



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

LÍVIA DE FIGUEIRÊDO COSTA XAVIER

SOBRE A PERSPECTIVA DE AMPLITUDE NA CONCESSÃO DA
GUARDA COMPARTILHADA

SOUSA - PB
2009

LÍVIA DE FIGUEIRÊDO COSTA XAVIER

SOBRE A PERSPECTIVA DE AMPLITUDE NA CONCESSÃO DA
GUARDA COMPARTILHADA

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 Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB
2009

Livia de Figueirêdo Costa Xavier

SOBRE A PERSPECTIVA DE AMPLITUDE NA CONCESSÃO DA GUARDA
COMPARTILHADA

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. MSc. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof^ª. MSc. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes

Examinador interno

Examinador externo

Dedico este trabalho à minha mãe e a meus
irmãos, com quem pude e posso contar
irrestritamente, que são a razão de tudo que
faço e de tudo pelo que eu luto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que é a fonte de todas as minhas forças diante dos percalços. Todas as superações e vitórias são por Sua honra e glória.

À minha mãe do céu, Maria, pela sua proteção e por seu olhar intercessor constantes sobre mim nesses cinco anos longe de casa.

À minha mãe, Maria Irisnalda, que é um verdadeiro exemplo a ser seguido por mim de força, fé e superação; o pilar que Deus colocou na minha vida e na de meus irmãos para nos ensinar o valor da família.

Aos meus queridos irmãos, Higo e Lourena, pela confiança, incentivo e carinho a mim ofertados.

À minha avó pelas orações e pelo modelo de mulher e de mãe baseado na coragem, simplicidade e dignidade.

Aos meus avôs, Pedro e Inaldo, que deixaram vários ensinamentos de vida, de acordo com suas limitações (e apesar do pouco tempo de convivência física) e dos quais a lembrança e a presença espiritual aquecem meu coração.

A todos os meus familiares, que são co-autores de momentos especiais em minha vida.

Aos amigos e colegas pela ajuda de perto ou de longe nessa fase de minha vida. Em especial à Celímarco Júnior, Mariana e Pacelly pela amizade sincera.

Agradeço à minha professora orientadora Giorggia, que além dos consistentes conhecimentos jurídicos com os quais norteou a pesquisa, ofereceu segurança, serenidade e paciência essenciais na elaboração do presente trabalho.

E a todos que direta e indiretamente contribuíram de alguma forma para a minha formação.

"A realidade da concepção de família é o espelho histórico-social vivenciado, pois sua identidade varia de acordo com os costumes de cada época; entretanto, seu alicerce principal, que é o amor, é permanente".

(Rozane da Rosa Cachapuz)

RESUMO

A convivência familiar é a maior experiência de sociabilidade que um ser humano pode adquirir, sendo de especial relevância à formação da criança e do adolescente. Desse modo, as questões atinentes à proteção do menor, tais como o direito de guarda, são importantes para o resguardo da entidade familiar em suas diversas modalidades. Destarte, a guarda compartilhada traz a possibilidade do exercício conjunto do poder familiar; como essa modalidade objetiva o melhor interesse da criança e do adolescente, fundamentado no princípio da proteção integral do menor, o compartilhamento deve ser estendido a outros parentes, visto que impede a ruptura ou privação da convivência efetiva do menor com os seus familiares, que certamente lhe traria prejuízo. Para a concretização do presente trabalho utilizou-se a pesquisa bibliográfica e os métodos histórico-evolutivo e exegético-jurídico, que proporcionaram respectivamente embasamento teórico, entendimento do processo evolutivo e da expressão atual dos institutos examinados, e analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada a pessoas que não são titulares do poder familiar. O estudo está organizado em três capítulos, dos quais o primeiro trata da evolução histórica do conceito de família, analisando-se a família plural e suas particularidades; o segundo aborda, de forma ampla, o instituto da guarda e suas modalidades, incluindo a guarda compartilhada e o tratamento da Lei nº 11.698/08; e o terceiro capítulo discorre sobre a possibilidade da concessão da guarda compartilhada a sujeitos que possuem vínculo de parentesco com o menor. Destarte, a problematização circunda a admissibilidade de extensão da concessão da guarda compartilhada a parentes, onde a hipótese manifestada é de que a convivência efetiva do menor com todos os membros de sua família é essencial ao seu desenvolvimento saudável, e a guarda compartilhada é uma modalidade que estimula esse relacionamento, devendo ser considerada como manifestamente possível. Nesse viés, averigua-se que a disposição introduzida no Código Civil pela Lei nº 11.698/08 sobre guarda compartilhada deve alcançar interpretação ampla, para lograr o propósito de assegurar o direito à convivência familiar no todo, de acordo

com o entendimento de família plural e correspondendo ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Família plural. Guarda compartilhada. Concessão a parentes.

RESUMEN

La vida familiar es la mayor experiencia de sociabilidad que un ser humano puede adquirir, siendo de especial relevancia a la formación del niño y del adolescente. Así pues, las cuestiones relativas a la protección del menor, tales como el derecho de guardia, son importantes para el resguardo de la entidad de la familia en sus diversas formas. Así pues, la guardia compartida brinda la posibilidad de ejercicio conjunto del poder de la familia; como este tipo objetiva lo mejor interés del niño y del adolescente fundamentándose en el principio de la protección integral del niño, el compartir de esta debe de ser extendido a otros allegados por consiguiente impide la interrupción o la privación de la convivencia efectiva do menor con sus familiares, que ciertamente Le conduciría perjuicio. Para la realización de este trabajo utilizose la pesquisa y los métodos historicoevolutivo y exegeticojuridico, que proporcionaron respectivamente razón teórica, la comprensión del proceso evolutivo y la expresión actual de los institutos examinados, y especialmente teniendo en cuenta la aplicabilidad de la guardiã compartida a las personas que no están en posesión del poder familiar. El estudio está organizado en tres capítulos, el primer de ellos trata de la evolución del concepto de familia, analizandose la familia plural y suyas peculiaridades, el segundo hace abordaje, en general, el instituto de la guardia y sus tipos, incluyendo la guardia compartida y el tratamiento de la Ley n ° 11.698/08; y el tercer capítulo se analiza la posibilidad de conceder la guardia compartida de los sujetos que tienen relación de parentesco con el niño. Así, la problematización circinda a la admisibilidad de la ampliación de la concesión de la guardia compartida a los parientes, donde la hipótesis expresa es de que la convivência efectiva con todos los miembros de la familia es esencial al suyo sano desarrollo, y la guardia compartida es un tipo que excita esa relación, debendo de ser considerada como manifestamente posible. En ese bies averiguase que la disposición del Código Civil, introducida por la Ley n ° 11.698/08 sobre la guardia compartida debe alcanzar interpretación amplia para lograr el propósito de garantizar el derecho a la convivência familiar em el todo, de acuerdo com el

entendimiento de la familia plural y correspondiendo al mejor interés del niño y del adolescente.

Palabras llave: Familia plural. Guardia compartida. Concesión a parientes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA	14
2.1 DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	17
2.2 A FAMÍLIA PLURAL.....	20
2.2.1 Espécies	21
2.3 A PROLE.....	25
3 DA GUARDA	29
3.1 DEFINIÇÃO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO	29
3.2 MODALIDADES DE GUARDA.....	36
3.3 SOBRE OS DIREITOS E DEVERES DOS RESPONSÁVEIS PELO MENOR..	43
4 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA A OUTROS PARENTES	48
4.1 A PROBLEMÁTICA.....	48
4.2 ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL E DESFAVORÁVEL.....	52
4.3 DOS PRINCIPAIS ENTRAVES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	57
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64
ANEXO A - LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008	68

1 INTRODUÇÃO

A família, instituição ativa na sociedade que não fica imóvel diante das mudanças sociais, é um grupo de especial relevância para qualquer ser humano. As mutações ocorridas influenciaram as mudanças trazidas ao Direito de Família pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que trouxeram a equiparação: da família não-matrimonial à matrimonial (referente aos direitos de seus membros); dos direitos e deveres de ambos os cônjuges; dos filhos matrimoniais aos extramatrimoniais.

Do mesmo modo, exsurge a forma pluralizada de entendimento da família, pretendendo resguardar as diversas modalidades encontradas atualmente e proporcionando maior segurança às relações provenientes da formação familiar, inclusive quando esta não ostenta o caráter tradicional derivado da união entre pai, mãe e filhos. Os direitos concernentes a proteção do menor e de sua família adquirem, pois, especial importância, devendo sempre os posicionamentos judiciais estar amparados pelo princípio do melhor interesse do menor.

O trabalho ora desenvolvido tratará da aplicabilidade da guarda compartilhada de menor entre pessoas que não são seus genitores mas tomam para si responsabilidades que são naturais dos titulares do poder familiar, mesmo apresentando simplesmente o vínculo de parentesco, seja sanguíneo ou afim. Assim, serão analisadas as mudanças trazidas pela Lei nº 11.698/2008, de conformidade com os princípios que corroboram com o direito do menor à família e destacando-se o princípio do melhor interesse do menor.

Destarte, o objetivo geral é expor a problemática da insegurança trazida pelas lacunas da Lei nº 11.698/2008 e pela interpretação restrita dada sobre a concessão da guarda compartilhada, limitando-a aos genitores. Os objetivos específicos se desenvolvem a partir da discussão sobre a família no contexto sócio-histórico, observando a organização familiar contemporânea e as novas veredas que estão sendo traçadas para a guarda com o compartilhamento.

Constata-se a proeminência do tema quando pedidos de guarda compartilhada entre parentes chegam ao Poder Judiciário, comportando diversas hipóteses quanto aos sujeitos aos quais será deferida a guarda; ao vínculo de parentesco (sanguíneo ou afim); e sobre a necessidade do compartilhamento. De

qualquer modo, o certo é que a criança ou o adolescente não deve ser privado do convívio com seu grupo familiar e que as decisões judiciais devem observar o caso concreto e garantir o bem-estar do menor.

A abordagem do tema será apresentada através da sistematização da pesquisa em três capítulos. O primeiro capítulo tratará da evolução histórica do conceito de família, analisando o processo de evolução social e percebendo a flexibilização do termo que resultou na família contemporânea, a qual esta possui característica de definição ampla que abarca as diversas modalidades de formação familiar, sendo identificada como família plural. Desse modo, será observado o amparo que o Estado deve oferecer a todas as instituições familiares, proporcionando o pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros, inclusive com a melhor aplicação legal no que se refere aos direitos e deveres familiares dos responsáveis pelo menor.

No segundo capítulo abordar-se-á o instituto da guarda, aduzindo-se a evolução legislativa brasileira sobre a proteção dos filhos menores através do exercício da guarda, como também a definição desse instituto e a elucidação de suas modalidades e, por fim, salientando-se a guarda unilateral e a guarda compartilhada no âmbito do Diploma Civil pós Lei nº 11.698/08.

Por derradeiro, o terceiro capítulo discorrerá sobre a possibilidade da concessão da guarda compartilhada a sujeitos que possuem vínculo de parentesco com o menor, entendendo-se que a sua companhia é relevante para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Desse modo, refletir-se-á sobre a conveniência da adoção da guarda conjunta, de acordo com o texto legal introduzido pela Lei nº 11.698/08 combinado com o princípio do melhor interesse do menor, para a permanência do infante em companhia de todos aqueles com quem mantém efetivos laços de afeto.

A fim de lograr suporte teórico que assente o trabalho em bases sólidas recorrer-se-á ao método de estudo bibliográfico, através do qual serão utilizadas doutrinas e *sites* jurídicos com a finalidade de robustecer o entendimento sobre o tema, proporcionando maior segurança no momento de aplicar a lei. Ademais, adotar-se-ão os métodos: exegético-jurídico, para análise da legislação pátria pertinente; e histórico-evolutivo, que proporcionará melhor compreensão da temática a partir da ciência sobre o processo histórico dos institutos mencionados.

A partir dos métodos e fontes de pesquisa será desenvolvida a problemática sob o seguinte questionamento: É admissível a extensão da concessão da guarda compartilhada a parentes? Sendo a hipótese: Sim, visto que a convivência efetiva do menor com todos os membros de sua família é essencial ao seu desenvolvimento saudável e que a guarda compartilhada é uma modalidade que estimula esse relacionamento.

Assim sendo, aspira-se contribuir para o fortalecimento do entendimento posto sobre os vínculos familiares, do afeto e da mútua assistência entre os membros da família; e, em especial no que toca ao menor, revelar o amparo legal que possibilita-lhe uma formação equilibrada e sadia.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A palavra família não apresenta significado unívoco, visto que representa um conceito histórico com dinâmica própria, não existindo acepção predeterminada aplicável a todas as épocas e a todas as nações indistintamente. Contudo, o caminho mais eficaz a traçar na busca pela linha de evolução etimológica e jurídica do vocábulo é o dos povos antigos, a partir de Roma, onde era empregado em várias definições, aplicando-se às coisas e às pessoas.

Com efeito, num momento significava o conjunto das pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*; em outro, um grupo de parentes unidos pelo vínculo da cognição; sendo utilizado até para designar patrimônio ou herança, pelo qual o Direito Romano apresentou um lineamento peculiar, prestando a essa instituição o mérito de unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe (GOMES, 1991).

Outrossim, o termo família deriva do latim *familia*, *famili*, que provêm de *famulus*, o qual significa servo, criado ou escravo (GLANZ, 2005). Daí se formara o conceito de família patriarcal, designando o conjunto de pessoas unidas por vínculos de parentesco acrescido dos agregados (GOMES, 1991). Esse é o entendimento mais remoto sobre a formação dos grupos familiares, trazido por cientistas e estudiosos de ciências sociais como Antropologia, Sociologia e Direito: o de que uma família é governada por um chefe varão mais velho, o patriarca. Ressalte-se que mesmo com a mutação etimológica predominantemente ocorrida sobre esta instituição nos países ocidentais, ainda são encontrados países e algumas regiões (em sua maioria interioranas) em que entes como o Estado e/ou a Religião continuam estimulando esse dogma.

Vários estudos foram desenvolvidos em todo o mundo sobre essa instituição antiquíssima e respeitável que, hodiernamente, ainda gera impasses, não restando dúvidas sobre a sua importância. Conforme o filósofo Aristóteles “O homem é um animal político e social; não pode viver no isolamento, senão definha e morre” (EDIPE, 1989, p. 1152). O pensador entendia que a família era uma organização encontrada em inúmeras espécies de animais (principalmente mamíferos), recordando o aspecto biológico do animal que é o ser humano e destacando

também o ser político, observada a necessidade do homem de viver em sociedade (*polis* é palavra grega que significa cidade).

De acordo com os regramentos do período histórico e de entes influentes como o Estado e a Igreja, foram-se moldando diversos conceitos sobre família; merecendo destaque o estudo de Engels (*apud* GLANZ, 2005, p. 19) sobre a origem do termo:

Em sua origem, a palavra família não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época – a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família '*id est patrimonium*' (isto é, herança) era transmitida por testamento.

Então, veio à tona o juízo de que a gênese dessa palavra estava vinculada ao fator propriedade, que abarcava além de casas, terras e escravos, os próprios indivíduos que cooperavam para a formação daquele grupo. Engels (*apud* GLANZ, 2005) alerta sobre um dos vínculos cognitivos da procedência, que não está embasada em fatores afetivos e simplesmente sanguíneos. Ademais, em seu trabalho compreendeu que a escolha humana pela monogamia, por meio da qual se fortaleceu a concepção de família patriarcal, proveio de interesses econômicos; objetivando proteger a propriedade e o patrimônio privados.

Destarte, a preponderância do homem como chefe político, religioso e juiz, sem interferência real do Estado Romano, possuindo o *pater familias* o chamado *ius vitae ac necis* (direito de vida e de morte sobre todos os membros do grupo familiar); e a procriação pela prática monogâmica (possuindo o homem herdeiros só seus) eram caracteres estrategicamente voltados aos propósitos econômicos daquela época (TEIXEIRA, 2005).

Essa estrutura unitária da família (constituída sob a autoridade do chefe) persistiu, em princípio, até os tempos modernos. No sistema feudal, sobrelevou-se o elemento político no estrato mais alto da sociedade, apresentando-se a família (do ponto de vista econômico) como o organismo compacto de interesses e despesas comuns, na dependência de uma vontade soberana. Mas, a Escola do Direito Natural influenciou significativamente a alteração da estrutura tradicional da família, que se sustentava no tripé de aspectos religioso, econômico e político. Aí

se combatia o caráter patriarcal e sua finalidade política; em contrapartida, defendia-se uma organização equânime (com o enfraquecimento da autoridade paterna) e negava-se-lhe essa dimensão política e o caráter religioso do matrimônio. Alguns termos dessa doutrina foram acolhidos no Código de Napoleão, porém, a autoridade paterna, o poder marital, a distinção entre filhos legítimos e os que possuíam a condição de ilegítimos, e a inferioridade da mulher (considerada como incapaz e submissa) são traços marcantes do Direito de Família nessa compilação (GOMES, 1991).

Sob a égide do Código Civil de 1916, o jurista Gomes (1991) se pronunciou sobre as fontes da família, sendo estas o casamento, o concubinato e a adoção, por meio das quais se detectam as espécies de família: a família legítima, a família natural e a adotiva. O termo família aplicava-se na designação da considerada família legítima, oriunda exclusivamente do casamento que se considerava como o único vínculo que possuía as características de moralidade e estabilidade imprescindíveis ao preenchimento de sua função social. Sobre o reconhecimento de uniões constituídas fora do casamento, afirma que: “também justificam designação e merecem proteção jurídica [...] família legítima. Essa mesma expressão indica a existência de outras espécies de família” (GOMES, 1991, p. 31) (grifo nosso).

No século XVIII iniciou-se a Revolução Industrial, considerada um marco de desestabilização do patriarcalismo ocidental porque, neste interregno, a mulher se introduziu no mercado de trabalho. Posteriormente, em 1960, adveio a chamada Revolução Sexual, que pôs em dúvida vários padrões morais da sociedade ocidental e trouxe a reivindicação pela igualdade entre homens e mulheres. As revoluções modernas e as ideias de sociedades democráticas revelam que a evolução na família é contínua, sendo o entendimento desse instituto transformado com o tempo e de acordo com as mudanças sociais (FIUZA, 2003).

Ademais, vê-se que a busca por firmar o entendimento sobre a família não se limita aos juristas, antropólogos e sociólogos, mas também se estende aos linguistas, tal como em Rocha (1996, p. 273): “Conjunto de ascendentes e descendentes, colaterais e afins de uma linhagem. 2 Mais restritamente, o pai, a mãe e os filhos. 3 Descendência; linhagem”.

Entretanto, se verifica que esse juízo ora apresentado pelos linguistas não se adequa ao Direito, que idealiza seguir as transformações da sociedade. Desse

modo, o Direito almeja encontrar posicionamento sobre esta polêmica internacional, que se faz especialmente pelas ciências humanas, consolidando-se nos princípios gerais e nos costumes.

2.1 DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Como é cediço, a maioria dos conceitos trazidos por dicionários em todo o mundo se refere à sociologicamente denominada família nuclear ou elementar, formada particularmente por marido, esposa e filhos co-residentes. Porém, sabe-se que essa definição deve ser analisada com abertura e sem preconceitos ou diferenciações, tendo em foco o respeito pela necessidade humana de manter convivência fraterna com o próximo, ligados que estão pelo sangue ou por afinidade.

Em se enquadrando o termo família como um vocábulo também jurídico, é comum a plurivalência semântica, fazendo-se necessária a delimitação do seu sentido. Numa acepção amplíssima, a família abrange todos os indivíduos que possuem ligação consangüínea ou de afinidade e também pessoas que não possuem esses laços, a exemplo dos que executam os serviços domésticos; em sentido lato, abarca cônjuges ou companheiros, os filhos, os parentes em linha reta ou colateral e os afins; conforme significado restrito, compreende os cônjuges ou companheiros e a prole, unidos pelo matrimônio ou união estável e pelo laço da filiação. Esta última concepção encontra-se expressa na Carta Magna (artigo 226, §§ 1º e 2º), sendo inovador o que prescreve o mesmo artigo 226, §§ 3º e 4º, que reconhece não só a entidade familiar constituída pelo casamento, mas também a proveniente de união estável e a comunidade monoparental ou unilinear (DINIZ, 2009).

Esta concepção ainda restrita não é apropriada à sociedade atual (e muito menos ao Direito que regula essas relações humanas), onde a taxa de divórcio aumenta e o casamento não está em primeiro lugar no rol de prioridades, vindo depois de vários elementos, tais como os estudos, a carreira etc.; mormente em um período onde é comum a gravidez na adolescência e os avós tomarem para si as responsabilidades da paternidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §§ 3º e 4º, supriu a necessidade do reconhecimento da existência de entidades familiares que não foram constituídas pelo casamento (como a união estável e a família monoparental), descaracterizando-o como única fonte constitutiva da primitivamente chamada família legítima. Mas a doutrina orienta que o artigo supra mencionado e seus parágrafos devem ser interpretados em seu caráter exemplificativo, porque explicita as situações mais comuns. Assim, vê-se que a Magna Carta não limitou a revolução civilista que alargou os conceitos oferecidos às relações interpessoais e pluralizou as relações familiares. Então, houve a flexibilização do conceito de família, que não mais está vinculado ao casamento ou ao simples envolvimento sexual, e sim a projeções de vida comuns, suscitando uma responsabilidade mútua (DIAS, 2006).

Em relação à estruturação do Direito de Família moderno, sabe-se que se conduz pelos seguintes princípios: princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável, trazendo como fundamento dessas uniões o afeto; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (CF/88, artigo 226, § 5º); princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da consagração do poder familiar; princípio da liberdade; princípio do superior interesse da criança e do adolescente; princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; o princípio da afetividade e o princípio do pluralismo familiar (DINIZ, 2009).

Os cinco últimos princípios elencados são de especial importância para este trabalho, estando de acordo com o perfil da família contemporânea que se perfaz além dos laços matrimoniais e da filiação. Sendo assim, anota-se que o princípio da liberdade prescreve que é livre a escolha do modo de constituir família, intervindo o Estado restritivamente no que toca à sua responsabilidade de proporcionar recursos educacionais e científicos próprios ao exercício desse direito. Essa liberalidade atinge, além do poder de formar uma comunhão de vida, a opção quanto à adoção de diretrizes de planejamento familiar; o regime matrimonial de bens; os meios de aquisição e a forma de administração do patrimônio familiar; e o modelo educacional, religioso e cultural oferecido aos filhos (DINIZ, 2009).

A Constituição Federal de 1988 respeita o disciplinamento realizado pelas Declarações Internacionais de Direitos do Homem, em especial no que toca ao instituto familiar, trazendo: o princípio da isonomia entre homem e mulher, a igualdade de direitos entre os filhos e a ampla proteção à criança e ao adolescente,

quando reconhece-lhes a prioridade de direitos com o objetivo de um desenvolvimento salutar, seguro e adequado à sua integridade física e psicológica. Nesse diapasão, a decisão judicial proferida acerca do instituto da guarda deve basear-se essencialmente nesse preceito (o princípio do superior interesse da criança e do adolescente), buscando livrar de traumas os considerados sujeitos em desenvolvimento quando lhes oferta proteção integral (LOTUFO, 2002).

A dignidade da pessoa humana é o mais valioso dentre os princípios constitucionais (pois é fundamento do Estado Democrático de Direito) estando consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Assim, traz como prioridade salvaguardar o desenvolvimento integral do homem para que tenha uma vida social melhor e digna, sendo esse o pilar da sociedade. Este princípio é de suma importância para todo o Direito em um Estado onde vige a democracia, especialmente para o Direito de Família, que busca uma melhor organização e o respeito a esse instituto tão antigo e importante que é a entidade familiar, direcionando-a à melhor convivência, solidariedade e afeto que resultam no desenvolvimento humano.

A afetividade tornou-se parâmetro para fazer-se a distinção entre uma comunidade familiar e outro grupo social, tornando as relações familiares menos hierárquicas e taxativas. Alguns cientistas tratam essas profundas modificações como se representassem a crise da família, todavia, essas mudanças ocorrem por necessidade da época atual, que visa um relacionamento não mais baseado em antigos preceitos desiguais e machistas. O princípio da afetividade corrobora com os preceitos do pleno desenvolvimento educacional da criança e do adolescente, apregoando uma melhor convivência entre todos os entes familiares, numa relação de tolerância, respeito e solidariedade mútua (DINIZ, 2009).

Intimamente relacionado com o anterior, o princípio do pluralismo familiar trazido pela norma constitucional assegura a proteção do Estado às entidades familiares, abarcando não só as expressas (de caráter exemplificativo), mas também as outras espécies não contidas no texto constitucional e que mostram vínculos válidos e estáveis de familiaridade, sejam biológicos ou afins. Esse princípio não objetiva desconsiderar o casamento, que tem primordial importância para a sociedade, mas salvaguardar as outras formas de instituição de entidades familiares, o que condiz em especial com a dignidade da pessoa humana e (quando diz respeito à menor) com o superior interesse da criança e do

adolescente, relevando a proteção do Estado ao pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros (DINIZ, 2009).

Nesse diapasão, pode-se observar que os novos tempos e contornos relativos à família provocam uma exaustiva investigação que objetiva lograr uma definição exata, possibilitando a sua real distinção de outros grupos sociais. Na persecução desse objetivo constata-se que o modelo tradicional de família, em que os papéis familiares (do pai, da mãe, do filho etc.) estão pré-determinados e definidos rigidamente em função do sexo ou da idade das pessoas, opõe-se ao modelo contemporâneo, em que os papéis profissionais, domésticos, educativos etc., são fungíveis entre os indivíduos e exercidos, em função das circunstâncias, de modo pluralizado e igualitário.

2.2 A FAMÍLIA PLURAL

Tal como se disse antes, a família moderna é resultado de uma revolução que rebaixou a figura marital, equiparou a mulher e os filhos e desestabilizou a instituição do casamento (até então intocável) facilitando o divórcio e abrindo espaço para uniões livres.

A flexibilização do termo, denotando como conseqüência o aparecimento de novos modelos de família, só fez ratificar o acolhimento das mudanças políticas, sociais e econômicas que ocasionaram o fortalecimento de ideais como igualdade, democracia, liberdade, humanismo e, em especial, o pluralismo das relações humanas, incluindo as jurídico-familiares.

Daí se percebe que o conceito de família contemporânea não é compatível com termos exatos e classificações restritas, mas requer um entendimento plural que descreva as várias facetas que a instituição está revelando. Destarte, não se coloca o casamento como única fonte, exigindo-se algo que ligue as pessoas com objetivos comuns, mesmo que simplesmente o de permanecerem uma ao lado da outra por tempo indeterminado visando obter maior apoio, seja financeiro ou emocional ou em decorrência de um laço de parentesco natural ou afetivo.

A Carta Magna trouxe como fundamento a dignidade da pessoa humana, e esse princípio corrobora com a opção da República Federativa do Brasil em ser um

Estado Democrático de Direito, consagrando os princípios da igualdade e da liberdade. Em desavença, ainda existem empecilhos à democratização, originados de discriminações que inclusive ferem as entidades familiares (a exemplo das antigas expressões utilizadas: ilegitimidade e adúltera); flagrantes distinções que não deveriam mais ocorrer num país alicerçado por tais preceitos, sendo mesmo vedadas pela legislação pátria.

O texto constitucional consagra a supremacia da dignidade da pessoa humana e trouxe uma significativa abertura sobre o reconhecimento da existência de outras entidades familiares, visto que o seu artigo 226 menciona, apenas de modo exemplificativo, alguns desses modelos, não sendo este um rol taxativo. Assim, não mais se restringe o que seria e como se forma uma família, o que se pode afirmar é que deve existir algo mais que a distinga do direito obrigacional.

A desembargadora Dias (2006, p. 39) traz que: “O novo modelo da família funda-se sobre pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família” (grifo nosso). Como se nota, essa concepção está de acordo com a possibilidade jurídica derivada do pluralismo das relações familiares estabelecido pela Constituição Federal.

Observa-se, pois, que as mudanças sociais ocorridas influenciaram o conceito de família, seguindo a linha evolutiva e temporal, que também sofreu várias transformações direcionadas à ampliação do seu significado. Assim sendo, para respeitar o artigo 5º do Documento Constitucional, deve-se considerar como entidade familiar não apenas a família derivada do casamento ou união estável, mas todas as formas de constituição familiar, tendo o Código Civil que adequar-se e resguardar as outras espécies trazidas pela família plural.

2.2.1 Espécies

A família plural, considerada a mais acertada e democrática compreensão da família contemporânea, abarca as inúmeras possibilidades de entidades familiares constituídas. Nesse sentido, várias são as espécies trazidas pela doutrina, vistas por aspectos diferentes.

Um primeiro ensinamento distingue as espécies de famílias plurais em: matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental e eudemonista (DIAS, 2006). A família matrimonial nasce com o casamento, que até antes da Constituição Federal atual era a única forma legalmente admitida de se constituir uma família, posta através de chancela estatal de forma solene e apresentando os antigos preceitos de entidade familiar patriarcal, heterossexual e matrimonial.

Antes da Carta Magna atual a filiação era condicionada ao estado civil dos pais, por isso os relacionamentos não instituídos pelo matrimônio eram discriminados mediante denominações como adúlteros ou concubinários e não alcançavam a proteção legal dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais dali provenientes. Com o rompimento de inúmeras uniões extramatrimoniais e as reivindicações dos seus participantes o Estado considerou a necessidade de regularizar e barrar as tamanhas injustiças que essa omissão legal estava gerando. As mudanças não foram muitas, o máximo que os juízes conferiam eram indenizações à mulher pelos serviços domésticos prestados e, desconsiderando que esses enlaces tivessem natureza familiar, atribuíram-lhes índole de negócio, reconhecendo-os como sociedades de fato que deveriam regular-se, analogicamente, pelo direito comercial (DIAS, 2006).

O vigoramento da Constituição Federal de 1988 trouxe amparo legal a essas estruturas familiares, provindo a designação união estável. Do mesmo modo, o Código Civil regulamenta a união estável, revelando acerca dos requisitos necessários para seu reconhecimento, que ocasiona direitos e deveres aos conviventes. Não obstante o Documento Constitucional ter albergado a união estável colocou-se, na melhor das hipóteses, de forma imprópria ao reconhecer somente o companheirismo dado entre homem e mulher como entidade familiar para os efeitos de resguardo estatal (CF/88, artigo 226, § 3º) no que conflita com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CF/88) e com a corrente pluralista das relações familiares. No que diz respeito ao reconhecimento do vínculo afetivo de pessoas de mesmo sexo (tão comum na sociedade moderna) como espécie de família (homoafetiva), Dias (2006, p. 43) se pronuncia:

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

Atualmente, a jurisprudência concebe esses vínculos como sociedades de fato, mas algumas decisões judiciais mostram que já se pondera acerca das conseqüências jurídicas dali provindas. A autora supracitada é uma atuante defensora da igualdade e liberdade nas escolhas de modos de vida e acolhe como medida, conforme o Direito, que seja aplicada por analogia a legislação da união estável para suprir a omissão legislativa referente à união homoafetiva, tramitando os processos na vara da família e garantindo-se os direitos sucessórios e partilha dos bens, além do direito real de habilitação (DIAS, 2006).

Enunciando o artigo 226 da Constituição Federal sobre os tipos de entidades familiares, utilizou-se das estruturas mais triviais da sociedade, e uma dessas ilustrações feitas pelo legislador trata da família monoparental (artigo 226, § 4º da CF/88), que consiste numa entidade familiar formada por descendentes e um dos pais, estando possivelmente relacionada à guarda unilateral dos filhos. O Projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) em seu artigo 69, § 1º traz a acepção de família monoparental como "entidade formada por um ascendente qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco".

A visão contemporânea de família plural não se baseia em casamento, ascendência e descendência, como no conceito primitivo de família patriarcal. E a família anaparental vem ilustrar essa concepção, pois é formada entre pessoas com relação de parentesco e que possuam uma identidade de propósito de vida em comum, que é a convivência familiar (DIAS, 2006). Essa espécie de família é tratada no artigo 60, *caput* do Projeto do Estatuto das Famílias. Como exemplo desse tipo de entidade familiar tem-se o caso de irmãos que moram juntos, sobrinho que reside com seus tios etc.

Numa sociedade em que não prepondera apenas uma forma de satisfação das necessidades humanas de preenchimento e evolução pessoal (como na imposição da ideia de casar e procriar) originou-se a família eudemonista, baseada na teoria de que o bem supremo da vida humana é a felicidade. Essa entidade não se identifica com o modelo hierárquico onde tudo gira em torno do patriarca ou dos pais, mas demonstra que o verdadeiro elemento constitutivo num relacionamento tão importante como o familiar é o vínculo afetivo. Essa é a nova forma de viver que as pessoas encontraram para lograr realizações pessoais e profissionais, preservando seus laços familiares através do amor, da solidariedade e da responsabilidade recíproca, onde os meios e objetivos escolhidos são diversos de

acordo com cada sociedade, comunidade familiar e ser humano. Como elucida Blackburn (1997 *apud* DE SOUZA, 2009) a concepção de eudemonismo encontrou fundamento na noção aristotélica de “eudaimonia” ou felicidade humana; sendo variável conforme o entendimento da felicidade; o autor exemplifica que enquanto os estóicos (indivíduo que segue o estoicismo - Escola filosófica da Antiguidade) pregam o desprezo pelos males físicos e espirituais e Tomás de Aquino vincula felicidade à contemplação de Deus, os capitalistas enaltecem o consumismo.

Além das espécies supra referidas é possível encontrar outros tipos de família, considerando a natureza plúrima que ora se apresenta e a realidade de família mutante. Acrescenta-se a possibilidade de família unipessoal, composta por apenas uma pessoa morando sozinha, separada ou divorciada, solteira ou casada e com residência diversa da de seu cônjuge (GLANZ, 2005), tendo o STJ conferido recentemente a impenhorabilidade de bem de família aos imóveis pertencentes às pessoas solteiras, separadas e viúvas (Súmula 364).

Outrossim, destaque-se também as famílias sucessória e alimentar, baseadas em relação de parentesco e afinidade, sendo a segunda mais restrita que a primeira. Nestes termos, a família sucessória diz respeito à possibilidade de suceder *mortis causa* na titularidade de direitos patrimoniais de outros; admitindo-se a herança, sem limite aos ascendentes e descendentes, não obstante os mais próximos excluam os mais remotos. Entretanto, na linha colateral (no direito brasileiro) ficam restringidos os parentes sucessíveis aos primos, que são parentes do quarto grau. Em sentido mais restrito, a família alimentar compreende os ascendentes e descendentes (sem limite) e colaterais até o segundo grau, ou seja, os irmãos (GLANZ, 2005).

Portanto, nota-se que a sociedade não comporta mais um ideal de família adstrito àquelas mencionadas pelo ordenamento jurídico, tais como: a matrimonial, a informal e a monoparental; sendo importante considerar a essência da entidade em sentido lato, visto que todas têm o fundamento principal que as origina, que é o aspecto emocional-afetivo. Assim, a adoção do conceito de família plural legitima as inúmeras práticas familiares contemporâneas, e proporciona melhor aplicação legal no que se refere aos direitos e deveres parentais, inclusive os de proteção a menores.

2.3 A PROLE

A prole é uma figura comum em meio ao âmbito familiar, desde os primórdios encontrada na família patriarcal e até na estrutura contemporânea de família, podendo ser observada como resultado da propagação ou reprodução dos seres, enquanto elemento formador do grupo familiar.

Em sentido estrito o substantivo prole se refere à geração formada por filho (a) ou filhos (as), ou seja, descendentes de primeiro grau de uma pessoa, provindos de um ato reprodutivo (ROCHA, 1996). Contudo, num entendimento lato observa-se que a etimologia da palavra prole está relacionada tanto ao termo progênie (vinculado a ascendência, a origem, a geração e a linhagem) quanto ao vocábulo descendência, sendo este último relativo à formação da linha reta de parentesco que relaciona os procriadores e os procriados (NEVES, 1988).

Desse modo, o vocábulo prole (de forma ampla) não abarca simplesmente o fenômeno de descendência em primeiro grau, sendo titulares tão somente os filhos, mas também relaciona a linha originária que se encontra na ascendência. Com esse entendimento corroboram Diniz (2009) e Fiuza (2003), inferindo que o termo prole tem um significado mais extenso do que a palavra filho (sendo este uma prole) porque o neto e o bisneto são prole do ascendente.

Ademais, o termo prole seguiu a evolução histórica e, conseqüentemente, etimológica da palavra família. Através da mesma jornada evolutiva, com as mutações na organização familiar, observa-se que a prole (assim como os demais membros da família) se submetia aos direcionamentos de um chefe varão, sendo meio de prosseguimento de uma linhagem. Na Grécia antiga o pai tinha o direito de aceitar ou rejeitar o filho nascido de sua mulher, competindo àquele decidir se este poderia ou não participar de sua família. Portanto, no quinto dia após o nascimento, o chefe da família noticiava sua decisão aos parentes e amigos e, se houvesse o consentimento de que a criança entrasse efetivamente para o grupo familiar, ela seria ungida com óleo e receberia o nome; sendo oferecido um banquete que reuniria parentes e amigos que levavam presentes à mãe e brinquedos ao bebê (COTRIM, 1999).

Na sociedade romana, por sua vez, a família patrícia era encabeçada por um *pater familias* que exercia funções de pai, esposo, juiz (julgava os membros

daquele grupo como presidente do tribunal doméstico), administrador e sacerdote (responsável pelo culto aos deuses domésticos); tanto que a este se submetiam todos os demais membros da casa. Em se deferindo a sucessão do poder patriarcal ao filho primogênito após a morte do *pater familias*, caso este não possuísse filho deveria adotar um, pois o importante era impedir a vacância de seu lugar, sob pena de não se dar continuidade ao culto familiar (FIUZA, 2003).

De forma semelhante se dava a organização familiar no Brasil durante a vivência da sociedade colonial, onde a família estava sob a autoridade absoluta do senhor de engenho que definia as funções que cada membro da casa grande deveria exercer. Os filhos homens costumavam passar períodos em casa de amigos ou parentes que lhes pudessem transmitir alguns ensinamentos fundamentais; o filho mais velho era norteado para suceder o pai na chefia do engenho e, dentre os demais filhos, um comumente se tornava padre e o outro se formava em Direito pela Universidade de Coimbra em Portugal (o advogado desenvolvia o trabalho de transformar em poder político o prestígio social da família). Ademais, herdou-se o pensamento romano de que um grande número de descendentes correspondia à estratégia necessária para a proteção e perpetuação do grupo (COTRIM, 1999).

Nesse mesmo período, era habitual o casamento de jovens de quinze anos com homens de cinquenta e até mais idade. Os namoros e casamentos careciam da autorização do pai e havia episódios de escravas que delatavam namoros e encontros das sinhás-moças (filhas) ou sinhás-donas (esposas); por vezes, essas histórias induziam o senhor a determinar o homicídio da esposa ou de uma filha (COTRIM, 1999).

Como se vê, na realidade da família patriarcal a prole, assim como os outros membros da família, era propriedade de um chefe varão, visto que o destino de cada um estava em suas mãos. Esse contexto foi-se modificando com as mudanças sociais ocorridas na família, mutações estas que levaram ao entendimento da igualdade de direitos e busca pelo desenvolvimento de cada membro do grupo familiar ora visto como sujeito de direitos e deveres.

No que tange à relação entre pais e filhos, os poderes daqueles sobre estes deixam de ser absolutos; o pátrio poder ou *patria potestas* deu lugar ao poder familiar que é o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições”

(PEREIRA 1996 *apud* FIUZA, 2003, p. 835). Então, os pais ou responsáveis pela prole (enquanto menores de idade) passaram a ter muito mais deveres para com esta do que propriamente direitos, e a lei resguarda aos filhos o direito de alimentos, proteção, nome, guarda, incolumidade física etc., sendo proibida qualquer diferenciação e adjetivação preconceituosa (como filho ilegítimo ou incestuoso) pois que a Constituição Federal de 1988 igualou os filhos em direitos e deveres. (FIUZA, 2003).

Ressalte-se que os direitos e deveres da prole não cessam com a maioridade, pois o vínculo familiar permanece não ficando interrompida a responsabilidade familiar, a exemplo da obrigação alimentar que fundamenta-se no princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF/88, artigo 1º, III) e na solidariedade social e familiar prevista no artigo 3º do Documento Constitucional (PEREIRA, 1979 *apud* DINIZ, 2009).

Com efeito, a obrigação de prestar alimentos é um dever personalíssimo adquirido em razão do parentesco, vínculo conjugal ou convivência, devido pelo alimentante e que o liga ao alimentando. Assim, prescreve o Código Civil ser possível aos parentes, cônjuges ou companheiros solicitar “uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (artigo 1.694). Diniz (2009, p. 577) destaca a distinção entre:

[...] a obrigação de prestar alimentos com os deveres familiares de sustento, assistência e socorro que tem o marido em relação à mulher e vice-versa e os pais para com os filhos menores, pois seus pressupostos são diferentes. A obrigação alimentar é recíproca, dependendo das possibilidades do devedor, e só é exigível se o credor potencial estiver necessitado, ao passo que os deveres familiares não têm o caráter de reciprocidade por serem unilaterais e devem ser cumpridos incondicionalmente.

Portanto, os deveres familiares de sustento, assistência e socorro (além da obrigação alimentícia) são responsabilidades familiares que o legislador entendeu necessárias à pacificação de conflitos existentes na nova estrutura familiar, resguardando os direitos e também estatuidando os deveres da prole e dos outros membros do grupo.

Nestes termos, constata-se a preocupação social, refletida em disposições legais, posta no sentido de proteger a família como um todo, pretendendo o

desenvolvimento integrado de todos os seus membros, inclusive dos que necessitam de proteção especial. Assim, a prole (como os demais membros da família) deixou de ser peça decorativa ou um sujeito sem direitos (e com a vida traçada pelo chefe da família) passando a ter proteção necessária ao pleno desenvolvimento físico, mental e emocional quando menores e tendo-se-lhe preservado os direitos e deveres familiares com a maioria.

3 DA GUARDA

Para uma maior compreensão do assunto tratado no presente trabalho, é imprescindível fazer também uma análise etimológica e histórica da guarda, que sofreu transformações para adequar-se aos objetivos de uma sociedade que se preocupa com o futuro e, não podendo ser de outra forma, age em favor da proteção aos menores. Destarte, a guarda deve estar comprometida com o melhor interesse do menor, protegendo-o e assegurando-lhe o pleno desenvolvimento fundado no princípio da dignidade humana.

3.1 DEFINIÇÃO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A guarda teve sua evolução etimológica e legislativa conjugada com a da instituição familiar que, como já elucidado, atualmente objetiva o melhor interesse de seus entes, mormente a proteção integral aos menores, tendo como fundamento os princípios constitucionais e outras fontes.

Como se sabe, o Direito Romano exerceu a maior influência sobre o Direito de Família brasileiro, visto que atribuía ao poder paternal a função de chefe da casa, sendo o denominado modelo patriarcal utilizado para a feitura do Código Civil de 1916. Com o transcorrer do século XX veio o êxodo rural, diferentes projeções de vida e o trabalho realizado apenas pelo homem não mais satisfaziam a necessidade de sustento da família nos centros urbanos, induzindo a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Essas mudanças históricas e sociais influenciaram de forma irrefutável as relações familiares, amenizando a responsabilidade exclusiva da mulher pela criação dos filhos e cobrando do homem não simplesmente o fator econômico e de defesa da unidade familiar, mas um maior comprometimento com a criação dos filhos e preocupação com o bem-estar de todos os componentes daquela família. As responsabilidades, direitos e deveres dos cônjuges tornaram-se igualitários diante da família, ocasionando uma mudança na estrutura familiar e na criação dos

filhos fundada na preocupação com uma formação emocional e afetiva que enfraquece o entendimento que dava preferência à mulher na guarda dos filhos.

Em meio a todos os acontecimentos que movimentavam a sociedade, uma evolução legislativa incidiu sobre o instituto da guarda, iniciada na preocupação com o direcionamento dos filhos de pais que não mais convivessem juntos; daí adveio o Decreto nº 181/1890, estabelecendo que na sentença de divórcio já se conferiria ao cônjuge inocente a convivência direta com os filhos comuns e menores, fixar-se-ia a cota com que o culpado deveria afluir para a educação deles e que contribuiria o marido para o sustento da mulher, quando esta fosse inocente e pobre (GRISARD FILHO, 2005).

Posteriormente, sob a vigência do Código Civil de 1916 supramencionado, surgiu a distinção entre dissolução amigável e judicial. Na primeira seria acordado entre os cônjuges sobre a guarda dos filhos; na dissolução judicial, relativamente à proteção da pessoa dos filhos haveria de se observar fatores como: a culpa de um ou de ambos os consortes pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos. Se constatada a presença de cônjuge inocente na ruptura, este ficaria com os filhos menores; havendo culpa recíproca, as filhas menores de qualquer idade e os filhos menores até os seis anos permaneceriam com a mãe; após completarem seis anos, os filhos seriam entregues aos cuidados do pai. O juiz, observando o bem-estar dos menores e fundado em motivos fortes aplicaria de maneira diversa o exercício da guarda segundo o caso concreto (GRISARD FILHO, 2005).

De modo diverso do que regulavam os anteriores preceitos legais sobre a proteção dos filhos o Decreto – lei nº 3.200/41 impôs um atraso na legislação posta sobre essa temática. Em seu artigo 16 regulamentou a guarda de filho natural, dispondo que esta seria exercida pelo genitor que o tivesse reconhecido e, se ambos a tivessem perfilhado, seria entregue o menor ao pai, salvo se o juiz decidisse de outra forma que melhor se adequasse às necessidades do menor (GRISARD FILHO, 2005).

O Decreto – Lei nº 9.701/46 previu acerca do direito de visitas quando, após desquite judicial, a guarda dos filhos fosse conferida a pessoa idônea da família do cônjuge inocente. E a Lei nº 4.121/62 (conhecida como Estatuto da Mulher Casada) constituiu um singelo passo para a evolução legislativa brasileira no que se refere à não diferenciação por sexo e por idade para a concessão da guarda, chamando à responsabilidade para com o menor outras pessoas que com ele

possuísem vínculo de parentesco. Vê-se, portanto, que alterou as disposições referentes à dissolução litigiosa em que houvesse culpa recíproca, determinando que a guarda dos filhos menores e comuns ficasse com a mãe independente de sexo e idade, salvo melhor interesse do menor observado pelo juiz. Ademais, verificando o magistrado que a guarda não deveria ser exercida por nenhum dos genitores, estava autorizado a deferi-la a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, resguardando-se o direito de visitas (GRISARD FILHO, 2005).

A Lei nº 5.582/1970 alterou o Decreto nº 3.200/1941, estabelecendo que a guarda de filho natural reconhecido por ambos os progenitores fosse concedida à mãe, salvo melhor interesse do menor, redundando quanto à colocação dos filhos sob o poder de pessoa idônea, com prioridade para a família (GRISARD FILHO, 2005).

Em 1977 exsurge no mundo jurídico a denominada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que, como o próprio nome já esclarece, instituiu o divórcio no Brasil. Contudo, vê-se que não trouxe grandes alterações, tendo conservado a possibilidade de acordo sobre a guarda dos filhos nos casos de dissolução consensual determinando que, nos casos onde o consenso não fazia parte da natureza da lide, seriam aplicadas as seguintes regras: o cônjuge que não deu causa à ruptura ficaria com os filhos; ou permaneceria com a guarda aquele em cuja companhia continuaram durante a quebra da vida em comum; ou, ainda, observar-se-ia qual dos dois estava em melhores condições de assumir a responsabilidade da guarda e educação. Na ocorrência de separação não consensual por culpa recíproca, a guarda seria concedida à mãe, independentemente de sexo e idade da criança (GRISARD FILHO, 2005).

A mesma lei previu a hipótese de que quando um cônjuge fosse acometido por grave doença mental, demonstrada depois do casamento e tornando impossível a continuação da vida em comum, se após 5 anos a enfermidade fosse considerada de cura improvável, os filhos ficariam com o consorte que estivesse em condições de satisfazer as responsabilidades trazidas pela guarda. O diploma autorizava o deferimento pelo magistrado da guarda dos filhos à pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, se verificado prejuízo para o menor caso permanecesse sob a guarda do pai ou da mãe; e também que se podia decidir de forma diferente das previstas quando houvesse motivo grave, respeitando-se o princípio de atender aos interesses dos filhos e deixar em segundo plano a

autoridade paterna. Contudo, sob a égide do Código Civil de 1916 (que seguia o modelo patriarcal) esses dois poderes conferidos aos magistrados pela Lei do Divórcio eram aplicados poucas vezes (GRISARD FILHO, 2005).

No que pertine à legislação especial menorista, o Decreto nº 17.493/27, cognominado Código de Menores do Brasil, designou como encarregado da guarda do menor alguém que não fossem os genitores nem o tutor e possuísse, por algum motivo, a responsabilidade pela sua vigilância e educação ou que voluntariamente o tivesse em seu poder ou companhia. Essa concepção foi modificada com o novel Código de Menores, instituído pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, data que curiosamente marcou o ano internacional da criança. Ao invés de encarregado, a lei utilizou o termo responsável pela guarda, acolhendo a possibilidade de colocação em família substituta (GRISARD FILHO, 2005).

O novo Código Menorista consagrou a doutrina da situação irregular, pela qual os menores passaram a ser objeto da norma por representarem uma patologia social (visto que não se enquadravam ao padrão) considerando em condição de menores, sem distinções pela letra da lei, tanto o menor abandonado como o delinqüente juvenil (GRISARD FILHO, 2005).

Em seguida, veio à lume a Constituição Federal de 1988 que, em seu Título VII e Capítulo VII sobre a Ordem Social, resguarda de forma especial a família, a criança, o adolescente e o idoso e garante, em seu artigo 227, maior proteção, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente, resguardando-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, sendo responsáveis pelo respeito a esses direitos a família, a sociedade e o Estado.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 respaldada na Constituição Federal de 1988 (que já trazia o princípio da proteção integral) administrou-se inúmeras mudanças aos direitos dos infantes, protegendo-os de forma integral (artigo 1º do ECA) e expandindo a responsabilidade por igual entre os pais.

Tomando-se os mesmos precedentes o Código Civil de 2002 substituiu a expressão pátrio poder por poder familiar, por entendê-la mais condizente com a realidade atual. O estatuto trata da proteção da pessoa dos filhos nos artigos 1.583 a 1.590, atravessando importantes e recentes mudanças através da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. O artigo 1.583 e seus parágrafos determinam a

possibilidade de serem concedidas a guarda unilateral ou compartilhada e o artigo 1.585 versa sobre a aplicação da guarda em sede de medida cautelar de separação de corpos, enquanto o artigo 1.586 autoriza o juiz a fazer atuar de maneira diversa as regras estabelecidas nos artigos anteriores quando fundado em motivos graves e para o bem dos filhos; e, por fim, o artigo 1.589 regula acerca do direito de visitas do genitor que não esteja com a guarda dos filhos. Assim, conclui-se que todas as leis atuais que tratam da proteção da criança e do adolescente procuram atender ao princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (grifo nosso).

Destarte, após examinar o transcurso do desenvolvimento legal sobre guarda, pode-se seguramente compreender que esse instituto é um meio de proteção conferido aos menores e representa a convivência efetiva com os pais ou com terceiros responsáveis em assisti-los material, moral e psiquicamente.

A guarda é considerada um atributo do poder familiar, consistindo no poder-dever com que os pais mantêm os filhos em sua companhia proporcionando-lhes amparo, educação, dedicação, alimentos dentre outros, com o desígnio de que eles se desenvolvam tornando-se cidadãos aptos a desempenharem suas obrigações e lutarem por seus direitos. Não se questiona esse vínculo natural entre o instituto da guarda e o poder familiar, visto que os pais exercem-no espontaneamente; a problemática surge quando ocorre um conflito ou uma quebra na estrutura familiar, seja ela da espécie que for.

Sendo o Poder Judiciário o responsável em aplicar as leis para dirimir conflitos, a discussão sobre guarda surge no momento da busca pelo órgão julgante em duas circunstâncias distintas e submetidas a diferentes ramos do Direito que, porém, aproveitam o mesmo conceito: em decorrência da separação ou divórcio dos genitores e nas demais situações reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como orfandade e abandono.

No que se refere à conceituação do instituto da guarda, Grisard Filho (2005, p. 54) reconhece “ser tarefa difícil conceituar a guarda, dada a multiplicidade de

fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda dos filhos enseja”. A palavra guarda, como científica De Plácido e Silva, tem sua origem etimológica no latim *guardare*, do antigo germânico *wargen* (guarda, espera) que originou também o inglês *warden* de que proveio o francês *garden*, sendo empregado no sentido de proteção, observância, vigilância ou administração. Especifica ser a guarda dos filhos a locução referente ao direito ou dever dos pais ou de um dos cônjuges de conferir sua companhia ou proteção, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil; enquanto que, neste aspecto, guarda significa custódia e/ou proteção que é devida aos filhos pelos pais (SILVA, 1997).

Diniz (2009, p. 623) fundamenta seu entendimento no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, elucidando que:

A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, sob pena de incorrer no art. 249, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (art. 33), regularizando assim a posse de fato.

Ademais, discorrendo sobre o acordo relativo à guarda dos filhos menores e dos maiores capazes, documento que deve estar contido na petição de separação judicial consensual (artigo 1.121, do Código de Processo Civil), a autora corrobora com o preceito de que aquele precisa atender ao princípio do melhor interesse da prole, assentando com minúcia sobre o guardião, que poderá ser um dos genitores, avós ou mesmo estranhos. O acordo também deve estabelecer o regime de visitas (requisito indispensável à petição) a que terá direito aquele que não ficar com a prole (CC, artigo 1.589; CPC, artigo 1.121), sendo organizada a repartição das férias escolares e datas festivas, com o desígnio de evitar contenda e danos aos menores (DINIZ, 2009).

Diniz (2009) afirma categoricamente ser a guarda um conjunto de relações jurídicas existentes entre o genitor e o filho menor, provinda do fato deste manter-se sob o poder, companhia e responsabilidade daquele, principalmente no que se refere à sua criação, educação e vigilância. A guarda deve garantir a sobrevivência física e o desenvolvimento psíquico do protegido, caracterizando um poder-dever exercido para atender o interesse do filho menor em obter boa formação moral, social e psicológica, saúde mental e preservação de sua estrutura emocional. Ao guardião é conferido o poder familiar em toda sua extensão (guarda singular,

unilateral ou uniparental), competindo-lhe deliberar sobre educação e formação religiosa do menor, resguardando-se ao outro genitor apenas o direito de visita e o de fiscalizar a criação do filho sem qualquer poder decisório (DINIZ, 2009).

Segundo França (1972 *apud* ISHIDA, 2006, p. 54):

Guarda do menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, dimanadas do fato de estar este sob o poder ou companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direito e educação.

Não obstante a guarda seja a essência do poder familiar, errôneo seria mesclá-los, pois aquela não se exaure neste. Conforme ensina o Estatuto da Criança e do Adolescente, claramente se vislumbra a possibilidade de existência de poder familiar sem a guarda, enquanto a mesma pode ser exercida isoladamente; isto é o que ocorre nos casos de crianças abandonadas ou que estejam sofrendo com a falta, omissão ou abuso dos pais; inexigindo-se a prévia destituição do pátrio poder para a concessão da guarda e possibilitando-se ao guardião (terceiros diferente dos genitores) opor-se a outros, inclusive aos pais.

Vê-se, pois, que a guarda é um atributo do poder familiar que a ele não se restringe, não se limitando às figuras paternas e aos seus interesses. Todavia, o direcionamento do magistrado deve perquirir o melhor para o menor, pois a guarda permite ao guardião a todo e qualquer momento o uso do direito de retirar o menor da posse de quem quer que a esteja ilegalmente detendo e participar da sua formação educacional, moral ou espiritual, independentemente da perda do poder familiar.

Destarte, com vistas ao atendimento das necessidades da criança ou adolescente e com sustentáculo nos preceitos legais mais hodiernos, entende-se que não deve haver uma aplicação da legislação seguindo um mero critério objetivo e abstrato na escolha da pessoa mais apropriada para exercer a guarda do menor, sem analisar profundamente o caso *in concreto*.

3.2 MODALIDADES DE GUARDA

É possível compreender o instituto da guarda como aquele que busca preservar o bem-estar do menor, conferindo-lhe acesso à formação moral, capacitação educacional e sustento hábil para que logre a maioridade com saúde física e mental. Essa proteção está insculpida nos artigos 1583 a 1590 do Código Civil brasileiro, nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na denominada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), artigos 9º a 16.

Os modelos de guarda previstos legalmente no Brasil, após modificação recente sofrida pelo Código Civil através da Lei nº 11.698/2008, são a guarda unilateral e a compartilhada. A primeira confere a um dos genitores a guarda material (imediatidade física) do menor enquanto ao outro cabe simplesmente a supervisão da criação dos filhos e o direito à visitação que, tendo sido desamparado pelas legislações modernas, foi substituído no Projeto de Lei nº 2.285/07 (denominado Estatuto das Famílias) pelo direito à convivência, salvaguardando o direito do infante de conviver com ambos os genitores. Outrossim, sem embargo do genitor não guardião ser detentor do poder familiar, a este não se assegura nenhum poder de decisão.

A doutrina proporciona a contemplação de diversas modalidades de guarda, dentre as quais se faz interessante mencionar: a guarda comum exercida em conjunto pelos pais em meio à estrutura familiar (na constância do casamento ou da união estável) sendo os direitos e deveres da guarda exercidos de forma igualitária e em caráter natural face ao interesse do menor; a guarda desmembrada do poder familiar, onde não existe a naturalidade observada no desempenho da paternidade e maternidade; aqui incide a intervenção do Estado outorgando a guarda, através de decisão judicial, a pessoa que não seja titular do poder familiar. Esta é também considerada uma guarda delegada, porque desempenhada em nome do Estado por um indivíduo que não possui a representação legal do menor, todavia, a delegação ocorre mediante controle e avaliação sobre o guardião e o infante (GRISARD FILHO, 2005).

Uma outra distinção também apresentada é aquela entre guarda originária e derivada. A primeira, já referida, é aquela conferida aos pais e que relaciona-se com poder familiar que possui caráter natural, por esses termos distinguindo-se

como originária. A guarda derivada provém de lei e retrata o exercício da tutela do menor por um particular (natureza dativa, legítima ou testamentária) ou pelo Estado através de organização legalmente constituída para cumprimento da função de acautelar o menor (GRISARD FILHO, 2005). O Código Civil trata desta modalidade de guarda nos artigos 1.728 a 1.766 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (no artigo 30) se refere à transmissão do menor a outra pessoa ou entidade abrigadora, que deve ser precedida de autorização judicial, com exceção do abrigamento de urgência quando o prazo para comunicação à Vara da Infância e da Juventude se dilata até o segundo dia útil imediato, como prescreve o artigo 93 da mesma norma (ISHIDA, 2006).

A modalidade de guarda em que uma pessoa que não tem nenhuma atribuição legal (nem é pai, nem é tutor) ou judicial e não possua direito de autoridade sobre o menor, se responsabiliza espontaneamente pelos deveres peculiares à guarda desmembrada é chamada de guarda de fato. Assim, não há necessidade dos laços provindos da paternidade ou maternidade, entretanto, o interessado deve ter consigo o empenho de educar e assistir o menor. Esse tipo de guarda é comum quando os avós ou outros parentes assumem a criação do menor sem regularizar a situação legalmente. Após manifestação jurisprudencial sobre o reconhecimento do direito de guarda, tem-se que esse vínculo só será desfeito por decisão judicial proferida em benefício do protegido (GRISARD FILHO, 2005).

Nos processos em que a atribuição da guarda a um dos genitores ou terceiro está pendente (como nos casos de separação ou de divórcio) o magistrado pode decidir temporariamente sobre a concessão da guarda a alguém. A previsão legal a respeito é encontrada não só no Código Civil, mas também no artigo 33, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual se detectam duas subespécies: a liminar e a incidental, postas nos pleitos judiciais de tutela e adoção, salvo nos casos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível (ISHIDA, 2006).

Essa espécie de guarda é denominada provisória ou temporária e o juiz a prolata como medida provisória, podendo modificá-la ou ratificá-la quando a demanda for sentenciada, dando estabilidade ao instituto. Com a sentença dá-se a guarda definitiva, mediante a observância de aspectos que norteiam a atribuição da guarda, seja para um dos genitores ou para ambos por compartilhamento, seja para terceiros. A decisão possui uma definitividade relativa (sabendo-se que são

fundadas no caso concreto) como se deduz dos artigos 1.586 do Código Civil e 35 do ECA, presente a cláusula *rebus sic stantibus* não fazem coisa julgada material mas apenas formal (GRISARD FILHO, 2005).

Ishida (2006) faz referência, além da guarda provisória, às hipóteses do artigo 33, § 2º do ECA. A primeira é a guarda permanente, destinada a atender situações peculiares em que não se conseguiu uma adoção ou tutela, sendo esse tipo de guarda resguardado pelo artigo 227, § 3º, inciso VI da Constituição Federal. A segunda hipótese é a da guarda peculiar, que objetiva satisfazer a necessidade do menor em meio à falta eventual dos pais; assim, se concede poder ao guardião para representar o guardado em determinada situação, por exemplo, pais que estejam em outra localidade e impedidos de se deslocarem, onde o guardião tenha de representar o menor para que não padeça considerável dano.

A possibilidade de entrega da guarda de filho a terceiro parente ou estranho adveio com a Lei do Divórcio, posta em seus artigos 10, § 2º; 13 e 15. A aplicabilidade desse tipo de guarda somente deve ser considerada em situações compatíveis com a natureza da medida, quando o melhor interesse do menor não está segurado pelos pais, como revela o artigo 1.584, § 5º do Código Civil. Segundo alerta Grisard Filho (2005), os avós na prática possuem certa preferência, apesar de não haver previsão legal de ordem preferencial e ter-se de respeitar o princípio insculpido no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal. O terceiro responsável por menor tem o dever de lhe assistir moral, educacional e materialmente; tem a autoridade prevista no artigo 33 do ECA de opor-se a outros, inclusive aos pais; ficam ressalvadas as obrigações dos que detêm por natureza o poder familiar (que não é afetado) sendo mantidos os deveres de assistência alimentar. Não havendo parentes ou estranhos ao menor que sejam aptos e que se disponibilizem ao *munus* da guarda, será colocado o infante sobre responsabilidade de instituição assistencial, como preceituam os artigos 30 do ECA e 227 da CF/88, pois que este último trata do dever do Estado de assegurar os direitos fundamentais do menor com absoluta prioridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assentou, no seu artigo 33, § 3º sobre a guarda para fins previdenciários, permitindo que seja conferida ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direitos, como por exemplo, ser adicionado em plano de saúde. Todavia, vê-se que muitos pretensos guardiões buscam a guarda com fim exclusivamente previdenciário, também porque a Lei nº

9.528/97 prevê a equiparação a filho, posta em declaração de segurado, do enteado e do menor tutelado. O Superior Tribunal de Justiça, seguido por outros órgãos judiciais, posicionou-se no sentido de que a questão deve ser observada em favor da proteção do menor, tendo por finalidade o seu amparo e como consequência a aquisição de benefícios de natureza previdenciária ou outros. Nestes termos decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (ISHIDA, 2006, p. 57):

A guarda como ressuma evidente, por sua importância, não pode se prestar apenas a assegurar assistência previdenciária ao menor, se, em verdade, a transferência efetiva da posse da criança não ocorre. Comprovado que a criança continuará em poder da mãe, não se há de compactuar com uma providência que, embora dependa de decisão do Judiciário, não corresponde à verdade (TJSP – C. Esp. – Ap. 22.349-0 – Rel. Yussef Cahali – j. 9-2-95).

A doutrina trata, deveras, da guarda alternada, em que acontece um revezamento da morada da criança e ela vivencia períodos alternados na companhia do pai e da mãe. Destarte, cada um dos pais exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos e obrigações próprios do poder familiar e os períodos de convivência podem ser instituídos mediante acordo entre os genitores, sendo analisado pelo juiz no caso concreto se esta modalidade é compatível com o conforto físico e psíquico da criança (GRISARD FILHO, 2005).

Na modalidade de aninhamento ou nidificação também ocorre revezamento, só que nesta os genitores é que alternam os períodos de permanência na casa em que permanentemente reside o menor. Este tipo de guarda não é muito aconselhável ou aplicável, visto que para sua concretização precisa-se de três residências, uma para o pai, uma para a mãe e outra para o filho, onde acontecerá o revezamento; ademais, nota-se que gera demasiada instabilidade para o menor, sendo mesmo desaconselhada pelos profissionais da psicologia infantil (GRISARD FILHO, 2005).

Outrossim, com a dissolução do casamento ou da união estável é inegável que ocorre uma quebra na vida em comum, principalmente quando o magistrado opta pela guarda unilateral ou única em que um dos pais terá convivência total e permanente dos filhos, possuindo-lhe a guarda jurídica e material. A primeira impõe que ao guardião cabe decidir sobre a formação e demais interesses do menor, competindo ao outro genitor o direito de fiscalizar as deliberações tomadas e o

direito de visitas, tratado no projeto de lei denominado Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) como direito de convivência; a segunda consiste em ter a companhia e mesma morada do filho, exercendo o poder familiar em toda a sua amplitude.

É interessante ressaltar que a atribuição da guarda a um dos genitores não acarreta a perda do poder familiar, resguardando-se o direito da criança à convivência e apoio de ambos os pais em todo o seu processo de formação.

Após singela exposição das várias modalidades de guarda que a doutrina aduz, percebe-se a busca pela forma que melhor se amolde ao caso concreto, alicerçada na proteção integral do menor e respeitando sua formação física, moral, psicológica e educacional. Nesse diapasão, passa-se ao estudo das modalidades expressas no artigo 1.583 do Código Civil brasileiro, com vistas à observação dos aspectos gerais insculpidos pelo legislador e do seu desenvolvimento efetuado pela doutrina, ponderando acerca da mais sensata aplicabilidade, relativamente às modalidades de guarda previstas e a possibilidade de extensão das regras cominadas aos genitores perante outros parentes.

Na guarda unilateral o menor é entregue à responsabilidade de uma pessoa, sejam os pais ou terceiros. A concessão desse tipo de guarda preponderava entre as decisões judiciais, sendo muito comum em todo o histórico evolutivo do Direito de Família porque tinha como fim evitar o surgimento de conflitos entre os pais sobre a morada, a educação e a vida dos filhos. Nessa modalidade, prevista no artigo 1.583 do Código Civil, não há a exigência de o guardião consultar o outro genitor sobre as deliberações importantes e relativas ao menor, pois o não-guardião está limitado a fiscalizar a formação da criança e possui direito de visitas.

Em se modificando o entendimento sobre família, variando a ciência jurídica a esse respeito, a guarda unilateral deixou de ser a mais aplicável, verificados os conflitos postos sobre o processo formativo da criança. Ademais, a preferência de atribuição da guarda à mãe não é mais levada em consideração na decisão do magistrado; visto que o essencial a ser observado é o melhor para o menor e que a determinação a respeito de quem será o detentor da guarda unilateral se dará por acordo entre os responsáveis (artigo 1.584, I do CC) ou por decisão judicial que pondera acerca das necessidades específicas do menor (artigo 1.584, II do CC).

Os pontos negativos verificados na guarda unilateral circulam em torno da quebra de relacionamento entre o não guardião e o menor, que gera uma

desmotivação do primeiro pela descontinuidade e não efetiva convivência e do segundo por estar limitado à presença nos dias estabelecidos para visita. Tudo isso ocasiona um enfraquecimento da relação com quem não detém a guarda, acarretando uma provável desvantagem para o menor que perde boa parte do seu elo familiar e de convivência efetiva (DIAS, 2006).

A guarda compartilhada teve sua origem a partir da constatação de que o modelo de guarda única (atribuída somente a um dos genitores) não atendia mais aos anseios da sociedade, porque se revelava ineficaz diante da realidade cotidiana. Daí adveio a busca por um método mais oportuno, em que o instituto da guarda lograsse seguir o ritmo de uma sociedade onde a mulher se encontra de forma efetiva e incontestável no mercado de trabalho e o homem retoma o interesse e percebe a importância de dedicar-se aos valores familiares. Assim, os órgãos judiciais ponderaram em conferir *a priori* a guarda compartilhada, considerando-a um experimento mais eficiente em relação ao abrigo dos direitos do menor, para ser usado antes de se deferir a guarda única.

A guarda compartilhada é uma categoria em que ambos os genitores contém a guarda jurídica e planejam de forma conjunta a guarda material. Assim, a responsabilidade pelas importantes decisões referentes aos filhos submete-se ao bom-senso dos guardiões, que possuem obrigações e direitos iguais, porquanto o compartilhamento procede do intento de reequilibrar os papéis parentais. Como se vê, o que ocorre é a perda do não guardião em relação à guarda física e não a jurídica, visto que no ordenamento jurídico brasileiro o não guardião permanece com a guarda jurídica (quando pai ou mãe) e suas decisões somente podem ser alteradas pelo não guardião através de intervenção judicial (DIAS, 2006).

A guarda compartilhada proporciona aos menores filhos de pais separados, por exemplo, a convivência com guardiões residentes em locais diferentes, mantendo-se a convivência efetiva com ambos os pais e facultando-se-lhes maior paridade nas decisões relativas à educação, saúde, religiosidade, lazer etc. e nos cuidados para com o menor.

No que tange à moradia do menor existem duas correntes: a primeira defende que para ele deve ser providenciada residência fixa (seja na casa de um dos genitores ou de terceiro) compartilhando-se apenas as responsabilidades e decisões importantes em relação ao menor e ressalvada a liberdade de deslocamento de lares e visitas irrestritas ou espontâneas. O compartilhamento

sucede em relação às decisões essenciais e demais responsabilidades concernentes ao menor. Contudo, a flexibilidade no deslocamento de lares alcança concretização quando os sujeitos compartilhantes da guarda possuem um bom relacionamento ou, e principalmente, colocam os interesses do menor acima de quaisquer diferenças (PERES, 2002).

A segunda corrente fomenta o resguardo, para ambos, tanto da guarda jurídica como da guarda física. Dessa forma, defende-se a dupla residência e a conservação mútua do direito de guarda e de suas responsabilidades, havendo alternância de períodos determinados quanto à posse de guarda. Essa forma de compartilhamento coloca os guardiões em posições equânimes, visto que o estabelecimento de apenas um domicílio fixo proporciona a perseverança da restrição e da quebra do precioso vínculo entre o guardião e o seu protegido. É robusto o entendimento de que a visita não se compara à responsabilidade e aos efeitos positivos que a companhia efetiva dos guardiões acarreta na formação do infante (PERES, 2002).

A guarda compartilhada (idealizada pela flexibilização da alternância de lares) diferencia-se da guarda alternada porque evita a ruptura de relação entre o menor e os pais ou terceiros, já que a estadia da criança em cada lar ocorre em períodos curtos e de acordo com as necessidades e o bem-estar do protegido; enquanto que na guarda alternada há a quebra da convivência, provocando certo enfraquecimento dos laços afetivos porquanto, como elucidado, os intervalos de tempo em que o menor permanece nos lares são normalmente extensos. Na guarda compartilhada (diferentemente da alternada) a guarda jurídica sempre está disposta simultaneamente aos guardiões (PERES, 2002).

Apreciando os estudos doutrinários e decisões jurisprudenciais primárias, compreende-se que a guarda compartilhada consiste em uma conjuntura jurídica onde os genitores (após separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável), permanecem concomitantemente com o direito à guarda jurídica e física sobre seus filhos. Dessa forma, a guarda compartilhada (também denominada de conjunta) é uma modalidade que garante ao menor um melhor convívio com ambos os pais, deliberando estes de forma conjunta sobre as questões atinentes à criação dos filhos em virtude dos mesmos direitos e obrigações que detém em relação aos menores.

Da análise do instituto da guarda compartilhada ou conjunta perante o hodierno estado de comunhão familiar verifica-se que a definição restrita e rudimentar mencionada anteriormente não comporta os novos modelos de estruturação familiar que devem e são resguardados em lei. Destarte, seguindo a conjuntura jurídica e social atual percebe-se que deve ser ampliado o direito-dever de guarda pelo compartilhamento dos direitos, responsabilidades e especiais momentos proporcionados por esta convivência familiar, considerando-se princípios como o do melhor interesse da criança e do adolescente e o do respeito ao pluralismo familiar, que destinam-se ao resguardo dos laços afetivos e da mútua assistência, derivados do convívio entre grupos familiares que não são determinados por critérios sexuais, sanguíneos ou econômicos, mas unicamente pelo amor e recordando-se a co-responsabilidade no que se refere ao resguardo do menor.

3.3 SOBRE OS DIREITOS E DEVERES DOS RESPONSÁVEIS PELO MENOR

A família é uma unidade importante para o ser humano e para a formação de uma sociedade; dessa observação brotou a preocupação em proteger e organizar essa interação humana, buscando satisfazer as necessidades de cada ente que a compõe e objetivando a pacificação social.

Destarte, o legislador trouxe várias disposições sobre o resguardo, a formação, a organização, os direitos e deveres em relação à família. Nesse caminho, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 226 preceitua que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Enquanto isso o Código Civil traz inúmeras disposições sobre a entidade familiar, dentre as quais prevê serem deveres de ambos os cônjuges: "a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos" (artigo 1.566). Não menos importante é recordar que deve ser assegurada nas relações familiares a tutela da dignidade da pessoa humana, incumbindo ao Direito oferecer instrumentos para impedir a violação a esse valor maior (artigo 226, § 7º da CF/88).

Um dos aspectos mais importantes da família diz respeito ao resguardo do menor. A Magna Carta assenta, no *caput* do seu artigo 227 (acompanhada pelo artigo 4º do ECA), ser obrigação da família, da sociedade e do Estado garantir a criança e ao adolescente "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária". Ademais, tais entes são responsáveis pelo resguardo do menor, devendo protegê-lo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, truculência e opressão.

Os citados pelo Documento Constitucional como responsáveis pelo amparo aos sujeitos em desenvolvimento (a criança e o adolescente) são solidários quanto às suas obrigações. Contudo, a família é a instituição que está mais próxima do menor, possibilitando-lhe ensinamentos éticos, religiosos, sociais e educacionais enquanto primeiro contato de formação de cidadãos. A sociedade também se coloca numa posição de seguridade, pois é através dos sujeitos que a compõem que ocorre a mediação entre os serviços oferecidos pelo Estado e o desenvolvimento do menor tal como está previsto em lei, a exemplo da instituição escolar formada por educadores, psicólogos, auxiliares etc., que deve proporcionar a criança não só a educação mas também os demais direitos (como cultura, alimentação, lazer). Além disso, é da natureza humana o viver em sociedade e o Direito objetiva proporcionar uma convivência pacífica para todos, inclusive os que estão em situação peculiar de desenvolvimento.

Outrossim, o Estado deve proteger a criança e o adolescente através da assistência dada à família e seguindo o princípio da proteção integral previsto no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, deve facultar oportunidades e facilidades voltadas ao seu desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (artigo 3º do ECA) .

Após breve elucidação sobre os alicerces gerais que compõem a política de amparo à família e, em especial, ao menor toma-se a direção da temática do direito e das obrigações da família voltadas especificamente ao infante. *A priori* recorda-se o poder familiar ou a autoridade parental, como expressão que melhor reflete a profunda mudança que decorreu da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes. Atualmente, este é menos um poder e mais um dever familiar originado da paternidade e filiação, consistindo num conjunto de atribuições incumbidas aos pais, tendo em vista a realização dos filhos

menores como criaturas humanas e sociais. Contudo, sabe-se que a guarda igualmente pode ser deferida a terceiros, que passam a exercer algumas prerrogativas do poder familiar (VENOSA, 2008).

A autoridade parental tem como dever o sustento, a guarda e a educação dos filhos, oriundos ou não do casamento. O Código Civil regulamenta o exercício do poder familiar, competindo aos titulares deste em relação aos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; 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; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (artigo 1.634 do CC).

Desse modo, quando o legislador prescreve que é atribuição da autoridade parental dirigir a criação e educação dos menores, preocupa-se com o provimento dos meios materiais (artigo 1.568 do CC) para a subsistência e instrução, capacitando-os física e intelectualmente de acordo com seus recursos e sua posição social, cabendo-lhes a direção espiritual e moral para a formação espiritual e de seu caráter, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Esse é um dever legal e moral dos responsáveis que, se não cumprirem com essa obrigação, podem ser destituídos do poder familiar (artigo 1.638, II do CC); arcarão com a responsabilidade civil pelo dano moral causado aos filhos, relativo aos seus direitos da personalidade; incorrerão em responsabilidade criminal (artigos 224 e 246 do CP), sendo caracterizado o crime de abandono material e intelectual dos menores (DINIZ, 2009).

Ressalte-se que a intimidade da família deve ser preservada, dessa forma a norma jurídica prescreve a competência dos pais para dirigir a educação e criação dos filhos, devendo respeitar-lhes os direitos de personalidade e garantir sua dignidade como seres humanos em desenvolvimento físico-psíquico. É de ver-se, porém, que nada se dispôs sobre o modo como devem criá-los e como devem executar os encargos parentais; assim, o desenvolvimento da família se dará por si mesmo, pelos laços afetivos que unem seus membros, pelo disciplinamento do

bom senso e pela conveniência das decisões tomadas. Desse modo, o direito de correção e a legitimidade dos pais em castigar os filhos no exercício do seu dever educacional e do poder disciplinar não autoriza os castigos imoderados, vedando-se os abusos cometidos no uso dos meios de correção, que poderão redundar na perda do poder familiar (artigo 1.638, I do CC), não ficando prejudicada a responsabilização criminal (artigo 136 do CP) se configurado o crime de maus-tratos (DINIZ, 2009).

O responsável pelo menor tem o direito de reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha por meio da ação de busca e apreensão. O mandado liminar será expedido quando configurada a ilegalidade da detenção do menor, a exemplo de rapto ou por subtração em desobediência à decisão judicial. Ademais, os responsáveis devem exigir que os menores os respeitem e os obedeçam, sendo esta uma importante experiência para uma boa vivência em sociedade. Do mesmo modo, pode-se exigir do menor a participação na manutenção da família com a prestação de serviços compatíveis com sua idade e condição, tal como na execução de pequenas tarefas domésticas ou remuneradas, desde que se acatem as restrições da legislação trabalhista (artigos 403 e 428 da CLT) e não haja risco ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional (DINIZ, 2009).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634, inciso II prevê o direito de guarda, que é concomitante com o poder-dever dos titulares do poder familiar mas, com ele não se confunde, pois que não é da sua essência, podendo constituir um direito autônomo e desvinculado daquele, transferindo-se de um dos genitores ou de ambos para outra pessoa (LOTUFO, 2002). É assegurado pelo mesmo dispositivo o direito (ou dever) de ter a prole em sua companhia, conservando-os junto a si; por este poder-dever, os guardiões devem reger o comportamento do menor e suas relações com terceiros, impedindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados ambientes, por julgar inconveniente aos interesses do menor (DINIZ, 2009).

Destarte, pode-se observar a importância dada à proteção da criança e do adolescente pelo legislador, baseada em um preceito específico: o da proteção integral à criança e ao adolescente. O Estado, a sociedade e a família são responsáveis pelo resguardo do menor; não obstante, a estrutura familiar é de especial importância para a formação do sujeito em condição especial de

desenvolvimento e do futuro cidadão; com base nessa política protetora é que advêm institutos como o da guarda.

Nesse diapasão, as normas relativas a instrumentos de amparo ao menor, a exemplo da guarda, devem ser interpretadas de acordo com princípios específicos (como o do melhor interesse da criança e do adolescente) relacionados à problemática, além de adequar-se ao caso concreto, respeitando o direito do menor à convivência familiar em toda sua extensão. Daí, emerge a possibilidade de que a lei que regulamenta os direitos e deveres partilhados por meio de uma guarda conjunta alcance também parentes (não genitores do menor) e sobre essa perspectiva tratar-se-á adiante.

4 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA A OUTROS PARENTES

Após a prolação de razoáveis decisões judiciais fundamentadas no entendimento que a guarda compartilhada permite que a criança ou o adolescente não seja privado do relacionamento com seus entes mais próximos e até então responsáveis por vários aspectos de seu desenvolvimento, o legislador finalmente introduziu essa modalidade de guarda no Diploma Civil brasileiro por meio da Lei nº 11.698/08.

Essa mudança é de especial importância para o Direito de Família, pois corrobora com o direito à convivência familiar que todo ser humano, em especial o menor, possui. Desse modo, a partir da legislação posta dá-se o estudo interpretativo da aplicabilidade da lei ao caso concreto; ademais, com a nova perspectiva de família plural e observando o caminho traçado pelo ordenamento jurídico brasileiro quanto às responsabilidades familiares, incluindo os direitos e deveres do menor e de seus responsáveis, faz-se necessária a análise das possibilidades de compartilhamento da guarda, observando suas limitações e amplitude essencial ao cumprimento dos objetivos de resguardo que impulsionaram o legislador.

Doravante, adentra-se no principal objeto desse trabalho, que se baseia na problemática interpretativa no que diz respeito à aplicabilidade do modelo de guarda compartilhada ou conjunta quando os guardiões não são os dois genitores do menor, mas sim outro parente e o genitor ou ambos parentes do infante protegido.

4.1 A PROBLEMÁTICA

O menor é considerado pelo Direito como indivíduo hipossuficiente, dada a sua condição peculiar de ser em desenvolvimento que originou uma política de proteção à criança e ao adolescente, legitimando como responsáveis a família, a sociedade e o Estado.

A convivência familiar é a mais importante experiência vivida durante a formação da criança, pois geralmente exprime o seu primeiro contato com um grupo social. A partir daí é que irá extrair a maioria dos seus princípios (éticos, religiosos etc.), modos e hábitos que o identificarão na sociedade. Assim, o Direito deve se adequar para fortalecer a hipótese de ocorrência desse rico e importante aprendizado do menor em uma entidade familiar pacífica e saudável, não esquecendo de suas limitações, por saber que relação humana perfeita não existe e respeitando-se as características próprias de cada família, lar, cultura e menor.

O respeito ao princípio do pluralismo familiar e demais princípios próprios do Direito de Família corrobora com o preceito universal que trata, de maneira geral, de criança e adolescentes, qual seja o do melhor interesse do menor, aplicável a todas as relações familiares e sociais e adotado por várias legislações, a exemplo do *best interest of children* (do direito anglo-saxão); do *interés de los hijos* (do direito espanhol); e do *migliori interessi dei bambini* (do direito italiano). O Estado não pode regulamentar (e limitar) as peculiaridades das vidas das famílias, adentrando em área íntima; todavia, nada mais conveniente para a formação infantil que lhe seja assegurado o direito de relacionar-se em família, independente de padrões, mas seguindo-se os seus traços reais; pelo que qualquer decisão referente a essa temática dependerá das circunstâncias do caso concreto (BARRUFFINI, 2008).

Hironaka (2003 *apud* DIAS, 2006, p. 378) considera que: “depois do direito à vida talvez o mais importante seja o direito à família, lugar idealizado onde é possível a cada um integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade”. O direito de ter sinal de identificação de sua ancestralidade, a obrigação alimentar, o direito de visita e o direito de guarda fortalecem, no entendimento da autora, o ideal de mútua assistência entre os parentes; os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, visto que a convivência familiar prevista na Constituição Federal de 1988 (artigo 227) e no ECA não foi estabelecida com limitações, assegurando-se aos pais e filhos (extensivo a todos os ascendentes) o direito à prestação de alimentos (artigo 1.696 do CC) quando o legislador observou o sentido amplo que deve ser considerado na concessão de melhor assistência e maior responsabilidade do indivíduo para com os seus.

A guarda (um dos institutos que protege e relaciona o menor com o seu grupo familiar) está regulamentada no Código Civil (artigos 1.583 a 1.590) e sofreu modificação recente imposta pela Lei nº 11.698/08. O artigo 1.583 não mais delimita a discussão sobre a guarda do menor pela ocorrência de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual; tampouco será decidida simplesmente ao bel-prazer de acordo entre os cônjuges: *ex vi* da redação a guarda pode ser unilateral ou compartilhada, descrevendo-se esta última como “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” (artigo 1.583, § 1º do CC).

A guarda, tanto a unilateral como a compartilhada, poderá ser requerida (por consenso, por ambos os genitores ou por qualquer deles) em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou de medida cautelar (CC, artigo 1.584, I); ou decretada pelo juiz, levando-se sempre em consideração as “necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe” (CC, artigo 1.584, II).

Então, o magistrado informará ao pai e à mãe, em audiência de conciliação, no que se constitui a guarda conjunta, suas prerrogativas, enfim, sobre os direitos e deveres atribuídos aos genitores mediante compartilhamento e as sanções quando inadimplida suas cláusulas (CC, artigo 1.584, § 1º). Não acontecendo acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda do filho, deverá ser aplicada a guarda compartilhada, sempre que possível (CC, artigo 1.584, § 2º).

O costume da interpretação isolada, corroborado pela não clareza da lei, pode levar o operador do Direito de encontro à verdadeira expectativa do legislador e da sociedade, que não entende por restringir aos pais o exercício da guarda compartilhada. Desse modo, seguindo-se um viés fundado num estudo imaturo, pode-se alegar que se o legislador, no § 1º do artigo 1.583, ao definir a guarda unilateral como “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1.584, § 5º)”, não fez a mesma referência (“ou a alguém que o substitua”) ao conceituar a guarda compartilhada, é porque teria a intenção restritiva. Ademais, a nova redação dada ao artigo 1.584, seus dois incisos e os §§ 1º e 2º já mencionados pode robustecer esta compreensão delimitada, posto que as vias citadas (por requerimento ou por ordem judicial) são propostas expressamente aos pais.

Impende ressaltar que se o juiz verificar que o filho não deve persistir sob a guarda do pai ou da mãe, conferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, sopesados de preferência o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (CC artigo 1.584, § 5º); assim, poderá ser atribuída a guarda a terceiros. Todavia não se fez, nessa situação, menção expressa à guarda compartilhada; mais uma vez, a percepção isolada barra a atribuição da guarda compartilhada a pessoa distinta dos pais.

Entretanto, essa compreensão não deve vingar, pois que os parágrafos devem ser interpretados em conjunto com a cabeça do artigo; assim, se o *caput* do artigo 1.584 assenta que “a guarda unilateral ou compartilhada, poderá ser:”, seus dizeres posteriores contidos em incisos e parágrafos relacionam-se com essa duas possibilidades. Além disso, como esclarece Barruffini (2008), são várias as situações em que as circunstâncias do caso concreto determinarão a conveniência e a necessidade da ampliação do compartilhamento da guarda a outras pessoas além dos genitores, como a parentes por exemplo, não sendo justificável a adoção de soluções distintas ou até discriminatórias. Ademais, o autor exemplifica acerca das tantas hipóteses e indivíduos que podem ser chamados a exercer a guarda conjunta:

- [...] a) Um dos genitores e os avós, maternos ou paternos;
- b) Um dos genitores e um dos avós, materno ou paterno;
- c) Um avô materno e uma avó paterna;
- d) Uma avó materna e um avô paterno;
- e) Um dos genitores e a ex-mulher ou ex-companheira daquele genitor;
- f) Um dos genitores e outro parente ligado por laços de afinidade ao menor;
- g) Um dos genitores e terceira pessoa, não parente, mas ligada ao menor por fortes laços de afetividade e afinidade; [...].

Destarte, observa-se que o legislador negligenciou as vastas possibilidades (decorrentes da família plural) no que diz respeito à guarda dos filhos, olvidando que os menores não estão apenas inseridos na espécie de família matrimonial (constituída por pai, mãe e filhos), mas também nos vários contornos que o entendimento de família contemporânea (forma plural) pode originar. A crítica quanto ao dispositivo não se perfaz em pretensão de cobrar do legislador expressa menção a esses novos institutos no texto legal, pois isso não estaria de acordo com a boa técnica. No entanto, a reforma deveria ter seguido as características próprias do Código Civil, que traz vários exemplos de cláusulas abertas e conceitos

jurídicos indeterminados, concretizáveis pelo juiz à vista do caso concreto (BARRUFFINI, 2008).

Com efeito, a mudança deveria ter acompanhado o direcionamento adotado na codificação cível através de uma cláusula aberta, discriminando no artigo 1.583, § 1º ser a guarda compartilhada:

a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai, da mãe, de um deles e alguém que o substitua ou de duas ou mais pessoas aptas que os substituam (grifo do autor) e que não vivam sob o mesmo teto, nos casos previstos em lei e conforme prudente avaliação do juiz (BARRUFFINI, 2008).

Nesse diapasão, compreende-se que a interpretação integrada dos artigos que tratam: “Da Proteção das Pessoas dos Filhos” com todo o corpo do Código Civil, e daqueles com o ordenamento jurídico atual revela a real intenção do legislador em promover a harmonização e o convívio familiar. Assim, percebe-se que a concessão da guarda compartilhada a parentes que não sejam genitores do menor é juridicamente possível e relevante, por lograr em sua maioria o melhor interesse da criança e do adolescente, pois resta comprovada a importância do convívio familiar para o desenvolvimento infantil.

4.2 ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL E DESFAVORÁVEL

A guarda compartilhada não é novidade para o Poder Judiciário brasileiro, já se podendo deparar com inúmeras decisões proferidas antes da lei nº 11.698/2008 que reconheceram o compartilhamento da guarda como melhor solução, em especial para o menor, a ser aplicada ao caso concreto. Ademais, dentre tais julgados são encontrados posicionamentos favoráveis à concessão da guarda conjunta a parentes com especial comprometimento no desenvolvimento do menor.

Conforme esse entendimento, verifica-se o deferimento da guarda conjunta a pessoas diversas dos genitores no pedido de guarda feito perante a 14ª Vara de Família na cidade de Salvador – BA onde, mesmo com a manifestação contrária do Ministério Público, a decisão prescreve (HAMILTON, 2008):

[...]

É o relatório.

Trata-se de pedido de guarda, requerido inicialmente como declaratória de dependência econômica entre neto e avô.

O Ministério Público manifestou-se pela improcedência sob o argumento de que há necessidade de se demonstrar a guarda de fato e não a simples dependência econômica.

A guarda, instituto de proteção a criança e ao adolescente, constitui-se de um feixe de direitos e obrigações e pode, por isso mesmo, existir sem a detenção fática.

O compartilhamento de obrigações e direitos, como demonstrado, favorece o deferimento do pedido.

Com efeito, o avô paterno tomou a si a obrigação de legítimo guardião, não se limitando a prestar assistência material, com o custeio das despesas e necessidades do menor, vai além, visitando-o e levando consigo, num verdadeiro exercício de poder familiar extensivo como restou demonstrado no relatório social (grifo nosso).

Demais disso, como se pode observar, o pleito visa a conferir ao menor mais um direito, o de estudar em um bom colégio – o Colégio Militar – sem que isto implique custo adicional ao avô materno, seu provedor.

A dependência econômica, sendo fato, não se declara, prova-se, e neste sentido tem-se que entender o aditamento da inicial para que o direito do menor, a assistência educacional e espiritual seja conferido por extensão ao seu mantenedor e avô materno, que os supre face a ausência do genitor e carência da genitora.

Por ser a guarda um direito fracionável em relação aqueles que exercem algum poder sobre o menor (legal, moral e econômico), nada obsta possa ser exercido simultaneamente por dois obrigados, aliás, sobre esta matéria não soa estranho o partilhamento entre os pais, não devendo sê-lo em relação ao parente provedor.

Por esta razão, com base no artigo do ECA, defiro o pedido para conferir ao avô paterno o múnus de guardião do menor xxxxxx, em compartilhamento com a genitora deste.

P.R.I.

Lavre-se o termo.

Sem custas.

Salvador, 28.03.03.

Juíza de Direito

Logo, essa decisão judicial elucida que a guarda é um direito que pode ser fracionado em relação àqueles que detêm algum poder sobre o menor (moral, econômico e legal), e nada obsta que possa ser exercido simultaneamente por dois obrigados. Assim, do mesmo modo que não se deve estranhar o compartilhamento entre os genitores, distinção não pode ser realizada em relação ao parente provedor e que exerce um poder familiar extensivo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também considerou como possível, observando o caso concreto que deve ser analisado em todas as situações, estabelecer a guarda conjunta entre um dos pais e a avó do menor, decidindo:

Apelação nº 5123364600

Relator(a): Marco César

Data de registro: 10/09/2007

Ação de regularização de guarda de menor impúbere proposta pela avó materna à mãe da criança - Oposição trazida pelo pai - Julgamento de procedência, estabelecendo a guarda compartilhada entre a autora e o oponente - Apelo da ré improvido (BARRUFFINI, 2008).

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento, garantindo à avó de uma criança de cinco anos a guarda conjunta com seus genitores. A ação de guarda foi apoiada pelos pais do menor, contudo o pedido foi negado pela Justiça de primeiro e segundo graus do Estado do Maranhão, sendo a decisão da turma unânime. Nos autos consta que o menor foi entregue pelos pais à avó materna poucos dias após o nascimento, em dezembro de 2002, tendo a progenitora prestado a assistência material, educacional e moral de que a criança necessitava, além do que os pais do menor se encontram em situação de desemprego e vivendo na residência da avó, junto com a criança. Tal julgado foi publicado no *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (2008), por ser um posicionamento ao mesmo tempo inovador e também curial ao fortalecimento dos vínculos humanos, especialmente os familiares.

O estudo social realizado opinou pela concessão da guarda em razão do forte laço afetivo posto entre a avó e o neto, além do ambiente propício para o pleno desenvolvimento da criança; seguindo esse estudo o Ministério Público emitiu parecer favorável ao deferimento do pedido. Nada obstante, a sentença e o acórdão decidiram pela improcedência do pedido, sob o fundamento de que a assistência material dos avós não justifica o deferimento da guarda dos netos em favor deles quando os pais da criança moram com ela e podem suprir as outras necessidades do filho, em especial as afetivas (IBDFAM, 2008).

Ao ser interposto recurso especial da avó contra decisão do Tribunal Estadual do Maranhão, analisado pela relatora no STJ ministra Nancy Andrichi, elucidou-se a preponderância do melhor interesse da criança, decidindo que ao conceder:

[...] preferência a alguém pertencente ao grupo familiar - na hipótese a avó - para que seja preservada a identidade da criança bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse do menino. Dessa forma, ele poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna,

sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê sua assistência moral, educacional e material (IBDFAM, 2008).

A relatora esclareceu que o deferimento da guarda não possui caráter definitivo, podendo os pais mudar essa condição quando lograrem equilíbrio financeiro. Ademais, pronunciou ser jurisprudência firmada do STJ o indeferimento de pedido de guarda formulado por progenitores para meros efeitos previdenciários, se os pais detêm plena aptidão de continuar no seu exercício; entendendo que este não era o caso e frisando também que neste processo não se encontrava conflito, visto que genitores e avós estavam em acordo com o deferimento da guarda, pronuncia em seu voto que “não será o Poder Judiciário que deixará a marca da beligerância nessa relação pacífica” (IBDFAM, 2008).

Note-se, pois, que a conveniência do compartilhamento ou da unilateralidade da guarda, seja para os genitores ou entre eles e outro parente, concedida a um dos pais e outro parente ou a dois outros que os substituam, dependerá das circunstâncias apresentadas no caso concreto e no atendimento ao melhor interesse do menor.

É de ver-se que através da guarda compartilhada pretende-se resguardar o direito à família, mantendo-se a criança ou o adolescente na convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus pais, como está previsto no artigo 227 da CF/88. Este convívio é bastante saudável e importante para a formação do menor, sobretudo quando se tratam de tios, primos e avós. Aliás, a convivência entre avós e netos, denominada de avoenga, é considerada fértil para o desenvolvimento da juventude, pois que aí ocorre uma permuta de experiências de vida e o desfrute do afeto especial que geralmente existe.

Adotando esse pensamento o juiz da 8ª Vara de Família de Salvador – BA (Dr. Maurício Salles Brasil) estimula, na conciliação de processos de guarda avoenga, o compartilhamento da guarda das crianças entre avós e pais. Ele entende que a guarda avoenga (no compartilhamento com os genitores) possibilita o apoio material para o desenvolvimento e educação preservando-se os laços afetivos, ou seja, estando de acordo com o princípio do melhor interesse do menor, e defende que na prática o sistema evidencia a possibilidade da guarda compartilhada; esse comprometimento encontra divulgação no *site* DIREITO 2 (2006).

Na avaliação da advogada e representante da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil no Conselho Estadual da Criança e do Adolescente, Tânia da Silva Pereira, as novas regras sobre guarda compartilhada podem ser estendidas a outros núcleos familiares. Acrescenta:

Esse compartilhamento poderá ser estendido também aos avôs, por exemplo. É o caso da mãe que tem um filhinho e é acolhida pelos pais dela. Já vi decisão que o juiz determinou o compartilhamento da guarda do neto entre a mãe e filha. Então, poderá acontecer o compartilhamento dos avôs em benefício do neto por analogia. Não se pode se afastar essa possibilidade. Seria uma grande conquista se isso já estivesse previsto, porque isso já se dá no sistema de Justiça (JUSBRASIL NOTÍCIAS, 2008).

A experiência da causídica, que se dedica à efetiva proteção integral do menor, mostra que o compartilhamento da guarda envolvendo parentes do infante era aceito por alguns magistrados do Rio de Janeiro antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.698/08. Ademais, pondera que seria proveitosa uma previsão dessa possibilidade, pelo que a interpretação da Lei nº. 11.698/08 deve condizer com as necessidades sociais atuais, havendo a extensão da aplicabilidade da guarda compartilhada aos diversos núcleos familiares advindos da realidade da família plural, assegurando-se a proteção peculiar à criança e ao adolescente e os direitos de cada ente que forma grupos familiares, que merecem o devido respeito e equânime resguardo, sem distinções provenientes das características de formação de sua família.

Ressalve-se que esse posicionamento não é vinculante, posto que são encontradas decisões baseadas em exegese restrita da lei, limitando a concessão da guarda na modalidade conjunta aos sujeitos que foram expressos pela Lei nº 11.698/08, ou seja, os pais. Esses julgados possuem fundamentação legal, contudo, não estão de acordo com os princípios que conduzem o Direito de Família e o Direito da Criança e do Adolescente, deixando a desejar no fator justiça social ambicionado pela sociedade.

Desse modo, a situação legal atual traz insegurança jurídica, visto que decisões diversas são deferidas sob a mesma situação (concessão de guarda compartilhada a parentes). Isso se dá de acordo com a opção interpretativa do operador do Direito, em especial a do magistrado, pois se encontra em uma função que detém o poder decisório que deverá solucionar a lide, não esquecendo

também da atuação dos professores de cátedras jurídicas que possuem grande importância na formação dos bacharéis em Direito e são, em sua maioria, propulsores das discussões acadêmicas e, conseqüentemente, das evoluções legais e doutrinárias.

4.3 DOS PRINCIPAIS ENTRAVES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A aplicação da modalidade de guarda compartilhada, vinculando pessoa que não é genitora do menor, apresenta polêmica, tal como ocorre no compartilhamento entre os pais, ou melhor, em tudo o que diz respeito à guarda e se refere ao objeto do Direito de Família. Não obstante, vê-se que a controvérsia não é provocada pela impossibilidade de deferimento da guarda a outros parentes, sendo até estimulada tal concessão por vários aplicadores do Direito; mas decorre de interpretações incoerentes com a realidade e com o objetivo de promover o bem-estar social.

Deste modo, verifica-se a presença de entraves que barram a devida aplicação do Direito ao compartilhamento entre os responsáveis do menor (que não sejam seus genitores). Assim, os obstáculos são tanto de natureza legislativa quanto judicial (relacionados à interpretação da lei, à necessária integração nas lacunas e à sua aplicabilidade). A omissão legislativa ou o desperdício de oportunidade do legislador em oferecer maior segurança legal corroboram com uma interpretação conflitante com os princípios norteadores da matéria relacionada.

Observa-se que as barreiras que impedem a extensão do compartilhamento dos direitos e diversos deveres essenciais para a formação do menor não são formadas somente por uma falha legislativa, mas principalmente por uma defeituosa compreensão e aplicabilidade realizadas por operadores do Direito que se mostram legalistas extremados, posicionando-se na defesa de trechos e vírgulas de dispositivos legais e confrontando o ordenamento jurídico como um todo, logrando com isso somente a formação de um extenso rol de injustiças.

Note-se que o destaque em relação à gravidade da falha em âmbito judicial, dá-se com a verificação de que a inércia legislativa está, indubitavelmente,

baseada na pretensão de atender à boa técnica em legiferar, não devendo ser obstáculo ao cumprimento da proteção integral devida aos menores, haja vista a superioridade da efetivação do melhor interesse do infante, fazendo-se necessária interpretação harmônica com o propósito do ordenamento jurídico. Um transtorno semelhante foi ocasionado pelo artigo 1.589, que é o único dispositivo do Código Civil que trata do direito de visitas e prescreve:

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

A questão do direito de visitas aos menores exigiu uma visão mais abrangente do que a mera regulamentação legal restrita aos contatos dos menores com o pai ou a mãe não incumbido da guarda, sendo relevante a preservação da comunidade familiar em que se integra o menor por representar seu contexto de vida em sociedade; assim resguardam a Magna Carta (em seu artigo 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), expressamente em seu artigo 19 que “assegura a convivência familiar e comunitária” à criança e ao adolescente.

Nesse diapasão, conduzida pela menção legal restrita do direito de visitação relacionado somente às relações paterno-filiais, emergiu a tese sobre o cabimento de visitas aos menores por outros membros de seu grupo familiar. E nesse contexto houve posicionamentos legalistas que sustentaram, por exemplo, no tocante aos avós, que estes não teriam direito assegurado de visitar os netos, com base na ausência de previsão em lei. Essa tese alicerçou o acórdão da 1.^a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ação Cível n. 14.043-1, rel. Des. Galvão Coelho, julgada em 17.10.1981, publicado na *RJTJESP 75/120* (*apud OLIVEIRA, 2003*).

De forma diversa entendeu MONTEIRO (1997 *apud OLIVEIRA, 2003*) que:

[...] embora não consignado expressamente na sistemática das nossas leis que regulam as relações de família, evidente o direito dos avós de se avistarem com os netos em visita. Doutrina e jurisprudência confirmam ou aplaudem esse ponto de vista, que se funda na solidariedade familiar e nas obrigações oriundas do parentesco.

[...] sem dúvida alguma, o direito dos avós se compreende hoje como decorrência do direito outorgado à criança e ao adolescente de gozarem

de convivência familiar, não sendo demais entender que nesse relacionamento podem ser encontrados os elementos que caracterizam a família natural, formada por aquela comunidade familiar constituída de um dos pais e seus descendentes, inserida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma decisão coerente com essa compreensão foi a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo conveniente destacar o voto do Desembargador Galeno Lacerda, que dentre outras palavras proferiu:

[...] embora o Código Civil não contemple, de modo expresso, o direito de visita entre avós e netos, esse direito resulta não apenas de princípios de direito natural, mas de imperativos do próprio sistema legal, que regula e admite essas relações, como em matéria de prestação de alimentos (art. 397), de tutela legal (art. 409, I) e de sucessão legítima (art. 1.603), além de outros preceitos. O direito dos avós de visitarem os netos e de serem por eles visitados, constitui, assim, corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei (Agl n. 590007191, 3.ª Câmara Cível do TJRS, rel. Des. Flávio Pâncaro da Silva; participaram do julgamento, também, o Des. Balduino Manica e o Des. Cezar Tasso Gomes, votação unânime, 29.3.1990 - *RJTJRS*, 109/353 *apud* OLIVEIRA, 2003).

Nessa mesma perspectiva, os operadores do Direito devem reagir à omissão legal sobre o direito dos parentes lograrem judicialmente a guarda compartilhada, levando-se em consideração que o sistema legal releva a responsabilidade familiar destes, a exemplo do que dispõe sobre prestação de alimentos (artigos 1.694, 1.696, 1.697, 1.698 dentre outros do Código Civil).

Assim, deve-se seguir as normas da Hermenêutica Jurídica (ciência filosófica responsável em oferecer maior segurança no momento da aplicação da lei) que encaminham para a realização de prévia observância pelo julgador sobre as hipóteses de incidência, analisando-se o sentido e o alcance das expressões do direito contidas na norma, para que seja possível posterior interpretação jurídica que revele o verdadeiro sentido da norma e sua aplicação ao caso concreto (WIKIPEDIA, 2009). Nesse sentido, elucida Maximiliano (1995 *apud* AMARAL, 2000) que é necessário para se aplicar o direito o exame:

[...] a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance; passando pela análise do sistema jurídico ao qual está inserida, e também pela hermenêutica e pela interpretação; b) o caso concreto e suas circunstâncias; c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço.

Ademais, ressalta-se a importância da utilização dos métodos de interpretação, destacando-se o histórico (que busca o contexto fático da norma) e o sistemático, considerando em qual sistema se insere a norma, relacionando-a às outras normas pertinentes ao mesmo objeto (WIKIPÉDIA, 2009).

Após a utilização dos métodos pertinentes à interpretação do artigo 1.583, § 1º do Código Civil, observando-o como um dispositivo que integra um corpo jurídico, o intérprete alcança o denominado resultado extensivo, denotando que o texto da lei é menos conclusivo que a sua intenção, devendo ser ampliado o significado literal para a obtenção do efeito prático almejado (WIKIPÉDIA, 2009). Desse modo, entende-se que o direito de concessão de guarda conjunta a outros parentes deve obter efetivo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, contemplando o merecido resguardo aos laços de afeição que os unem e assegurando o proveito que a preservação do agrupamento familiar traz ao menor.

Portanto, à devida aplicação da lei urge que a interpretação do artigo 1.583 e seguintes do Código Civil (referentes à guarda compartilhada) não seja restrita aos genitores do menor, mas sim extensiva a outros parentes, principalmente quando esses tomam para si responsabilidades que o caracterizam como guardiões de fato, apreciando-se a conveniência da concessão de acordo com o caso concreto e preservando-se o melhor interesse do menor. Para tanto, a discussão acadêmica e doutrinária que fomenta profissionais perspicazes e preparados para as diversas situações trazidas pelas lides sociais é essencial, principalmente quando tais ocasiões não estão expressas objetivamente em lei e necessitam arcabouço jurídico e técnicas de interpretação integrativas com o ordenamento.

Ademais, aduz-se a necessidade de uma jurisprudência firmada e vinculante sobre o assunto, formulada por meio dos caminhos referidos anteriormente, visto que a insegurança jurídica provocada por razoável número de entendimentos jurídicos diversos pode ocasionar significativos danos à instituição familiar (que tem importância reconhecida constitucionalmente) e ao menor que, por sua vez, deve receber proteção integral, como já estabelecido em normas de âmbito nacional e internacional, ratificadas pela República Federativa do Brasil.

Ressalte-se que, por esses meios, não se estará ferindo o princípio da separação do Poderes, visto que se conforma com a possibilidade do Poder Judiciário ser protagonista quando se depara com uma omissão legislativa, além de corroborar com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Nestes termos, atente-se que a análise da guarda compartilhada e sua possível concessão a outros parentes, baseada numa interpretação condizente com a realidade social e jurídica, seguida do exame do caso concreto e fundamentada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (sem distinguir sujeitos pelo grau de parentesco), atingirá o fim ambicionado pelo Direito (que é a Justiça) enquanto instrumento de pacificação social.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa bibliográfica realizada sobre o processo de evolução histórica do instituto da família mostrou que a reconhecida concepção de família tradicional (que perdurou muito tempo) não mais se adéqua aos objetivos da sociedade e da lei, especialmente o de fortalecer os vínculos humanos de afeto e a mútua assistência.

Os papéis familiares, pré-determinados e limitados a pai, mãe e filhos numa distribuição fundamentada no sexo e/ou na idade das pessoas, não exaurem as possibilidades abrangidas pelo modelo contemporâneo resultante das transformações sociais que conduziram essa ampliação etimológica, pois as funções profissionais, educativas, domésticas etc., se tornaram fungíveis entre os indivíduos originando, dessa forma, a concepção de família plural que está de acordo com o princípio constitucional da igualdade e com o amparo prestado à família, no ideário do legislador constituinte. Com efeito, a Constituição Federal considera entidade familiar aquela oriunda do casamento ou da união estável e a monoparental, contudo, esse não é um rol taxativo, mas de caráter exemplificativo.

Dada a partir da perspectiva do desenvolvimento de cada membro da entidade familiar, corroborada à importância de se conferir proteção à criança e ao adolescente com base no princípio da proteção integral, designou-se como responsáveis pela formação e resguardo do menor o Estado, a sociedade e a família. Em consonância com essa mesma política protetora adveio o instituto da guarda, que deve ser deferida após análise do caso *in concreto* e atender às necessidades do menor.

Assim, mostrou-se oportuno o estudo das modalidades de guarda, realçando-se as expressamente previstas no artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro, que facultara o necessário entendimento diante da efetiva e sensata aplicabilidade da modalidade da guarda compartilhada e a possibilidade de extensão de suas regras a outros parentes.

No decorrer da pesquisa observou-se, apreciado o instituto da guarda compartilhada, que esta é a modalidade mais adequada ao estado de comunhão familiar hodierno, baseado no princípio do pluralismo familiar e no princípio da igualdade. Destarte, a interpretação dada ao artigo 1.583 do Código Civil, no que

diz respeito aos legitimados a exercerem a guarda conjunta, deve ser estendida aos parentes que mantêm convivência efetiva com o menor, evitando-se as conseqüências negativas que esse tipo de ruptura pode causar na formação do infante.

Outrossim, decisões judiciais proferidas em diversas instâncias deferiram a guarda compartilhada a parentes porque constataram que diante da conjuntura jurídica e social ora apresentada, o direito-dever de guarda deve ser ampliado para atender às necessidades do menor, sendo relevante o compartilhamento dos direitos, responsabilidades e especiais momentos proporcionados por esta convivência familiar. Tais decisões judiciais fundam-se em princípios como o do melhor interesse da criança e do adolescente e do respeito ao pluralismo familiar, destinados ao resguardo dos laços afetivos e da mútua assistência provenientes do convívio entre grupos familiares que não são determinados por critérios sexuais, sanguíneos ou econômicos, mas exclusivamente pelo amor.

No decorrer da pesquisa, pois, se examina a aplicabilidade da guarda compartilhada a outros parentes na tentativa de afastar a insegurança jurídica trazida pelas lacunas e pela interpretação restrita da Lei nº 11.698/2008. Desse modo, ao intercalar três capítulos que tratam, respectivamente, da evolução histórica do conceito de família; do instituto da guarda e da possibilidade de ser concedida a guarda conjunta a outros parentes, lograram-se os objetivos previamente alvitrados.

Destarte, o resultado aduzido é no sentido de que a concessão da guarda compartilhada é possível também para outros parentes, não se privando o menor do direito à família no sentido amplo e proporcionando-lhe maior proteção. Ademais, vê-se que é recomendável e incentivada (a exemplo da guarda avoenga) por vários aplicadores do Direito que se dedicam à melhor aplicação da lei no âmbito do Direito de Família.

Na atualidade, pois, esse é o caminho a ser percorrido pela Justiça, como forma de aperfeiçoar os relacionamentos familiares incentivando que em seu meio se cultive o afeto e a mútua assistência; fazendo-se necessário estimular a produção de decisões judiciais dessa natureza, as quais efetivamente corroboram com o ideário de proteção integral da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito. *Jus Navegandi*, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=30>>. Acesso em: 07 nov. 2009.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. A Lei nº 11.698/2008 e a guarda compartilhada: primeiras considerações sobre acertos e desacertos. *Jus Navegandi*, jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11501>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

BRASIL, **Código Civil**. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, **Constituição Federal de 1988**. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os artigos 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. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm> Acesso em: 22 ago. 2009.

_____, Projeto de Lei nº 2.285/2007. **Projeto do Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

_____, STJ. **Súmula nº 364**. *Vade Mecum*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COTRIM, Gilberto. **História Global - Brasil e Geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DE PAIVA, Ana Maria Pires. **Uma abordagem sócio – jurídica do instituto da guarda compartilhada frente a autoridade parental**. Sousa: UFCG-CCJS, 2008.

DE SOUZA, Daniel Barbosa Lima Corrêa. **Famílias plurais ou espécies de famílias**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39460>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 5. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO 2. **Juiz estimula guarda avoenga**. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/tjba/2006/mai/31/juiz-estimula-guarda-avoenga>>. Acesso em: 10 set. 2009.

EDIPE, **Enciclopédia Didática de Informação e Pesquisa Educacional**. Vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Iracema LTDA, 1989, p. 1.152.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GLANZ, Semy. **A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON, Maria das Graças Guerra de Santana. **AMAB: sentenças**. Disponível em: <<http://www.amab.com.br/mariadasgracashamilton/sentencas.php?cod=180>>. Acesso em: 10 set. 2009.

Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. **STJ- Avó garante guarda do neto com consentimento dos pais**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2712>>. Acesso em: 23 set. 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSBRASIL NOTÍCIAS. **Guarda compartilhada: projeto de lei poderá evitar ajuizamento de ações**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/27849/guarda-compartilhada-projeto-de-lei-podera-evitar-ajuizamento-de-acoas>>. Acesso em: 29 set. 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil**. Vol. 5: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de visitas dos avós aos netos**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_036_2003&category_id=33>. Acesso em: 11 de out. 2009.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda Compartilhada**, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 15 set. 2009.

ROCHA, Ruth. **Minidicionário**. 10ª ed. São Paulo: Scipione, 1996.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, Vol. VI.

WIKIPÉDIA. **Hermenêutica Jurídica**. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hermen%C3%AAutica_jur%C3%ADdica> Acesso em:
07 nov. 2009.

ANEXO A**LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008.****Mensagem de veto**

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

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

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

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).” (NR)

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade." (NR)

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

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

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 16.6.2008