento da relação de conjugalidade dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. O estado de família é indisponível.

É preciso destacar que, mesmo estando separados, ambos os pais continuam no exercício do poder familiar, quando então se passa a cuidar da “posse” do filho, onde um detém sua guarda e o outro fica com o direito de visita, em regra. Sabe-se que o genitor que não tem a guarda do filho tem o direito de fiscalizar sua manutenção e educação, podendo reclamá-lo ao juiz se as entender contrárias aos interesses dos filhos, além de ter o direito de visitas, o qual deve servir para fortalecer os laços afetivos e de amizade entre genitor e filho.

Tanto é assim que o Tribunal de Justiça de São Paulo estabeleceu que:

Um dos objetivos da visita é o de fortalecer os laços de amizade entre os pais e filhos, enfraquecidos pela separação do casal; é o de proporcionar aos últimos a assistência e o carinho daqueles; é o de minorar os efeitos nocivos impostos à prole com a separação definitiva dos genitores. (RJTJSP, 22:204).

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta duas situações que disciplinam o instituto da guarda. Uma é a expressa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual trata da colocação do menor em família substituta quando este se encontrar em situação irregular. E a outra se refere ao disposto no Código Civil vigente que

regulamenta a situação da guarda com a superveniência da separação judicial ou do divórcio.

Nesse momento, imprescindível é apresentar o conceito a respeito prelecionado por Milano (*apud* RIBEIRO, 2008):

No sentido jurídico, guarda é o ato ou efeito de guarda e resguarda o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.

No mesmo sentido Paula (*apud* SILVA, 2004, p. 31):

Guarda do menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e um menor, dimanados de fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e dá responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação.

A partir dos conceitos apresentados se torna possível extrair alguns elementos que integram o instituto da guarda: o poder familiar, já que esta se dá em decorrência daquele; a posse do menor, pois com o fim da união do casal, eles tendo filhos, um dos cônjuges fica com a guarda e o outro com o direito de visita; o dever de prestar assistência material, moral e educacional impostos à pessoa do guardião, sempre visando o bem estar do menor.

Medeiros, M. (2007) coloca ainda uma distinção entre a guarda física, aquela característica pela idéia da posse, proteção, amparo, e entre a guarda jurídica, referente às relações de caráter pessoal que surgem do poder familiar, quais sejam: educação, respeito, honra e sustento.

Vale ressaltar que a guarda não é um poder entregue livremente à alguém para que exerça a autoridade parental. É, acima de tudo, um dever imposto por razões de ordem pública, que se violado injustificadamente acarreta ao descumpridor sanções civis e penais.

Ao examinar o instituto da guarda é imprescindível apresentar as várias modalidades do referido instituto. Decorrente de vínculo matrimonial ou extra

matrimonial surge a chamada guarda comum ou originária, onde ambos os pais a exercem em conjunto. Por se enquadrar na forma natural, inexistente a figura do guardião.

Contudo, com o fim da sociedade conjugal ou da união estável recorre-se à via judicial para resolver o conflito entre pais sobre com quem ficarão os filhos, sempre visando o melhor interesse do menor. Conforme Alves (2008), se deferida a guarda única, um dos genitores será nomeado guardião, tendo o convívio diário com o filho, com isso possui a guarda material/física e a jurídica.

Já ao outro genitor compete o exercício do poder familiar em caráter restrito, ou seja, é atribuído o direito de visita, enquanto atua fiscalizando o guardião a fim de comprovar se está desempenhando corretamente seu papel e se os direitos dos filhos estão sendo respeitados.

O juiz pode optar pela guarda unilateral, que é o modelo tradicional, o mais conhecido no direito brasileiro, no qual a criança permanece apenas com um dos genitores, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro genitor.

Nesse diapasão, ressalte-se que a guarda alternada consiste em fixar períodos em que a criança estará ora na companhia da mãe, ora na companhia do pai, vindo inclusive a cada período mudar de casa.

De acordo com Sousa(2008):

A polêmica causada por esse modelo está justamente no ponto em submeter o menor a hábitos diferentes, uma rotina instável, mudanças de valores, padrões que implicam na formação da personalidade, pois gera uma instabilidade psíquica e emocional.

Dentre as espécies de guarda, uma que é pouco adotada pelos magistrados é o aninhamento ou nidação, na qual os pais se revezam em mudanças para a casa onde os filhos moram. Neste modelo pais são que mudam temporariamente de casa, ao invés dos filhos.

Deve ser considerada ainda a guarda compartilhada ou conjunta que está em expansão e ganhando espaço nas recentes decisões pelo deferimento da guarda, principalmente após a promulgação da Lei nº 11.698/2008. Esse modelo visa a participação em condição de igualdade dos genitores nas decisões que se

relacionam aos filhos. Do desejo de ambos os pais em compartilhar da criação da prole comum e desta de manter a comunicação com os mesmos fez surgir essa modalidade de guarda.

2.2 Dos critérios para atribuição da guarda

A família clássica é formada a partir da união entre homem e mulher, e esse vínculo será o fato gerador de outras relações, tais como a de pais e filhos, interferindo, inclusive, na forma como os filhos se comportam na sociedade.

Quando o casal se separa há uma cisão na família com conseqüências para todos os seus membros. Com isso surge a família monoparental e a autoridade dos pais que era exercida em conjunto, passa a se concentrar num só, ficando o outro com um papel secundário em relação ao filho. Se não for decidida de maneira amigável, deve-se recorrer à via judicial para regulamentar a guarda do menor.

Vale ressaltar que mesmo se decidida de forma amigável pelo casal e homologada pelo juiz, se este apurar que o cônjuge que tem a guarda da prole representa perigo à moral do menor, poderá desprezar o acordo e conferir a guarda ao outro genitor ou a terceiro.

Para a solução do conflito entre pais, eles devem ser contemplados da solução mais justa e mais benéfica para que a criação e a educação dos menores não seja prejudicada, uma vez que suas conseqüências acompanharão a todos pelo resto da vida. Deve-se considerar o bem estar e o interesse do menor em questão, como se posiciona Grisard Filho (2002, p.61):

E desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade.

Assim, é preciso que além de vasto conhecimento jurídico, o magistrado tenha sensibilidade ao julgar as ações de guarda a fim de encontrar a solução que apresente menos prejuízos de ordem social e psicológica às partes envolvidas.

Na tentativa de minimizar esses prejuízos deve-se dar preferência ao interesse moral representado por uma boa formação social, afetiva, espiritual, educacional e psicológica em desfavor do interesse material, pois, como bem se manifesta Wanderley (2005, p.28):

O interesse material não se pode considerar independente do moral, priorizá-lo. O genitor que dispunha de mais recursos estará obrigado a transferi-lo aos filhos na forma de alimentos, independentemente de qual dos pais esteja no exercício da guarda.

Ao analisar o instituto da guarda vê-se que o princípio orientador das decisões judiciais segue a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, que não de ser criados no ambiente que melhor lhe assegure bem estar físico e espiritual, seja com o genitor ou mesmo com terceiro.

Ao se atribuir a guarda deve-se considerar o querer particular do menor e a sua idade. O interesse e o bem-estar do filho é um aspecto bastante subjetivo para o julgador que “interpretará os interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais do filho menor, intervindo segundo o princípio da singularidade”(Grisard Filho, 2002, p. 64).

Quando criança, o vínculo com a mãe, geralmente, é mais forte, até mesmo por uma questão de dependência, como no caso de lactantes que dependem do aleitamento materno. Contudo, como já foi dito, no caso de deferimento de guarda, cada caso deve ser examinado isoladamente, e o pai não pode ser considerado como figura dispensável à criação dos filhos.

Dessa forma, é aceitável, no processo de deferimento da guarda, que o magistrado ouça a opinião da criança ou do adolescente, não vinculando a sua decisão final, mas configurando como “elemento investigatório sobre o ambiente social, moral e afetivo vivenciado pelo menor” (Grisard Filho, 2002, p. 71), sem, contudo, inquiri-lo a escolher entre o pai ou a mãe.

Esclarece ainda que na hipótese de o casal ter dois ou mais filhos, no que tange a concessão da guarda, a opção inicial é não separá-los, mantendo unido o fragmento da família que resta e preservando a relação fraternal. Porém, se for

impossível mantê-los unidos, recomenda-se seja estipulado um regime de visitas amplo para não acabar com os laços entre os irmãos.

Também são consideradas as condições morais e materiais de cada um dos pais isoladamente, já que não se recomenda a guarda a pessoa desqualificada eticamente, inidônea, imatura ou que tenha problema comportamental. É importante ressaltar que nem sempre o genitor que possui as melhores condições financeiras é aquele que está psicologicamente ou emocionalmente preparado para ter a guarda da prole, pois é fundamental que exista um elo de afetividade e proximidade que possibilite a melhor convivência em benefício da criança.

Ressalte-se ainda que aquele que pretender ficar com a guarda dos filhos menores deverá ter uma conduta moral aceitável pela sociedade, a fim de que sirva de exemplo e possa transmitir princípios e valores nobres, fundamentais à formação da personalidade e do caráter da criança ou adolescente, conforme elucida Bittencourt (*apud* SOUSA, 2008):

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

Diante do exposto, quando o interesse do menor for soberano e as circunstâncias indicarem necessidade de alteração, o juiz poderá rever sua decisão, bem como as partes podem solicitar alteração daquilo que já haviam acordado.

Para a formação das jurisprudências os Tribunais têm analisado frequentemente a conduta dos genitores, de acordo com Bittencourt (*apud* SOUSA, 2008):

Por vezes, nega a guarda à mãe acusada de homicídio contra o pai do menor e de levar conduta incompatível com a moral média da macrossociedade ao deixar-se fotografar em posições eróticas obscenas. Por outras, não nega a visita do pai que esteja *sub judice*, sendo a vítima do crime de homicídio a mãe dos menores. Outras mais, embora de mau comportamento e tendo falhado como esposa, ao praticar adultério, sendo boa mãe, a ela deve ser conferida a guarda, pois o interesse e bem estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir seu destino.

Destarte, para se deferir a guarda de menor não há regra absoluta, apenas devem ser consideradas as necessidades de pais e filhos, as quais estão balizadas no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Verifica-se que cada caso tem suas peculiaridades e, por isso, o que se deve buscar a solução mais justa e o melhor atendimento aos interesses do menor. >

CAPÍTULO 3 A GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A família é a célula mãe da sociedade, é dela que se originam todos os outros fundamentos e relações, tais como sociais, religiosos, morais, éticos e jurídicos. Justificando-se, assim, a importância da ampla proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro à família.

Por ser formada de seres humanos, ela é passível de erros e desencontros, tal como quando se verifica na convivência entre cônjuges ou conviventes que não dá certo, acarretando a separação conjugal ou dissolução da união, fatos estes que recebem acolhimento jurídico, além de que deve se verificar se dessa relação advieram filhos, quando surge o conflito sobre a guarda de quem eles ficarão.

Neste instante é momento de adentrar exclusivamente na guarda compartilhada, objeto principal desse estudo, além de ser uma das alternativas frente ao dilema de guarda do filho, apresentando-se como o modelo que mais se harmoniza com a realidade e que considera em primeiro plano sempre o interesse do menor frente ao dos pais.

3.1 Abordagem histórica e conceitual da guarda compartilhada

O instituto da guarda surgiu na Inglaterra, ainda na década de 60 quando à mãe foi encarregado os cuidados diários dos filhos (*care and control*) e recuperou ao pai o poder de dirigir a vida do menor (*custody*), possibilitando assim ao pai e à mãe o exercício comum e cooperativo da autoridade. Ganhando força nesse país, começou a se expandir, chegando à França em 1976, onde em 1987 foi publicada a Lei 87.570 (Lei de *Malhuret*).

Acompanhando a então evolução da aplicação desse instituto no mundo, logo ganhou força no Canadá e nos Estados Unidos, onde hoje é um dos modelos de guarda que mais cresce. No direito canadense esse tipo de guarda só é adotada quando os pais se manifestam por essa opção por meio de acordo. Se o acordo não for possível, o Tribunal decide pelos pais.

No direito português com a entrada em vigor da Lei nº 84/95 houve uma alteração no artigo 1.906 do Código Civil daquele país facultando aos pais o poder de acordar sobre o exercício em comum do poder familiar quando da dissolução do casamento.

Na Espanha, em caso de separação, se um genitor solicitar ao juiz, este pode atribuir o exercício conjunto da guarda com fundamento no artigo 156, § 5º do Código Civil espanhol.

A legislação argentina adotou o exercício conjunto da guarda como regime básico, sempre visando atender ao melhor interesse do menor, podendo o juiz, com base nisso, decidir de modo diverso.

No Brasil esse modelo de guarda só passou a ter previsão legal a partir de 13 de setembro de 2008 com a entrada em vigor da Lei nº 11.698, porém há muito vinha sendo adotada, acompanhando a evolução do direito alienígena e visando garantir a preservação do melhor interesse do menor, como se verifica em algumas ementas de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e de decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALTERAÇÃO LIMINAR DE GUARDA DOS FILHOS. INDEFERIMENTO. Mostra-se temerária alteração na guarda, mormente quando já se encontra a guarda compartilhada entre os genitores do menor. Ademais, há questões ainda a serem dirimidas perante o juízo de primeiro grau. Partindo-se do princípio que é o interesse do menor que deve ser resguardado, melhor é aguardar que elementos de convicção mais concretos venham aos autos. NEGADO PROVIMENTO EM MONOCRÁTICA. (SEGredo DE JUSTIÇA), (Agravado de instrumento nº 70013731500, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/12/2005). (Grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. Guarda compartilhada. Agravo retido. Desprovido. Litispendência e coisa julgada. Inexistência. Sentença fulcrada em prova pericial. Desprovimento do agravo e do apelo. A decisão que impõe a continuidade do convívio da criança com ambos os genitores, indispensável para o desenvolvimento emocional da criança de forma saudável, é por demais salutar, de modo especial quando amparada na prova pericial carreada aos autos. ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por sua 1ª Câmara Cível, à unanimidade, rejeitar a preliminares suscitada e, no mérito, negar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator (Publicado no D.J. em 13/04/2006). (Grifo nosso)

A partir da análise das decisões proferidas acima, verifica-se que mesmo antes da positivação da guarda compartilhada ela vem sendo adotada por apresentar-se como um modelo seguro e que atende com eficácia a proteção aos direitos dos menores.

Tradicionalmente com a separação do casal a guarda dos filhos era concedida quase sempre à mãe, por considerar o instinto materno mais forte e os laços dessa com os filhos mais estreitos, retirando a figura do pai e colocando este como mero visitante. No entanto, mais recentemente, os pais passaram a ter um envolvimento mais forte na criação dos filhos o que os levou a lutar pela guarda dos mesmos.

As visitas quinzenais típicas da guarda única se tornam prejudiciais não só à relação pai-filhos, bem como à referência paterna que o menor precisa ter para um desenvolvimento equilibrado, os pais têm optado pelo compartilhamento da guarda de seus menores.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família que se desfez com a separação conjugal, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais. Dessa forma, com o fim de proteger o melhor interesse do menor, incluídos aí suas necessidades afetivas e emocionais, a guarda compartilhada revaloriza o papel de cada um dos pais e com isso oferece ao menor um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo, já que garante a participação comum dos genitores em sua criação e educação.

Para entender melhor o instituto em questão, interessante se faz apresentar seu conceito trazido por Grisard Filho (2002, p. 111):

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Ainda, Rabelo (2008) define tal instituto como sendo

um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança.

Diante do exposto, pode-se dizer que a guarda compartilhada refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nesse modelo de guarda os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem estar dos seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições, contornando os transtornos que o fim da sociedade conjugal traz, e, ao mesmo tempo, mantendo e estreitando a relação paterna e materna.

Vale salientar que a criança ou adolescente pode e deve ter uma residência fixa com o genitor que tem melhores condições para proporcionar um ambiente saudável para o seu desenvolvimento, o que não pode existir é uma ruptura dos laços afetivos provocada pela guarda unilateral, que distancia e torna frio o relacionamento entre pais e filhos com o sistema apenas de visitas.

Nesse sentido, são salutares as palavras de Motta (2002, p. 197):

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

Assim, o menor tem uma residência fixa, seja na casa da mãe ou do pai, ficando compartilhado as responsabilidades e decisões a respeito daquele. É possível se decidir também pela alternância de lares na guarda conjugada, ficando o menor um período de tempo com cada um dos pais.

A diferença com a guarda alternada é que nessa a guarda jurídica depende com quem está com o filho em determinado momento, ficando ora com a mãe exclusivamente e ora com o pai, da mesma forma, enquanto que naquela a guarda jurídica é de ambos os pais.

3.2 Do deferimento da guarda compartilhada: desvantagens e vantagens sócio-jurídicas

Com o fim da sociedade ou do vínculo conjugal os direitos e deveres dos pais para com os filhos permanecem. Sendo esse fim amistoso, ou seja, sendo a separação, o divórcio ou o fim da união estável consensual, não resta dúvida que o magistrado deve obedecer ao acordado pelos então ex-cônjuges, sendo perfeitamente possível a adoção da guarda compartilhada.

De acordo com Tepedino (2008), essa modalidade de guarda apresenta fundamentos jurídicos em três aspectos: a) o vínculo parental e os direitos e deveres dele decorrentes não são extintos junto com o enlace matrimonial uma vez que o poder familiar persiste; b) a guarda conjunta pode ser aplicada quando houver requerimento dos pais ao se verificar que obedece ao princípio do melhor interesse para o menor; e c) quando o juiz assim se convencer ser o melhor para os menores aferindo a possibilidade de ambos os pais assumi-la.

Por esta forma, verifica-se que mesmo antes da promulgação da Lei nº 11.698/2008, a qual regulamentou a guarda compartilhada no sistema jurídico brasileiro, esta já vinha sendo amplamente adotada e com sucesso na maioria dos casos.

Verifica-se que apesar de a guarda compartilhada ser uma boa solução para o conflito pela guarda dos filhos que se forma a partir do fim dos laços entre o casal, há situações em que ela não é aconselhada.

Antes de ser uma realidade jurídica, se fazia uma crítica ao instituto em questão afirmando que era uma utopia e só funcionaria em casos excepcionais que imperem a razoabilidade entre os ex-cônjuges. Ora, além de já ser uma constante nos tribunais brasileiros, bem como no atual Diploma Civil, a razoabilidade entre cônjuges é uma máxima exigida a todas as modalidades de guarda, pois sem ela nenhum modelo funcionaria, tendo que se recorrer à via judicial para solução de tudo que se refira à vida do menor em questão.

Contudo, não é recomendável a aplicação desse tipo de guarda para pais que vivem em situação de conflito constante, já que eles não irão cooperar entre si, o que dificultará na hora de tomar decisões conjuntas a respeito dos filhos.

Quando as crianças são muito pequenas alguns magistrados não optam pelo deferimento da guarda compartilhada por considerarem que é nesse momento que precisam de estabilidade para formarem sua personalidade, pois, segundo a psicóloga Nazareth (*apud* GRISARD FILHO, 2002, p.175) conviver “em ambientes físicos diferentes requer uma capacidade de adaptação e de codificação-decodificação da realidade só possível em crianças mais velhas”.

Também pode não ser deferida esse tipo de guarda ao se considerar a questão da moradia dos filhos, pois é tida como instável para o menor. Grande equívoco ocorre quem traz esse pensamento, uma vez que confunde guarda compartilhada com guarda alternada. Na adoção daquela, os separandos devem criar as condições necessárias para que as crianças se sintam em casa nos endereços de ambos os pais, bem como não há períodos pré-estabelecidos para ficar com os filhos, variando de acordo com a conveniência e vontade dos pais e filhos.

Não seria aplicável também nos casos em que um dos pais apresentar algum distúrbio ou vício que coloque a vida do filho em risco. Nesse caso, a guarda deve ficar com aquele que apresentar melhores condições de oferecer um ambiente favorável a um desenvolvimento sadio e equilibrado ao menor e o outro genitor pode ser suspenso ou destituído do poder familiar conforme o caso.

Com o rompimento conjugal, dúvidas não deixam de existir com respeito de quem ficará com os filhos, e pelo fato de se constatarem desvantagens pela adoção da guarda compartilhada, essa não deve ser descartada de plano, uma vez que as demais modalidades de guarda também apresentam seus defeitos.

Destaca-se que a determinação da guarda conjunta é indispensável para que as funções paterna e materna possam ser garantidas às crianças indistintamente, com suportes sociais simbólicos que devem sustentar a dimensão privada da parentalidade, já que os menores de idade necessitam de pai e mãe para seu completo desenvolvimento.

Assim, um dos principais motivos para a adoção da guarda compartilhada se deve ao fato da continuidade da relação da criança ou adolescente com seus genitores após a separação, divórcio ou fim da união estável, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor, como demonstra Motta (*apud* LEVY, 2008) ao se pronunciar sobre o tema:

tem se revelado como uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, a nosso ver, como solução para os litígios mais acirrados e ainda que as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e dificuldades, advindos da conjugalidade desfeita, do exercício da parentalidade.

Nesse contexto, é perceptível que há uma mudança do genitor não guardião frente à prole, já que de mero visitador ele readquire a co-responsabilização. Isso passa a ser sentido pelos filhos que, mesmo com o afastamento físico temporário, não se sentem mais rejeitados pelos pais.

Os pais também passam a ter mais contato com os menores, o que antes era alvo de reclamações conforme se depreende de trecho da pesquisa realizada pela psicóloga Brito (2008):

Muitos homens relataram que no próprio ambiente social, por meio de amigos, familiares ou até mesmo dos próprios advogados, foi reafirmado e naturalizado o afastamento eminente do pai em relação aos filhos após a separação conjugal. Foi ainda expressiva a reclamação dos pais visitantes de que contatos esporádicos, limitados por regulamentações, não podem constituir um efetivo processo educativo.

Por esse motivo a guarda compartilhada vem sendo adotada com o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sombra do princípio da isonomia conjugal, proporcionando aos genitores tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando as responsabilidades e mantendo a intimidade e o afeto indispensáveis à vida de ambos.

Em estudo psicológico realizado, o psicólogo Silva, L. (2008) encontra diversas vantagens quando a guarda compartilhada é a opção escolhida:

Encetamos a nossa pesquisa com os seguintes postulados, observados em nossa prática: na guarda exclusiva, os filhos menores sofrem com a ausência de um dos pais, podendo apresentar transtornos psíquicos; na guarda compartilhada, com a alternância de casas, tais comportamentos não acontecem ou são muito reduzidos; as crianças têm condições internas para se adaptarem a duas casas, realizando uma adaptação rápida que não dá lugar a nenhum dano psíquico; por fim, acreditamos que uma separação que atenda às necessidades dos filhos – contato freqüente com ambos os

pais – traria os seguintes benefícios: diminuição de estresse e maior produção (escola, trabalho, etc.); melhoria na qualidade de vida; menor custo num processo judicial. (...) diminuição da gravidez na adolescência; diminuição do suicídio em crianças e adolescentes; diminuição do uso de drogas entre crianças e adolescentes; diminuição da evasão escolar; diminuição de problemas emocionais ou comportamentais; diminuição de prisões de menores.

Dessa forma, é possível se verificar que as vantagens são nítidas e bastante benéficas, apesar de não se limitarem apenas às apresentadas pelo psicólogo.

Como consequência jurídica, a guarda compartilhada favorece a responsabilidade civil, uma vez que obsta a negligência pelo genitor que não detém a guarda física da criança.

Quanto ao relacionamento de terceiros que mantêm negócios jurídicos com os menores, a guarda compartilhada se manifesta favorável, pois aqueles presumirão que ambos os pais sendo responsáveis, o negócio gozará de uma garantia maior.

Em matéria de alimentos, a adoção da modalidade de guarda em questão pode funcionar como elemento motivador ao cumprimento do pagamento da pensão alimentar, pois como bem evidencia Leite (*apud* SCORSIM, 2008) “quanto maior o contato entre os pais com seus filhos, mais aqueles sentem as necessidades materiais destes e conseqüentemente sua natural obrigação de sustento”.

A guarda compartilhada também elimina os conflitos de lealdade, evitando que o filho tenha que passar pelo drama de ter que escolher um dos genitores, já que ambos participarão em igualdade de condições de sua criação.

Em relação ao indeferimento da guarda à pais que apresentem vícios ou perigos ao menor o problema não encontra-se com a guarda em questão, uma vez, visando preservar a integridade da criança e adolescente, nenhuma modalidade de guarda será concedida a esse tipo de pai ou mãe.

Também há críticas ao deferimento da guarda compartilhada no casos de crianças muito pequenas em questão ao se afirmar sua prejudicialidade por exigir da criança constantes mudanças de domicílio.

Nesse caso, a guarda conjunta permanece com ambos os pais, mas a criança pode morar apenas com um genitor. Entretanto, o psicólogo Silva, L. (2008), com convicção afirma que

Pensar que a guarda deva ficar somente com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, é um equívoco. O referencial a não ser perdido é o dos pais. A criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criará o vínculo com duas casas. Permitir à criança o convívio com ambos os pais deixa-a segura, sem espaço para o medo do abandono.

Afirma ainda, *ibidem*, que mesmo na infância o ser humano apresenta poder de adaptação, conforme se depreende da leitura do texto a seguir:

Do ponto de vista psicológico, há boas razões que corroboram o entendimento de que a criança já a partir dos seis meses de idade tem condições internas para lidar com mudanças e se adaptar à realidade do mundo em que vive.

Desse modo, o importante é assegurar um relacionamento harmônico e saudável que proporcione bem estar aos filhos na companhia dos seus dois genitores e que estes se façam presença constante, respondendo ao desafio que encerra a maternidade e a paternidade. Assim a guarda compartilhada apresenta-se como a mais adequada modalidade de guarda, uma vez que almeja assegurar o melhor interesse do menor, com o fim de protegê-lo e permitir um equilíbrio emocional.

Diante do exposto se verifica que o sucesso da guarda compartilhada só será possível se não houver uma disputa direta, rivalidade, entre os ex-cônjuges, já que esse regime requer diálogo e bom senso dos pais ao tomarem decisões a respeito dos filhos.

3.3 Dos efeitos jurídicos da aplicação da guarda compartilhada

É pacífico o entendimento de que o interesse do menor deve prevalecer quando do deferimento e fixação da guarda, com fundamento na teoria da proteção integral do menor já que com a ruptura do vínculo matrimonial ou da união estável deve-se buscar uma decisão judicial que acarrete aos menores prejuízos possíveis para todos os membros da família.

Nesse contexto, a guarda compartilhada surge como uma alternativa para reorganizar as relações entre pais e filhos, conservando todos os laços de afetividade e as responsabilidades que devem ser mantidos nessa relação.

Assim, é importante que fique bem claro para os filhos que o que se dissolveu foi somente a sociedade conjugal e não a parental entre eles e seus pais. Deve ser ressaltado também que do seu implemento surgem as conseqüências diretas para a família- pais e filhos.

A primeira dela é a responsabilidade civil dos pais, a qual decorre do exercício do poder familiar, o qual lhes traz o dever de velar constantemente pelos filhos enquanto esses são incapazes.

O Código Civil brasileiro tem previsão expressa da responsabilidade, no caso, objetiva, dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia. No entanto, na guarda unilateral, apenas o genitor que detém o filho sob sua guarda é que arca com essa responsabilidade.

Conforme se depreende do exposto por Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 171) ao se referirem a responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores:

Chamar atenção de que somente aquele dos pais que exerce, de fato, a autoridade sobre o menor, fruto da convivência com ele, poderia ser responsabilizado pelo dano causado.

Contudo, é edificante relevar que pai e mãe são papéis constantes desempenhados por toda a vida. Então, se optaram em ter filhos, ou por descuido eles nasceram, devem arcar juntos por essa decisão, não se eximindo da responsabilidade apenas por não haver mais convivência física entre eles.

Nesse sentido se defende que a responsabilidade por atos dos menores seja atribuída de acordo com o exercício do poder familiar, o qual não se extingue junto com o enlace matrimonial, visando com isso uma efetiva reparação do dano à vítima.

Com o deferimento da guarda compartilhada a questão da reparação do dano mostra-se menos problemática já que os genitores são solidariamente responsáveis

O ser humano precisa de um lugar onde possa se estabelecer, criando ali um espaço de referência a partir do qual se propagam seus contatos com o mundo externo. Para a criança e adolescente instituir-se nesse ponto trará conseqüências para sua vida adulta, o que faz com que a residência seja considerada para eles um “porto seguro”.

Com o deferimento da guarda compartilhada poderá ser fixada uma residência única para o menor com o fim de lhe assegurar a estabilidade necessária a essa fase de desenvolvimento. Firmada a residência habitual onde ele se encontrará juridicamente domiciliado, será definido o espaço dos genitores para que possam exercer suas obrigações, da seguinte forma: o genitor que mora com o menor terá a guarda física e ambos terão a guarda jurídica.

Incentivando o contato freqüente e contínuo dos genitores com os filhos, a guarda conjunta não significa que haverá uma divisão pela metade do tempo passado com os filhos. Eles devem passar sim um tempo com cada um de seus genitores, mas será de acordo com a conveniência e oportunidade de todos, sem que seja preciso preestabelecer dias e horários determinados, que muitas vezes não será o mais conveniente para filhos ou para pais, como ocorre na guarda alternada.

Com isso fica evidente que nesse modelo ocorre a plena participação de ambos os genitores em todos os aspectos de formação dos filhos, até mesmo nos momentos em que não estão na companhia física.

É preciso esclarecer que com relação às visitas, no instituto em questão o que prevalece é o concreto entendimento dos genitores, já que de acordo com o artigo 1.589 do Código Civil brasileiro os pais possuem o direito de visitar seus filhos.

O fim do relacionamento dos pais não pode se converter no afastamento de um dos genitores na vida do filho, o que poderá resultar em perdas incalculáveis para formação da personalidade no menor, já que a criança e o adolescente precisam de segurança, de saber sua origem e ter parâmetros do que vem a ser uma família, sendo esta responsável pela formação do indivíduo lançado na sociedade.

É importante que os pais aprendam a separar seus conflitos conjugais do exercício da parentalidade, fazendo com que os filhos sintam a mesma segurança que tinham antes do fim do vínculo matrimonial de seus pais, e que não parece que as brigas conjugais acontecem por sua culpa, ou por disputas pela sua guarda.

Com isso fica evidenciado que a guarda compartilhada ao possibilitar uma ampla participação dos pais na vida dos filhos, é uma resposta à complexa relação que se instaura a partir da separação, como bem entende Grissard Filho (*apud* Bernardes, 2008):

A guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura conjugal, 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.

Essa modalidade de guarda ainda pode ser utilizada com o fim de evitar que um dos pais sofra com a sobrecarga da responsabilidade sobre o filho trazida na guarda única.

No entanto, é de se frisar que não existe remédio para os enormes problemas que surgem com a separação do casal, mas, quem em muitos casos, a opção pela guarda compartilhada é a melhor alternativa para minorar seus efeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Era constante se observar que a guarda exclusiva, apesar de não ser a única modalidade de guarda existente, era a mais usada, concedendo-se geralmente a guarda à mãe e o direito de visitas ao pai. Tal costume transmitia uma idéia de que apenas a mãe tem condições de criar sozinha o filho, levando para o pai a figura de responsável apenas pelo pagamento de pensão alimentícia.

É preciso esclarecer que com a guarda única um dos pais, guardião, fica com a guarda física e jurídica dos filhos, enquanto que o outro, o não-guardião, apenas detém a guarda jurídica, gozando do direito de visitar os menores, mas apenas nos momentos estabelecidos na prolação da sentença de guarda pelo juiz. A partir disso se verifica que este genitor acaba se distanciando do filho, não criando, ou diminuindo os vínculos que teria com eles se tivesse uma convivência constante e livre de dias e horários pré-estabelecidos. Isso causa no menor o sentimento de ausência de um dos pais participando de seu desenvolvimento, quando passa a ter a idéia de que tem apenas um genitor que o cria e é responsável por ele e o outro passa a ser visto como um mero visitante.

Assim, foi oportuno destacar a guarda compartilhada como uma modalidade de guarda reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro apenas recentemente, com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, apesar de já se fazer presente em decisões anteriores a ela.

Pois, conforme visto no decorrer da pesquisa, compartilhar o cuidado aos filhos significa dividir a responsabilidade da criação e educação dos menores, possibilitando aos pais mais espaço para conviverem com os seus filhos, ampliando os laços de afetividade, passando a idéia de que os pais são o “porto seguro” dos filhos, bem como podendo exercer sem contratempos a autoridade parental, o que só vem a confirmar a hipótese levantada. Essa convivência diminui os sentimentos de culpa e frustração que podem sentir aqueles que não cuidam de seus filhos, como também diminui o impacto causado pela separação dos pais na vida dos menores.

Vê-se, ante o exposto, que a partir da adoção da guarda conjunta se verificou que o desenvolvimento psicoemocional das crianças e adolescente que desfrutam

desse modelo de guarda é mais sadio, o que torna um fator encorajador da cooperação entre os pais.

O presente trabalho objetivou discutir a respeito da aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, o que já é uma realidade no Diploma Civil a partir da promulgação da Lei nº11.698/2008, a qual traz nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 daquele código, inserindo expressamente a disciplina da guarda conjunta na legislação pátria. Assim, ao inserir três capítulos onde se trata do poder familiar, da guarda e da guarda compartilhada, alcançaram-se os objetivos previamente propostos.

Dessa forma, o resultado apresentado é que o deferimento da guarda compartilhada quando o relacionamento do casal pós-separação se mantém cordial é a decisão mais acertada, uma vez que atende plenamente ao princípio do melhor interesse do menor, já que conserva a participação de ambos os pais na vida daquele. Como na guarda compartilhada as decisões que envolvem os filhos menores são tomadas conjuntamente, verificou-se que não há prejuízo no exercício do poder familiar para nenhum dos genitores, que atuam como pais igualmente como o faziam à época em que a família ainda não havia se desfeito.

Apesar de o poder familiar não se dissolver junto com a união do casal, sendo portanto, alheio à guarda, seu exercício muda no tocante às decisões tomadas quanto às crianças, uma vez que se o genitor não-guardião discordar da deliberação do guardião, deve recorrer à via judicial para alterá-la, se a modalidade de guarda adotada for a unilateral, alternada ou a guarda compartilhada. Já ao se adotar a guarda compartilhada, os pais assentam conjuntamente, discutindo entre si e chegando a solução que melhor atenda às necessidades do menor em questão. Destarte, verifica-se que, dentre as modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda conjunta é a que mais respeita os direitos dos menores de conviverem numa família, ou seja, na presença de seus pais.

Confirmaram-se, deveras, que a adoção da guarda compartilhada faz-se relevante e deve ser intensificada nas decisões judiciais, na medida em que contribui para a recuperação de uma apreciação ética das relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício conjunto da autoridade parental.

REFERÊNCIAS

ALVES, Wellington Lopes, *Guarda compartilhada dos filhos*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-2030446165>> Acessado em: 20 set. 2008.

BERNARDES, Elizânia de Oliveira. *A guarda compartilhada e seus aspectos frente ao ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_759_A_guarda_compartilhada_e_seus_pectos_frente_ao_o> Acessado em : 15 set. 2008.

BRASIL, Código Civil. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Código Civil de 1916. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Constituição Federal de 1988. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Decreto Lei nº 3.200/1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=109992>> Acessado em: 05 ago. 2008.

_____, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 6ªed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____, Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62). Disponível em: http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1962-004121-emc/4121-62.html Acessado em: 02 set. 2008.

_____, Lei nº 11.698/2008, de 13 de junho de 2008. Altera os art. 1.583 e 1.584 do Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acessado em: 02 set. 2008.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70013731500, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Jurisprudências. Julgado em 09/12/2005.

_____, Tribunal de Justiça da Paraíba, Apelação cível, 1ª Câmara Cível, Diário Oficial de 13/04/2006. Disponível em: < http://www.tjpb.jus.br/carga_diario/carga_documentos.download?p_file=1241_2BCB_arq_arquivo.pdf> Acessado em: 26 out. 2008.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Parecer sobre a aplicabilidade da guarda compartilhada*. Disponível em: < <http://www.apase.org.br/91005-parecerleila.htm> > Acessado em 26 out. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. V. 5. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: RT, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Poder Familiar*. BARBOSA, Ágüida Arruda. VIEIRA, Claudia Stein (Coord). In. *Direito de Família – Direito Civil*. V. 7. São Paulo: RT, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEVY, Laura Affonso da Costa. *O estudo sobre a guarda compartilhada*. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Laura_Affonso_da_Costa_Levy/Guarda%20compartilhada2.pdf > Acessado em: 26 out. 2008.

MEDEIROS, Adriana de Moraes. *Guarda Compartilhada: a continuidade da relação familiar*. Natal: UnP, 2007.

MEDEIROS, Lorena Carla Lins de. *Guarda Compartilhada*. Natal: Unp, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 2. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada: Novas soluções para novos tempos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

RABELO, Sofia Miranda. *Guarda Compartilhada*. Disponível em: < <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm> > Acessado em 23 out. 2008.

RIBEIRO, Leonardo. *O Instituto da Guarda*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/2597/1/o-instituto-da-guarda/pagina1.html> > Acessado em: 15 set. 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 6. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCORSIM, Jeanete. *Guarda compartilhada: um efetivo exercício da autoridade parental*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81014-umefetivo.htm>> Acessado em: 27 out. 2008.

SILVA, Ângela Carlos Abrantes. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. Sousa: UFCG-CCJS, 2004.

SILVA, Evandro Luís. *Dois lares é melhor que um*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoid=1012607165>> Acessado em: 26 out. 2008.

SOUSA, Marlla Mendes de. *Guarda compartilhada e a defesa do melhor interesse da criança*. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/900/993/00000860.pdf>> Acessado em: 06 out. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca8.pdf>> Acessado em 25 out. 2008.

WANDERLEY, Fernanda Medeiros. *Guarda compartilhada: solução para o relacionamento entre pais e filhos separados*. Sousa: UFCG-CCJS, 2005.