



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

NOÉLIA MARIA DE ALMEIDA FERNANDES

GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS PARA PAIS E FILHOS E
AVANÇOS DE INSTITUTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO

SOUSA - PB
2009

NOÉLIA MARIA DE ALMEIDA FERNANDES

GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS PARA PAIS E FILHOS E
AVANÇOS DE INSTITUTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO

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. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB
2009

NOÉLIA MARIA DE ALMEIDA FERNANDES

GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS PARA PAIS E FILHOS E AVANÇOS
DO INSTITUTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Examinador: Prof. Msc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador: Prof. Msc. Lourdemário Ramos de Araújo

A DEUS, por está sempre presente na minha caminhada, me dando força e coragem para enfrentar os obstáculos surgidos. Aos meus pais e esposo, pessoas que contribuem em todos os momentos da minha vida, proporcionando-me apoio e segurança.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, nosso Ser Maior, que sempre está ao meu lado e no meu coração, me abençoando e me protegendo, durante todos os momentos da minha vida, bem como no decorrer da confecção deste trabalho, me proporcionando coragem, saúde e inspiração.

Aos meus queridos e estimados pais, Raimundo Delmiro Fernandes e Maria Pires de Almeida Fernandes, que, sempre com muito zelo e dedicação cuidaram da minha educação e criação, renunciando as próprias vidas em prol da minha.

Ao meu esposo João Batista, que durante todos os anos de nossa convivência tem se demonstrado um companheiro sempre presente, dedicado e amigo.

A toda a minha família, avós, tios, primos, sogros e cunhados, que mesmo que indiretamente contribuíram com a minha formação, me proporcionando momentos de alegria e descontração.

Aos meus amigos, Lucypaula, Déborah, Jônia, Perlânia, Emiliana, Mickelly e Kleiton, pessoas que, mesmo de longe, demonstram está sempre presentes em minha vida.

A minha orientadora, Maria dos Remédios de Lima Barbosa, que com muita educação e sapiência me auxiliou na produção deste trabalho.

As minhas companheiras de trajeto, Glauce, Rusarinha e Gildevânia, pessoas com quem tive o prazer de me relacionar no decurso deste curso, durante as viagens Uiraúna a Sousa, e com quem pude construir uma saudável amizade.

A Aline, Jamilla, Petúcia, Norayde e Marília, pela paciência, auxílio e disponibilidade durante o decorrer de todo o curso, me acolhendo sempre de boa vontade em suas residências e me oferecendo conforto e abrigo. Serei sempre grata!

A toda a turma 2009. 2, a qual tive o privilégio e prazer de conviver durante os cinco anos de curso, em especial, aos meus colegas e companheiros de luta: Sarah, Izabella, Thalyta, Lorena, Juliana, Thiago Bastos e Joseph.

A todos os meus professores, por terem ministrado seus ofícios com presteza e dedicação, desempenhando importante papel na minha formação acadêmica.

“Crianças são mais beneficiadas quando
ambos os pais podem cuidar delas e
quando elas podem conviver com ambos
os pais.”

Dorothy T. Beasley

RESUMO

O modelo de guarda compartilhada surge como alternativa diante das modernas concepções parentais, tendo como escopo principal a continuidade do exercício da autoridade parental por ambos os genitores com relação aos seus filhos, uma vez que, concede isonomicamente a guarda jurídica da prole, mesmo diante do esfacelamento conjugal. Desta forma, coaduna-se com o princípio do melhor interesse do menor e favorece a igualdade entre os genitores, pois proporciona maior contato dos filhos com os seus pais. Questiona-se quanto à viabilidade da aplicação da modalidade de guarda compartilhada para pais e filhos diante da desarmonia conjugal dos genitores, bem como, quanto aos avanços proporcionados ao direito de família pátrio diante de sua introdução no ordenamento jurídico. Assim, objetiva-se buscar esclarecimento acerca das possíveis vantagens da adoção da modalidade de guarda compartilhada para pais e filhos e de sua contribuição ao direito de família. Almejando alcançar o presente objetivo, foram empregados os métodos dedutivo, histórico-evolutivo e exegético jurídico, além da técnica de pesquisa indireta, onde se lançou mão de dados bibliográficos provenientes de lei, jurisprudência e doutrina. Desta feita, constatou-se que, a modalidade de guarda compartilhada oferece o melhor arranjo para solucionar as problemáticas existentes no seio da família, bem como é a que melhor se enquadra diante das hodiernas situações familiares, contudo, é necessário que haja consenso e interesse dos envolvidos para que se possa de fato alcançar o propósito almejado pelo instituto, devendo este ser incentivado pelos profissionais do direito. Assim, a sua inserção representa um avanço no ordenamento jurídico brasileiro diante das bases principiológicas adotadas pelo sistema e das atuais necessidades surgidas no meio social.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Vantagens. Avanço.

ABSTRACT

The model of shared guard is an alternative in the face of modern parenting concepts, with the main aim to continue the exercise of parental authority for both parents regarding their children, since grants isonomy the legal custody of children, even in front of the marital breakup. Thus, consistent with the best interests of the child principle and focuses on equality between the parents as it provides more contact between the children with their parents. It is asked as to the feasibility of applying the method of shared custody for parents and children before the parents' marital discord, as well as advances provided to family law parental rights before their introduction into the legal system. Thus, the objective is to seek clarification about the possible advantages of adopting the form of shared custody to parents and sons and their contribution to family law. Desiring to achieve this goal, it was employed the deductive methods, historical and evolving legal and exegetical, as well as indirect search technique, which made use of bibliographical data from law, jurisprudence and doctrine. This time, it was found that the shared custody arrangement offers the best arrangement to solve the problems existing within the family, since it is the one that best fits the face of today's family situations, however, there must be consensus and interest of those involved so that we can actually achieve the purpose sought by the institute, which must be encouraged by legal practitioners. Thus, its inclusion represents an advance in the Brazilian legal system on the bases set of principles adopted by the system and the current needs in the social environment.

Keywords: Shared Guard. Advantages. Advance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO PODER FAMILIAR	13
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.2 CONCEITO E CONTEÚDO	19
3 DO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES	26
3.1 DA GUARDA.....	26
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	31
3.3 ESPÉCIES DE GUARDA.....	35
4 GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS PARA PAIS E FILHOS E AVANÇOS DO INSTITUTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	42
4.1 MUDANÇAS NOS PARADIGMAS DA ENTIDADE FAMILIAR E DOS PAPÉIS PARENTAIS.....	42
4.2 CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA	45
4.3 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO.....	53
4.4 GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL.....	57
4.5 VANTAGENS ADVINDAS DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA	61
4 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal consolidou ideais igualitários entre homem e mulher, dissipando assim, qualquer idéia de disparidade entre um e outro. Assim, o Estado brasileiro visou primar pelo máximo bem-estar da família, célula mãe da sociedade, adotando como princípios norteadores a igualdade entre os cônjuges e o melhor interesse do menor.

A entidade familiar e as funções parentais há muito vêm sofrendo modificações e adaptações em suas formas de se estruturar, de acordo com a época e o meio cultural aos quais pertençam, tanto é que, hodiernamente, a denominada família hierarquizada, composta pelas figuras do pai provedor e da mãe dona de casa, vêm desaparecendo cada vez mais, uma vez que, nos dias atuais, tornou-se comum ambos os genitores se responsabilizarem pelo sustento e formação do clã, em detrimento da arcaica divisão de funções que outrora se fazia nos lares.

Diante desta realidade cada vez mais constante, onde se percebe uma maior equitatividade na participação de ambos os genitores na criação, sustento e educação dos filhos, torna-se insuficiente um modelo que impute a custódia da prole a apenas um dos pais, sem antes se perquirir as reais possibilidades do outro para juntos continuarem a exercer as prerrogativas da autoridade parental, independentemente da situação conjugal ao qual se encontrem.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro visando amparar as novas necessidades surgidas no âmbito da família, inseriu recentemente em seu arcabouço a modalidade de guarda compartilhada, através da Lei 11.698/2008. Todavia, é interessante destacar que, tal modalidade há tempos já vinha sendo adotada em várias legislações alienígenas.

Diante desta realidade jurídica, surge o questionamento acerca da viabilidade do instituto frente às resoluções dos casos de família existentes e da sua significância ao direito de família pátrio, tendo em vista os direitos já consagrados a pais e filhos .

Desta feita, o presente trabalho terá como propósito principal, realizar um estudo acerca da modalidade de guarda compartilhada, com vistas a se analisar suas vantagens com relação aos filhos menores e aos pais, levando-se em consideração o melhor interesse do menor e a igualdade entre os genitores; e ainda

buscar esclarecimento no que tange à pertinência de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

Tratando-se de modalidade nova no ordenamento jurídico pátrio e ainda pouco conhecida pela maioria da população brasileira, torna-se por demais interessante buscar uma maior compreensão sobre o que se propõe, uma vez que, refere-se a algo inerente a resoluções familiares, envolvendo principalmente menores, pois, como se sabe, a entidade familiar foi abarcada pelo Estado brasileiro com bastante importância e seriedade, tanto que a Carta Maior tratou desta entidade expressamente em capítulo próprio, como assim também tratou de proteger com maior respaldo a criança e o adolescente, sendo que o instituto em análise foi conclamado no ordenamento jurídico brasileiro para proporcionar melhores soluções para as famílias transformadas, bem como sanar lacunas deixadas pelo modelo da guarda única, tornando-se de imensurável significância qualquer estudo que vise aclarar anseios desta ordem.

Proceder-se-á à pesquisa, empregando-se o método de abordagem dedutivo, pois, utilizar-se-á de premissas gerais acerca do estudo para se alcançar suas devidas deduções. Ainda, empregar-se-á o método de procedimento histórico-evolutivo, uma vez que, far-se-á remissão ao histórico de alguns institutos abordados, e, o exegético jurídico, onde se analisará legislações pertinentes. Ainda, será adotada a técnica de pesquisa indireta, buscando-se respaldo na bibliografia concernente ao assunto em pauta.

Para tanto, a fim de melhor sistematizar o estudo proposto, dividir-se-á o trabalho em 03(três) capítulos. O primeiro tratará acerca do instituto do Poder Familiar, minudenciando sua evolução histórica, seu conceito e conteúdo, sobre o seguinte título: Considerações gerais acerca do poder familiar. Nele, demonstrar-se-á todas as nuances referentes ao instituto em comento, evidenciando sua gênese e seu intento.

Por sua vez, no segundo capítulo, explanar-se-á sobre o instituto da guarda, apresentando seu conceito, suas modalidades, e ainda sua análise histórico-evolutiva no ordenamento jurídico pátrio. Trará o seguinte título: Do instituto da guarda dos filhos incapazes.

Já no terceiro e último capítulo elucidar-se-á de forma detalhada a modalidade de guarda compartilhada, aduzindo seu conceito, suas consequências, e as suas vantagens, além de traçar considerações acerca de sua aplicação no direito

alienígena e no direito brasileiro, bem como tratará sobre as mudanças de paradigmas da família e dos papéis parentais, tendo como título: guarda compartilhada: vantagens para pais e filhos e avanços do instituto para o direito de família brasileiro.

2 DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar é instituto jurídico que encontrou raízes históricas no direito romano e que ao longo dos anos vem se adaptando aos diversos movimentos sociais. Busca-se segundo os disciplinamentos imputar normas referentes aos direitos e obrigações inerentes à relação entre pais e filhos. Desta feita, torna-se interessante se perquirir o instituto jurídico em voga, tentando compreendê-lo desde a sua gênese até o que se aplica nos dias atuais.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao longo dos anos o instituto do Poder Familiar sofreu inúmeras modificações, inclusive em sua própria nomenclatura, sendo antes denominado pátrio poder. Tal mudança se deu em virtude da necessidade de adaptação do nome em razão da evolução do objeto do instituto, que uma vez tendo se modificado não mais se coadunava com a denominação antes imposta. Porém, este assunto será melhor compreendido mais adiante após se conhecer os lineamentos históricos do Poder Familiar.

Segundo Grisard Filho (2002, p.35): "as origens do Poder Familiar são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma".

A doutrina em geral considera o direito romano como sendo o alicerce do Poder Familiar. Nesta época, o instituto era visto apenas pelo lado do *poder* e não *poder-dever* como é compreendido hodiernamente. Este poder tratava-se de algo pertinente apenas à figura do pai, chamado à época de *paterfamilias*. "*Pater*, nesta expressão, não quer dizer pai, mas chefe, efetivo ou em potencial" (CRETELLA JUNIOR, 1999, p.65). Era considerado o "cabeça" da família e seu domínio era exercido sobre todos os componentes pertencentes ao clã, inclusive esposa e escravos.

Assim, o poder do *pater* se verificava sob diversas formas e sobre várias pessoas, compreendendo, a *patria potesta* - poder sobre seus filhos e netos dos filhos homens; a *manus* - poder sobre a sua mulher e sobre a dos seus descendentes; o *mancipium* - poder exercido sobre as pessoas que vendia como escravos, e, ainda, a *dominica potestas* - poder sobre os escravos (LOTUFO, 2002).

Tratava-se assim, de um poder exacerbado que o *pater familias* detinha em relação aos seus descendentes, sendo permitido ao mesmo os direitos de vendê-los, puni-los, abandoná-los e até mesmo de matá-los. Em contrapartida, estes não tinham capacidade de direito, ou seja, eram *alieni juris*. Conforme aduz Grisard Filho (2002, p. 35):

O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos.

Assim, os filhos não tendo personalidade jurídica, não tinham bens próprios já que todo o patrimônio pertencia necessária e integralmente aos pais, sendo estes detentores de poderes sobre a pessoa e sobre os bens dos membros pertencentes ao seio familiar. Em qualquer fase da vida, mesmo estando casados, os filhos ficavam subjugados à autoridade paterna. A única forma de se desvencilhar desta autoridade era apenas com a morte do *pater*, quando então o substituíam, tornando-se *sui juris* - homem que exerce por si mesmo os seus direitos, e conseqüentemente o novo *pater familias*. Assim as palavras de Cretella Junior (1999, p. 65):

Em Roma, ao contrário, família é o complexo de pessoas colocadas sobre a *patria potestas* de um chefe o *pater familias*. A *patria potestas* não se extingue pelo casamento dos filhos que, tenham a idade que tiverem, sejam casados ou não, continuam a pertencer à família do chefe.

Tratava-se de um poder total e absoluto concentrado numa única figura da família, onde apenas o pai era o senhor de tudo e de todos, e a mulher, em contrapartida, não possuía autoridade alguma sobre sua família, pois também não tinha personalidade jurídica, vivendo à mercê do seu marido, sendo vista mais como

uma espécie de serva do que mesmo como mãe e esposa. Assim, enfatiza Silva (2008, p. 14):

A mulher, também considerada como propriedade do homem, era literalmente usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas, podendo para tanto ser capturada, comprada, trocada ou recebida como uma recompensa.

Desta feita, é inconteste a imensurável autoridade que detinha um *paterfamilias* em Roma, bem diferente da contemporânea compreensão que temos em nossos dias sobre a autoridade da figura paterna. Segundo expõe Lotufo (2002, p. 9):

[...] ele tinha o poder de deixar viver ou morrer seu próprio filho, quando do seu nascimento. Costuma-se dizer, que o nascimento de um romano não era somente um fato natural, pois seu pai poderia levá-lo, o que significava sua aceitação, ou abandoná-lo fora de casa, para que morresse ou fosse recolhido por alguém.

Todavia, aos poucos, no transcorrer dos tempos, sob a influência do cristianismo e a codificação justinianéia, essa total autoridade do *pater* foi sendo limitada e moldada por leis, passando de apenas *poder* para também se constituir em *dever*. Começou-se a reconhecer a igualdade entre os cônjuges, e a partir de então foi outorgado aos pais à missão de educar seus filhos e ainda administrar ou colaborar na administração dos bens dos mesmos. Segundo aduz VENOSA (2003, p.355):“passou-se a permitir, por exemplo, que o filho obtivesse o *pecúlio castrense*, propriedade de bens adquirida e decorrente da atividade militar. Com Justiniano não mais se admite o *ius vitae et necis*-direito de vida e morte”. Contudo, sabe-se que várias e complexas foram as causas ensejadoras destas mudanças. Monteiro (2004, p.346), aponta algumas delas:

o desaparecimento do culto dos antepassados, o aniquilamento de certas crenças supersticiosas, o desgaste da influência religiosa, além da extensão e difusão de um sentimento mais efetivo de simpatia em favor dos filhos, assim arredados da ação despótica dos pais.

No entanto, na Idade Média, os sistemas organizadores da família entraram num efetivo conflito no que concerne ao alcance e a extensão do Poder Familiar, havendo divergências de entendimentos a esse respeito, entre os países Europeus, uma vez que, aqueles de direito escrito, penderam para os seguimentos e orientações romanas, na forma da legislação justinianéia, já os de direito costumeiro, inspiraram-se nos ditames germânicos, onde se preconizava que o interesse do filho é anterior ao do pai (GRISARD FILHO, 2002).

Desta forma, surgiu assim, uma dubiedade sobre a prevalência do direito de família entre os diversos países, onde alguns seguiam a tradição romana, calcada na predominância do pai em detrimento do filho, enquanto que outros, baseados no direito germânico e embasados na doutrina da proteção integral, viam o Poder Familiar como um direito e um dever dos pais objetivando a proteção dos filhos. Tratava-se de um tipo de proteção mais ampla visando alcançar todo o grupo familiar, já que eram também atribuídas funções a mãe e não mais se proibia aos filhos o direito de possuir bens.

No Brasil, o instituto do Poder Familiar não diferentemente dos países mais antigos também passou por um processo de evolução. Inicialmente, nos primórdios da história, sofreu influências do patriarcalismo romano, uma vez que, as Ordenações do Reino tinham total feição romana do pátrio poder, vindo a ser copiada pelo Brasil, traduzida na Lei de 20 de outubro de 1823, que conferiu total poder e domínio ao *pater familia*. A mulher casada era relativamente incapaz, necessitando da autorização do homem para as práticas da vida civil. Assim, a ela era dada a tarefa de cuidar do lar e zelar pela educação dos filhos, ao passo que ao homem era conferido o título de chefe de família com o papel de provê-la detendo o poder de decisões familiares. (SILVA, 2002). Acerca do que se trata, destaca Venosa (2002, p. 355) o seguinte:

De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história.

O Código Civil de 1916, no momento de sua promulgação, não aduziu mudanças significativas aos entendimentos preexistentes, vindo a prosseguir baseado nos moldes patriarcalistas de influência lusitana. Assim, as disposições

contidas em seu artigo 380: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

Porém, aos poucos o antigo Código Civil, foi se amoldando às novas concepções predominantes do direito de família, posto as necessidades de modificações frente aos diversos movimentos com ideais de igualdade entre os membros do clã. Tais modificações foram traduzidas através do Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente que suprimiram o condicionamento da mulher frente ao homem.

Através da Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, denominada de Estatuto da Mulher Casada, foi atribuído à mãe o ministério de colaboradora do pai no exercício do pátrio poder. Com o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977-Lei do Divórcio, foi conferida titularidade de encargos parentais a ambos os pais, mesmo após o divórcio ou quando sobrevenha novo casamento de qualquer deles.

Estes ideais igualitários apregoados entre pai e mãe aduzidos por tais leis, vêm a ser totalmente consolidados com a Constituição de 1988, não pairando dúvidas quanto à igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher. Portanto, os remotos entendimentos de direito de família, embasados num total patriarcalismo e centralização de poderes nas mãos única e exclusivamente do pai, tornam-se absolutamente ultrapassados com a vigência da Constituição democrática, figurando uma nova compreensão da família contemporânea. O termo “colaboração”, antes usado, torna-se sem efeito, vindo à baila uma atuação igualitária e conjunta entre os pais. Assim, conforme o exposto no § 5º do artigo 226 da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, correspondente à Lei 8.069/90, aprovado como bem se sabe após a atual Constituição Federal, tratou dos interesses de família sob a órbita da igualdade de condições entre os genitores, disciplinando o disposto em seu artigo 21:

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

É interessante salientar que, diferentemente do que aduzia o parágrafo único do artigo 380 do antigo Código Civil, o Estatuto de menores, não mais prevê a hipótese de prevalência das decisões do pai em caso de divergência entre os progenitores, sendo dado a partir de então discricionariedade a ambos os pais para recorrer à autoridade judiciária, em caso de discordância. Ainda foi totalmente abolida a expressão “durante o casamento”, existente no aludido artigo do Código Civil de 1916, pois, com a Lei do divórcio foi conferido o Pátrio Poder aos pais, independente do casamento.

Por fim, seguindo a linha evolutiva do instituto, o Código Civil de 2002, tratou sobre o Poder Familiar de forma igualitária e equânime sobre os direitos e deveres entre as figuras do pai e da mãe, uma vez que concedeu a ambos a obrigação da formação e educação dos filhos. Desta forma, expressa a redação do artigo 1.631 do referido Código: “Durante o casamento e na união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Assim, verifica-se que a visão do Poder Familiar que se tem hodiernamente, é diversa daquele entendimento contemplado em Roma, pois, hoje o instituto é compreendido mais pelo lado do menor. Desta feita, o que se apresenta na verdade, é uma gama de deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos, distinta daquela compreensão que se tinha de poderes amplos e absolutos concedidos àqueles para com estes. Tanto é assim que a própria nomenclatura “Pátrio Poder” tornou-se alvo de inúmeras críticas doutrinárias, vindo a ser finalmente abolida pelo atual Código Civil, que passou então a denominá-lo de “Poder Familiar”.

É mister salientar que a atual nomenclatura ainda não é aquela idealizada pela doutrina mais moderna, visto que ainda permanece o termo “poder”, advindo do entendimento Romano. Desta feita, o termo sugerido pela doutrina que mais se adequa aos ditames do instituto moderno seria “Autoridade Parental”. Assim aduz Leite (2003, p. 194):

[...] preferimos o termo “autoridade parental” ao termo “pátrio poder”, de conotação romana e que privilegia a “potestas” masculina, inadmissível no atual estágio da evolução do direito brasileiro. Na realidade é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais “pátrio” dever, mas não só “pátrio”, na ótica do constituinte de 1988, mas sim “parental”, isto é, dos pais; do marido e da mulher,

iguais em direitos e deveres, pelo art. 226, § 5º, da nova Constituição.

Portanto, percebe-se que ao longo dos anos, o instituto do Poder Familiar modificou-se significativamente, amoldando-se às necessidades culturais surgidas e aos novos paradigmas de família.

2.2 CONCEITO E CONTEÚDO

Vários são os conceitos elaborados pela doutrina para explicar o que se compreende por "Poder Familiar", porém, todos esbarram no mesmo sentido. Certo é que, segundo Grisard Filho (2002, p. 34): "O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado".

Nas palavras de Monteiro (2004, p. 348): "O Poder Familiar, trata-se de um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores". Já para Diniz (2002, p.1056):

Consiste num 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 dos filhos.

O Código Civil de 2002 buscou atender os pressupostos constitucionais acerca do direito de família, vindo a tratar do "Poder Familiar" a partir do artigo 1.630 com todas as minúcias necessárias concernentes ao instituto.

Sabe-se que, o Poder Familiar na sua moderna concepção, é visto mais como um dever do que mesmo como poder dos pais em relação aos seus respectivos filhos. A noção de poder patriarcal, herdado do direito romano, não mais condiz com a realidade legal e consuetudinária do instituto contemporâneo. Primeiramente, extinguiu-se a figura única do pai centralizador e absoluto, vindo a figurar junto a este a mulher-mãe; também detentora dos mesmos direitos concernentes ao marido em relação à família. Tal entendimento é consentâneo com o que dispõe o texto constitucional em seu artigo 226, § 5º, o qual se trata de princípio constitucional

especial da “igualdade entre os cônjuges”, aduzindo o seguinte: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Assim, tem-se que com o advento da atual Lei Maior, a titularidade do Poder Familiar pertence a ambos os pais, sendo que tal prerrogativa não será perdida ou extinta caso ocorra uma eventual separação judicial ou divórcio entre os mesmos.

Portanto, diante dos modernos conceitos de família, todo menor carece de acompanhamento, proteção e direção em sua formação humana; é justamente neste contexto que vem à tona o que se denomina Poder Familiar, uma vez que se trata segundo os próprios princípios constitucionais inerentes ao direito de família, de um conjunto de direitos e obrigações de ambos os pais para com os seus respectivos filhos e que objetiva proteger a prole. Desta forma aduz a Carta Magna em seu artigo 229, primeira parte: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. Determinado dispositivo trata segundo os entendimentos doutrinários de princípio constitucional especial. Assim, o presente preceito constitucional disciplinou delegações aos pais na criação dos seus filhos, sejam estes biológicos ou adotivos (DIAS, 2006).

Outrossim, é interessante frisar que, o “Poder Familiar” não se traduz em autoridade de pais para com filhos, mas, antes de sê-la, revela-se em encargo imposto legalmente àqueles para com estes. Assim, a figura do Poder Familiar na realidade contemporânea se coaduna com a palavra *responsabilidades*, uma vez que determinado poder dos pais com relação aos filhos tem que ser visto e exercido exclusivamente no interesse do menor, tornando assim o vocábulo *poder* inadequado para designar o seu real propósito atual, devendo necessariamente ser substituída por *dever* (GRISARD FILHO, 2002).

Desta feita, é que vários doutrinadores sugerem a modificação do termo atualmente adotado para designar o instituto, uma vez que a presente nomenclatura já se encontra arcaica e não mais condiz com o seu atual escopo filosófico.

Assim, é proposto como mais adequada à adoção da palavra *autoridade* em substituição da atualmente adotada, *poder*, de origem romana e que denota a *patria potestas*, e ainda, em substituição do vocábulo *familiar*, sugere-se a adoção do termo *parental*, uma vez que *familiar*, segundo a doutrina, subtende-se uma responsabilidade conjunta pertencente a todos os membros do clã em geral, tal

como: avô, avó, tio, etc.; e não apenas dos pais como é da vontade do instituto (LEITE, 2003).

Portanto, diante do atual contexto em que se encontra inserido o instituto, é imputado aos seus titulares uma série de direitos e obrigações perante os filhos, os quais estão expressamente elencados no artigo 1.634 e incisos do atual Código Civil, *in verbis*:

Art. 1634: Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores:
I- dirigir-lhes a criação e educação;
II- tê-los em sua companhia e guarda;
III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V- representá-los, até dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Destarte, a função de criação e educação aos titulares do Poder Familiar em relação aos seus filhos, trata-se da principal incumbência aduzida, uma vez que a formação humana e intelectual de toda e qualquer pessoa inicia-se primeiramente no seio familiar, pois é do convívio doméstico que se extraem os exemplos mais significativos e que fortemente amoldam a personalidade dos indivíduos. O lar é a escola inicial, e, portanto, cabe aos pais zelar pela formação moral, ética e higiênica dos filhos antes de qualquer pessoa. Tal incumbência é de tão grande monta que o legislador pátrio achou por bem tipificar o fato da desobediência desses deveres, incorrendo nos crimes de abandono material, moral e intelectual, previstos nos artigos 244 e 246 do Código Penal.

Ter os filhos em companhia e guarda se traduz tanto num múnus como em direito conferido aos pais, pois conforme aduz Silva (2008, p. 25): “mesmo estando separados de fato nenhum deles poderá reclamar o exercício desse direito alegando preferência”.

Também é concedido aos pais no exercício do Poder Familiar a faculdade de conceder ou negar aos filhos menores a aquiescência para contrair núpcias. Assim, caso haja recusa sem motivação ou impossibilidade de haver o consentimento por

ambos os genitores, tal poderá ser suprido pelo juiz, conforme aludido no artigo 1.519 do Código Civil.

A legislação civil ainda prevê, conforme inciso IV, anteriormente citado, hipótese de um dos pais poder nomear tutor ao filho via testamento ou mesmo em outro documento autêntico, caso o outro não esteja vivo ou mesmo estando, não puder exercer o Poder Familiar. Esta discricionariedade dada a um dos pais pelo legislador é justificada pelo fato de se supor que ninguém melhor que os mesmos para saber quem deva ficar responsável por seus filhos em sua falta, demonstrando assim, clara preocupação da lei para com os menores.

Aos pais também caberá representar os filhos nos atos da vida civil até os dezesseis anos e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. Desta forma a lei faz distinção no grau de interferência dos pais na vida civil dos filhos, caso trate de menor impúbere ou púbere, sendo necessária tal interferência por tratar-se de indivíduos com pouca maturidade para possuir plena autonomia em seus atos.

Ainda o Código Civil concede aos titulares do Poder Familiar o direito de poder reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Certo é que para ser concedida tal reclamação faz-se necessário que a detenção do menor se configure como ilegal e que esteja privando os pais de seu direito de guarda e companhia dos filhos, portanto, a via utilizada em direito será a ação de busca e apreensão do menor.

Pelo que vem disciplinado no último inciso do artigo já mencionado, é concedido aos pais o direito de corrigir seus filhos em caso de desobediência, uma vez que o respeito deve ser recíproco, desembocando na harmonia do lar. Contudo, a disciplina deve ser moderada não podendo incorrer os pais em exageros, pois se assim o fizerem, ensejarão em motivação para ocasionarem fato de perda do Poder Familiar. Neste sentido acentua Silva (2008, p.27):

Nesse inciso está implícito o direito dos pais em aplicar, moderadamente, corretivos aos filhos menores se lhes forem desatenciosos e grosseiros. Porém, se houver exageros os pais se sujeitarão a perda do poder familiar [...].

Os pais ainda estão obrigados, segundo a legislação civil, a orientar os filhos ao trabalho, desde que sejam compatíveis com a idade do menor. Esta se trata de

mais uma incumbência imputada aos pais quanto à pessoa dos filhos, devendo ser desempenhada corretamente pelos mesmos, uma vez que corresponde ao seu mister de educação e criação da prole.

A legislação civil também trata do usufruto e administração dos bens dos filhos menores como consequência do exercício do Poder Familiar. A matéria está disciplinada nos artigos 1.689 a 1.693 do atual Código civil.

É entendido que os menores não possuem capacidade de direito para gerir seus próprios bens, cabendo então aos seus responsáveis a administração de toda a massa patrimonial de acordo com as regras expostas em lei. Assim, os pais tornam-se gestores naturais dos bens dos filhos menores; porém, é interessante frisar que, conforme art. 1691 do Código Civil, em se tratando de bens imóveis, caberá aos mesmos apenas atos de mera administração, como: locação, pagamento de débitos, recebimento de créditos, movimentações financeiras em geral, etc. Portanto, a lei não permite a alienação de tais bens sem autorização judicial, mediante prévia comprovação de motivo de total interesse do menor proprietário do bem que vier a ser alienado.

Em se tratando do usufruto dos bens dos filhos menores, a lei civil assegura esse direito aos pais remontando-se à legislação de Justiniano quanto à figura do *pater familias*, justificando tal direito embasada sobre duas faces, segundo apresenta Venosa (2002, p. 365): “esse usufruto compensaria o pai pelos encargos do múnus do Poder Familiar e, sob o prisma da entidade familiar, entende-se que todos os seus membros devem compartilhar dos bens”.

Por se tratar de assunto de extrema relevância ao harmônico convívio familiar e social, em tudo interessa ao Estado, tanto que o mesmo exerce a fiscalização do cumprimento do Poder Familiar por parte dos pais, tratando taxativamente a lei de fatos que ensejarão a extinção, perda ou suspensão deste poder.

O artigo 1.635 do Código Civil elenca o rol de situações as quais certamente ocasionarão a extinção do Poder Familiar, quais sejam: “pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção; por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”. Por conseguinte, torna-se salutar compreender o que vem sendo aduzido sobre as mencionadas hipóteses.

A morte é um fenômeno natural que certamente ocorrerá para todo ser vivo. Desta feita, no instante em que se consuma para uma das partes, logo evidentemente extinguir-se-á o vínculo jurídico advindo do Poder Familiar. Não

obstante será extinto apenas para o genitor que incorrer em óbito, em nada alterando para o outro sobrevivente. Caso ocorra a morte de ambos, necessariamente será nomeado tutor ao menor.

Como bem se sabe, a emancipação é fenômeno jurídico que busca tornar capaz para os atos da vida civil aqueles que ainda não possuem tal capacidade. O indivíduo estando emancipado não mais necessitará de assistência ou representação dos pais ou responsáveis, pois se torna apto a desempenhar negócios jurídicos por conta própria, e, por conseguinte cairá por terra o objeto do Poder Familiar. Da mesma forma, a maioria faz perecer o escopo do referido instituto, logo ocasionando sua extinção para com o filho maior.

Conforme dispõe Venosa (2002, p. 367): “a adoção qualquer que seja sua modalidade extingue o pátrio poder da família original, que passa a ser exercido pelo adotante. Na verdade, a adoção transfere o pátrio poder, não o extingue”. Contudo, faz-se mister salientar que, somente poderá ser conferida a adoção sob o efetivo consentimento dos genitores biológicos, ou excepcionalmente, em havendo prévia destituição do seu Poder Familiar. Assim, uma vez sendo deferida a adoção, caso venham os pais adotivos a falecerem primeiro, o adotante tornar-se-á órfão, não se restaurando, absolutamente, o poder dos pais naturais (MONTEIRO, 2004).

O último inciso do supracitado artigo do Código Civil remonta a fatos descritos no artigo 1.638, os quais ensejam a perda do Poder Familiar por ato judicial. Portanto, ocasionarão a perda do Poder Familiar, segundo o já mencionado artigo, o pai e a mãe que: “castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono, praticar atos contrários a moral e aos bons costumes; incidir reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

Percebe-se, contudo, que os fatos ocasionadores da perda do Poder Familiar, tratam-se de condutas desabonadoras praticadas pelos titulares, os quais tornam-se desmerecedores de prosseguirem no ofício da autoridade parental. Assevera Venosa (2002, p.369) que: “os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinqüência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição etc.”.

Por fim, a suspensão do Poder Familiar corresponde à medida menos gravosa com relação às demais já elucidadas anteriormente, pois, cessando os motivos ensejadores da mesma, o poder patriarcal poderá ser retomado. Todavia, enquanto permanecer suspenso, o genitor perderá todos os direitos em relação à

prole. Destarte, as possibilidades de se proceder à suspensão parental são relatadas no artigo 1.637 do Código Civil de 2002:

Art. 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único: suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Portanto, faz-se mister enfatizar como observa Rodrigues (2002, p.411), que a suspensão ou destituição do Poder Familiar, “têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles”. Assim entende-se, pois, como já relatado, a legislação pauta-se em preservar os interesses dos menores, mesmo que para isto necessite afastá-los dos cuidados dos pais.

Assim, verifica-se que o Poder Familiar é instituto de suma importância, já que resulta de necessidades naturais do ser humano, os quais carecem de cuidados na sua formação e criação, sendo por isso, função naturalmente imputada aos pais, conforme disposição constitucional (SILVA, 2008).

3 DO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES

A guarda é um instituto jurídico deveras importante, uma vez que busca dar amparo e segurança aos menores, efetivando preceito constitucional. Não se confunde com o Poder Familiar já tratado alhures, embora seja da sua natureza, pois é perfeitamente possível a existência de um sem o outro, objetivando sempre o melhor interesse do menor.

3.1 DA GUARDA

Inúmeros são os conceitos apresentados pela vasta doutrina pátria, a fim de melhor esclarecer o instituto em tela. Todavia, tomando por base um conceito simplificado, tem-se que guarda nada mais é do que a exteriorização do Poder Familiar, sendo que está intimamente ligada ao mesmo, porém, com ele não se confunde. Etimologicamente, o termo guarda advém do alemão *wargen*, que significa guarda, espera, originando ainda o inglês *warden* (guarda) e francês *garde*, que significa proteção, observância, vigilância ou administração (GRISARD FILHO, 2006).

Na busca por tornar esta compreensão mais cristalina, entenda-se por guarda, o estado de posse e convivência do menor exigível “*erga omnes*”, e que gera obrigações diretas de assistência e zelo para com o mesmo, com consequentes responsabilizações por danos causados a terceiros.

Juridicamente, a guarda transparece a efetiva convivência entre pais e filhos, com o conseqüente dever de assistência material e moral em favor dos menores e incapazes. Assim, implica na concretização de situações de zelo e comando, visando sempre à proteção e adequada criação da criança. Desta forma, abrange, porém, várias faculdades de controle conferidas aos seus detentores, tais como: controle nas comunicações, acesso a leitura, companhias; enfim, vários ensinamentos e correções necessários ao alcance de uma ideal formação moral, intelectual e espiritual (SILVA, 2008).

A guarda, porém, não deve ser confundida com o Poder Familiar, vez que não se tratam de institutos sinônimos, podendo caminhar individual e separadamente sem perigo de desconfiguração. Deste modo, a doutrina compreende que a mesma é da natureza do Poder Familiar, mas não de sua essência. Enquanto unidos, os pais a exercem conjuntamente e no mesmo habitat. Todavia, em certos casos, poderá ser deferida a terceiros, sem necessariamente, destituir o Poder Familiar dos genitores. Assim, mesmo estes não estando na titularidade da guarda, perdurarão algumas atribuições inerentes ao Poder Familiar, como: a prestação alimentar e a manutenção e fiscalização educacional, as quais somente se eximirão com a extinção judicial do mesmo. (SILVA, 2008). Desta forma aduz Lotufo (2002, p.266):

A guarda embora sendo um dos atributos do pátrio poder, com ele não se confunde e não é da sua essência, podendo constituir um direito autônomo. Nesse sentido ela pode desvincular-se daquele, transferindo-se do pai ou da mãe ou de ambos, para outra pessoa.

Hodiernamente, o instituto da guarda para grande parte da doutrina, é apreciado sob duas vertentes: aquela disciplinada pelo ECA, diante dos artigos 33 a 35, que enfoca a problemática do encaminhamento do menor a um lar substituto, tendo em vista a situação de abandono ou morte dos pais, visando sua futura tutela ou adoção; e ainda, a que visa a regulamentação do estado de posse do menor diante da dissolução conjugal dos pais. Contrariamente, há os que entendem, que a guarda prevista na lei estatutária se aplica a qualquer menor de 18 anos, não importando o estado em que se encontre, dissipando assim a idéia da situação irregular do mesmo. Divergências à parte, a guarda que interessa ao caso tratado, é especificamente aquela advinda da separação dos genitores.

Contudo, a decisão judicial a qual decide o destino dos filhos menores de pais em desarmonia conjugal é tarefa de grande responsabilidade para o julgador. Destarte, necessário se faz que o mesmo perquiria diferentes critérios norteadores, buscando aclarar ao máximo o caso em análise antes de externar sua decisão, primando sempre pela mais lúdima justiça. Conferindo respaldo à assertiva supra, merece destaque as palavras de Linck (2003, p. 29):

Nas disputas de guarda, o juiz deverá ser como o promotor de justiça descrito no relatório: não só profundo conhecedor da lide, aqui

contando com toda a equipe de profissionais das áreas afins, mas também um profundo conhecedor das coisas da vida, de forma que consiga dirimir o conflito preservando o interesse da criança.

Vários são os critérios para determinação da guarda apontados pela doutrina, todavia, é uníssono o entendimento segundo o qual o que deverá prevalecer na decisão será o melhor interesse do menor, tendo em vista sua atual condição de sujeito de direitos consagrada pela Carta Magna e ratificada pelo Estatuto Menorista.

Para tanto, os principais meios a serem observados pelo magistrado, os quais possuem o condão de primar pelo melhor interesse do menor são: o acordo dos genitores, o recurso da assistência social e, ainda, de forma excepcional, os sentimentos expressos das crianças (SILVA, 2008). Neste sentido aduz Leite (2003, p.200): “o acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que os pais conhecem seus filhos e sabem o que é melhor para o futuro dos mesmos”.

Em não se obtendo o devido consenso entre os pais, a resolução da guarda alcançará estágio penoso e bastante delicado, uma vez que o julgador deverá se inteirar o máximo possível de toda a situação factual, utilizando-se de certos critérios que apesar de lhe servirem de norte, são muito frágeis e passíveis de engano.

Deste modo, em se tratando de menor de tenra idade, ou seja, em fase de aleitamento materno, indubitavelmente, o mais conveniente é que a sua guarda física seja conferida à genitora; todavia, já estando a criança em idade escolar, nada impede que possa conviver com o pai e a este ser conferida a guarda.

Fala-se ainda na oitiva do menor, porém, trata-se de meio por demais fragilizado e que não deve ser seguido à risca. Apesar de já se encontrar disciplinado na Convenção dos Direitos da Criança, que o menor tem o direito de expressar sua opinião e ser ouvido nos temas de seu próprio interesse, esse talvez não venha a ser o caminho mais adequado para o devido alcance do interesse do mesmo, podendo lhe causar consequências reversas. Assim, o juiz deverá ouvi-lo, mas nunca ambasar sua decisão apegado única e exclusivamente nos seus depoimentos, uma vez que ainda não desempenha adequado discernimento psíquico para tomar atitude de tão grande monta, como ainda pode estar sob a influência de um dos seus pais (SILVA, 2008).

No que concerne à questão do sexo do menor, entende-se que este fator não deve servir de parâmetro para a emissão de qualquer decisão, pois não existe

qualquer impedimento legal para se atribuir, a guarda a genitor de gênero oposto, sendo perfeitamente possível, por exemplo, um pai zeloso e defensor da moral e dos bons costumes, conseguir o deferimento da guarda de filha, em detrimento da mãe, desde que pelas reais circunstâncias do caso concreto se verifique ser a melhor solução para o bem-estar da criança. Assim, compreende a doutrina e se inclina a jurisprudência pátria, como em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (2009, grifo do autor), *in verbis*:

Ementa: "Apelação Cível. Ação de Guarda de Menor. Pólo Ativo Integrado pelo Pai e Avós Paternos. Exclusão dos Avós Paternos da Relação Processual. Igualdade entre Pai e Mãe para o Pátrio Poder. Concessão do exercício da Guarda àquele que reúne as melhores condições para criação do menor. Interesse da Criança. Assistência dos Avós. 1 - A concessão da guarda de menor à chamada família substituta, no caso os avós paternos, somente deve ocorrer em casos excepcionais, devendo-se priorizar o exercício da guarda pelos pais da criança, mostrando-se impossível a disputa do pai e dos avós paternos pelo exercício conjunto da guarda da menor em desfavor da mãe, razão pela qual imperiosa é a exclusão dos avós paternos do pólo ativo da demanda. 2 - A concessão da guarda de menor deve, primordialmente, atender aos interesses deste. De acordo com a CF/88 , o ECA , o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe em igualdade de condições. Todavia, o exercício da guarda será concedido àquele que oferecer as melhores condições para a criação e desenvolvimento do menor. 3 - Na esteira dessas premissas, deve-se conceder o exercício da guarda ao pai, eis que foi quem apresentou as melhores condições para criação da criança oferecendo-lhe um ambiente familiar mais adequado que a mãe, preenchido, ademais, com a frequente assistência - não apenas material - promovida pelos avós paternos. 4 - Recurso conhecido e improvido". (Relator: Dimas Carneiro Comarca: Marília Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 12/08/2009 Apelação Cível nº 98719-1/188 – 200601505551).

Ainda deve ser priorizado pelo magistrado a continuidade da convivência entre irmãos, caso existam; pois não se torna conveniente a separação dos mesmos, obrigando-os a crescer em lares distintos, correndo sérios riscos de se quebrar o vínculo afetivo entre os parentes. Assim, afirma Grisard Filho (2006, p.75):

Não é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais, pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já alquebrada. A conveniência de não separar os irmãos se sustenta na idéia de manter unido o que resta da família.

O comportamento dos pais é fator de suma importância que deve ser aferido pelo julgador ao conceder a guarda dos filhos. Assim, as circunstâncias de ordem moral e material que cercam os genitores, são fundamentos de grande relevância na busca da correta decisão judicial, sendo por demais importante a averiguação de fatores como: ambiente social, idoneidade, condições de habitação, dentre outros. Para tanto, no geral, o interesse moral se sobrepõe ao material, sendo lógico que o mais importante na formação educacional de qualquer criança é a prevalência dos ensinamentos de princípios éticos, necessários para a constituição do bom cidadão. Desta forma, o anseio econômico não deve ser adotado como norte decisivo, até mesmo porque, em se tratando da guarda exclusiva, o outro genitor que não estiver no seu exercício, não se eximirá das obrigações alimentícias (GRISARD FILHO, 2006).

Destarte, percebe-se que não existe uma fórmula exata e fixa a ser adotada pelo julgador no deslinde da problemática supra, devendo este diante do caso concreto, buscar o alcance da real situação que o circunda, a fim de que possa encontrar a solução que melhor abarque o interesse do menor.

Conforme deduções do artigo 1.586 do Código Civil e artigo 35 do ECA, assim como em ações meramente alimentícias, qualquer que seja a decisão firmada na sentença judicial que profere a guarda, poderá vir a ser modificada a qualquer tempo, desde que surjam novas necessidades ou alterações vindouras. Portanto, tal sentença não fará coisa julgada material, mas sim, simplesmente, coisa julgada formal. Desta forma dispõe Venosa (2003, p.332): "em qualquer situação, porém, em benefício do menor a situação pode sempre ser judicialmente alterada".

Contudo, ainda é importante frisar que, não se deve confundir os institutos jurídicos da guarda e da tutela, pois não se tratam de vocábulos sinônimos, nem tampouco possuem os mesmos objetos, sendo portanto, disciplinados separadamente na legislação pátria. No entanto, sabe-se que, embora ambos versem sobre direito de família e tenham como escopo principal a defesa dos interesses de menores, são utilizados em situações diferentes. Assim, enquanto a tutela busca o encaminhamento temporário do menor em família substituta, diante da supressão do Poder Familiar, a guarda é atributo do mesmo, sendo perfeitamente compatíveis.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Extenso se apresenta o caminho já percorrido pelo instituto da guarda na legislação pátria até chegar ao que se encontra disciplinado nos dias atuais. A norma inaugural que se propôs a tratar sobre o destino dos filhos menores de pais separados, adotou como critério de determinação da guarda a questão da inocência do cônjuge, uma vez que assim afirmava o artigo 90 do Decreto 181, de 1890:

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

Em 1917 entrou em vigor o Código Civil que estabeleceu regras distintas conforme a motivação do casal diante da dissolução da união conjugal. Desta feita, de acordo com artigo 325 do aludido diploma legal em ocorrendo dissolução amigável do casamento deveria ser necessariamente respeitado o acordado pelos cônjuges sobre a guarda dos filhos. Já em se tratando de ruptura matrimonial por culpa de um dos cônjuges ou mesmo de ambos, o Código traçou regras específicas a serem seguidas em cada caso, devendo também ser observada a idade dos filhos menores.

Assim, o artigo 326 do Código de 1916 prelecionava que os filhos menores deveriam ficar sob a guarda e companhia do cônjuge inocente, porém, caso ambos fossem considerados culpados, seria concedida à mãe a guarda das filhas menores, como também dos filhos até os seis anos de idade, pois, após esta idade deveriam ser entregues aos cuidados e guarda direta do pai. Todavia, cabia ao juiz decidir de forma diferente caso vislumbrasse uma melhor solução em proveito dos menores.

Após observar o conteúdo da norma civilista, percebe-se que o intuito intrínseco da mesma parece não ter se pautado em apresentar o melhor caminho para a resolução da criação e educação dos menores, mas sim, buscou encontrar mais precipuamente um meio de intimidação aos casais que pretendessem desfazer a união conjugal. Desta forma compreende Dias (2006, p.557):

Nitidamente repressor e punitivo o critério legal. [...] O filho era entregue como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge "inocente" punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda prole. [...] Deixava-se de priorizar o direito da criança. [...] Questionava-se apenas a postura dos genitores. Como verdadeira ameaça, quase uma intimidação da manutenção do casamento.

No ano de 1941 veio à baila o Decreto-Lei nº 3.200, o qual buscou regularizar a guarda do filho natural, atribuindo-a a figura do pai, caso ambos os progenitores houvessem reconhecido o filho, ou se contrário fosse, apenas àquele que logrou o devido reconhecimento. Ainda concedeu ao juiz a plena discricionariedade para resolver de modo diverso ao que dispunha a norma, caso tal autoridade viesse a observar solução mais viável ao menor (GRISARD FILHO, 2006).

Observa-se, no entanto, que a legislação da época, pautava-se de forma tendenciosa para o gênero masculino, apresentando-se de modo machista, buscando privilegiar sempre a figura do pai. Destarte, preocupava-se ainda com a questão da culpa pelo término do enlace matrimonial, visto que a sociedade não enxergava a dissolução conjugal com o mesmo olhar que a enxerga nos dias atuais.

A lei 5.582 de 1970 modificou o decreto supracitado, acabando com o favorecimento que aquela norma contemplava ao pai, transferindo a preferência pela titularidade da guarda à mãe, caso ambos os genitores houvessem procedido ao reconhecimento do filho. Porém, continuou prevendo a faculdade à autoridade judicial de decidir de modo diverso, visando sempre o melhor interesse do menor, onde poderia até mesmo, colocá-lo sob a guarda de terceira pessoa, desde que esta, possuísse boas condições para educar e se responsabilizar pela criança, e, pertencesse à família de qualquer dos pais (GRISARD FILHO). É interessante salientar que, determinada previsão encontrou inspiração e respaldo à luz do Código Napoleônico, o qual já previa tal disciplina, e já demonstrava maior preocupação com o bem-estar e interesse do menor. Assim, assegura Silva (2008, p. 42):

Essa idéia de retirar os filhos da guarda dos pais e confiá-los a terceira pessoa por razões graves e insuperáveis, já era contemplada no art. 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804, inspirada no melhor interesse do menor, ainda que em detrimento dos pais: "Os filhos serão confiados ao cônjuge que obteve o divórcio, a não ser que o Tribunal, a pedido da família e do Ministério Público, e em vista das informações recolhidas em execução do artigo 238 (alínea 3), ordene, para maior vantagem dos filhos, que

todos, ou algum deles, sejam confiados aos cuidados quer do outro cônjuge, que de uma terceira pessoa”.

O Estatuto da Mulher Casada-Lei nº 4.121/62 fez alterações ao Código Civil existente no tocante à guarda proveniente do desquite litigioso, porém, em nada modificando quanto ao amigável. Assim, a partir de então se deixou de observar os critérios de sexo e idade dos filhos quando ambos os cônjuges fossem ensejadores de culpa, passando então a deferir neste caso, a guarda diretamente à mãe, salvo disposição contrária do magistrado, que poderia ainda deferi-la aos cuidados de terceiros idôneos pertencentes a famílias de qualquer dos genitores, ressalvando a estes o direito de visitas.

Contudo, a Lei do Divórcio nº. 6515/77, a qual regularizou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento no Brasil, também tratou acerca do instituto da guarda dos filhos, absorvendo as regras atinentes a tal instituto, prosseguindo de forma geral, com as disposições já aduzidas nas normas anteriores, conforme se percebe:

Art.10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

Parágrafo 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

Parágrafo 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

[]

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.

Torna-se perfeitamente cristalino observar que aos poucos, as normas civilistas concernentes ao direito de guarda, seguiram uma tendência em prol de beneficiar e resguardar os interesses e anseios dos menores em detrimento da melhor conveniência dos pais. Por conseguinte, interessante se faz verificar as palavras de Grisard Filho (2006, p. 58):

Todos esses critérios são gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seriam os mais adequados para atender os

interesses dos filhos menores: tais interesses, e não a autoridade paterna, são o eixo de todo o problema.

Finalmente, a Carta Magna de 1988, consagrando ideais principiológicos da plena isonomia entre homens e mulheres, erradicou qualquer entendimento que pairasse de modo contrário aos anseios e interesses menoristas e ainda quanto a qualquer modo de discriminação de gênero. Assim, visou assegurar aos mesmos a convivência em lar seguro e saudável e a garantia de uma vida próspera, normatizado diante do artigo 227 da atual Constituição Federal e que veio a ser disciplinado pelo ECA, norma que trata exclusivamente sobre direitos e deveres inerentes aos menores, visando propiciar-lhes amplo bem-estar e harmonia em sua educação e desenvolvimento, e ainda, transformando-os em sujeitos de direito.

Além das normas supramencionadas, o instituto da guarda ainda foi positivado e tratado, embora que de maneira singela e simplificada pelo Decreto 17.493, denominado de Código de Menores de 1927 e pela Lei 6.697/79. O Código de menores de 1927 legislou o assunto em apenas um único artigo, e segundo a norma, entende-se por “encarregado da guarda” do menor, pessoa que, não sendo pai, mãe, tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder e companhia. Já no que concerne à Lei 6697/79, esta norma tratou o direito de guarda de forma mais prolixa, substituindo a nomenclatura anteriormente citada pela expressão “responsável pela guarda” e ainda já compreendendo o instituto como uma maneira de colocação em família substituta, estabelecendo normas de regência (GRISARD FILHO, 2006).

O Código Civil de 2002 tratou do instituto da guarda de maneira sutil, apresentando algumas disposições acerca do mesmo diante de casos de dissolução da sociedade conjugal dentro do Capítulo XI, referente aos artigos 1.583 a 1.589, intitulado: “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”.

Portanto, o atual Código Civil contemplou o instituto sob a visão principiológica do melhor interesse do menor, abolindo qualquer negativa de deferimento da guarda ao genitor culpado pela dissolução conjugal, todavia, tratou expressamente apenas da guarda exclusiva como única modalidade a ser adotada.

Assim, segundo se depreende das disposições dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil à época em que entrou em vigor, o magistrado ao deferir a guarda dos menores, deverá observar primeiramente o que os cônjuges acordarem; do

contrário, não havendo acordo mútuo entre o casal, a guarda deverá ser concedida a quem revelar melhores condições para exercê-la. Poderá ainda o juiz conceder a guarda a terceiros que não sejam os pais, desde que se revelem compatíveis com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e a relação de afetividade e afinidade com os menores.

Com o advento da recente Lei nº. 11.698/2008, intitulada de Lei da Guarda Compartilhada, houve modificação no conteúdo normativo dos artigos 1.583 e 1.584, anteriormente mencionados, passando o Código Civil a partir de então a se referir a esta espécie de guarda, positivando a possibilidade de aplicação da mesma na resolução da questão da guarda dos filhos após a dissolução conjugal dos pais.

O Código Civil atual ainda adotou importante inovação transcrita em seu artigo 1.588, o qual modifica o texto do artigo 329 do Código de 1916. No que concerne a presente regra civil, tanto o pai quanto a mãe que contrair novas núpcias, não perderão o direito de ter consigo sua prole, a menos que fique provado judicialmente que não estão sendo tratados de forma conveniente, diferentemente do que previa o Código Civil anterior, o qual restringia tal direito apenas à mãe.

3.3 ESPÉCIES DE GUARDA

Muitas são espécies de guarda aduzidas pela doutrina, apresentando cada qual nuances e especificidades próprias, dependendo da situação em que se coloca e da finalidade a qual se propõe. Assim, várias são as classificações doutrinárias expostas para melhor diferenciar as modalidades de guarda conhecidas.

No que se refere à origem da guarda, a primeira modalidade a ser tratada, diz respeito à denominada guarda comum, uma vez que se refere à espécie ímpar, totalmente diferente das demais, advindo a mesma de fatos naturais e não jurídicos, sendo então proveniente da própria relação biológica/jurídica inerente do Poder Familiar. Não se trata, pois, de modelo decorrente da extinção da relação conjugal dos pais, mas do contrário, refere-se ao liame adquirido e exercido conjuntamente na harmonia conjugal pela própria condição de pais detentores dos deveres de criação para com os filhos. Este modelo não condiz com hipótese delegada pelo Estado judicante, mas, preexiste ao ordenamento positivo e sua origem não se deve

a meios jurídicos e legais, mas, trata-se de algo natural, decorrente do fato da paternidade e da maternidade (GRISARD FILHO, 2006).

Contrariamente ao modelo descrito no parágrafo anterior, explana a doutrina modalidades derivadas de guarda, denominadas de guarda desmembrada e delegada. Aquela é decorrente de questões de cunho social, onde o Estado cumprindo com sua função legal de amparo e proteção do menor, imputa a sua guarda a quem não detém o Poder Familiar. Assim, a própria nomenclatura adotada já faz transparecer o que se compreende por tal modelo, pois, trata-se de desmembramento do Poder Familiar, ou seja, é forma de conceder a guarda a quem não a detém naturalmente como decorrência do vínculo maternal ou paternal. A outra já citada, qual seja: “guarda delegada”, nada mais é do que aquela decorrente da delegação do Estado, sendo, portanto, positivada e imputada a alguém em proveito de outrem. No que concerne a semelhança das duas espécies de guarda, Grisard Filho (2006, p.80) entende que a guarda desmembrada: “é, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial”.

Ainda quanto à origem da guarda, a doutrina também apresenta outras duas espécies, quais sejam: guarda originária e derivada. A primeira diz respeito àquela conferida aos pais naturalmente, como sujeitos de direitos e deveres perante seus filhos, tal como na guarda comum. Já a derivada é aquela conferida por lei, exercida por quem cumpre a tutela do menor (GRISARD FILHO, 2006).

É importante frisar que, há situações em que a gênese da guarda efetivamente exercida nem é advinda de fatos originários, nem tampouco de fatos delegados. Quando se está diante de tal narrativa, logo está a se falar da chamada “guarda de fato”, tão conhecida na sociedade brasileira, e que nada mais é do que aquela guarda exercida por vontade e iniciativa própria, onde o detentor da mesma passa a zelar por determinado menor, sem qualquer atribuição legal ou mesmo judicial.

Interpretando as disposições contidas no artigo 33, § 2º e 3º do ECA, a doutrina atribuiu duas denominações ao conteúdo desta norma, chamando de guarda peculiar e guarda para fins previdenciários. A primeira é inspirada na segunda parte do parágrafo segundo, e busca solucionar uma ocasional ausência dos genitores, onde o guardião representará o menor em proveito total e exclusivo dos mesmos em situação determinada e peculiar, substituindo seus pais. Já a

guarda para fins previdenciários, encontra-se prevista no parágrafo terceiro, conferindo ao menor a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Há quem se manifeste de forma contrária a esta modalidade, por entender que a mesma possui finalidade discrepante entre a situação fática e jurídica, propiciando a simulação, devendo tais pedidos serem indeferidos quando verificado que a intenção da demanda seja apenas com vistas à consecução do benefício previdenciário, uma vez que estes devem ser consequência da guarda e não puramente sua finalidade (MARCHESAN, 2009).

Também, aduz-se uma classificação inerente aos sujeitos ativos do exercício da guarda. Fala-se na guarda exercida por particular, bem como na possibilidade de exercício por órgãos técnico-administrativos de proteção. Assim, conforme disposições legislativas, os menores deverão ser entregues à guarda dos pais ou de terceiros, caso seja mais conveniente a eles. Todavia, em não existindo pessoa capaz de exercer lididamente o predisposto encargo, a criança será devidamente entregue aos cuidados de zelo e guarda de instituição adequada, seja esta governamental ou filantrópica, conforme preleciona artigo 30 do ECA.

Contudo, quando ocorre dissolução da sociedade conjugal, o Estado se depara com a questão fática do destino dos filhos do casal separando, apresentando hodiernamente o ordenamento jurídico, diferentes modalidades de guarda a serem adotadas na solução da questão familiar em pauta, sendo que todas elas possuem em comum a busca da melhor solução em prol do menor.

A doutrina, porém, apresenta 04(quatro) diferentes modelos de guarda que poderão ser perfilhados pelos genitores quando já não mais convivem juntos, a saber: a guarda única, guarda alternada ou partilhada, o aninhamento ou nidação, e a guarda compartilhada. Cada um desses modelos almeja alcançar o modo mais adequado e harmônico de convivência entre os membros do clã que não dividem mais o mesmo teto e não compartilham mais as mesmas rotinas, sendo que de qualquer forma, molduram espécies diferentes do estereótipo da família tradicional, porém, procuram fazê-lo da melhor maneira possível, em prol dos interesses dos menores.

No período de andamento do processo de separação ou divórcio dos genitores, surge a necessidade de conferir a guarda dos filhos a um deles até o deslinde da causa, onde então será decidido definitivamente o destino dos menores. Assim, no decorrer da tramitação do processo de dissolução conjugal, fala-se em

guarda provisória ou temporária, todavia passará a ser “definitiva” ou “permanente”, após decretação da devida sentença. Destarte, o termo definitivo deve ser entendido flexivelmente, já que a decisão judicial será imutável enquanto a situação fática se mantiver inerte. Segundo Grisard Filho (2006, p.82): “A definitividade da guarda é, paradoxalmente, relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz, pois sua concessão não faz coisa julgada”.

Contudo, a modalidade mais conhecida no costume pátrio é a chamada guarda única, sendo exclusivamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro antes da recém contemplação legal do modelo de guarda compartilhada, tanto que é chamada de tradicional por alguns doutrinadores. A guarda única, como o próprio nome sugere, é exercida de forma exclusiva por apenas um dos progenitores, o qual a exerce física e juridicamente, usufruindo da relação diária com a prole e ainda sendo encarregado de resolver e decidir as questões inerentes às necessidades vitais do incapaz. Assim, ao outro genitor, resta infimamente a incumbência de exercer a fiscalização da atuação do genitor guardião e o direito de visitas, segundo depreende-se da disposição do artigo 1.589 do Código Civil.

Entrementes, o legislador pátrio achou por bem conceituar o que deve ser entendido por regime de visitas, disciplinando através do artigo 1.121, § 2º do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº. 11.112/2005, ficando assim definido:

Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com a sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

Todavia, o disposto direito de visitas como entende a doutrina, poderá ser modificado, restringido e até mesmo suprimido temporariamente, diante da ocorrência de fatos excepcionais, como assim compreende Gonçalves (2009, p. 273):

O direito de visita, com efeito, em que se invoca a sua natureza puramente afetiva, “não tem caráter definitivo, devendo ser modificado sempre que as circunstâncias o aconselharem; e também não é absoluto, pois por humana que se apresente a solução de nunca privar o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações

se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízo principalmente no aspecto moral, sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer”.

A partir do aludido acerca do modelo de guarda única, percebe-se que se trata de meio extremamente lacunoso, sendo bastante criticado pela doutrina, uma vez que subtrai de um dos progenitores o direito de proximidade e a possibilidade de participação nas decisões corriqueiras da vida de seus filhos, tornando-os pessoas distantes e de certa forma estranhas no convívio comum diário. Neste sentido explana Lotufo (2002, p. 274):

Muitas vezes, a guarda uniparental, não atende aos interesses e necessidades do menor, que ama seus pais e não dispensa a presença conjunta de ambos nas escolhas importantes referentes à sua vida e ao seu futuro. Por outro lado, também, muitas vezes, nem o pai nem a mãe querem ficar longe dos filhos; ambos querem participar do cotidiano deles, ou seja, das conversas durante as refeições; troca de idéias ao assistirem juntos, pela televisão, os noticiários, os programas esportivos e os filmes. Para muitos é por demais dolorosa essa separação e conformar-se a ver os filhos somente nos finais de semana, quando não a cada quinzena, significa um convívio fugaz, insatisfatório e frustrante onde lhes parece diminuída a possibilidade da ajuda na formação dos verdadeiros valores da vida.

Assim, muito fragilizado se apresenta este tipo de modelo, tornando-se muitas vezes incapaz de suprir as novas situações surgidas no direito de família, uma vez que tende a afastar o genitor não guardião da prole. Silva (2008, p.35), aduz a seguinte colocação: “a convivência familiar é um dos direitos prioritários da criança e do adolescente e figura com destaque nos artigos do ECA; porém, no modelo de guarda única dos filhos, certamente esse direito se torna desigual”.

A segunda hipótese de guarda apresentada é a chamada guarda alternada ou partilhada. Esta se trata de modelo altamente criticado pela maioria da doutrina, visto que a sua finalidade é proporcionar a alternância da guarda dos filhos a cada um dos pais em lapsos temporais distintos, podendo esse período ser de um mês, uma semana, um ano escolar, etc.; ou seja, qualquer tempo acordado pelos genitores, onde possam exercer a guarda de forma exclusiva, durante todo o período que estiverem com o filho. Conforme preleciona Lisboa (2002, p.128): “na guarda alternada há um rodízio entre os guardiães, cada qual devendo arcar com os

deveres inerentes à guarda tão-somente durante o período para o qual forem encarregados”.

O mencionado modelo não é e nem nunca foi aceito em nosso ordenamento jurídico, como também é desabonado em quase todas as legislações alienígenas. Na França, esta modalidade foi proibida no ano de 1984, por decisão do Tribunal da Cassação após inúmeras constatações de insucesso (SILVA, 2008).

Entende-se que esta modalidade tende a facilitar possíveis conflitos, uma vez que os genitores poderão se utilizar de manobras em benefício próprio para fugir de certas responsabilidades, invertendo semanas ou temporadas, além de desfavorecer totalmente a situação do menor, que permanecerá jogado de um lado para o outro, perdendo sua referência (SILVA, 2008).

No geral, a doutrina infere que este modelo de guarda apresenta-se de forma contraditória ao princípio da continuidade do lar, o qual deve ser respeitado para o alcance ideal do bem-estar físico e psíquico do menor.

É idealizado também um modelo de guarda etimologicamente denominado de aninhamento ou nidada. Contudo, determinada modalidade faz transparecer ares utópicos e surreais em relação à grande maioria dos casos de família atuais. Segundo o que dispõe o aludido modelo, os pais passarão então a conviver com seus filhos através de um sistema de revezamento, mudando-se de tempos em tempos para a casa onde residem as crianças. Os estudiosos da área fazem imensurável crítica a este modelo, acreditando que não há como perdurar tal acordo de guarda, pela alta soma de valores financeiros despendidos para o alcance de sua manutenção, visto que, serão necessárias três residências para o convívio dos pais e filhos, sendo uma para o pai, outra para a mãe e ainda uma outra para os menores recepcionarem seus genitores alternadamente (GRISARD FILHO, 2006). Percebe-se assim, a total fragilidade do modelo explanado, não se demonstrando condizente com a realidade fática da imensa maioria das famílias separadas, e sendo, por isso, muito pouco utilizado.

Por último, tem-se o modelo de guarda compartilhada, recém aprovado pela legislação civil nacional, através da Lei nº. 11.698/2008. O escopo principal desta modalidade é proporcionar a isonomia de ambos os pais na criação e formação intelectual dos filhos. Preferindo este modelo, os genitores de forma igualitária serão detentores das responsabilidades legais na tomada de decisões inerentes à vida dos menores. Isso quer dizer que tanto o pai, quanto a mãe terão os mesmos direitos e

deveres com relação à prole, indistintamente. E, em contrapartida, as crianças continuarão com a oportunidade de exercerem seu direito de proximidade para com seus pais. Não deve ser confundida com a modalidade de guarda alternada, anteriormente mencionada, pois, enquanto nesta, há uma efetiva alternância da guarda dos filhos pelos pais em períodos distintos, naquela, exercita-se a guarda concomitantemente, sem a necessidade de mudanças de residência pelos filhos. Enfim, muitas são as nuances a serem tratadas acerca do aludido modelo, porém, este será mais bem analisado no capítulo seguinte.

4 GUARDA COMPARTILHADA: VANTAGENS PARA PAIS E FILHOS E AVANÇOS DO INSTITUTO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

No decurso de toda a história, a entidade familiar vem sofrendo modificações em sua forma estrutural, principalmente no que tange às funções de cada um dos seus membros formadores. Assim, o Estado necessita estar sempre buscando meios para abarcar as novas situações que despontam. Desta feita, o modelo de guarda compartilhada, surge como forma de suprir esses novos anseios, uma vez que, visa perpetuar a autoridade parental para ambos os genitores, independentemente da situação conjugal em que se encontrem, desde que venha a beneficiar a criança.

4.1 MUDANÇAS NOS PARADIGMAS DA ENTIDADE FAMILIAR E DOS PAPÉIS PARENTAIS

Ao longo de toda a história humana, a entidade familiar vem sofrendo mudanças e consequentes adaptações em seus preceitos, conforme a época e cultura na qual esteja inserida. Uma série de fatores sociais podem ser destacados como influenciadores diante das formas de se enxergar as funções parentais.

Percebe-se, no entanto, que há tempos aquela visão de família tradicional, calcada no casamento e formada impreterivelmente pelas figuras de pai, mãe e filhos, vem sentindo inúmeras transformações. É a chamada família hierarquizada, onde o pai é colocado como centro do núcleo familiar, assumindo plena função de gestor e provedor do seu clã, ao passo que, à mãe é conferida a prerrogativa de criar e educar os filhos e ainda cuidar do esposo (DIAS, 2003).

Nos dias atuais, presenciam-se várias espécies de família, não mais sendo possível conceituá-la apenas como sendo união parental de pessoas vinculadas a determinado casal. Até mesmo porque, a atual Carta Magna, achou por bem expandir este conceito, abarcando as relações monoparentais e ainda reconhecendo como entidade familiar uniões não submetidas à solenidade do casamento (DIAS, 2003).

A concepção da mulher-mãe, única detentora das funções de educação e criação dos filhos, e conseqüentemente, pessoa da família de maior importância para os mesmos, possui inteira relação com a Revolução Industrial, uma vez que, a partir desta época, a família começou a transformar-se, a fim de melhor se adaptar às novas necessidades surgidas. Até então, o provimento das pessoas era retirado exclusivamente do trabalho no campo, onde os membros da família trabalhavam em sistema de cooperação entre si. Com o advento do trabalho na indústria em ambiente fora do âmbito familiar, o homem foi deixando de lado os afazeres domésticos e os diuturnos cuidados com a prole, já que, não mais se viam constantemente. Assim, as incumbências diárias do lar foram sendo unicamente exercidas pela mulher (SILVA, 2008).

Como bem se sabe, durante muito tempo a mulher exerceu o papel exclusivo de dona do lar, desempenhando apenas trabalhos domésticos no âmbito da sua própria residência, resumindo-se, portanto, a ser mãe e esposa. Ao passo que ao homem eram atribuídas as delegações de sustento e segurança da família, obrigando-se a trabalhar fora de casa, e conseqüentemente distanciando-se dos cuidados diários com os filhos.

Todavia, aos poucos esta cultura vem sendo modificada, visto que, a mulher cada vez mais vem ganhando espaço no cenário econômico, realizando funções dantes apenas imputadas aos homens. Assim, constata-se que aquela figura feminina com prerrogativas exclusivas do lar está se fossilizando, pois, o que se tem visto na atualidade, é a presença em massa da mulher nas cadeiras das universidades e atuando em todas as áreas do mercado de trabalho. Como afirma Nalini (2001, p.103): “É reduzido o número de famílias-tipo, assim concebidas aquelas formadas de pai, a trabalhar fora, mãe, com funções domésticas, e um par de filhos”. Isso se deveu graças à revolução feminista, onde se buscou igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres, e conseqüentemente o fim da discriminação de gêneros. Desta forma, retrata Teixeira (2005, p.110):

Com a revolução feminista que impulsionou a mulher para fora dos limites privados do lar conjugal, esta também passou a participar do custeio das despesas da família, o que a livrou das amarras da dependência marital. Por conseguinte, passou-se a valorizar a liberdade de vínculos afetivos, que não mais eram mantidos por razões financeiras. A direção da sociedade passou a ser diárquica, da mesma forma que o homem também passou a participar de forma

mais ativa das contribuições domésticas, inclusive no cuidado dos filhos. Construiu-se um novo conceito de paternidade, mediante o qual o homem não se satisfaz em cumprir um papel periférico na vida do filho, ou seja, quer participar e ser pai, em todos os aspectos e momentos da existência da prole.

No entanto, com os papéis funcionais, masculino e feminino, desempenhados diversamente da forma tradicional, passou-se a moldar novas concepções de família, agora construída na afetividade, onde todos os membros formadores, ou seja, pai e mãe são corresponsáveis isonomicamente, dissipando assim, aquela idéia de separação de atribuições. Deste modo, a figura paterna também se modificou, uma vez que, o pai não mais se limita a angariar o sustento econômico da prole, mas sim, procura estar cada vez mais presente na vida destes, participando diuturnamente de sua criação e educação. "O relacionamento entre pais e filhos não se funda mais no autoritarismo, e sim no amor" (MATOS, 2000, p.93).

Neste viés, constata-se que o papel do pai é visto e vivido na atualidade de modo diverso do que se tinha em mente na época em que os atuais avôs eram apenas pais. Hoje, presencia-se um pai bem mais participativo, interessado não só no patrimônio da família, mas também, nas questões de cunho educativo e afetivo de seu clã. Assim, retrata Zamberlam (2001, p.74):

Há aproximadamente uma década, a vida impulsionou o ser humano a pensar sobre o pai, sobre o desempenho desse homem na sociedade de modo geral e seu enquadramento nos papéis até então delineados. Se a modernidade vem impondo um novo contorno à família, parece que o homem, o pai, enfim as relações vêm se reescrevendo também. Estudos revelam que há hoje o surgimento de um "novo pai".

Desta feita, percebe-se que não é mais imputado apenas à mulher as prerrogativas de cuidados domésticos, sendo que, cada vez mais, tem crescido o anseio de ambos os pais na participação comum na vida de seus filhos, tanto no período de harmonia conjugal, quanto diante de sua dissolução (TEIXEIRA, 2005). Desta forma assevera Matos (2000, p.94):

Pode-se afirmar, logo, não se faz mais presente a rígida divisão de papéis entre o homem e a mulher dentro da família. As modificações apontam para uma família onde ambos cooperam nas várias atividades necessárias para o bem-estar do grupo familiar, reduzindo

significativamente os domínios exclusivos de cada membro, delegados em virtude de gênero.

Assim, visando acompanhar as atuais tendências no âmbito familiar, o direito brasileiro ante as reais necessidades consuetudinárias, buscou amoldar-se aos novos preceitos, a fim de abarcar as contemporâneas situações factuais.

Diante do atual cenário presenciado sobre as funções conferidas aos genitores, é que se desencadeou a necessidade de discussões científicas com vistas a suscitar novos preceitos legais, capazes de melhor se aplicar aos casos atuais.

A Constituição Federal de 1988 originou um novo Estado de direito passível de abarcar as novas tendências e a dissipar os preconceitos de gênero. O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu à criança uma nova posição perante o Estado e a família, transformando-a em sujeito de direito.

Portanto, o instituto da guarda compartilhada surge como meio jurídico capaz de solucionar as novas necessidades e a dirimir muitas injustiças e frustrações, proporcionadas pela modalidade de guarda única, pois aquele modelo tende a beneficiar todos os envolvidos na causa, principalmente, é claro, a criança, que inevitavelmente carrega o ranço da dissolução conjugal de seus pais, pessoas de maior representatividade e importância em suas vidas.

4.2 CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada surgiu em decorrência de um pensamento contemporâneo em defesa da paridade entre pais e filhos, tendo como escopo principal a efetiva preservação dos interesses dos menores, visando alcançar sempre o bem-estar familiar dos mesmos.

Esta forma de pensamento tendente a reconhecer e privilegiar o maior interesse da criança exteriorizou-se através dos documentos preparados pela Organização das Nações Unidas-ONU, conhecidos por Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, inspirado na Declaração de Genebra de 1924, e mais recentemente, pela Convenção sobre os Direitos da Criança, que passou a vigorar

internacionalmente a partir do dia 02 de setembro de 1990. Tal Convenção foi posteriormente aceita e promulgada pelo Brasil, passando aqui também a vigorar ainda no mesmo ano. Assim, com este aceite, o Brasil insere-se dentre aqueles que primam pelo maior interesse da criança, posicionando-se em defesa de seu correto e saudável desenvolvimento como pessoa humana (GRISARD FILHO).

Diante desta recente visão de resolução de conflitos familiares, inserida inteiramente num contexto de preservação de valores e melhoria na qualidade da vida humana, é que surgem novas possibilidades jurídicas tendentes a minorar o máximo possível, situações de desconforto no âmbito da família, as quais recaem mais pesadamente sobre os menores envolvidos.

Enquanto os pais permanecem unidos no seio da unidade familiar, a guarda é exercida conjuntamente pelos mesmos sem maiores problemas factuais e jurídicos, todavia, quando então acontece a dissolução da união conjugal, nasce para a família esfacelada uma série de questões a serem desvendadas, sendo que uma delas é justamente o destino da guarda dos menores. É justamente neste contexto que vêm à tona as possibilidades a serem adotadas pelos pais na busca da melhor forma de solucionar a problemática surgida.

Outrora, diante do desfecho de tal questão perante o judiciário pátrio, via-se apenas uma única forma de solução legalmente aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, o modelo de guarda única, já que o atual Código Civil conferiu expressamente esta modalidade de forma singular, nada aduzindo acerca da aceitação, nem tampouco da negativa da guarda compartilhada.

Para tanto, como bem se sabe, a modalidade de guarda supramencionada foi recepcionada pela legislação civil brasileira através da Lei 11.698/2008, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil inserindo expressamente a guarda compartilhada no ordenamento pátrio.

Embora só recentemente este instituto tenha sido inserido na legislação nacional, constata-se que esta opção já vinha sendo concedida por alguns magistrados ainda que de forma tímida, e há tempos vem sendo apresentado e defendido por civilistas de vários países, como sendo o modelo mais viável a ser adotado pelos casais diante da desarmonia conjugal, buscando sempre a melhor solução em prol das crianças.

No entanto, é demasiadamente importante buscar o real entendimento do que é sugerido por este modelo de guarda, uma vez que se trata de tema central do

presente trabalho. Para tanto, faz-se necessário sua explanação conceitual, embasada na vasta apresentação doutrinária acerca do caso em comento. Assim, Grisard Filho (2006, p.126), define o instituto sob os seguintes moldes:

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 o chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Neste sentido, percebe-se que, o intuito primeiro deste modelo sugerido, é justamente a conservação e perpetuação das mesmas prerrogativas impostas aos pais decorrentes do Poder familiar, prosseguindo o seu exercício conjunto ainda que estejam separados. Desta forma compreende Leite (2003, p.270):

O pressuposto da guarda conjunta é o de que, apesar da ruptura dos pais, e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuam a exercer em comum a autoridade parental, como eles a exerciam quando a família permanecia unida. Porque já se repetiu inúmeras vezes, a ruptura separa os pais, mas nunca os filhos.

O que se deduz ao ler-se a compreensão acima exposta, é que o que se pretende, ao adotar a modalidade compartilhada da guarda é justamente a continuidade dos moldes familiares advindos da autoridade parental, mesmo diante de uma ruptura familiar, até mesmo porque, quem se separa são apenas os pais e não os filhos, estes permanecem com os mesmos direitos sobre seus genitores, os quais não se desvinculam de suas obrigações parentais. Portanto, trata-se de estado em que a guarda jurídica é exercida por quem resida em locais separados (BARRETO, 2003). Assim, também expressa Nóbrega (2008, p.29):

[...] A guarda compartilhada não se destina a permitir a alternância da guarda de filhos entre os pais, mas tem como objetivo precípua assegurar aos genitores o exercício conjunto da autoridade parental, como se juntos estivessem, o que, tratando-se de genitores orientados pelo desejo de proporcionar elevada formação à prole que geraram, somente poderá se traduzir em vantagem para estes e para aqueles [...].

Outrossim, verifica-se que a guarda compartilhada ou conjunta, esboça uma forma equânime do exercício da autoridade parental, mesmo depois da desarmonia conjugal dos pais, onde continuarão a tomar decisões acerca da vida cotidiana dos filhos conjuntamente, e não de modo singular como é visto no modelo de guarda única, tornando desnecessária a determinação do tão conhecido sistema de visitas quinzenais, imputado a um dos genitores.

Contudo, é interessante enfatizar que, o conceito de guarda compartilhada não possui fórmula rígida, uma vez que, uma parte da doutrina entende que este modelo implica necessariamente existência de residência dupla para os filhos, já para a doutrina majorante, esta prerrogativa é desnecessária, bastando a concretização da convivência efetiva, mesmo que em lares separados, e ainda a equidade no comando parental. A lei 11.698/2008 trouxe um conceito amplo acerca do instituto, entendendo se tratar por guarda compartilhada a responsabilidade conjunta e o exercício de deveres do pai e da mãe, concernentes do poder familiar, portanto, não mencionou exigência de multiplicidade de residências.

Qualquer que sejam os entendimentos doutrinários aduzidos, o que todos pretendem e têm em comum é justamente o máximo alcance da paridade de custódia entre os genitores, a fim de melhor beneficiar a evolução vital da prole. Acerca do que se comenta, dispõe Lotufo (2002, p.274):

A guarda compartilhada pode aparecer com nuances diversas, mas o seu objetivo é proporcionar uma convivência mais constante entre filhos e genitores, de modo que um destes não fique afastado a ponto da relação perder a naturalidade e o pouco contato refletir na relação entre eles de modo a torná-la indiferente.

Assim, convém explicar que, a modalidade de guarda tratada concede isonomicamente aos genitores a guarda jurídica, a qual outorga a ambos os pais a titularidade da prerrogativa de guardar e amparar os filhos, prosseguindo com os mesmos direitos e obrigações decorrentes do Poder Familiar, sendo, que, desta forma, os pais têm o livre arbítrio de decidir entre eles acerca da guarda física dos menores, escolhendo entre arranjos de acesso ou mesmo esquemas de visitas (GRISARD FILHO, 2006).

Não obstante, é necessário minudenciar as consequências reais do instituto, as quais se encontram intrinsecamente presentes nas definições elucidadas pela doutrina.

Logo, diante da adoção do modelo conjunto de guarda, primeiramente os pais devem decidir acerca da futura residência dos filhos, que tanto poderá ser na casa de um como na do outro, ou até mesmo de um terceiro, desde que encontrem a melhor solução para o devido alcance conjunto dos pressupostos da guarda, sem prejudicar nenhum dos pais, nem tampouco os filhos. Desta forma entende Leite (2003, p.270): “Quanto ao local de residência, se na casa paterna ou materna, tudo dependerá da situação fática vivenciada pelo casal. [...] e poderá mesmo ser a casa de um terceiro (avós, por exemplo) se nenhum dos pais reúne aquelas condições”.

A fixação da residência dos filhos não é pacífica diante dos doutos que escrevem acerca do instituto, existindo entendimentos contrários no que tange à questão. Segundo Dias (2000, p.363): “guarda compartilhada significa dois lares, dupla residência [...]. [...] somente sendo consensual o compartilhamento da guarda é possível a definição de um dos pais para servir de residência do filho”.

Diante da observação dos entendimentos da autora, verifica-se que, mesmo esta afirmando a necessidade da duplicidade da residência, confirma também a possibilidade de sua fixação, logo, deixando transparecer que, o que realmente se pretende é de fato a realização da melhor conveniência familiar diante do exercício conjunto, independentemente de uma forma rígida e fixa.

Entretanto, convém aludir que, no que tange ao direito de visita, tratado pelo Código Civil no art. 1.589, não constitui puro e simples direito, mas, em direito-dever, uma vez que o intuito maior não é satisfazer os anseios dos pais, e sim sanar as necessidades afetivas e vitais dos menores. Sabe-se que o modelo de guarda conjunta visa antes de qualquer coisa o melhor interesse do menor, alcançado da forma mais adequada possível entre os parentes envolvidos, assim, é perfeitamente pertinente que, diante da convenção acerca da residência da criança se avence também quanto às visitas entre pais e filhos (GRISARD FILHO, 2006).

Já com relação aos alimentos parentais, como bem se sabe, trata-se de obrigação constitucionalmente outorgada aos pais com relação aos filhos, sendo, portanto, dever que não se altera com a dissolução matrimonial, como assim expõe o atual código Civil, diante do artigo 1.579 e ainda no art. 20 da Lei do Divórcio.

Sendo assim, percebe-se que, a incumbência de alimentar os filhos é recaída sobre ambos os pais, independentemente da situação conjugal vivida entre os mesmos.

De igual modo, também é indiferente indagar acerca da espécie de guarda exercida pelos genitores, pois, sendo ela única ou compartilhada, a obrigação persistirá da mesma maneira. Desta feita, percebe-se que é perfeitamente possível a fixação da obrigação alimentar diante da adoção do modelo compartilhado da guarda. Assim, aduz Dias (2006, p.363):

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião

Da mesma forma que na guarda única, na modalidade de guarda compartilhada, também é facultado aos pais a melhor convenção acerca da prestação alimentícia, de acordo com as conveniências de cada um, obedecendo sempre os ditames principiológicos do binômio possibilidade/necessidade. Neste sentido, assevera Silva (2008, p.129): “Neste novo modelo de guarda pai e mãe decidem, de comum acordo, o montante da pensão, conforme as possibilidades de cada um e a necessidade da criança”. Assim, conforme possibilidade e conveniência, os encargos econômicos, poderão ser perfeitamente divididos equitativamente entre os pais, bem como vir a ser estipulado a apenas um deles, caso o outro não disponha de patrimônio para o devido cumprimento.

Porém, segundo preleciona Grisard Filho (2006, p.171): “a guarda compartilhada estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos”. Essa afirmativa é perfeitamente compreensível, uma vez que, mantendo-se a relação de proximidade entre pais e filhos, aqueles verificarão diuturnamente as necessidades destes, evidenciando-se o sentido do pagamento da prestação alimentícia, e conseqüentemente, sentindo-se mais estimulados para se proceder à solvência da obrigação.

Outro fator a ser enfatizado diante do esfacelamento conjugal é quanto à educação dos filhos. Sabe-se que o sentido real do verbo educar, vai muito mais além do que simplesmente matricular um filho numa instituição de ensino. Educar

implica auxílio efetivo na construção da personalidade de outrem, não sendo meros fatos isolados, mas sim, um conjunto participativo nas decisões vitais.

Portanto, percebe-se que para se educar um filho, requer-se uma série de cuidados e respaldos dos pais, sendo possível apenas quando estes mantêm íntima relação com os mesmos, pois, na medida em que um deles se afasta esta missão torna-se comprometida.

Sabe-se que a comum participação dos pais na educação dos filhos é um dos objetivos propostos pela modalidade da guarda compartilhada, pois, esta visa possibilitar a continuidade das relações familiares mesmo diante do rompimento da união.

Desta feita, o genitor mesmo não possuindo a guarda física ou material da prole, terá maior abertura e liberdade para participar da evolução vital dos mesmos, não se limitando a mero fiscalizador das ações do outro. Leite (2003, p.272) assim entende: "pagar uma pensão alimentícia não corresponde *ipso facto ou ipso juri*, a educar um filho. A educação de uma criança, mesmo onde houve ruptura, necessita da associação dos ex-cônjuges".

A respeito do tema, ainda é importante frisar que, não se pode confundir e homogeneizar as concepções acerca da educação e da coabitação, pois se tratam de noções distintas e praticáveis dissociadamente, sendo totalmente errôneo o entendimento de que a educação é incumbência apenas daquele que coabita com o menor. Assim, embora o mesmo resida com apenas um dos seus pais, as funções educacionais não caberão somente a este, mas a ambos, conjuntamente, procurando privilegiar sempre o melhor interesse do menor, que, sem dúvida alguma, ficará bem mais satisfeito, emocional e psicologicamente, com a inteira participação dos seus genitores em sua vida (LEITE, 2003).

Fato bastante debatido pela doutrina é quanto à responsabilidade civil dos pais pelos filhos por dano causado a terceiro. Sabe-se que, segundo disposição aduzida pelo atual Código Civil, os pais são solidariamente responsáveis pelos atos dos filhos, não pairando qualquer dúvida quanto a esta afirmativa. Todavia, quando se está diante de pais separados judicialmente ou divorciados, a questão se torna mais complexa, surgindo interpretações diversas. O artigo 932 do Código Civil afirma que, os pais são responsáveis pela reparação civil dos filhos menores que estejam sob sua companhia e autoridade.

Há quem entenda que o dever de responsabilidade é fato inerente ao Poder Familiar, oponível a ambos os pais, independentemente do exercício da guarda, porém, a maior parte da doutrina comunga de posicionamento diverso, imputando a responsabilidade àquele genitor que se encontre na efetiva companhia do menor, conforme a letra da lei civil. Desta feita, segundo preleciona de Venosa (2002, p.62): “A regra, porém, não é inexorável e admite o exame do caso concreto: o menor pode ter cometido ato ilícito, por exemplo, quando na companhia do genitor em dia regulamentado de visita”.

Quando se tratar de guarda compartilhada, sabe-se que a situação jurídica entre os pais não se altera, permanecendo os mesmos com iguais prerrogativas à época da constância da união, perdurando, portanto, a solidariedade na responsabilidade civil atribuída a estes. Desta forma entende a doutrina, conforme se verifica diante das explicações de Barreto (2003, p.150):

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.

Também é pertinente destacar que, o fator da atribuição da responsabilidade civil aos pais, está intimamente relacionado com a educação desempenhada pelos mesmos, onde lhes incumbirá fazer o constante papel do bom educador, sempre em defesa de práticas saudáveis e lícitas pelos filhos, devendo contribuir para a formação de um cidadão ético e de lúdica conduta. Assim, aduz Grisard Filho (2006, p.175-176):

Tratando-se, porém, de guarda compartilhada, pai e mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação são tomadas em comum [...]. [...] em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores.

Portanto, torna-se significativo relatar que, o melhor arranjo para a concretude da guarda compartilhada é aquele que melhor proporcione o máximo contato entre pais e filhos, independentemente de residência ou de qualquer outro fator, desde

que seja condizente com a consecução do devido desenvolvimento educacional e mental das crianças (SILVA, 2008).

4.3 GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

Ao se proceder a um estudo sobre a guarda compartilhada no direito alienígena, não se pode deixar de falar primeiramente acerca da aplicação deste instituto na Inglaterra, já que foi lá onde surgiram os iniciais entendimentos sobre o tema em voga, e ainda suas consequentes aplicações, vindo então a ser considerado o seu berço inaugural.

De fato, estudos jurídico-históricos, constatam que na década de 1960, a Inglaterra despontava como pioneira na aplicação deste instituto, buscando dirimir a idéia fixa e rígida da guarda única, tendente a beneficiar sempre a figura materna, passando a partir de então, a adotar a denominada *split order*, a qual denota repartição ou divisão dos deveres e obrigações de ambos os cônjuges sobre a prole (PERES, 2002).

Com isso, os tribunais ingleses, sob o sistema do *comow law*, visaram dar maior ênfase às necessidades do menor e a isonomia parental, descartando de vez a expressão sistema de visitas e ainda possibilitando o máximo contato entre pais e filhos. Segundo disposições de Leite (2003, p.265):

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 cooperar e, em 1980, a *Court d'Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.

Posteriormente, o instituto foi ganhando notoriedade em outros países da Europa, principalmente na França, alcançando destaque também no continente americano, primitivamente nos Estados Unidos e Canadá, ainda na década de 70.

Seguindo os moldes ingleses de minoração da guarda única, e ainda vislumbrando por fim as injustiças trazidas por este modelo de guarda, a França passa a assimilar o modelo de guarda compartilhada, a partir do ano de 1976, com a inclinação jurisprudencial favorável a esse respeito, culminando anos após com o advento da Lei nº 87.570, de 22 de julho de 1987, vindo a ser a primeira legislação a tratar sobre o instituto em evidência (SILVA, 2006).

A citada norma foi intitulada de "Lei Malhuret" e visou dar paridade aos genitores na criação e guarda dos filhos, mesmo diante de uma possível dissolução conjugal, almejando amparar tanto as necessidades dos pais quanto dos filhos, e destes principalmente. Assim, a Lei quer deixar claro que a autoridade parental persiste para ambos os genitores, mesmo após a fragmentação da família, permitindo aos mesmos a perpetuidade do direito de convívio e participação na vida da prole (TAVEIRA, 2002).

No Canadá, os Tribunais plenamente convictos no estabelecimento do melhor benefício em favor da criança, e ainda objetivando dirimir possíveis dúvidas e hostilidades tendentes a acompanhar o casal separando, logo difundiu em suas decisões a idéia favorável à concessão da guarda compartilhada (LEITE, 2003). Posteriormente, com o advento de Lei Federal que trata sobre o divórcio datada do ano de 1985, tornou-se perfeitamente possível a concessão da guarda de menor a mais de uma pessoa. Contudo, no mencionado país a guarda compartilhada somente é conferida diante de manifesto interesse dos pais que acordam livremente acerca do futuro da guarda dos filhos. Porém, não sendo possível a devida consecução de acordo, o Tribunal deverá proceder à decisão unilateralmente.

No entanto, sabe-se que, a corte daquele país tem se posicionado favoravelmente à concessão da guarda compartilhada diante dos casos de dissolução conjugal, entendendo possuir esta modalidade de guarda, veementes benefícios psicológicos em favor de todos (GRISARD FILHO, 2006).

Nos Estados Unidos, a guarda compartilhada, já vem se difundindo há alguns anos, alcançando grande significância nos tempos atuais. Lá, o tema é visto com bastante seriedade, sendo diuturnamente debatido, analisado, pesquisado,

demonstrando assim, sua forte incidência diante da resolução das problemáticas de família existentes.

É verificado que naquele país, esta é a modalidade de guarda que mais cresce e que tem melhor solucionado a questão da relação entre pais e filhos após a concretização do divórcio. A maioria de seus estados federados consentem perfeitamente nesta prática, visando sempre o alcance da melhor conveniência do menor. Ainda se tem constatado estatisticamente que os genitores se apresentam em plena concordância diante da adoção da medida, sob vários aspectos: adaptação, auto-estima, paciência, desenvolvimento psicoemocional, relacionamento, dentre outros benefícios (GRISARD FILHO, 2006).

Desta feita, interessante observar o que informa Barreto (2003, p.159):

A preocupação com a guarda compartilhada é patente nos Estados Unidos, sendo comum a ampla divulgação aos pais das características desse tipo de custódia e de informações úteis, sobre: escolha de advogado (o que se exigir dele, quais características profissionais devem ser colocadas em primeiro plano, lista de profissionais por área de atuação, etc.), grupos de auto-ajuda (onde a pessoa que está se separando pode obter informações sobre tirar dúvidas, debater questões, etc.). Enfim, todos os meios disponíveis de informações que possam propiciar uma melhor resolução dessa questão.

[]

[...] O Estado do Colorado confere a guarda compartilhada em 90 a 95% dos casos e, na Califórnia, esse número é de aproximadamente 80%.

É constatado que em Portugal o instituto da guarda compartilhada já vem sendo reconhecido há tempos, uma vez que antes mesmo de vir a ser contemplado em lei, os seus Tribunais locais já vinham se posicionando de maneira favorável a esta modalidade de guarda. Lá o instituto foi acolhido legalmente no ano de 1999, através do artigo 1.905 do Código Civil português, sob a nomenclatura de guarda conjunta (SILVA, 2008).

Portanto, desde então, a legislação portuguesa vem facultando aos pais separados o exercício mútuo do "Poder Paternal", possibilitando aos mesmos a devida continuidade na participação da vida dos seus filhos, tal como procediam diante do convívio comum.

Também, faz-se mister destacar que, o citado dispositivo previsto no Código Civil português, está totalmente em harmonia com os preceitos Constitucionais

daquele país, sendo que tal Estado adota uma política em defesa da cordialidade familiar, possibilitando um convívio saudável e pacífico entre os membros do clã, onde se possa criar e educar pessoas preparadas em todos os níveis, com total igualdade de direitos e obrigações entre pais e filhos.

A Alemanha foi palco de caso de salutar apreciação jurídica, servindo-lhe de norte para as decisões jurisdicionais locais, sendo que o mesmo modificou o que até então se declinava naquela justiça. Trata-se de uma ação em que um determinado pai se valeu daquela jurisdição para requerer a guarda de um filho fruto de relação extraconjugal, tendo o seu pedido negado em todas as instâncias. Diante da negativa da justiça local, o autor decidiu buscar solução nas Cortes Europeias de direitos Humanos invocando por justiça e reparação em desfavor do Estado Alemão, alegando que o mesmo havia desrespeitado artigo 8º da Convenção dos Direitos Humanos, o qual apregoa que toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida familiar, não podendo haver ingerência de uma autoridade pública no exercício deste direito, mesmo que seja prevista em lei (SILVA, 2008).

Desta feita, a decisão da Corte Internacional no ano de 2000, se deu de maneira procedente ao pedido do requerente, condenando ainda o Estado Alemão ao pagamento de uma determinada multa a título de danos morais. Assim, o presente entendimento fez despertar uma visão totalmente voltada aos interesses menoristas, afirmando-se que este jamais pode vir a ser contrariado ou desrespeitado, mesmo que venha a se contrapor com a disposição legal nacional, fazendo-se compreender que é interesse superior da criança manter o mútuo convívio com os seus respectivos pais.

Assim, após tal decisão, o Tribunal Alemão somente se posiciona quando um dos genitores manifesta o anseio de guarda unilateralmente, onde irá averiguar o real motivo do pedido, buscando sempre aferir a melhor solução em prol da criança.

Por fim, também se buscou uma singela apreciação do instituto da guarda compartilhada na Argentina, país vizinho que contempla acentuada importância a esta modalidade, onde já se verifica considerável destaque diante das resoluções dos conflitos de família daquele Estado.

Portanto, sabe-se que a Argentina recepcionou a guarda compartilhada como regra básica diante dos casos de dissolução conjugal, cabendo o exercício da guarda a ambos os pais, sendo estes casados ou não, almejando verificar sempre e

antes de qualquer coisa o melhor interesse do menor e a igualdade parental advinda do Poder Familiar (SILVA, 2008).

4.4 GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

As primeiras compilações de que se tem notícia no país acerca do estudo sobre o instituto da guarda compartilhada foram realizadas no estado do Rio Grande do Sul na década de 1980 através de pesquisas envolvendo profissionais de diversas áreas, tais como: direito, medicina, sociologia e educação. Contudo, ainda na mesma década, mais precisamente no ano de 1986, o então juiz e atual desembargador aposentado do TJRS, Sérgio Gischkow Pereira, publicou, pela primeira vez no país uma análise sobre a licitude da guarda compartilhada no direito brasileiro (GRISARD FILHO, 2006).

A partir de então, aos poucos a idéia do instituto foi se propagando pelos cientistas do Brasil, inclusive ganhando imensurável significância e aceitação pela maioria da doutrina nacional, mesmo porque, como já apresentado alhures, há tempos, tal modalidade já vinha sendo defendida e inserida em vários outros países estrangeiros, até mesmo no próprio continente americano.

Com o advento da Constituição de 1988, o Estado brasileiro fez incorporar em suas bases jurídicas os ideais de isonomia entre homem e mulher, como também, concedeu a plena igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal aos mesmos. Ainda, conferiu equânime incumbência a ambos os pais do dever de assistir, criar e educar os filhos menores, vedando assim, qualquer imputação unilateral do mister.

Posteriormente, no ano de 1990, como já mencionado neste trabalho, o Brasil reafirma a sua preocupação e empenho de inteiro respaldo e defesa dos direitos da criança, completamente resguardados pelo Estado e pelos pais, ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Seguindo estas mesmas premissas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscou acima de tudo assegurar o melhor interesse do menor, concedendo-lhes o pleno direito de ser criado e educado no seio de sua família, e ainda reafirmou a regra constitucional da igualdade aos pais no exercício do Poder Familiar.

O Código Civil de 2002, assim como o anterior, silenciou acerca da aplicabilidade do instituto em pauta, contemplando apenas a modalidade da guarda única, atribuída apenas ao genitor que revele melhores condições para o seu devido exercício. Contudo, conferiu igualdade de direitos e deveres aos pais quanto à pessoa dos filhos, decorrentes do Poder Familiar.

Embasada nestes ditames legais, grande parte da doutrina nacional há muito vinha defendendo a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, mesmo face a ausência de expressa previsão legal. Observe o que expunha Dias (2006, p.362):

Embora não esteja inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado é amplamente admitido no ordenamento jurídico, uma vez que as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício.

Comungando o mesmo entendimento doutrinário supra, alguns poucos magistrados, embora timidamente, já vinham concedendo a guarda de forma conjunta em suas decisões. A jurisprudência também se posicionava de forma positiva quanto a esse respeito, conferindo a guarda compartilhada quando demonstrado ser a melhor solução em prol da criança. Assim, verifique-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2007):

Ementa: Guarda compartilhada. Cabimento. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator. (TJRS- Agravo de Instrumento Nº: 70018264713 - Decisão: Acórdão RELATOR VENCIDO: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves-j. 11/04/2007).

Todavia, bem se sabe que a grande maioria dos julgadores nacionais preferia não inclinar suas decisões na concessão deste modelo de guarda, por não existir positividade na legislação pátria.

Portanto, à luz das hodiernas compreensões jurídicas acerca da posição do menor perante a instituição familiar e do Estado, onde se prima sempre em favor de hábitos saudáveis na conquista do seu máximo bem-estar, o legislador pátrio fez

inserir no arcabouço das normas civilistas nacionais, o instituto da guarda compartilhada, através da Lei nº 11.698/2008, conforme já mencionado.

A Lei supracitada entrou em vigor no dia 13 de setembro de 2008, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil vigente, onde passaram a tratar além do modo de guarda exclusiva, da sua modalidade compartilhada.

A referida legislação trouxe em seu conteúdo o conceito do instituto da guarda compartilhada, preconizado como sendo: “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Percebe-se que, tal conceituação, mostra-se totalmente condizente com os conceitos ora apresentados pela doutrina pátria e alienígena.

Convém destacar que, a Lei coloca a guarda compartilhada como o modelo de guarda preferido, devendo o julgador dar prioridade ao mesmo no momento da aferição do caso concreto, pois assim dispôs o legislador na redação do § 2º do art. 1584: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Porém, faz-se necessário enfatizar que, a aplicação da guarda compartilhada não se dará de forma automática e exigível ante o desacordo dos pais, uma vez que a própria letra da lei traz a ressalva: “sempre que possível”. Desta forma interpreta e alerta a doutrina, senão observe-se o que preleciona Silva (2008, p.99):

A lei não está dispondo que o juiz deverá estabelecer sempre o regime da guarda compartilhada, quando não houver consenso entre as partes quanto à guarda dos filhos. Ao contrário, a ressalva é clara: sempre que possível. Pois deverá o juiz ter a cautela de não determiná-la se perceber que as partes ainda estão sob o estigma do litígio. Somente casais que dispõem de diálogo poderão executá-la a contento, vez que seu requisito essencial é decidirem, de comum acordo, sobre todas as questões que envolvem a vida dos filhos.

Para tanto, ao deferi-la, segundo o que dispõe a nova redação do art. 1584, § 1º, o juiz deverá informar aos genitores o seu significado, sua importância e ainda a similitude de deveres e direitos atribuídos aos mesmos, além das sanções cabíveis pelo descumprimento das cláusulas. Assim, segundo interpretação de Gonçalves (2009, p.269):

A lei impõe, pois, ao juiz o dever de informar os pais sobre o significado da guarda compartilhada, que traz mais prerrogativas a ambos e faz com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos, garantindo, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estreita dos pais na formação e educação dos filhos.

Cumprido suscitar que, a sanção a ser imposta pelo magistrado, veio expressamente tratada no referido artigo, diante do seu parágrafo quarto, tratando-se de redução de prerrogativas atribuídas ao detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, em decorrência do descumprimento imotivado de cláusula de guarda ou sua alteração não autorizada

Ainda segundo dispõe a aludida Lei, a guarda compartilhada, poderá ser requerida tanto de forma consensual por ambos os genitores, ou mesmo individualmente por qualquer um deles em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou até mesmo em medida cautelar, ou, ainda, poderá ser decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. Analisando as disposições em comento, Dias (2008, p.26):

Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada e encaminhar os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico [...].

Por último, a Lei ainda preleciona acerca da possibilidade da conferência da guarda a terceiro que não seja o pai ou a mãe, desde que o juiz verifique ser o melhor para a criança. Assim, embora não expresse claramente o tipo de guarda, a doutrina interpreta que tal concessão poderá ser tanto na modalidade compartilhada, quanto na modalidade única, pois, trata-se de previsão contida em parágrafo inserido no artigo 1.584, o qual trata de ambos os modelos genericamente.

4.5 VANTAGENS ADVINDAS DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Como se sabe, a Constituição Federal trouxe em seu corpo normativo, diferentes princípios referentes a direitos humanos, os quais devem ser respeitados e abarcados por todo o ordenamento jurídico. Dentre eles, alguns possuem o condão de nortear especificamente o direito de família.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, enseja vários outros capazes de possibilitar o respeito e o melhor trato às inúmeras situações que envolvem as pessoas formadoras do Estado. Assim, faz surgir os princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, dentre outros, abarcados pela Carta Magna. Desta feita, o Estado se obriga a não praticar atos atentatórios à dignidade da pessoa humana e ainda, a proporcionar políticas que possibilitem ao máximo possível o alcance da dignidade por todos. Portanto, o direito de família que é um direito humano por natureza, está intimamente ligado a tal fundamento, constituindo dever do Estado à função de zelar pela proteção da entidade familiar, buscando sempre a adoção de normas protetivas, que melhor se adequem às novas necessidades, diante das transformações pelas quais esta tem passado (DIAS,2006).

Na ótica da proteção e amparo à família, a Constituição Federal conferiu igualdade de direitos e deveres a ambos os cônjuges, devendo estes serem exercidos de forma isonômica entre os mesmos, e, conseqüentemente, exterminando qualquer preconceito de gênero. Ainda, o ordenamento jurídico brasileiro achou por bem abarcar o princípio do melhor interesse da criança, princípio este consolidado através da ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção Internacional de Direitos da Criança, e que se encontra totalmente em consonância com os preceitos aludidos pela Lei Maior e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para tanto, o Estado se obriga a adotar medidas que visem a dar amparo e segurança às crianças, bem como deve proporcionar sob todos os meios possíveis o alcance do máximo bem-estar das mesmas, devendo para isto, consolidar a aplicação de políticas positivas, a fim de garantir a eficácia dos seus direitos já então assegurados.

Ao longo deste trabalho, já se buscou demonstrar o que se preconiza acerca da modalidade de guarda compartilhada, apresentando-se totalmente condizente com os preceitos normativos aduzidos, principalmente diante da forma contemporânea de se enxergar a família e a criança, uma vez que seu intento maior, é justamente proporcionar a perpetuidade das relações parentais entre pais e filhos, galgando sempre a concretude do melhor interesse destes, vindo então a possibilitar a prática de princípios já consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio. É possível perceber que, o instituto carrega em seu bojo conceitual uma série de vantagens relevantes na solução das problemáticas enfrentadas pelas famílias atuais, que vem a beneficiar principalmente a prole.

A principal e mais significativa vantagem acerca da adoção da modalidade de guarda compartilhada, é justamente a continuidade do exercício da autoridade parental para ambos os genitores, a fim de prosseguirem na plena e comum criação e educação dos respectivos filhos. Esta medida visa minimizar ao máximo as frustrações sofridas pelos menores ao verem sua família transformar-se, já que poderão contar com a participação e cooperação de ambos os pais nas suas decisões vitais, dirimindo ao mesmo tempo, a sensação de abandono que muitas vezes é sentida pela criança em relação ao genitor não-guardião. Neste sentido, Grisard Filho (2006, p.179):

É importantíssimo que os filhos sintam que há lugar para eles na vida do pai e da mãe depois do divórcio. Os pais precisam confirmar aos filhos que os vínculos com os dois genitores serão mantidos. Essa confirmação ajuda a minorar a maior preocupação que o divórcio suscita na criança: o medo de perder os pais. Para afastar esse temor, é imprescindível estabelecer uma boa cooperação parental após o divórcio.

Contudo, estudos científicos acerca dos efeitos do divórcio, há tempos já comprovaram a imensurável importância para a criança do contínuo relacionamento com ambos os pais, visto que, constatou-se que o seu sentimento de confiança, segurança e estabilidade, além de estados depressivos, estão diretamente vinculados à perpetuidade da relação com os genitores. Desta forma, transparece ainda mais a necessidade de implantação de um modelo que possa assegurar a continuidade das relações entre pais e filhos, suprimindo-se as deficiências inerentes

ao único modelo outrora adotado (LEITE, 2003). Ainda quanto a esse respeito, verifique-se o que aduz Silva (2008, p.104):

Já existem comprovações de que o desenvolvimento psicoemocional das crianças que desfrutam da guarda compartilhada é de grau mais elevado que o daquelas que ficam a maior parte do tempo com um só dos genitores. São elas mais calmas e pacientes.

Assim, pesquisas publicadas pelo *Jornal de Psicologia Familiar dos Estados Unidos*, concluíram que a divisão da custódia dos filhos por ambos os genitores faz bem à saúde mental das crianças, uma vez que, a divisão de tempo equilibradamente entre os pais, faz diminuir eventuais problemas emocionais, de comportamento ou de baixa auto-estima (SILVA, 2008).

Desta forma, amplamente amparados num sistema de coparticipação e responsabilidades, pais e filhos tendem a permanecer em grau de elevada satisfação, minorando assim, eventuais conflitos que possam vir a surgir entre os parentes. Neste contexto assevera Grisard Filho (2006, p.187):

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais leva a um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. É indúvidoso, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indúvidoso que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

O modelo compartilhado da guarda, também tende a beneficiar os menores na medida em que, afasta dos mesmos a difícil decisão de escolher o seu genitor guardião, uma vez que, tal atitude pode torna-se frustrante para criança, pelo medo de desagradar o outro genitor não escolhido. Também é interessante observar o que coloca Leite (2003, p. 281-282):

As crianças da guarda conjunta não criam a imagem distorcida que a exclusividade da guarda tradicional fomenta, isto é, o vínculo exclusivo e sufocante a um só genitor [...].

[]

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos

pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura.

Faz-se mister destacar que, a modalidade de guarda conjunta possui o condão de encerrar as tão famosas e questionadas visitas quinzenais, as quais tendem a afastar o genitor não guardião da prole, uma vez que, este sistema tende a gerar um gradativo distanciamento entre os mesmos, diminuindo o vínculo afetivo de proximidade e intimidade existente numa relação parental. Em comentário à pesquisa científica já realizada nos Estados Unidos, Grisard Filho (2006, p.189) faz o seguinte comentário: "sem participar das decisões importantes da vida dos filhos, os pais que não convivem com os filhos deles se afastam. Este afastamento foi sentido pelos filhos com rejeição e sobre eles teve impacto prejudicial". Também aduz Dias (2006, p.361):

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visitas, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, sendo previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.

Contudo, a guarda compartilhada, demonstra-se conciliadora, pois faz ascender um sentimento de justiça sentido por ambos os genitores, uma vez que, não há vencidos, nem vencedores, mas, o que realmente existe é uma mútua cooperação dos mesmos em benefício único e exclusivo dos filhos, estes sim, são os verdadeiros vencedores diante de tal adoção (LEITE, 2003). Também neste sentido, Silva (2008, p.128): "o compartilhamento de todas as responsabilidades sobre o filho e não só a financeira evita sentimentos de injustiça e revolta por parte dos genitores, bem como não sobrecarrega apenas um deles".

Outrossim, explana a doutrina que, tal modelo de guarda, mesmo que indiretamente, faz incentivar e motivar o devido pagamento da prestação alimentícia, pois, os pais presenciarão diuturnamente as necessidades dos seus filhos, cumprindo tal encargo sem receios ou desconfianças. Assim, expõe Leite (2003, p.281): "quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão; quanto mais intenso o relacionamento, mais natural lhe parece assumir as obrigações decorrentes da paternidade". Também tende a

diminuir possíveis demandas judiciais, já que a relação deve se pautar pelo diálogo entre os genitores (SILVA, 2008).

Ainda é possível perceber que, a guarda exercida conjuntamente, também traz inúmeros benefícios a ambos os pais, sendo bastante necessária diante das evoluções e transformações nos papéis parentais, onde a divisão de funções dentro de casa torna-se cada vez menos visível. Contemporaneamente, presencia-se uma maior participação paterna na vida dos filhos, sendo não mais justificável a imputação direta da guarda do filho à genitora, sem antes se perquirir as possibilidades e conveniências do genitor para também assumi-la. Conferindo respaldo a temática supra, afirma Akel (2008) o seguinte:

A igualdade constitucional de direitos e obrigações entre marido e mulher, bem como do companheiro e da companheira, não mais justificam a predominância feminina da guarda quando da ruptura da relação. Sendo assim, o próprio Código Civil alterou essa questão.

Assim, verifica-se que, de um modo geral, a custódia conjunta dos filhos tende a tornar mais satisfeitos pai e mãe; esta, por não mais assumir sozinha as inúmeras obrigações inerentes à prole e ainda poder dedicar mais tempo as suas atividades laborais, e aquele por poder continuar próximo aos filhos e, ainda, se sentir menos pressionado quanto ao provimento destes (SILVA, 2008).

Desta feita, estudos científicos já afirmaram que essa forma de guarda também influencia de modo praticamente igual, na possibilidade de ambos os genitores constituírem novas relações conjugais, comungando com o preceito constitucional da igualdade de gênero. Observe-se os dados apresentados por Leite (2003 apud DONTIGNY, 1998, p.22):

As mães que detêm a guarda exclusiva de seus filhos são, neste sentido, desfavorecidas; aproximadamente 25%(vinte e cinco por cento) dentre elas constituem um novo lar comparativamente e 59% dos ex-maridos. Em compensação, 45%(quarenta e cinco por cento) das mulheres e 43,6% dos pais do grupo 'guarda conjunta' formam novas uniões.

Portanto, ao se verificar o maior intento que a guarda compartilhada visa proporcionar, que é justamente a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos, independentemente da relação conjugal; deduz-se que a sua introdução como regra

geral ao ordenamento jurídico pátrio, representa ato jurídico e socialmente relevante diante de resoluções das problemáticas atuais surgidas pelas modernas formações familiares, adequando-se totalmente aos preceitos constitucionais apregoados.

É possível perceber ainda que, este tipo de exercício da guarda, encontra respaldo principalmente nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade de gênero e do melhor interesse da criança, sendo que não há o que se questionar acerca de sua constitucionalidade diante de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. Atente-se ao que assevera Groeninga (2008, p.32):

A guarda compartilhada desponta num contexto em que se prega a igualdade entre homens e mulheres [...]. Surge em tempos de direitos fundamentais de quarta geração, em que o que se impõe como prioridade é a defesa do direito à diferença. A estas mudanças e transformações sociais que aí estão é que atende o instituto.

Desta feita, sua inserção no ordenamento jurídico nacional, significa um avanço ao direito de família brasileiro, visto que, este agora conta com mais uma opção de exercício da guarda, passível de abarcar novas situações que sempre surgem para o direito, e ainda, capaz de dirimir injustiças proporcionadas pelo único modelo que existia, o qual não mais conseguia suprir as novas necessidades e tendências modernas. Neste sentido, relata Dias (2008, p.26):

Em boa hora vem a nova normatização legal que assegura a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental

[]

O novo modelo de co-responsabilidade é um avanço, porquanto favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a idéia de posse.

Há quem pense ainda que, a inserção da Lei 11698/2208, não significa avanço ao direito brasileiro, uma vez que a jurisprudência pátria já se inclinava pela nova modalidade e vinha se posicionando favorável a sua aplicação. Todavia, como bem se sabe, o ordenamento jurídico deve seguir e se adequar às modernas necessidades sociais surgidas, sendo então por demais importante a confecção de uma norma que possa suprir tais necessidades, até mesmo porque, a maioria dos

magistrados nacionais, ainda se pautam por um sistema extremamente legalista, negando-se a decidir a favor de algo que não esteja abarcado em lei (EVANGELISTA,2008). Importante se faz destacar o entendimento expressado por Akel (2008):

[...] a Guarda Compartilhada a meu ver, o modelo ideal para os nossos dias sendo considerado um avanço para o direito de família, proclamando-se, com ela, a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e impondo aos pais obrigações comuns e recíprocas com relação à educação e ao desenvolvimento da criança, ou seja, que os filhos sejam criados por seus dois pais.

Portanto, deduz-se que, o ordenamento jurídico brasileiro, bem como os aplicadores do direito não podiam ficar indiferentes acerca de algo que se mostra totalmente em conformidade com os preceitos já então consagrados e que visa atender as problemáticas sociais já existentes na realidade atual, uma vez que, esta modalidade, é algo novo no corpo normativo pátrio, mas, há muito já se adota e se aplica com sucesso no direito alienígena.

Contudo, é pertinente destacar que, mesmo a Lei tendo introduzido a guarda compartilhada como regra, não significa que esta modalidade tenha que ser aplicada necessariamente em todos os casos, visto que, o julgador deverá antes de qualquer coisa analisar o melhor interesse do menor, podendo conferir a guarda de forma exclusiva a um dos genitores, caso perceba ser mais benéfica à criança, pois a Lei não a extinguiu do ordenamento, mas apenas a transformou em exceção, ao invés de ser a regra.

Assim, é importante salientar que a guarda compartilhada, como já demonstrado, é, sem dúvida, o arranjo que propõe melhores soluções aos problemas dos filhos diante do esfacelamento conjugal dos pais, todavia, para que este modelo possa alcançar seus reais objetivos, faz-se necessário que, estes estejam prontos e concordes no compartilhamento da guarda, uma vez que, o modelo propõe a participação diuturna de ambos os genitores nas decisões vitais da criança, não havendo como obter uma ideal participação sem que se tenha um mínimo de cumplicidade e de concordância entre os guardiães. Conforme Grisard Filho (2006, p.194): "No contexto da guarda compartilhada, os diferentes planos de acesso só terão sucesso, como dissemos, se os pais proporcionarem aos filhos continuidade de relação sem exposição a lutas pelo poder".

Contudo, o julgador deve incentivar ao máximo o devido consenso dos pais no que tange à guarda dos filhos, devendo se for o caso, valer-se de profissionais que possam melhor trabalhar a problemática com os mesmos, tais como: psicólogos, assistentes sociais, dentre outros. Enfim, faz-se necessário uma modificação nos padrões culturais entre os casais separandos, devendo estes serem fundamentalmente auxiliados pelos próprios advogados atuantes nos casos, onde deverão desmotivar as disputas unilaterais pelos filhos, fazendo-os de fato compreender que, diante deste tipo de disputa, havendo vencedor, o maior vencido na verdade, é a criança e não o outro genitor.

4 CONCLUSÃO

De acordo com o que se inquiriu no presente trabalho, verificou-se que a modalidade de guarda compartilhada apresenta o melhor arranjo a ser adotado diante dos conflitos de família existentes, uma vez que sua adoção acarreta pertinentes vantagens a todos os envolvidos, proporcionando a consecução do melhor interesse do menor, e ainda, permitindo o contínuo exercício da autoridade parental igualmente por ambos os pais.

Sua adoção é deveras importante para os filhos, uma vez que os mesmos poderão contar com uma contínua participação de ambos os genitores em sua formação educacional, proporcionando-lhes uma vida mais saudável e regular, minorando conseqüentemente, possíveis traumas e transtornos. Assim, inúmeras são as vantagens que esta modalidade propicia, sendo que, a maior e mais significativa delas, é sem dúvida, a continuidade das relações entre pais e filhos indistintamente, tendentes a minimizar distanciamentos e conflitos entre os mesmos.

Demonstrou-se que a sua aplicação, além de proporcionar uma equânime relação entre ambos os genitores e os filhos, tende a favorecê-los sob uma série de fatores, implicando positivamente a saúde mental das crianças. Assim, beneficia os menores na medida em que evita a sua vinculação jurídica com apenas um dos genitores, tornando despidianda a frustrante escolha do genitor guardião. Deste modo, propicia uma contínua relação de proximidade com ambos os pais, ao mesmo tempo que, evita um possível distanciamento com relação aquele que não possui a guarda, pois, quando esta é imputada de forma exclusiva, o afastamento do não guardião com a criança torna-se algo quase que inevitável, já que, o mero sistema de visitas quinzenais manifesta-se insuficiente para suprir as necessidade inerentes às relações pessoais entre pais e filhos.

Assim, é inconteste a real importância da adoção da guarda compartilhada, pois assegura aos filhos a preservação de momentos de intimidade com seus pais, momentos esses de imensurável significância, reduzindo possíveis estados de insegurança e transtorno conseqüentes da quebra do vínculo conjugal dos genitores.

Aos pais também a guarda conjunta apresenta-se de forma benéfica, uma vez que a realidade atual tem demonstrado que os papéis parentais são exercidos

cada vez mais de forma conjunta e indistinta, onde pai e mãe participam igualmente na criação e educação da prole.

Assim, a modalidade de guarda compartilhada faz com que ambos os genitores prossigam com os mesmos direitos e obrigações isonomicamente, não onerando mais pesadamente nenhum deles, como acontece no sistema da guarda única, onde se imputa maiores direitos e deveres ao genitor guardião, transformando o outro em mero provedor de pensão alimentícia. Contudo, na guarda compartilhada, ambos se tornarão mais satisfeitos, pois nenhum deles se sentirá vencido ou vencedor, mas sim, corresponsáveis pelos filhos comuns.

Ainda, constatou-se que a mútua cooperação dos pais, mesmo após a quebra do vínculo conjugal é imprescindível para as crianças superarem temores e traumas advindos do rompimento, fazendo com que as mesmas não venham a sentir o medo de perdê-los, que, muitas vezes, ocasionam terríveis manchas em suas formações educacionais, sendo que, estudos científicos já comprovaram que o desenvolvimento psicoemocional das crianças que são acompanhadas por ambos os genitores é mais elevado do que o daquelas que convivem com apenas um deles. Por isso, havendo a possibilidade de se aplicar o compartilhamento da guarda, outra atitude não deverá ser tomada, pois, esta demonstra ser uma forma justa e conciliadora, já que a sua aplicação tende a evitar desgastes intermináveis entre os genitores, os quais acarretam sérias complicações emocionais à criança.

Sabe-se que, o processo de separação ou divórcio tende a provocar consideráveis desarranjos a todos os membros da família, principalmente, aos filhos, que são a parte mais vulnerável da situação. No entanto, esses desconfortos majoram-se ainda mais quando não existe acordo entre o ex-cônjuges com relação ao destino dos filhos.

Logo, é pertinente destacar que, a guarda compartilhada aparenta ser o modo mais justo e adequado em se resolver o destino dos incapazes, visto vez que não parece ser a decisão mais coerente, a conferência da guarda de modo exclusivo a apenas um dos pais quando o outro demonstre total capacidade e interesse em prosseguir participando da vida do filho.

Porém, não existe uma fórmula fixa e pré-fixada para a guarda compartilhada, posto que, sua forma de aplicação dependerá da análise do caso concreto, onde se procederá de acordo com a conveniência de cada um, buscando sempre alcançar os melhores moldes possíveis a beneficiar a todos.

A Lei nº 11.698/2008 confirma os entendimentos doutrinários que já vinham sendo expostos quanto a esse respeito, uma vez que, tratou sobre o conceito de guarda compartilhada de forma genérica, sem delimitar expressamente as suas consequências, deixando a cabo dos pais e do magistrado a consecução da melhor adequação diante do caso concreto.

Analisando-se o instituto, verificou-se ainda que o mesmo, coaduna-se com preceitos já abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro, propiciando o melhor interesse do menor e favorecendo a igualdade entre os genitores, uma vez que, seus intentos adequam-se melhor a tais mandamentos e ainda, preenchem com mais propriedade as necessidades suscitadas pelas modernas concepções familiares.

Desta forma, constatou-se que a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, representou um avanço ao direito de família moderno, visto que, este agora conta com outra possibilidade de exercício da guarda, capaz de suprir as recentes necessidades familiares que, diuturnamente surgem ao direito, além de garantir a inviolabilidade do direito à igualdade dos pais, proclamando assim, a isonomia parental e o conseqüente benefício dos filhos, os quais poderão ser criados por ambos os genitores, tanto que grande parte da doutrina e da jurisprudência há tempos já vinha defendendo a sua viabilidade.

Portanto, verificados os benefícios proporcionados pela aplicação da guarda compartilhada, constata-se que, esta deverá ser incentivada e empregada, sempre que possível, contudo, é válido salientar que, a sua prática não será conferida de forma automática a todos os casos, pois a modalidade de guarda única continua vigente no ordenamento jurídico, devendo ser excepcionalmente utilizada quando não se constate a possibilidade de conferir a forma compartilhada, devendo sempre ser observado e priorizado o melhor interesse do menor.

Desta feita, a guarda compartilhada deve ser enxergada com bons olhos por todos os profissionais do direito, inclusive pelos advogados que atuam na área de família, onde deverão inculcar nos seus clientes o real intuito que este modelo proporciona, fazendo-os compreender que as lutas individuais pela guarda dos filhos, tendem a prejudicá-los, possuindo efeitos reversos aos mesmos. Assim, a Lei nº. 11.698/2008, decerto contribuirá também para essa mudança de paradigmas culturais, fazendo-se com que cada vez mais os pais pensem primeiramente no

alcance da melhor decisão para o filho, o qual é a parte mais prejudicada diante do litígio.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada. Um avanço para a família moderna. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em: 01 set. 2009.

BARRETO, Elaine Gomes. Guarda Compartilhada. In: MELLO Cleyson de Moraes; FRAGA; ESTEVES, Thelma Araújo. (Org.). Temas polêmicos de direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p. 149-159.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código Civil Brasileiro. Vade Mecum. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vade Mecum. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Lei 11698 de 13 de Junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de jun. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=576514&PalavrasDestaque>>. Acesso em: 30 mar. 2009.

_____. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=372211&PalavrasDestaque>> . Acesso em: 02 jun 2009.

_____. Lei 3071 de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de jan. De 1916. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=397989&PalavrasDestaque>>. Acesso em: 15 de abr. 2009.

_____. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Dispõe sobre a criação do casamento civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de jan. 1890. Disponível em : <<http://www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/>>

textos/visualizarTexto.html?id Norma= 507282& seqTexto= 1&Palavras Destaque>. Acesso em: 04 abr. 2009.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de dez. 1977. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366540&seqTexto=1&PalavrasDestaque>>. Acesso em: 04 abr. 2009.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de set. 1962. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=353846&seqTexto=1&PalavrasDestaque>>. Acesso em 10 abr. 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos. Revista Jurídica Consulex. Brasília, DF, ano XII, nº 275, p.26, jun. 2008.

_____. As famílias de hoje. In. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. (Coord.). Direito de família e interdisciplinaridade. 1ed. Curitiba: Juruá, 2003. p.18-20.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.5 v.

EVANGELISTA, Anderson. Guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5610/Guarda_Compartilhada>. Acesso em: 10 ago. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Direito de família. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.6 v.

GRISARD FILHO, Waldir. Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda Compartilhada. Considerações interdisciplinares. Revista Jurídica Consulex. Brasília, DF, ano XII, nº 275, p. 31-33, jun. 2008.

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

LINCK, Maria Inês Claraz de Sousa. Disputas de guarda. In. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. (Coord.). Direito de família e interdisciplinaridade. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 28-31.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil. Direito de família e das sucessões. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.5 v.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. Curso avançado de direito civil. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.5v.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id202.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Direito de família. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2v.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALINI, Renato José. Ética geral e profissional. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NÓBREGA, Airton Rocha. Da guarda de filhos unilateral e compartilhada. Revista Jurídica Consulex. Brasília, DF, ano XII, nº 275, p. 28-30, jun. 2008.

PERES, Luis Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em: 12 mar. 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Direito civil. Direito de família. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v.

SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

TAVEIRA, Carlos Alberto Atência. Guarda compartilhada. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1649448949>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

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

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70018264713, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 11 de abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 98719-1/188 – 200601505551, rel: Dimas Carneiro Comarca. 7ª Câmara de Direito Privado Julgado em: 12 de ago. 2009. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Direito de família. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.6 v.

_____. Direito civil. Responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. 4 v.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.